

## **A FUNÇÃO DA PENA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

### **HELON GOM ES ROSA**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário São Jose

#### **Orientador**

Professor Gláucio de Almeida Castelo Branco

### **RESUMO**

O presente estudo aborda o tema A Função da Pena e o Sistema Prisional Brasileiro. A ressocialização do apenado em condições de privação de liberdade apresenta-se para uma parte da sociedade como principal responsável pela crise vivenciada pelo sistema prisional brasileiro, o que nos leva ao questionamento de que a pena não está cumprindo a sua função. De um lado há um sistema prisional muito questionado e de outro uma sociedade perplexa diante do avanço sem controle da violência clamando por penas mais severas. Visando contribuir para o entendimento do fenômeno, é analisada a evolução das penas o sistema penitenciário e a função da pena no sistema prisional brasileiro as quais apontam para a necessidade da ressocialização de parte da massa carcerária por intermédio de práticas organizacionais que envolvem a reeducação e a reintegração social

**Palavras-chaves:** Pena, Sistema Penitenciário, função da pena

### **INTRODUÇÃO:**

Pode-se observar que no decorrer deste trabalho houve uma constante e efetiva evolução na pena pública, de forma a atenuar o modo pelo qual o Estado pune os infratores. Não se pode negar que ainda resta muito a ser feito com relação à política criminal no país, que tem a pena prisão como eixo principal do sistema de pena, todavia houve avanço significativo na busca de uma maior colaboração entre o judiciário e o sistema prisional.

O Estado mune-se com um arsenal de cominações e métodos a proporcionar ao apenado melhores condições no cárcere. Todos com a finalidade dupla de punir o infrator e de reeducá-lo. É fato que a punição começa a ser materializada no ato de sua prisão e a sua reeducação tem que ser efetivada durante a execução da pena.

No entanto, o que se pode comprovar é um sistema prisional continuamente em crise, o que justifica o fato de que a pena não está cumprindo a sua função social da maneira que propõe a Lei de Execução penal.

A forma progressiva no sistema penal brasileiro veio com a finalidade de colocar o condenado gradativamente de volta ao convívio na sociedade. Contudo é público e notório que boa parte dos beneficiados, quando encontram a sua primeira oportunidade, em vez de retornar efetivamente ao seio da sociedade, boa parte dela não o faz. Embora não haja números oficiais, calcula-se que no Brasil 90% dos ex-detentos que já cumpriram pena voltam a delinquir, e conseqüentemente retornam ao sistema prisional. Restando claro que, a pena não consegue impor ao apenado o seu sentido de responsabilidade e muito menos fazê-lo repensar acerca do mal que causou a sociedade com o seu ato delituoso.

Para muitos sociólogos, estudiosos do assunto essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade. Mas independentemente das condições de funcionamento do estabelecimento prisional, mesmo nos mais modernos e bem equipados presídios dos países chamados primeiro mundo, ainda não se comprovou a possibilidade de uma prisão ressocializadora, capaz de transformar o indivíduo criminoso em não crimino na proporção desejável pelo poder público. Essa constatação não pode ser desprezada, pelo contrário, há de criar um ambiente que permita ao indivíduo criminoso, que tenha como objetivo o interesse em retornar ao convívio social, as condições necessárias e objetividade para que isso se materialize. Em contrapartida endurecer as penas para o reincidente e o que cometer os denominaados crimes hediondos.

O que se deveria buscar em um sistema prisional que tem a prisão como principal modalidade de sanção, para os que efetivamente manifestarem vontade de

tornarem-se ressocializados, era um modelo mais efetivo de penas alternativas com suporte em fundamentos verdadeiros, para levá-los ao seu aperfeiçoamento.

Não se pode esquecer que os limites ao poder de punir encontram-se definidos em nossa Constituição Federal, em diversos princípios consagrados, em especial no Princípio da Dignidade Humana.

A Constituição Federal também dispõe em seu art. 3º, inc. I, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A Lei de Execução Penal (LEP) determina, no seu artigo 5ª, que os presos ao ingressarem no sistema penitenciário, sejam classificados, segundo os seus antecedentes e personalidades, para orientar a individualização da execução penal.

