



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – FUPAC  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA -  
FADI**

**MATHEUS HENRIQUE RODRIGUES DE MELO**

**REFLEXÕES ACERCA DA CRISE DO SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO**

**BARBACENA - MG  
2019**

**MATHEUS HENRIQUE RODRIGUES DE MELO**

**REFLEXÕES ACERCA DA CRISE DO SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Fundação Presidente Antônio Carlos - FUPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira.

**BARBACENA - MG  
2019**

**MATHEUS HENRIQUE RODRIGUES DE MELO**

**REFLEXÕES ACERCA DA CRISE DO SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada a Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Especialista Rafael Francisco de Oliveira

---

( Banca )

---

( Banca )

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

## FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – FUPAC

### DECLARAÇÃO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

Eu, \_\_\_\_\_, declaro, para fins de submissão à Banca de Trabalho de Conclusão de Curso/TCC da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAC/Barbacena/MG, que o(a) artigo(monografia) \_\_\_\_\_, é original, inédito e não foi submetido a outra nenhuma outra banca ou Revista impressa ou online para fins de publicação e/ou debate.

Declaro, na qualidade de autor do texto intitulado \_\_\_\_\_, que participei da construção, escrita e formatação deste estudo, e assumo, integralmente e individualmente, a responsabilidade pública pelo conteúdo deste.

Local, data....., ..... de ..... de 2019

---

MATHEUS HENRIQUE RODRIGUES DE MELO

## RESUMO

O presente trabalho, baseando em pesquisas de livros e jurisprudência de nossos tribunais, a pretensão de demonstrar ao leitor que, embora nossa Lei de Execução Penal seja perfeita, ocorreu a falência da mesma devido falta de investimentos do Estado no ser humano quando autor de infração penal. Para tanto examinaremos as pessoas, e suas finalidades, os sistemas penitenciários, os diversos tipos das mesmas e seus regimes, a temática da superlotação e as providências tomadas pelo legislador e magistrados, finalizando com estudos sobre a dicotomia da ressocialização e prisão. Entretanto, lembremos que trata-se de material teórico que vale à avaliação e conhecimento do tema abordado.

**Palavras chave:** Normas desencarceradoras, falência da prisão, ressocialização do preso.

## **ABSTRACT**

This paper, based on research of books and precedent of the courts, the claim to demonstrate to the reader that although our Penal Execution Law is perfect, occurred bankruptcy just because of lack of state investment in human when infringement author criminal. For that examine people, and their purpose, prison systems, the different types of them and their regimes, the issue of overcrowding and the action taken by the legislature and judiciary, ending with studies on the dichotomy between rehabilitation and prison. However, remember that this is theoretical material worth the assessment and knowledge of the topic discussed.

**Keywords:** disinheriting Standards, Prison bankruptcy, reestablishment the prisoner.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 DAS PENAS.....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Conceitos.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Origem.....</b>	<b>11</b>
<b>2.3 Sistemas Penitenciários.....</b>	<b>12</b>
2.3.1 Pensilvânico e Filadélfico.....	12
2.3.2 Auburniano.....	12
2.3.3 Progressivo.....	13
<b>3 FINALIDADES DA PENA.....</b>	<b>14</b>
<b>3.1 A Prisão no Brasil.....</b>	<b>17</b>
<b>3.2 Prisão no Brasil: Teoria e Realidade.....</b>	<b>17</b>
<b>4 PROBLEMÁTICA DA SUPERLOTAÇÃO.....</b>	<b>20</b>
<b>4.1 Providência do Legislador e do Magistrado.....</b>	<b>21</b>
<b>4.2 Penas Proibidas no Brasil.....</b>	<b>24</b>
4.2.1 Pena de Trabalho Forçado.....	26
4.2.2 Pena de Banimento.....	26
4.2.3 Pena de Natureza Cruel.....	26
<b>4.3 Penas Permitidas no Brasil.....</b>	<b>26</b>
<b>4.4 Regimes de Cumprimento da Pena.....</b>	<b>28</b>
<b>4.5 Penas e Medidas Alternativas à Prisão.....</b>	<b>31</b>
4.5.1 As Penas Restritivas de Direito.....	31
4.5.2 Prestação Pecuniária.....	32
4.5.3 Perdas de Bens e Valores.....	33
4.5.4 Prestação de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas.....	33
4.5.5 Limitação de Fim de Semana.....	33
4.5.6 Interdição Temporária de Direito.....	33
<b>4.6 Da Substituição das Penas Privativas de Liberdades pelas Penas Restritivas de Direito.....</b>	<b>34</b>
<b>4.7 Da Pena de Multa.....</b>	<b>35</b>
<b>4.8 Suspensão Condicional da Pena (SURSI).....</b>	<b>35</b>
<b>4.9 Livramento Condicional.....</b>	<b>36</b>

<b>4.10 Prisão Cautelar.....</b>	<b>37</b>
<b>5 RESSOCIALIZAÇÃO X PRISÃO.....</b>	<b>39</b>
<b>5.1 Prisão e o Princípio da Dignidade Humana.....</b>	<b>41</b>
<b>5.2 Pena de Prisão e Prevenção do Crime.....</b>	<b>43</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>47</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais existe uma forte tendência em se encarcerarem os autores de crimes somente quando sujeitos passivos de crimes perpetrados com violência real ou grave ameaça contra suas vítimas, e, principalmente quando são praticados crimes hediondos e seus assemelhados, com exceção dos delitos da lei antidrogas, os quais passaram por uma reforma onde até nesse campo jurídico houve flexibilizações quanto às prisões.

O mesmo ocorreu com o Direito Processual Penal, havendo até mesmo a relatividade em se tratando de prisão cautelar, isso com o advento da Lei 12.403/2011.

Muitos são os motivos e as circunstâncias criadas pela nossa legislação para se evitar o encarceramento dos responsáveis pelos delitos praticados, penas alternativas foram criadas, sem revogação das já existentes como o SURSIS (suspensão condicional da pena) e o livramento condicional, muito pelo contrário, a lei dos juizados especiais criou o chamado SURSIS processual em que se paralisa até mesmo o processo penal, concorrendo para tal apenas condições objetivas, tais como a pena mínima cominada menor que um ano.

Diante de tantos institutos que a legislação pátria oferece, a sentença penal condenatória se torna bem complexa, para o magistrado que deve atender à finalidade da pena insculpida no artigo 59 do Código Penal, ou seja, deve estabelecer a pena que seja necessária e suficiente para que o apenado sinta o restabelecimento social pelos seus atos e também para a prevenção do crime, ou seja, que o restante da sociedade observe a reprovação, ou o castigo que sofre o autor e não venha a delinquir.

Além disso, deve também atentar-se para a finalidade constante na lei de execução penal, que é a ressocialização do criminoso.

Há quem sustente haver séria dicotomia entre o encarceramento e a tal ressocialização, afinal de contas, não existe um único modelo social a ser seguido.

Como se haveria de conciliar então as três finalidades da pena, se o que vemos é a desumanização do ser humano que comete um delito? Como fazer, com que se cumpra a pena necessária para retribuir, prevenir e reeducar? Nossa Lei de execução penal encontra-se falida?

Essas e outras perguntas encontram-se consideradas quando da conclusão deste trabalho o qual foi elaborado após várias pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais as quais são citadas durante o desenvolvimento dessas considerações.

O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o método dedutivo-bibliográfico, baseando-se em pesquisas biográficas, revistas e documentos eletrônicos, além

de jurisprudências, objetivando gerar reflexão e acrescentar conhecimentos aos interessados no assunto.

## 2. DAS PENAS

### 2.1 Conceitos

Pena é uma sanção imposta pelo Estado após o devido processo legal por que passa o réu, autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito e cujo fim é evitar novos delitos.

O Brasil ocupa o 4º lugar, a nível mundial de encarcerados, sendo os Estados Unidos o primeiro, a China o segundo lugar e em terceiro a Rússia.

### 2.2 Origem

Após o homem iniciar o convívio em comunidade, passou-se a adotar um sistema de aplicação de penas toda vez que alguma regra imposta era violada.

Ataliba Nogueira (1956, p. 22) em sua obra “Pena sem prisão” explicita:

Nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco para o escravo), mutilações, esquarteramento, enterramento, (para os Vestais), suplícios combinados com jogos do circo, com os trabalhos forçados: *ad molem*, *admetallum*, nas minas, nas *lataniae*, *laturnae*, *lapicidinae* (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a *interdictio aqua et igni* tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais.