O artigo 6ª da (LEP), por sua vez, ordena que as classificações desses apenados devam ser feitas por intermédio de uma Comissão Técnica de Classificação - CTC, comissão que deverá elaborar um programa individualizador. Acrescenta o mesmo comando que essa Comissão acompanhe a execução dessas penas privativas de liberdade e restritivas de direito.

A ressocialização é o fim proposto de todas as penas aplicadas no Brasil, portanto o Estado ao aplicá-las tem que dispor de meios necessários para que possam ser efetivadas. Devendo ser compreendidas como finalidade de criar condições, durante a execução da pena, para que o indivíduo possa levar uma vida sem cometer novos delitos, servindo assim, para a prevenção da reincidência.

Portanto, é de grande importância e relevância para a harmonia geral das organizações sociais, as discussões que giram em torno da matéria, em face da criminalidade crescente e a crescente banalização da vida pelo indivíduo que comete delito e busca sua liberdade, mas não um verdadeiro interesse em voltar ao convívio social, e sim de maneira que a sociedade possa repensar que a sua reincidência deva ser explicada simplesmente transformando o sistema prisional como o maior culpado, e assim refletir numa questão muito mais complexa.

Em síntese, este trabalho monográfico tem como fim proposto fomentar um pensamento crítico, questionador, acerca da importância social que envolve a matéria como forma de uma colaboração na construção de novos mecanismos de controle social que não tenha só a prisão seu principal referencial.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Direito Penal tem o encargo ético-social de garantir a segurança jurídica mediante a proteção mínima dos bens jurídicos essenciais e prevenção das condutas ofensivas. A sanção penal é um dos principais elementos distinto do Direito Penal dos demais ramos do Direito.

A pena criminal é uma sanção imposta coercitivamente pelo Estado ao autor de uma infração penal. Ao cometer o ilícito, este sofre perda ou restrição de bens jurídicos relevantes que, no direito brasileiro, materializam-se sob a forma de penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, não se limitando a estas, conforme se subentende da leitura do art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal quando dispõe: “*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:...*”

É a pena, em última análise, que exterioriza a gravidade da conduta ilícita, ela demonstra qual o valor do bem jurídico protegido. E são impostas pelo Estado juiz no exercício do direito de punir (*jus puniendi*), tendo por finalidade restringir o direito de ir e vir do condenado imputando-lhe a prisão.

Encontramos várias conceituações propostas pela doutrina

No conceito apresentado por Damásio Evangelista de Jesus<sup>1</sup>:

"Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, o autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos".

Luiz Regis Prado<sup>2</sup>:

“penas são conseqüências jurídicas do delito, são reações jurídicas aplicáveis à prática de um injusto punível”.

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 13,p. 368.

<sup>2</sup>PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 8. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: RT, 2008, p. 288.

Para Rogério Greco<sup>3</sup>:

"a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando um agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer seu *ius puniendi*".

Fernando Capez<sup>4</sup>:

Sanção penal de caráter aflictivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua reabilitação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Como instrumento jurídico do Direito Penal, a pena é a coerção material e se funda na culpabilidade do autor de um fato típico e ilícito, já a coerção penal formal é a medida de segurança, a qual se funda na periculosidade do indivíduo.

Já as penas alternativas, funcionam como substitutivos penais para as penas privativas de liberdade. É uma sanção de natureza diversa da prisão se constituindo em meios eficazes de evitar que o condenado, venha sofrer uma imputação de uma medida ou pena privativa de liberdade.

As penas restritivas de direito visam restringir direito e limitar a liberdade do condenado, e as penas restritivas pecuniárias, assim como as penas de multa, visam ressarcir o dano que este causou com sua conduta delitiva.

## **Histórico**

Ao fazermos uma retrospectiva na história das penas, podemos perceber que o direito de punir está estritamente ligado a história do poder. Retratando o processo de poder mais primitivo: o direito de punir. Não existe poder mais incisivo queo de tirar a liberdade ou mesmo, a vida de um ser humano.

Atualmente só o Estado está autorizado a punir, por decisão de membro do Poder Judiciário: o juiz. Mas nem sempre foi assim. Os Romanos já faziam a distinção entre delitos públicos (*crimina*) e, delitos privados (*delicta*). O primeiro

---

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*: parte geral. vol.1 ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 485.