Até o século XVIII, o corpo do réu era que pagava pelo mal por ele praticado e somente após a publicação do livro de Beccaria “Dos Delitos e das Penas”, em 1764, é que teve início a revolta dos cidadãos pelo modo com que os seres humanos estavam sendo tratados quando era imposta qualquer pena.

Hoje, há uma preocupação bem maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos, principalmente nos países que produzem pactos a fim de direcionar e humanizar a punição pela prática dos delitos, buscando erradicar os tratamentos degradantes e cruéis com vistas à preservação da dignidade da pena humana.

O maior exemplo disso a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada

pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, logo após a 2ª Guerra Mundial em que o mundo assistiu perplexo, ao massacre de aproximadamente seis milhões de judeus pelos nazistas, além da prática de crueldades totalmente desnecessárias, relatadas em vários filmes que hoje lotam as salas de cinemas dos países do mundo.

A população, cada vez mais sufocada pelo aumento do índice de criminalidade aclama por penas cruéis ou até mesmo pela pena de morte aos criminosos, assim como ocorre em alguns estados dos Estados Unidos, país que é chamado “berço da liberdade”, inspirador que foi da Revolução Francesa, a qual codificou a independência e liberdade.

Rogério Greco cita Ronaldo Leite Pedrosa, narrando-nos:

Numa época em que verificamos as estereis e históricas campanhas de “lei e ordem”, quando a cada crime que envolve vítimas de destaque na sociedade se propõe o endurecimento das penas, inclusive (como se possível fosse...) a adoção da pena de morte, a leitura serena de BECCARIA nos faz refletir sobre a experiência do passado, que não deve ser esquecida. Não é a pena endurecida de prisão que diminuirá a criminalidade. Já está desgastada a afirmação de que a cadeia apenas destrói um pouco mais o ser humano, gasta-se muito para piorar as pessoas, com o sistema carcerário (PEDROSA *apud* GRECO, 2018 p. 246-247).

## **2.3 Sistemas Penitenciários**

Datam do século XVIII as origens dos sistemas penitenciários, havendo assim, muitas variantes, porém, três se destacaram:

### **2.3.1 Pensilvânico ou Filadélfico**

O preso era colocado numa cela, isolado dos demais, sem trabalhar ou receber visitas, apenas era estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia.

Este sistema foi muito criticado, não só pela severidade, mas também porque, evitando o contato dos detentos com terceiros, não havia como ressocializá-lo uma vez que perdia inteiramente o contato com as pessoas.

### **2.3.2 Auburniano**

Teve este nome porque a penitenciária foi construída na cidade de Auburn, no Estado

de Nova York em 1818.

Este sistema permitia o trabalho do preso, primeiramente dentro de suas celas e, num momento posterior, em grupos de detentos, mantendo-se o isolamento somente noturno.

Os presos deveriam permanecer em silêncio absoluto enquanto trabalhavam e também à noite quando eram recolhidos. Quem nos apresenta as falhas desse sistema é Manoel Pedro Pimentel no seu “O crime e a pena na atualidade”:

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de boca do boi. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos. (PIMENTEL *apud* GRECO, 2007 p. 137)

### 2.3.3 Progressivo

Oriundo da Inglaterra e depois adotado na Irlanda surge, no início do século XIX o sistema progressivo.

Tal sistema possuía três estágios: o primeiro era conhecido como período de prova com o preso em isolamento absoluto como no sistema pensilvânico; num segundo estágio permitia-se o trabalho comum observando-se o silêncio absoluto e o isolamento noturno, como no sistema auburniano, passando depois para as chamadas “public work-houses” com mais alguma vantagem e finalmente, o terceiro estágio que era o livramento condicional.

O preso passava pelos três estagiários depois de transcorrido algum tempo no estágio inicial, e era de acordo com seu comportamento.

Roberto Lyra, em seu “Comentários ao Código Penal”, V.II, pag. 91, esclarece-nos sobre como este regime foi adotado na Irlanda:

O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação de silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e dia em vida comum para demonstrar praticamente os

resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional.

### 3 FINALIDADES DA PENA

Sobre as finalidades da pena, há várias teorias:

- Na Escola Clássica, representada por *Francisco Carrara*, a pena surge como forma de prevenção de novos crimes.
- Na Escola Positivista, *Cesare Lombroso*, a pena fundamenta-se na defesa social com a finalidade também de prevenção de crimes devendo ser indeterminada “*a priori*”, ou seja, o juiz deve aplicar uma pena que possa corrigir o criminoso.
- Na Escola Penal Humanista a pena é educação ao culpado.
- Na escola Técnico-Jurídica, *Vicenzo Lanza* afirma a pena como meio de defesa contra a periculosidade do réu.
- Para a Escola Moderna Alemã representada por *Franz Von Liszt* a pena é instrumento de ordem e segurança social, exercendo uma coação psicológica como forma de prevenção geral negativa.
- Na Escola Correccionalista a pena é correção de vontade dos criminosos e não retribuição a um mal.
- Para a Escola da Nova Defesa Social, a pena é a reação da sociedade com objetivo de proteção ao cidadão.
- Para os Absolutistas, a pena é decorrência lógica da delinquência no sentido de retribuir o mal causado.
- Os Utilitaristas creem que o cumprimento da pena faz com que o delinquente retorne ao convívio social mais bem preparado para respeitar as regras sociais.
- Temos também os Ecléticos a pena é sempre um castigo e meio de prevenção. Como se vê, desde a Idade Média é fervoroso o debate sobre a finalidade da pena.

As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, ou seja, a aplicação da pena funciona como um “toma lá, dá cá”, recebendo o réu a pena que merece pelo mal causado à sociedade com a prática do delito.

Assim leciona Claus Roxin:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria „absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, “desvinculado” de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (ROXIN t. I, p. 81- 82)

Para nossa sociedade basta esta finalidade, como se depreende daquilo que vivenciamos atualmente, isto é, causa satisfação aos populares observar que, aquele que praticou um delito encontra-se encarcerado, ao contrário, se é aplicado ao réu uma pena restritiva de direito ou somente a de multa, mesmo no caso de substituição legal, a sensação da sociedade é de impunidade e de decepção com a justiça.

Já as teorias relativas têm seu fundamento no critério da prevenção, bipartindo-se em:

- Prevenção Geral: a qual por dois aspectos.
- Prevenção geral Negativa (ou prevenção por intimidação): há reflexão na sociedade da pena aplicada ao autor de delito, esperando que as pessoas reflitam sobre o resultado de sua delinquência e se desencorajem à prática de infrações penais.

Hassemer, citado por Rogério Greco:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória á violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade” (HASSEMER *apud* GRECO, 2018 p. 34).

E continua o mesmo autor, agora impondo críticas veementes a esta teoria:

A intimação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se, necessariamente, em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:

- o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele propõe) e
- a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo). (HASSEMER *apud* GRECO, 2018 p. 34-35).

- Prevenção geral positiva (ou prevenção integradora): Aqui a pena presta-se a infundir na consciência do povo a necessidade de respeito a determinados valores exigidos pelo Direito, cujo propósito é a consciência pacífica entre as pessoas participantes de uma sociedade, de forma que, em resumo, trata-se da integração social.
- Prevenção especial: também possuindo dois aspectos:
  - Prevenção Especial negativa: para esta teoria existe uma neutralização do réu que praticou uma infração penal que se constitui na sua segregação no cárcere, uma vez que, retirado do meio social fica impedido da prática de novos delitos naquela mesma sociedade da qual fora retirado. Tudo isso, é claro, quando seja aplicada pena privativa de liberdade.
  - Prevenção Especial Positiva: apregoam os adeptos desta teoria que a única finalidade da pena é fazer com que o autor dos fatos desista de cometer novos e futuros delitos, portanto, encontramos aqui o caráter ressocializador da pena, esperando que o agente medite sobre o crime perpetrado, observando suas consequências e, assim, inibindo o quanto à prática de novos delitos. Assim nos esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico penais. (BITENCOURT, p.81.)

As críticas a esta teoria ficaram por conta de Raúl Cervini o qual, com maestria apregoa:

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama. (CERVINI, p. 46)

Nosso Código Penal não se firmou em nenhuma dessas teorias especificamente, mas,

atualmente entende que a pena tem caráter retributivo, ou seja, de sanção; caráter preventivo, quando incentiva o réu a não mais delinquir e, por fim a principal finalidade que é inclusive estampado no artigo 1º de nossa Lei de execução Penal, a função reeducativa: “Lei 7.210/1984: artigo 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Assim, a ressocialização é o principal objetivo da aplicação da pena privativa de liberdade, e não restam dúvidas de que assim determina a lei.

### **3.1 A Prisão no Brasil**

No dia 11/07/1984 era promulgada em nosso país pelo então presidente João Figueiredo, nosso penúltimo presidente militar, a nova lei de execução penal.

Naquela época, fim da ordem constitucional militar, passávamos por profundas mudanças em nosso país, em que era necessário arrancar com as raízes toda uma ideia ditatorial e começarmos a editar normas, agora que expressas em nossa indubitosa sede pela democracia que estava por vir e sem retorno.

Necessária era, então, quatro anos depois foi promulgada nossa atual Constituição da República do Brasil, de 1988, cuja vigência até à presente data se apresenta.

É de grande utilidade citar nossa nova Carta Magna porque antes mesmo de sua promulgação era na Lei de Execução Penal que se fazia ver os reflexos daquilo que estava por vir, uma vez que a Lei 7.210/1984 entrou em vigor juntamente com a reforma penal de 1984.

Uma nova Era estava se formando pós-militarismo, a abertura política começava a se engatilhar e, ao que tudo indicava de caráter irretratável. Basta observarmos que a antiga Lei 3.274 de 02/10/1957 possuía apenas e tão somente 40 (quarenta) artigos.

Enquanto isso, a Lei 7.210 de 11/07/1984 foi promulgada com 204 artigos, os quais demonstram perfeitamente as suas diretrizes.

### **3.2 Prisão no Brasil: Teoria e Realidade**

O preso, que antes vivia numa sociedade injusta e com má distribuição de renda, desvia-se, praticando um delito e não consegue, por si só, permanecer em harmonia com o seu próximo diante da dificuldade que se torna o conviver com seu semelhante. Então o Estado, através de

seus órgãos, o encarcera num ambiente, privando sua liberdade de ir e vir mas que nem é tão sentida pelo preso, pois tudo aquilo que ele não possuía quando em liberdade, agora lhe é apresentado e com dignidade, diga-se, tudo em conformidade com a norma jurídica, ou seja, como deve ser.

Assim determina a Lei nº 7.210/1984:

Artigo 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

...

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

...

Artigo 8º O condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

É assegurado ao detento, definitivo ou provisório, todo o tipo de assistência, afim de que o mesmo possa retornar ao meio em que vivia melhor do que chegou à carceragem.

Artigo 11 A assistência será:

I – material;

II – à saúde;

III – jurídica;

IV – educacional;

V – social;

VI – religiosa.

Cabe ao Estado proporcionar a cada detento um alojamento de, no mínimo, seis metros quadrados, alimentação, vestuário, instalações higiênicas, atendimento médico completo, odontológico, farmacêutico, assistência jurídica, religiosa e educacional, inclusive com ensino fundamental e profissionalizante, e assistência social, além do trabalho interno e externo com as garantias semelhantes às dos empregados soltos.

Artigo 41 Constituem direitos do preso: I – alimentação e vestuário;

II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – previdência social;  
 IV – constituição de pecúlio;  
 V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;  
 VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artística e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;  
 VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;  
 IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;  
 X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal;  
 XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;  
 XIII – audiência especial como o diretor do estabelecimento;  
 XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;  
 XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;  
 XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade jurídica competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

...

Artigo 38 do CPB. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Pois bem, a lei é perfeita, porém se aproxima da realidade que precisamos. Não há investimentos nessa área. Nossos governos se esquecem de que, aplicando orçamentos no sistema penitenciário, o retorno de tal investimento é enorme, pois proporcionará ao “ser humano” encarcerado todo o ambiente necessário ao seu desenvolvimento como pessoa que é. E, além de formar um novo cidadão apto ao convívio social, ainda contará com a melhora esplendorosa na vida das pessoas que ainda não se delinquiram, garantindo às mesmas a segurança pública a que têm direito.

Hodiernamente o que se vê é o total abandono do preso, esquecem-se os governantes que investir no detento é investir no ser humano, é torna-lo melhor e bem próximo do ser ideal à convivência social.

Determina a norma jurídica referente à execução penal que os presos condenados em definitivo e que devem cumprir pena em regime fechado, deverá fazê-lo em penitenciária, aqueles que cumprem em regime aberto na “Casa do Albergado”. Cada local com suas peculiaridades que respeitam a dignidade humana e facilitam o cumprimento, destinando-se a Cadeia Pública apenas aos presos provisórios.

Lei nº 7.210/1984:

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

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

...

Artigo 91 A Colônia Agrícola, Industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

...

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

...

Artigo 102 A Cadeia Pública destina-se ao reconhecimento de presos provisórios.

Pois nem as regras básicas dos artigos acima transcritos são cumpridas pelo Estado. O que hoje se constata é um amontoado de pessoas em espaços cada vez menores, muitas vezes se revezando até para dormir.

Os presos, tanto os condenados em definitivo quanto os provisórios são colocados numa Cadeia Pública, geralmente de sua comarca, onde permanecem esquecidos pelo Estado e pela sociedade.

Como recuperar seres humanos restringindo a sua liberdade se não há sequer espaço físico a que têm direito garantido por norma jurídica? Nem a lei, que possui comum de seus atributos a coercibilidade, foi capaz de fazer com que o Poder Público cumprisse o seu papel constitucional.

#### **4 PROBLEMÁTICA DA SUPERLOTAÇÃO**

Durante as pesquisas de campo realizadas neste trabalho, ficou constatado que, além de já se encontrarem nossas prisões com “amontoado” de presos, há ainda em todas as Unidades da Federação milhares de mandados de prisão ainda a serem cumpridos e que, à medida que forem cumpridos, certamente agravarão mais a situação.

Assim é que, para “resolver o problema” a justiça determina mutirões de juízes e demais funcionários da justiça que examinam a situação de cada detento com vista a coloca-lo em liberdade. O Poder Executivo também faz sua parte editando os indultos anualmente, com a finalidade de, perdendo uma parte da pena a ser cumprida, possa facilitar a liberdade de condenados.

Além do preso já contar com inúmeros benefícios antes de seu encarceramento e mesmo

durante a execução do mesmo, têm os mesmos de serem mais beneficiados para resolver o problema da superlotação dos estabelecimentos, ou seja, o Estado que determina as penas e faz com que sejam cumpridas, simplesmente “volta atrás” de sua decisão porque não possui recursos para financiar o que determinou severamente.

#### 4.1 Providência do Legislador e do Magistrado

Nosso legislador não ficou inerte á problemática. Desde já, reconhece o direito do preso à remição pelo trabalho e, posteriormente também pelo estudo, providências que estão bem mais próximas da ressocialização do detento, pois o mesmo, assim o fazendo, está no seio de sua comunidade e sentindo-se integrado com o trabalho e/ou estudo.

Artigo 31 O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (...).

Artigo 32 As penas são:

I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa.

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

§ 1º - Considera-se:

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

§2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

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

§3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

O preso, quando em regime semiaberto, o trabalho já faz parte das regras do regime:

Artigo 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

A LEP também criou o trabalho externo para os presos:

Artigo 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Artigo 37 – As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Existem algumas outras formas de na tentativa de retirar do cárcere o apenado, como demonstra os artigos abaixo:

Art. 126 - O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§2º As atividades de estudo a que se refere o § 1o deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1o deste artigo.

§7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

Art. 128 – o tempo remido será computado com pena cumprida, para todos os efeitos.

Súmula 341 do STJ (Superior Tribunal de Justiça) “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução sob-regime ou semiaberto”.

Nossa LEP também exige a presença de salas de aula em todos os estabelecimentos penais.

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

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários

...

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

...