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 632.

merecia a pronta reação da autoridade, sem iniciativa da pessoa ofendida. O segundo somente a vítima cabia a perseguição.

Para melhor entendimento da evolução das penas no sistema penal brasileiro é necessário que se faça um pequeno breve histórico das penas, pois o sistema penal brasileiro foi se desenvolvendo de acordo com a evolução das legislações penais e processuais, muito influenciadas pelo o que ocorria em quase todo o mundo, especialmente na Europa.

Antes não havia um sistema penal propriamente dito, a prisão era utilizada como uma espécie de contenção e não como pena. Os criminosos eram recolhidos a prisão para aguardar o seu julgamento ou a execução de sua pena, o que não raramente, os conduziam a pena de morte, não existia um sistema organizado de princípios penais no tempo primitivo.

Portanto crime e pena sempre caminharam juntos. O crime é uma ofensa a um bem jurídico relevante o qual na atualidade cabe somente ao Estado tutelar. Ofendido este bem, cabe o Estado dar resposta ao infrator através de uma pena.

Com a evolução social, surge a Lei de Talião (talis = tal), que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.<sup>5</sup>

Posteriormente, surge a composição, sistema pelo qual o ofensor se livrava do castigo com a compra de sua liberdade (pagamento em moeda, gado, armas etc.). Adotada, também, pelo Código de Hamurabi, pelo Pentateuco e pelo Código de Manu (Índia), foi a composição largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das formas modernas de indenização do Direito Civil e da multa do Direito Penal.

Ressaltando que a composição representava um caráter misto de ressarcimento e pena. Numa das espécies de composição chamada *Werneld* ou *Manngel*, impunha-se a soma em dinheiro a ser pago a vítima, em caso de homicídio e crimes a ele assimilados. Já, a segunda espécie, a *Busse* era indenização aplicável aos crimes de menor gravidade.

---

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 36.

Por muito tempo, a religião exerceu um domínio absoluto sobre as coisas humanas. A falta do conhecimento científico era suprida pela fé. As crenças religiosas formulavam as explicações necessárias, dentro deste contexto surge a fase da vingança divina.

Na fase da vingança divina, o Direito Penal impregnou-se de sentido místico, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. O castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação. Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, mas esses princípios foram adotados na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livros das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (Pentateuco).

Aos poucos a vingança tornou-se um embaraço à convivência entre os homens. Injustiças eram praticadas instalando-se um círculo vicioso de violência.

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que na Grécia governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com aplicação da Lei das XII Tábuas. Em fase posterior, porém, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato), em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais.

Já o Direito Penal germânico primitivo não era composto de leis escritas, mas constituído apenas pelo costume. Ditado por características acentuadamente de vingança privada, estava ele sujeito à reação indiscriminada e à composição. Só muito mais tarde foi aplicado o talião por influência do Direito Romano e do cristianismo. Outra característica do direito bárbaro, foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. No processo, vigoravam as "ordálias" ou "juízos de Deus" (prova de água fervente, de ferro em brasa etc.) e os duelos judiciais, com os quais se decidiam os litígios, "pessoalmente ou através de lutadores profissionais".

Conforme se verificou, durante vários séculos a prisão serviu de contenção nas civilizações mais antigas como Roma, Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia, etc. Consistia a prisão em um lugar de custódia e de tortura, e assim se prolongou durante um grande período da história. E assim também no Brasil.

A Idade Média inicia-se com o fim do Império Romano Ocidental e seu término foi caracterizada pela invasão dos turcos a Constantinopla, em 1453. (Séc. XV).

Da mesma forma, que na antiguidade não se conhecia a pena com privação de liberdade, o mesmo se deu na Idade Média, mantida algumas destas conceitualidades e condutas até à Idade Moderna.

Para a contenção dos criminosos não havia a necessidade de um local específico, ainda não se tinha a prisão como punição aos delinquentes, pois o cárcere era visto apenas como local de custódia para manter aqueles que seriam submetidos a castigos corporais e à pena de morte, garantindo, dessa forma, o cumprimento das punições.

Na Idade Média surge a jurisdição eclesiástica da Santa Inquisição, e a jurisdição secular, adotada com apoio no direito comum (romano-canônico) e nos costumes locais, sedimentadas entre os povos originários da Europa e os bárbaros que, à partir do século V, foram se instalando nesse continente. As penas neste período eram geralmente a de morte a ser executada preferencialmente na fogueira.

Em, 1500, Portugal fez do Brasil sua colônia. Em 1536, a Inquisição instalou-se em Portugal, a pedido do Rei João III. Quando o Brasil passou a integrar os mapas geográficos, obteve de Portugal um sistema jurídico já estabelecido. Vigiam as Ordenações Manuelinas, que substituíram, em 1521, as Ordenações Afonsinas. Mas aplicadas no Brasil, efetivamente foram somente as Ordenações Filipinas, a partir de 1603.

As Ordenações do Reino eram compilações das leis de Portugal e fundamentaram a estrutura judiciária do Antigo Regime. Elas não sedimentaram regras diferentes das fixadas pelo Direito Canônico. Pelo contrário: reproduziram-nas. Coexistiam as normas canônicas e as do poder secular. Este executava a pena de morte para o juízo eclesiástico, após a condenação, pois o sangue desagradava a Igreja (Titulo I do Livro das Ordenações Afonsinas).

O Código Afonsino, primeiro de todos, foi avançadíssimo para a época. Regulamentava assuntos de Administração do Estado e representava o bem o ideal de centralização do poder. O livro V era dedicado aos delitos e às penas; nas suas disposições combatiam a vingança criminal.

Nessa época o nome dado às investigações realizadas pela autoridade para a descoberta de crimes se denomina “Devassa”, a situação dos *jurisconsultos* brasileiros, ouvidores e procuradores, bacharéis, desembargadores e juízes viviam numa conjectura sombria e arrasada. Predominava uma mistura incoerente de princípios romanísticos, barbáricos e canônicos. O direito variava entre as regras de viver e a definição de pecado.

Um bom exemplo para se entender o processo criminal, ainda quando Brasil era colônia de Portugal, é por meio de Tiradentes, acusado de lesa-majestade e condenado à forca em 1792.

Após a vinda da família real para o Brasil, em 1808, normas passaram a ser editadas no Brasil. Eram os alvarás e decretos. Muitos deles concediam perdão e comutavam penas.

O crime de heresia ainda era conhecido pelos juízes eclesiásticos, mas a igreja não executava suas penas. Era o que previa o Código Filipino.

Percebe-se uma grande influência da igreja católica no processo e direito penal. Porém foram necessários alguns séculos até que ela pudesse contribuir para a formação do aparelho judiciários do Antigo Regime. A igreja sobreviveu a Idade Média. Adotando e transmitindo, desde a Antiguidade, organização hierárquica e centralizada, efetivamente burocrática, a instituição conseguiu impor seu direito a estruturas de poder frágeis e fragmentadas.

Conta Ronaldo Vainfas apud Paula Bajer<sup>6</sup> que com a chegada do inquisitor ao Brasil, eram afixados editais de fé nas portas das igrejas, lidos aos domingos. Convocavam-se as pessoas a confessarem suas faltas e delatarem as de outros. Relatava-se também, quais os crimes que deveriam ser comunicados para incentivar a reflexão. Os visitantes anunciavam um período que se chamava de Graça, de 30 dias, para as confissões espontâneas. Feitas em tempo, não acarretariam penas corporais. A inquisição embora subordinada ao rei e não aos bispos, os propósitos

---

<sup>6</sup> BAJER, Paula. Op. cit., p. 16.

de ambas eram os mesmos, e os quadros do Santo Ofício foram preenchidos por membros da hierarquia eclesiástica. A Igreja colaborou com a inquisição. Os confessores da igreja incentivavam delação e confissões ao Santo ofício.

A tortura como meio de prova hoje é tida como cruel, porém era procedimento burocrático normal na Justiça do Antigo Regime. No Brasil, não era diferente. Era clássico, sobre métodos de inquirição, entre os quais a tortura.

Ressaltando aqui que, a Igreja resistiu à Idade Média em razão de sua organização institucional.

Em meados do século XVI, a Europa passava por uma grande crise e a sua população era formada pela maioria de indivíduos pobres. A pena de morte já não era suficiente para conter a criminalidade. A queda dos salários, o desemprego, e a conseqüente ociosidade fizeram proliferar a quantidade de mendigos nas ruas. Por estes motivos a criminalidade chegou a níveis elevados.