Assim ressalta Foucault em seu “Vigiar e Punir”:

O trabalho pelo qual o condenado atende a suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil. E é nesse ponto que intervém a utilidade de uma retribuição pelo trabalho penal; ela impõe ao detento a forma „moral“ do salário com condição de existência. O salário faz com que se adquira „amor e hábito“ ao trabalho; dá a esses malfeitores que ignoram a diferença entre o meu e o teu o sentido da propriedade – „daquela que se ganhou com o suor do rosto“; ensina-lhes também, a eles que viveram na dissipação, o que é a previdência, a poupança, o cálculo do futuro; enfim, propondo uma medida do trabalho penal não retribui uma produção; funciona com motor e marca transformações individuais: uma ficção jurídica, pois, não representa a livre cessão de uma força de trabalho, mas um artifício que se supõe eficaz nas técnicas de correção. (p. 204)

Além disso, o legislador pátrio ainda preferiu outras medidas de cumprimento de pena à prisão, quando dispõe sobre a substituição da pena de cárcere pelas penas restritivas de direito:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos;

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for

cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

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

§1º (VETADO)

§2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§5º Sobrevida condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

## 4.2 Penas Proibidas no Brasil

Nossa constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVII, anuncia as penas proibidas no Brasil: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarado, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

A pena de morte, em regra, está proibida, mas a própria Constituição Federal de 1988 abre exceção, podendo ser aplicada (por fuzilamento) por tribunais militares, em caso de guerra externa, nas hipóteses no Código Penal Militar.

Apesar de a proibição constitucional admitir somente uma exceção (guerra declarada), a doutrina elenca outras duas:

A Lei nº 7.565/86, no seu artigo 303, §2º, autoriza o “abate” de aeronave considerada hostil ou suspeita sobrevoando o espaço aéreo nacional. Trata-se da medida de destruição, que consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave rotulada invasiva e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra (artigo 5º do Decreto número 5.144/2004). Embora haja formalidades a serem observadas antes do “abate”, o fato é que, dada as condições de urgência, representada sanção capital.

Eugênio Raúl Zaffaroni e Pierangeli, discorrendo sobre o tema, ensinam que morte

jamais pode ser rotulada como pena, faltando-lhe cumprir as finalidades de prevenção e ressocialização. A chamada “pena de morte” não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente. Não se trata de uma pena, mas de um simples impedimento físico, como amputar uma mão do batedor de carteiras ou erguer um muro que impeça o avanço de pedestres e veículos. Não é pena sequer no âmbito do direito penal militar de tempo de guerra. A guerra, aliás, é o fracasso do direito, é um fenômeno que escapou ao direito. Frente a esse fenômeno, a legislação de guerra não faz mais do que prever algumas consequências desta especial circunstância, dentre as quais cabe considerar a possibilidade de uma situação de inculpabilidade, isto é, de inexigibilidade de conduta diversa.

As penas de caráter perpétuo são igualmente vedadas, opção política confirmada pela simples leitura do artigo 75 do Código Penal: “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade, não pode ser superior a 30 (trinta) anos”.

Alguns estranham o fato de o Brasil ter subscrito, sem ressalvas, o estatuto de Roma (criador do Tribunal Penal Internacional) que, no seu artigo 77, 1, “b”, autoriza, nos crimes afetos à sua jurisdição, a imposição dessa espécie de sanção. A uma, deve ser lembrado que o Estatuto não admite ressalvas pelo país signatário. A duas, o conflito entre nossa Constituição Federal que proíbe pena perpétua e o Estatuto (que permite essa pena) é meramente aparente, como bem explica Valério Mazzuoli: “A Constituição federal quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo está direcionado seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais”.

Veremos logo mais a discussão que gira em torno das medidas de segurança, espécie de sanção penal imposta em caso de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade) do agente. Tendo caráter essencialmente curativo – e não punitivo, o artigo 97, §1º, do Código Penal que estabelece um tempo mínimo para a medida, sem fixar o limite máximo de sua duração. Para uma primeira corrente, a finalidade da medida é realmente incompatível com prazo máximo, devendo perdurar enquanto não cessada a periculosidade do agente. Uma segunda orientação ensina que a indeterminação do prazo da medida de segurança é inconstitucional, não podendo a sanção ultrapassar o limite de 30 anos (o mesmo para as penas privativas de liberdade). Por fim, temos corrente no sentido de que o tempo de cumprimento da medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo não inimputável.

#### **4.2.1 Pena de Trabalhos Forçados**

No Brasil nenhum preso pode ser obrigado a cumprir pena mediante trabalhos forçados. Essa pena proibida não se confunde, de modo algum, com o trabalho estabelecido na Lei de execução Penal (lei número 7.210/1984), que, embora seja obrigatório (artigo 31) e constitua dever do preso (artigo 38, V), não é pena, possui finalidade educativa e produtiva (artigo 28), sendo ainda, remunerado (artigo 29).

#### **4.2.2 Pena de Banimento**

A pena de banimento, que constitui a expulsão do nacional, nato ou naturalizado, do nosso território.

#### **4.2.3 Pena de Natureza Cruel**

Vimos que a ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais. A pena privativa de liberdade, permitida no Brasil, não pode ser executada em celas escuras e insalubres, forma cruel e desumana de execução.

O corpo humano é intangível para o estado, e a integridade física do condenado deve ser protegida, tanto em relação ao tipo de pena, quanto com a forma com a qual se executam sanções que indiretamente possam encobrir tratamentos desumanos, como são as privativas de liberdade.

#### **4.3 Penas Permitidas no Brasil**

A Constituição Federal não prescreveu somente as sanções vedadas, anunciando também as penas permitidas (artigo 5º, XLVI):

- a) Privação ou restrição da liberdade;
- b) Perda de bens;

- c) Multa;
- d) Prestação social alternativa;
- e) Suspensão ou interdição de direitos.

O código Penal, atento às vedações e permissões de ordem constitucional, no Título V ocupa-se das penas, e o capítulo inaugural anuncia as espécies de penas cabíveis ao autor de um fato punível:

#### I – Penas privativas de liberdade

Forma mais drástica de punição (sem esquecer as hipóteses em que se admite pena capital), as penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples, variando, principalmente, o grau de institucionalização do indivíduo.

##### a) Regime inicial de cumprimento da pena:

- reclusão (reservada para os crimes mais graves) – pode ser o fechado;
- detenção (reservada para os crimes menos graves) – só pode ser o semiaberto ou aberto.  
Observação: não cabe regime inicial fechado, mas por meio de regressão é possível cumprimento da detenção em regime mais rigoroso;
- prisão simples (reservada para as contravenções penais) – semiaberto ou aberto.  
Observação: não cabe regime inicial fechado, nem mesmo por meio da regressão.  
Observação: deve ser cumprida em local distinto dos apenados por crime, sem os rigores penitenciários (artigo 6º da lei de Execução Penal).

##### b) Efeitos extrapenais da condenação:

- reclusão (reservada para os crimes mais graves) – pode ter como efeito a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos praticados contra os filhos, tutelados e curatelados (artigo 92, II do Código Penal);
- detenção (reservada para os crimes menos graves) – esse efeito não é possível no crime doloso punido com detenção;
- prisão simples (reservada para as contravenções penais) – a prisão simples não sofre os efeitos extrapenais da condenação referidos nos artigos 91 e 92 do Código Penal.

##### c) Interceptação Telefônica:

- reclusão (reservada para os crimes mais graves) – admite, como meio de investigação, a interceptação telefônica do suspeito;
- detenção (reservada para os crimes menos graves) – não admite;
- prisão simples (reservada para as contravenções penais) – não admite.
- eclusão (reservada para os crimes mais graves) – pode ter como efeito a incapacidade

para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos praticados contra os filhos, tutelados e curatelados (artigo 92, II do Código Penal);

- detenção (reservada para os crimes menos graves) – esse efeito não é possível no crime doloso punido com detenção;
- prisão simples (reservada para as contravenções penais) – a prisão simples não sofre os efeitos extrapenais da condenação referidos nos artigos 91 e 92 do Código Penal.

## II - Restritivas de direito

Previstas nos artigos 43 a 48, do Código Penal, as penas restritivas de direito podem ser: prestação de serviços à comunidade, limitação de fins de semana, interdição temporária de direitos, prestação pecuniária, perda de bens e valores.

## III – Multa

Também estabelecida no artigo 32 do Código Penal, a pena de multa tem seu regramento no artigo 49 e seguintes do Código Penal. Advertimos, desde já, que a pena de prestação pecuniária não se confunde com a pena de multa.