Na metade do século XVI, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade.

Delineava-se um cenário em que seria mais lucrativo que a imposição da pena capital, a exploração de braço penitenciário para a execução de muitos trabalhos. Surgem então as casas de correção na Inglaterra, que foram de grande valor histórico e penitenciário, as quais se destinavam a reformar os delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.

No Brasil, a situação só viria a mudar, após a independência ocorrida em 1822, quando se criou a possibilidade de o país formar seu próprio ordenamento penal e processual. A liberdade era esperada há tempo. A consciência nacional inspirada por dificuldades sociais e econômicas e por ideais humanistas revolucionários na Europa e na América do Norte estava em formação no Brasil. O absolutismo já não estava mais de acordo com os novos tempos.

Acreditava-se que na liberdade, como estar a salvo do controle do Estado sobre as condutas individuais, ou seja, acreditava-se na concepção de liberdade que valorizava a lei como único limite para o agir humano.

O direito penal moderno começa a se consolidar a partir das ideias iluministas na segunda metade do século XVIII, e do conceito de Estado pós Revolução Francesa (1789), vindo a influenciar boa parte das legislações mundiais.

Os ideais iluministas já se espalhavam por toda a Europa. No Brasil circulavam vários panfletos e outras publicações que divulgavam as ideias iluministas, e acima de tudo, sobre a liberdade.

Foi neste contexto que a Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março, estabeleceu, no artigo 179, direitos civis e políticos. A Carta de 1824 foi avançada. Dispunha, com bastante precisão, sobre a possibilidade de restrição à liberdade. Apresentava também o que se denomina princípio da legalidade, estabelecendo que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 179, 1º). E dizia mais: “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”.

Porém, a Constituição destinava-se aos poucos brancos e mestiços que votavam. Escravos permaneceram excluídos das novas disposições, pois não eram cidadãos. Somente descendentes de escravos libertos poderiam votar, se financeiramente preparados. Nem mesmo os alforriados eram considerados cidadãos brasileiros. No Rio de Janeiro em 1821, 46% das pessoas eram escravas.

Nota-se, que os paradoxos eram muitos. A carta estabelecia que a lei era igual para todos e consentia a escravidão.

A carta outorgada no Brasil aboliu açoites, torturas, marcas de ferros quentes e outras penas cruéis. Afirmou, também, que as cadeias deveriam ser limpas, seguras e bem arejadas. Permaneceria a pena de morte. A escravidão seria problema do direito civil e da propriedade. No que se refere aos escravos, não vingou a proibição das penas corporais. Às vezes lhes aplicavam o ordenamento, outras, não. Eles eram coisa e gente ao mesmo tempo.

As Ordenações Filipinas continuariam vigentes, no que não contrariasse os preceitos constitucionais, até que editado novo Código de Processo Criminal (1832), cuja elaboração tinha sido determinada, ainda pela Constituição. O rumo do Direito Penal brasileiro só viria a apresentar uma mudança radical com o advento da Constituição do Império (1830), passando do período da vingança pública para o quadro do iluminismo, assim como acontecia em toda a Europa.

Portanto, no Brasil até 1830, o sistema penal permaneceu indefinido e cruel até a edição do Código Criminal do Império, seguida em 1832, pela edição do Código de Processo Criminal. O novo sistema penal era avançado e inspirou outros estatutos na Europa e na América.

Havia uma preocupação real com as prisões e o sistema penal. No Rio de Janeiro, em 1830, ainda existia o calabouço, local horroroso destinado a açoites, prisão e guarda de escravos. Pior que o calabouço era o Aljube, prisão para escravos e não escravos. Muitas vezes, os presos que ali ficavam em condições desumanas não eram registrados e muito menos haviam sido condenados. Não estavam bem determinados crime e penas, aplicadas segundo o livre pensar dos magistrados. Normas proibindo condutas podiam ser emitidas por autoridades administrativas ou judiciais. Em São Paulo a situação também era caótica. A Cadeia da Cidade era depósito de pessoas destituídas de todos os seus direitos.

O primeiro Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado em 1832. Denominava-se Código de Processo Criminal da Primeira Instância. Foi bastante liberal e oferecia muitas garantias de defesa aos acusados. Valorizava os juízes, conferindo-lhes funções importantes.