Existem outras penas, que não são propriamente inconstitucionais, e que simplesmente não foram acolhidas pelo Código Penal, como bem lembram Zaffaroni e Pierangeli (2015):

Uma das tradicionais é o confinamento, que consiste em designar durante algum tempo um lugar fixo de residência para o condenado, que dela não pode sair. Estava prevista (degredo) no artigo 51 do Código Penal Imperial, da mesma forma que o desterro, este no artigo 52, que era a proibição de habitar no lugar de sua residência ou na residência do ofendido. Não são penas inconstitucionais, como era o banimento, que praticamente implicava uma morte civil e a perda da condição de nacional, e que levava o condenado a uma situação de apátrida, condenado a vagar pelo mundo. É bem diferente esta pena, claramente inconstitucional, das penas que ao invés de implicar na prisão do apenado, significam uma menor restrição de sua liberdade, posto que limitam unicamente o direito de circulação.

Podemos lembrar, ainda, a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que, na punição do usuário, cominou advertência sobre os efeitos das drogas e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (artigo 28, incisos I e III), penas não previstas expressamente na Constituição Federal (ou mesmo Código Penal).

## 4.4 Regimes de Cumprimento da Pena

A pena, no regime fechado, deve ser cumprida em penitenciária, alojando-se o condenado, ao menos consoante proclama Lei de Execução Penal, em cela individual, salubre e aerada, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de área mínima de seis metros quadrados (artigos 87 e 88 da Lei de Execução Penal).

Nesse regime (mais rigoroso), o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (artigo 34, *caput*, Código Penal).

Em regra, o preso fica sujeito a trabalho durante o dia e o isolamento à noite (artigo 34, §1º, Código Penal). A labuta se realiza dentro do próprio estabelecimento prisional e de acordo com as aptidões do reeducando (sempre que possível). A lei admite, em caráter excepcional, o trabalho externo, desde que autorizado pelo juiz ou diretor do estabelecimento, a ser realizado em obras ou serviços públicos. Pressupõe, no entanto, que o condenado tenha demonstrado aptidão, bem como cumprido, pelo menos, um sexto da pena, tomando-se as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (artigo 34, §3º, Código Penal e artigo 37 da Lei de Execução Penal).

É importante lembrar que o trabalho carcerário é, ao tempo, um dever (artigo 39 da Lei de execução Penal) e um direito (artigo 41 da Lei de Execução Penal) do reeducando (mesmo no regime mais rigoroso). Dever no sentido de que o preso tem a obrigação de contribuir com o Estado para sua ressocialização; direito porque a cada três dias trabalhados resgata um dia de cumprimento de pena.

De qualquer forma, o trabalho não está sujeito ao regime de Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 28, §2º da Lei de Execução Penal), mas será remunerado, com as garantias da previdência social.

O regime semiaberto (intermediário) será cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo o apenado ser alojado em cumprimento coletivo, desde que atendidas às condições adequadas à existência humana previstas para as celas individuais próprias do regime fechado.

O trabalho será comum durante o período diurno, realizando-se dentro do estabelecimento, com a possibilidade de ser realizado no ambiente externo, inclusive na iniciativa privada (a jurisprudência tem exigido prévia autorização judicial). Não há previsão para o isolamento durante o período do repouso noturno.

O condenado por crime político não está obrigado a trabalhar (artigo 200 da Lei de Execução Penal). Do mesmo modo o preso provisório (artigo 31, parágrafo único, da Lei de

Execução Penal).

Também é possível falar em remição pelo estudo. À míngua de previsão legal, a jurisprudência já havia reconhecido esta possibilidade, o que se consolidou através da Súmula número 341 do Superior Tribunal de Justiça: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob-regime fechado ou semiaberto”. A lei número 12.245/2010, dentro desse espírito, alterou o artigo 83 da lei de Execução Penal para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios. Por fim, com o advento da Lei número 12.433/2011 essa espécie de remição foi positivada, cabendo nos três regimes (fechado, semiaberto e aberto) e no livramento condicional. A cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3(três) dias, elimina-se um dia de pena, permitindo-se, ainda, a cumulação entre a remição por estudo e por trabalho. As atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou à distância, desde que certificadas e a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior, durante o cumprimento da pena, gera bônus.

Admite-se, por fim, mesmo que fora do estabelecimento prisional, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

O regime aberto (menos rigoroso) se baseia na autorização e senso de responsabilidade do condenado.

Com efeito, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

O recolhimento dar-se-á, em regra, no estabelecimento denominado Casa do Albergado, prédio que deverá se situar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

A Legislação prevê, ainda, duas outras possibilidades para o cumprimento do regime aberto: 1º) na falta de Casa do Albergado, estabelecimento adequado; 2º) conforme as condições pessoais do reeducando, prisão domiciliar.

A prisão domiciliar, portanto, é espécie de gênero de regime aberto, cabível quando o condenado tem mais de 70 (setenta) anos, é portador de doença grave, tem filho deficiente físico ou mental que dele dependa efetivamente, ou se trate de réu gestante.

Identificadas às características de cada um dos regimes (fechado, semiaberto e aberto), é preciso analisar os critérios a serem observados pelo juiz sentenciante, lembrando, desde logo,

que varia principalmente, de acordo com a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (reclusão, detenção ou prisão simples).

A pena de reclusão deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, semiaberto ou aberto.

Quando imposta na sentença pena superior a 8 (oito) anos, o Código Penal não distinguiu entre condenado reincidente ou primário, determinando o início do cumprimento da pena em regime fechado. Fica claro ao legislador compreender ser incompatível pena tão elevada com os demais regimes, independentemente das condições pessoais do réu e do tipo de crime.

Sendo a pena superior a 4 (quatro) anos e não superior a 8 (oito) anos, poderá ser fixado o regime inicial semiaberto, desde que o condenado seja primário (se reincidente, o regime inicial deverá ser fechado).

Se, na sentença, for fixada pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime para início do cumprimento da reprimenda poderá ser o aberto, condicionado, também, à primariedade do agente ser reincidente (o regime inicial será o fechado ou semiaberto, a depender das circunstâncias judiciais, se favoráveis ou não).

A prisão simples, atualmente, é a espécie de pena cominada às contravenções penais.

Será cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

Uma vez praticado crime por índio não integrado, impõe-se a sanção penal, cujos rigores, de acordo com a legislação própria, podem ser abrandados.

Nesse sentido, o Estatuto do Índio (lei 6.001/1973), estabelece o regime especial de semiliberdade para os indígenas.

#### **4.5 Penas e Medidas Alternativas à Prisão**

É de todos conhecida a deficiência das condições penitenciárias existentes no nosso país, colocado em xeque a eficiência/eficácia das penas privativas de liberdade.

Estudiosos (com aval do legislativo) buscam, incessantemente, alternativas para essa espécie de sanção penal, notadamente as de curta duração.

É dentro desse espírito que a lei determina ao juiz sentenciante, depois fixado regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, verificar a possibilidade de substituí-la por penas alternativas (restritivas de direitos e/ou multa), ou modificar a sua execução.

#### **4.5.1 As Penas Restritivas de Direitos**

As restritivas de direitos, espécies de pena alternativa, buscam eliminar a pena privativa de liberdade de curta duração, por não atender satisfatoriamente às finalidades da sanção penal.

As penas restritivas de direitos dividem-se em reais (prestação pecuniária e perda de bens e valores) e pessoais (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana).

Nada impede que outras leis (extravagantes) criem penas restritivas especiais. Sem a pretensão de esgotá-las, trazemos algumas leis que anunciam penas alternativas diversas daquelas previstas no Código Penal: o artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), por exemplo, para o usuário, prevê penas de advertência e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo; a Lei 12.299/2010, que alterou o Estatuto do Torcedor, no seu artigo 41-B, §2º, determina ao juiz converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de 3 (três) meses a 3 (três) anos, de acordo com a gravidade da conduta, na hipótese de o agente ser primário, ter bons antecedentes e não ter sido punido anteriormente pela prática de condutas previstas no mesmo artigo (41-B); a Lei de crimes Ambientais (lei 9.605/1995) trouxe, no artigo 13, o recolhimento domiciliar como pena alternativa, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar cursos ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória; por fim, prescreve o Código de defesa do Consumidor que, além das penas privativas de liberdade e de multas, podem ser impostas, cumulativas ou alternadamente, observando o disposto nos artigos 44 a 47 do Código Penal.

#### **4.5.2 Prestação Pecuniária**

A primeira espécie de pena restritiva de direitos indicada pelo artigo 43 do Código Penal é a prestação pecuniária (e que não se confunde com a multa, como logo se demonstrará), novidade introduzida pela Lei 9.714/1998.

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 um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

O valor pago a título de prestação pecuniária será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

#### **4.5.3 Perda de Bens e Valores**

A perda de bens e valores, sanção alternativa também introduzida pela Lei 9.714/1998, 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 criminoso obtido pelo agente ou por terceiro.

#### **4.5.4 Prestação de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas**

A prestação de serviços, aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, consiste na execução de atividade à comunidade ou a entidades públicas (exemplo: hospitais, escolas, orfanatos, programas comunitários).

Será prestada de forma gratuita, sem gerar vínculo empregatício com o Estado, devendo ser observada, para a atribuição das tarefas, as aptidões de reeducando.

#### **4.5.5 Limitação de Fim de Semana**

Nos termos do artigo 48 do Código Penal, 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, podendo ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas nesses períodos. Visa à reestruturação intelectual e social do condenado.

#### **4.5.6 Interdição temporária de direitos**

Existem cinco espécies de pena de interdição temporária de direitos, previstas no artigo 47 do Código Penal:

a) Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

- b) Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- c) A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Essa espécie de pena restritiva de direitos foi tacitamente revogada pelo Código de Trânsito Brasileiro;
- d) Proibição de frequentar determinados lugares;
- e) Proibição de inscrever-se em concursos, avaliação ou exame públicos. Inovação trazida pela Lei 12.550/2011, esta proibição deve ser aplicada, em especial (e não exclusivamente), aos candidatos que concorrerem, direta ou indiretamente, para as fraudes de certames públicos, compreendendo concurso público, avaliação ou exame públicos, processos seletivos para ingressos no ensino superior, exame ou processo seletivo previstos em lei.

#### **4.6 Da Substituição das Penas Privativas de Liberdade pelas Penas Restritivas de Direito**

Dispõe o artigo 44 do Código Penal que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando presentes os requisitos legais.

Qual o prazo da pena restritiva? As penas restritivas de direito terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Substituição da pena nos crimes dolosos:

Nos crimes dolosos, a substituição da pena privativa de liberdade depende do preenchimento de quatro requisitos, dois de natureza objetiva e dois de natureza subjetiva. São eles:

Pena aplicada não superior a quatro anos (a Lei de Crimes Ambientais, ao prever o mesmo instituto, estabeleceu como requisito objetivo a pena inferior a quatro anos, restringindo as hipóteses de concessão do benefício. Lei 9.605/1998);

Crime cometido sem violência real ou grave ameaça à pessoa;

Não ser condenado reincidente em crime doloso;

Seja indicada e suficiente a substituição da pena.

Ainda que verificada a reincidência, permite-se a conversão da pena se o condenado não for reincidente específico desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável.

Nos crimes culposos, qualquer que seja a pena (não importando o delito cometido), permite-se a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A vedação expressa na Lei de Drogas (lei 11.343/2006), que foi também declarada

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal teve sua eficácia suspensa por meio de resolução do Senado Federal.

Cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, avaliar se estão presentes os requisitos que autorizam a substituição, observando, ainda, o princípio da suficiência da pena alternativa diante da gravidade do crime hediondo (ou equiparado) cometido pelo sentenciado, evitando, assim, insuficiente intervenção do Estado. Aliás, em várias oportunidades, o Supremo Tribunal Federal vem reafirmando o seu posicionamento sobre a inconstitucionalidade de qualquer cláusula legal que veda, apenas com base na gravidade em abstrato do crime, benefícios penais ou processuais. Vislumbra, nessas situações, um abuso do poder de legislar por parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional.

Presentes os requisitos que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o Código Penal, no artigo 44, §2º, anuncia as regras de substituição, não importando se o crime julgado é punido com reclusão ou detenção, doloso ou culposo: se a sanção privativa de liberdade imposta na sentença não suplantará um ano deverá ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direito; se superior a um ano, o juiz deve optar substituí-la por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

#### **4.7 Da Pena de Multa**

O não pagamento voluntário da multa implicava na sua conversão em privativa de liberdade. Com o advento da Lei 9.268/1996, não mais se admite a conversão, encarando-se a multa não paga como dívida de valor, aplicando-lhe as normas da legislação relativa a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptas e suspensivas da prescrição.

#### **4.8 Suspensão Condicional da Pena (SURSI)**

Dentro do espírito de evitar o recolhimento do condenado à prisão (de curta duração), o nosso ordenamento penal prevê o “sursis”, instituto de política criminal que suspende, por um tempo certo, a execução da pena privativa, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições.

Apesar de no passado já se ter rotulado o instituto como espécie de graça, nota-se que a suspensão condicional da pena constitui condenação, pois modificam-se a forma de cumprimento da sanção penal.

Da combinação dos artigos 77 e 78 do Código Penal, o legislador nos apresenta quatro espécies de “sursis”: “sursis” simples (artigo 77 concominado com o artigo 78, §1º, “sursis” especial artigo 77 concominado com o artigo 78, §2º), “sursis” etário (artigo 77, §2º, 1º parte) e “sursis” humanitário (artigo 77, §2º, parte).

Só beneficia de “sursis” etário o condenado maior de setenta anos (não importando a sua condição física), enquanto que no humanitário, razões de saúde que justifiquem a suspensão (doenças que têm o tratamento impossibilitado no regime prisional).

Extinção: Nos termos do que o artigo 82 do Código Penal, expirado o prazo sem que tenha havido revogação de sursis, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

Artigo 77 A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

- I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;
- II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício; III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.  
 §2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

#### **4.9 Do Livramento Condicional**

O livramento condicional é uma medida penal consistente na liberdade antecipada do reeducando, etapa de preparação para a soltura plena, importante instrumento de ressocialização.

O benefício é decorrência do sistema progressivo de cumprimento de pena (porém, para sua concessão, não pressupõe a passagem por todos os regimes prisionais).

Sua previsão legal se encontra no artigo 83 do Código penal, sendo de competência do juízo da execução penal, motivo pelo qual a matéria está bem detalhada nos artigos 131 a 146 da Lei de Execução Penal.

Nos termos do artigo 84 do Código Penal, o magistrado deverá somar as penas aplicadas

em processos diversos para a verificação desse requisito. Alerta Mirabete que as penas que devem ser somadas são apenas aquelas por cumprir e não outras já cumpridas e declaradas extintas anteriormente. Caso contrário, o condenado, ao cumprir penas, ficaria sempre com um crédito a ser descontado no lapso temporal exigido para a concessão do benefício.

“Artigo 83 O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos (...)”

#### **4.10 Prisão Cautelar**

Conforme depreendido neste capítulo, o legislador pátrio não foi insensível quanto à liberação do preso de seu cárcere. Pelo contrário, apresentou ao magistrado muitas alternativas à pena de prisão, e que vem sendo cumpridas as substituições, aliás, por serem muitas delas, direito subjetivo do apenado.

Em que pesem as considerações de vários doutrinadores, no sentido de que os juízes brasileiros preferam prisão à pena alternativa, temos de discordar porque, principalmente em comarcas pequenas, tais procedimentos vêm sendo adotados, o que vem até mesmo causando certo desconforto à população, que muitas das vezes não veem com “bons olhos” a aplicação de tais penas alternativas, confundindo assim com a falta de punibilidade.

Até mesmo em relação à prisão cautelar nosso legislador andou bem diante da admissão do instituto da fiança, que consiste no recolhimento de certo valor para que o réu responda o processo em liberdade.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, a liberdade provisória com fiança era compreendida apenas como medida de contracautela que substituíra a prisão em flagrante, mediante a prestação de caução, assumindo o agente, como condição de manutenção de sua liberdade, o compromisso de cumprir certas obrigações processuais, sob pena de imposição de outras medidas cautelares, ou, se for o caso, a revogação da liberdade e restauração da privação de sua liberdade de locomoção.

Com as modificações produzidas pela Lei 12.403/2011, a liberdade provisória com fiança deixa de ser apenas uma medida de contracautela, e passa a funcionar também como medida cautelar autônoma, podendo ser determinada pelo juiz nas infrações que admitem a fiança, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Além do mais, recentes alterações no instituto da prisão, tratadas no nosso Código de

Processo Penal dão o tom e ditam a tendência em relação à prisão cautelar, a qual será adotada como última forma de acautelamento do autor de crime.

Art. 282 As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

De acordo com a Lei 12.403/2011, as medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes:

- a) Comparecimento periódico em juízo, no prazo e condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- b) Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indicado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- c) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indicado ou acusado dela permanecer distante;
- d) Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução: de acordo com o artigo 320 do Código de Processo Penal, a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indicado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas;

- e) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- f) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- g) Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;
- h) Fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- i) Monitoração eletrônica.
- j) Essa aplicação do leque de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão cautelar proporcionará ao juiz a escolha de providência mais ajustada ao caso concreto. Em certas situações, a adoção dessas medidas pode inclusive evitar a decretação da prisão preventiva, porquanto o juiz pode nelas encontrar resposta suficiente para tutelar à eficácia do processo, sem necessidade de adoção de medida do cárcere.

## 5 RESSOCIALIZAÇÃO X PRISÃO

Veja bem, socializar é desenvolver relações sociais entre os indivíduos, assim, ressocializar é desenvolver relações sociais entre indivíduos que em algum tempo já o tiveram.

Haroldo Caetano da Silva, em seu “Ensaio sobre a Pena de Prisão” cita a percepção de Rodrigo Moretto sobre o assunto:

A retirada do condenado do tempo social faz com que esse perca a variável à qual estamos na atualidade todos presos, pois é ela quem comanda o homem moderno do mundo digital, o qual tem o futuro sempre antecipado, mas que, ao mesmo tempo, jamais chega a ele, quebrando de vez por todas, a lógica causa (passado) efeito (futuro). Baseados nessa visão, podemos fundar nossa primeira crítica, ou seja, a retirada do homem da sociedade e de seu tempo prendendo-o a um passado denominado delito, e de forma alguma é capaz de restabelecer socialização, partindo-se do pressuposto de que esse cidadão já ter sido considerado como socializado. Numa visão moderna, considerando-se o tempo experimentado pela Física, o qual segue uma flecha, não há como sustentar que, aplicando-se medidas (re), consiga-se direcionar

o sujeito para a direção da entropia, ou seja, para o futuro. O mesmo podemos ver em outras áreas, dentre elas a Neurociência; a retirada do cidadão do seu ritmo temporal, induzindo-lhe outro ritmo, em vez de ser algo benéfico, é um malefício, visto que desestrutura não só suas relações de percepção externa como afeta seus relógios biológicos, chegando ao ponto de tornar-se irreversível tal patologia.

Para o referido autor, Haroldo Caetano da Silva, consiste num antagonismo sem igual querer ressocializar alguém, encarcerando-o. Isso porque se o Estado isola o condenado, como fazê-lo voltar ao seio da sociedade em que vivia estando o mesmo longe dessa sociedade? No encarceramento do condenado haveria apenas a imposição de um castigo desumano e nada mais. Esperar que uma pessoa afastada da comunidade em que vive, se recupere e torne-se capaz de viver de forma melhor da vida em que vivia é pura utopia. Citado autor ainda critica fervorosamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*) atribuindo a um lamentável equívoco o disposto em seu art. 5º § 6º: “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Por outro lado Damasceno de Assis defende a estruturação do instituto de prisão para fim de ressocialização:

Quando se defende que os presos usufruam as garantias previstas em lei durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, a intenção não é tornar a prisão um ambiente agradável e cômodo ao seu convívio, tirando dessa forma até mesmo o caráter retributivo da pena de prisão. No entanto, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema da segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se. (ASSIS, 2007, p. 76)

Outro argumento de que a pena de prisão não passa de severo castigo aplicado pelo Estado aos seus “vassalos”. Sim, “vassalos” porque a pena de prisão, ao que nos parece, somente é aplicada aos negros e analfabetos ou pessoas de baixa escolaridade. Para esses, funcionaria a prisão como ressocializadora, mas e quanto aos crimes cometidos pelo “alto escalão?” Os casos mais recentes, e que abalaram nosso país diz respeito ao processo penal ocorrido no STF (Supremo Tribunal Federal), nossa mais alta corte judiciária, onde foram julgados, condenados e encarcerados, os políticos corrompidos, grandes empresários e altas autoridades como ministros do Estado. Terão eles se ressocializados após cumprirem parte de

suas penas em regime fechado? Alguém acredita no “sim” a esta indagação?

O outro caso, esse ainda mais recente diz respeito aos vários crimes cometidos também pelo alto escalão, ou seja, diretores da Petrobrás e, mais uma vez os diretores que controlam as maiores empresas do país, caso apelidado pela imprensa de “Petrolão”. Será que tais empresários e autoridades públicas se ressocializarão depois de cumprirem suas penas. É claro que não. Isto porque, conforme já afirmado em parágrafos anteriores, a pena de prisão é apenas castigo a eles, e, numa escala menor a prevenção, ou seja, o exemplo dado para que nenhum cidadão descumpra o “contrato social” com vistas ao bem comum.

### 5.1 Prisão e o Princípio da Dignidade Humana

A pena de prisão, nos termos em que é efetiva pode atentar contra a dignidade humana, princípio norteado e previsto no artigo 1º de nossa Lei Maior:

Artigo 1º. A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamento:  
 I – ...;  
 II – ...;  
 III – a dignidade da pessoa humana;

Traduzindo tal princípio, temos que o ser humano é o fim último da atuação do Estado, e segundo José Afonso da Silva em seu “comentário contextual à Constituição”, (página 37), “é a fonte de imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio”. Em aplicação a esse princípio no âmbito da pena devemos entender que o cumprimento da mesma deve se dar com a vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório.

Na jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal) há diversos julgados da aplicação deste princípio quando da aplicação de pena de prisão:

Prisão preventiva. (...) Autos instruídos com documentos comprobatórios do debitado estado de saúde do paciente, que provavelmente definirá na prisão sem a assistência medica, de que necessita o estabelecimento prisional reconhecendo não ter condições de presta-la. O artigo 117 da LEP determina, nas hipóteses mencionadas em seus incisos, o reconhecimento do apenado, que se encontre no regime aberto, em residência particular. Em que pese à situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691/STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)”. (HC 98.675, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09.06.2009, 2º Turma, *DJe* 21.08.2009; grifos nossos) No mesmo sentido: RHC

94.358, Rel. Min Celso de Mello, julgamento em 29.04.2008, 2º Turma, *Informativo STF*, n. 504.

No STJ não é diferente:

Reconhecimento da inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por alternativa no crime de tráfico ilícito de drogas (Lei n. 11/343/2006, arts. 33, §4º, e 44): A questão cinge-se a determinar se é possível, a despeito da redação do art. 33, §4º, e do art. 44, ambos da Lei n. 11.343/2006, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. 2. Argumentação de que a proibição à substituição de pena viola os princípios da dignidade da pessoa humana, individualização da pena, bem assim o da proporcionalidade. 3. Tais princípios constituem verdadeiras normas jurídicas, de *status* constitucional e aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), garantias fundamentais insuscetíveis de suspensão por emenda (art. 60, §4º, IV, CF). (...) 5. Acolhida a arguição do inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena contida no §4º do artigo 33 e no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006 (...)

Proibição do recolhimento de preso em contêiner: “Prisão (preventiva)”. Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais). 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Código Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. *Habeas corpus* deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições (HC 142.513/ES, Rel. Min. Nilson Naves, 6º Turma, julgado em 23.03.2010, *DJe* 10.05.2010).

Citem-se, por fim, decisões de tribunais estaduais e regionais:

Concessão de regime albergue- domiciliar diante da ausência de Casa do Albergado na Comarca: “o condenado não pode ser prejudicado pela displicência estatal, quando não institui casa do albergado, conforme estabelecido nos artigos 93 a 95 da LEP. No ponto, o princípio da dignidade da pessoa humana assume primazia no sopesamento com a legalidade, até porque, trata-se de uma solução excepcional” (TJRJ, AEP, 2009.076.00745-RJ, 7º Câm. Crim., Rel. des. Siro Darlan de Oliveira, julgado em 20.10.2009).

## 5.2 Pena de Prisão e Prevenção do Crime

A função preventiva da pena está estampada no artigo 59 “*in fine*” de nosso CPB, “*in verbis*”:

O juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...).

A prevenção se faz demonstrando às pessoas que as mesmas não devem cometer infrações penais porque o sentenciado as praticou e por isso está sendo castigado.

Mas, como explicar aos leigos que, com a progressão de regime, alguém que praticou determinado crime, utilizando-se de violência ou não, já se encontra de novo participando da sociedade após o cumprimento de apenas meses de segregação? Isto não é prevenção, mas, ao contrário, é incentivo a prática de crimes.

Exemplificando, se um cidadão com bons antecedentes e de acordo com as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, vem a praticar um homicídio, art. 121 do CPB, terá direito à penalidade mínima que é de 6 (seis) anos. Ao cumprir um sexto dessa pena no regime fechada 1 (um) ano colocado no regime semiaberto, portanto poderá participar da comunidade de dia e somente se recolher-se à noite e, ao cumprir mais um sexto do restante da pena, estará apto a ingressar no regime aberto, sendo que, como faltam Casas de Albergado, os juízes têm determinado a “prisão domiciliar” do progredido. E quem fiscalizará tal cumprimento? Quem garantirá tal cumprimento? Ninguém. Não há nenhum órgão responsável para tal fiscalização.

Trata-se de um incentivo à prática de delito e não prevenção. Assim com inteira razão escreve Armida Bergamini Miotto:

Não é raro ler-se ou ouvir-se, nos meios de comunicação, algo deste feitio: Fulano foi condenado a tantos anos de reclusão; com tal benefício, a pena fica reduzida a tanto; com tal outro benefício, reduzida a tanto; então terá cumprido um terço da pena (ou terá cumprido metade, se Fulano é reincidente), podendo receber o livramento condicional. Às vezes, a notícia é acompanhada de algum comentário, como: É incrível que, tendo fulano cometido tal crime, já possa estar solto daqui a dois anos... daqui a menos de dois anos... Quando o condenado está em caso legal de ser recolhido desde o início do cumprimento da pena em Casa do Albergado, a perplexidade se

manifesta em termos aproximadamente assim: Beltrano foi condenado, mas não foi colocado na prisão; foi mandado para a Casa do Albergado, o que quer dizer que ele está totalmente solto. (...) Esse é o quadro que os acusados, os réus, conhecem tão bem, ou melhor, eu outrem. Se condenados, eles mesmos, ao tomar conhecimento da sentença condenatória, fazem o seu cálculo dos „descontos” e previsão da data em que (eles têm certeza...) já “estarão na rua”. (MIOTTO, p. 24-25).

## 6 CONCLUSÃO

Não resta qualquer dúvida de que a pena de prisão, como agora é executada está falida, e o fracasso se deu, lamentavelmente porque o estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária, e por hora urgente, humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à pena privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformados em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Nos dias atuais, o que mais ocorre nos tribunais e nos fóruns das comarcas é a substituição da pena de prisão por penas alternativas ou por multa. Mesmo assim, o índice de reincidência é gritantemente crescente. Os erros que ocorrem para que esta situação ocorra não estão presentes quando da sanção das leis, ou mesmo quando da aplicação das mesmas, mas sim na fase de execução.

Senão, vejamos: após a prática de delito o seu autor é julgado e, se condenado, o juiz aplica-lhe a pena privativa de liberdade e, a substitui por restritivas de direitos, tais como a prestação de serviços comunitários, ou alguma outra alternativa, a pergunta que se faz é, quem deverá fiscalizar o réu? Legalmente, ninguém! Não há organização legalmente constituída para tal fim. Nas comarcas menores ainda se pode contar com a caridade das pessoas e dos policiais.

O mesmo ocorre quanto às prisões residenciais, ou seja, quando os juízes aplicam o regime aberto e, por falta de local adequado (Casa do Albergado), transformam o cumprimento em prisão domiciliar, onde o réu deverá permanecer recolhido em sua própria residência. Mais uma vez se apela à caridade alheia e, nos grandes centros, somente descobre-se que o apenado não vem cumprido à determinação quando o mesmo infringe as normas e pratica nova infração criminal.

É aí que reside o fracasso também das medidas alternativas no que se refere às finalidades de retribuição e prevenção, ou seja, as pessoas que ainda não delinquiram observam tais passagens e realmente acreditam na impunidade, funcionando tais fatos ao reverso, incentivando as práticas infracionais. O mesmo mecanismo funciona no interior do próprio apenado que não se sente punido por seus atos.

O mesmo se diga das penas privativas de liberdade. Nem o recurso material, que é básico e necessário à sobrevivência, como a higiene, por exemplo, não são fornecidos aos apenados.

Dessa forma, outra inferência não pode chegar senão a de que houve a falência da pena de prisão principalmente pela falta de investimento do Estado nesse setor, aliás, dúvidas ainda

há se não seria melhor trocar a palavra principalmente por somente. Não basta apenas criar ou aplicar as penas alternativas, mas também estruturar inclusive em forma de organogramas com vistas à organização para os fins de efetivar realmente os institutos já existentes e os que ainda poderão surgir.

A nossa lei de execução penal é muito boa e funciona perfeitamente, mas somente teoricamente, e, se na prática não atende a qualquer finalidade, quem deve ir para o banco dos réus é o estado. Num sistema penitenciário falido como se faz a reinvenção do condenado á sociedade da qual ele foi retirado pelo Estado? Tal sistema acaba por corromper ainda mais a personalidade do apenado.

O sistema adotado pela lei de execução penal é perfeito porque num primeiro momento isola o agente por pouco tempo suficiente para reflexão e aceitação por parte do preso, de sua nova realidade de vida. Depois de um sexto da pena enclausurado, mas tendo seus direitos respeitados, aí sim, passa a ressocializar o detento por seu trabalho e estudo, afastando-se, paulatinamente, de seu cárcere inicial.

Chega a dar fobia ao concluir tal assunto quando confrontamos nossa realidade atual, pois muito já se falou sobre o assunto e nada vimos acontecer no campo da realidade. A ressocialização é um problema político social do Estado e, enquanto não houver vontade política de nossos governantes estaremos diante de um problema sem solução, e não para por aí, pois mesmo que o preso se ressocialize e até, por exemplo, aprenda uma profissão durante o cumprimento da pena, deverá ser criada condições para que o mesmo consiga trabalhar ao retornar à sociedade.

A solução que se impõe é a criação de um dispositivo legal que efetivamente imponha ao Estado o seu cumprimento, a exemplo do que foi feito com a Educação, ou seja, exigir que o Estado gaste com o sistema penitenciário uma fração ou porcentagem daquilo que foi arrecadado através de tributos, para que seja cumprida fielmente nossa lei de execuções criminais, abrindo assim espaço suficiente para que a pena aplicada, seja ela prisão ou até a alternativa, seja executada com dignidade para a pessoa a ser ressocializada. Fora isso, a solução ao problema exposto ficará eternamente no campo da utopia.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Rafael Damasceno. A Realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Artigo Publicado na Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf>> Acesso em: 10 de Jan. 2019.
- CURIA, Luiz Roberto e NICOLETTI, Livia Céspedes. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- EWERTHON, Tobace, Proibidos de falar português, presos brasileiros no Japão recorrem a cartas, Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120905\\_presos\\_japao\\_et.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120905_presos_japao_et.shtml)> Acesso em: 10 de Jan. 2019.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.
- GIANNI, Caso, Sistema Prisional na Itália Disponível em: <<http://www.focolare.org/pt/news/2013/11/20/carceri-in-italia-sviluppare-la-relazione/>> Acesso em 09 de jan. 2019.
- GEORGE, Karimi, **China - Sociedade Chinesa**, Disponível em: < <https://www.epochtimes.com.br/visao-dentro-brutal-sistema-prisional-china/#.VkhZDNKrSM->> Acesso 13 de jan. 2019.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 8º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13º ed. Niterói: Impetus, 2018.
- JESUS, Damásio. **Direito Penal Parte Geral**. 33º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro .**Nova Prisão Cautelar**. Niterói: Impetus, 2016.
- MACIEL, Welliton Caixeta, **Vigilância e Controles Eletrônicos no Sistema Prisional**, 22 de novembro de 2018 Disponível em: < <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/vigilancia-e-controles-eletronicos-no-sistema-prisional-aproximacoes-entre-brasil-canada-e-franca/>> Acesso em: 09 de jan. 2019.
- MILTON, Maluleque, **África do Sul lidera lista de países africanos com maior número de reclusos**, Disponível em: < <http://www.verdade.co.mz/africa/50472-africa-do-sul-lidera-lista-de-paises-africanos-com-maior-numero-de-reclusos>>. Acesso em: 13 de jan. 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8º ed. São Paulo: Forense, 2017.
- VICTOR, Bellizia, **Sistema penitenciário cubano: um exemplo!** Disponível em: <<http://www.diarioliberalidade.org/america-latina/repressom-e-direitos-humanos/37446-sistema-penitenc%C3%A1rio-cubano-um-exemplo.html>> Acesso: 19 de Jan. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.