O Código de Processo criminal, assim como o Código Criminal, distinguia os modos de proceder para crimes públicos e crimes particulares. Os primeiros davam causa à ação penal promovida pelo promotor público ou por qualquer cidadão (quando cabível a ação penal popular). Entre eles estavam incluídos os crimes políticos. Os segundos conferiam ao ofendido a possibilidade de promover a ação penal. Até mesmo o homicídio era considerado particular, pois ofendia a segurança individual.

O Código de Processo Penal, pela conclusão lógica da sua evolução no sistema penal brasileiro, surgiu em função da liberdade, já que, não fosse ele, as prisões e as penas poderiam ser executadas quando e como os governos e reinados quisessem. Assim, é verdade que o processo penal surgiu na história, para possibilitar a defesa do cidadão face as arbitrariedades do Estado, mesmo estes estando em situação de submissão, como é o caso dos transgressores da lei.

O Código em 1941 foi elaborado durante a ditadura, sob a vigência da Carta de 1937, imposta por Getúlio Vargas.

Com a evolução do Direito Penal para o período humanitário da pena, a pena de morte viria a ser banida das legislações de quase todo o mundo.

A pena de prisão começou efetivamente a entrar em declínio, pouco tempo depois do início do século XX, quando se iniciou a busca por alternativas ao regime fechado. No Segundo Congresso de Haia, já se reclamava a substituição da prisão por outras medidas.

A Comissão Internacional Penal e Penitenciária foi a primeira a cogitar sobre as normas para o tratamento dos reclusos, no ano de 1933. Já em 1934, a Liga das Nações adotou e aperfeiçoou aquelas regras, que foram recomendadas pela ONU, em 1955, por ocasião do I Congresso para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Genebra. Em 1966, foi adotado, pela Assembleia Geral, um Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo o art. 10 estabeleceu “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

Somente na transição do autoritarismo para a democracia política, ocorrida nos anos 80, após duas décadas de intensa modernização econômica autoritária e meramente instrumental, foi retomada a reflexão criminológica mundial, de ampliação de horizontes das reações criminais, e a necessidade de adoção de medidas punitivas mais adequadas à realidade social, num movimento que culminou com a Reforma Penal de 1984.

O sistema de medidas repressivas ao ilícito penal foi o principal objeto da referida reforma, que alterou a parte geral do Código Penal vigente desde 1984 e instituiu a Lei de Execução Penal.

A grande inovação da referida Reforma Penal, que manteve a prisão como eixo principal do sistema, foi a superação do sistema binário de reações penais, adotando o sistema vicariante: pena ou medida de segurança. Além disso, introduziu as penas restritivas de direitos como substitutivas da pena privativa de liberdade, com duração idêntica da pena substituída e dividida em penas de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, seguindo a orientação então prevalente de reconhecimento dos efeitos

maléficos do cárcere e procura soluções à prisão restrita aos casos de reconhecida necessidade<sup>7</sup>.

A nossa Constituição Federal de 1988 obedecendo aos apelos dos Tratados Internacionais consagrou em seu art. 5º, inc. XLIII, o respeito à integridade física e moral dos detentos, como também a Lei de Execução Penal que em seu art. 41 traz um elenco de direitos relacionados aos que se encontram cumprindo penas restritivas de liberdade.

## **ESPÉCIES DE PENAS**

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, são admitidas no Brasil as seguintes penas:

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

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

Como o tema abordado refere-se ao sistema prisional, limitou-se a pesquisa as penas restritivas de liberdade, as respectivas penas de detenção e reclusão.

Com relação às penas privativas de liberdade prevê o Código Penal, no art. 33, três espécies de regimes penitenciários: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

Considera-se regime fechado a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média. E, no regime semiaberto, a execução da pena se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

---

<sup>7</sup> AZEVEDO, Mônica Louise de. Penas Alternativas à prisão, substitutivos penais no sistema penal brasileiro. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 148-151

No regime aberto, a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

De acordo com *caput* do o art. 33 do CP, as penas privativas de liberdade são duas: reclusão e detenção.

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

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

A reclusão se diferencia da detenção não só quanto à espécie de regime como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média e mínima), a sequência de execução no concurso material (CP, art. 69, *caput*), a incapacidade para o exercício do pátrio poder (art. 92, II), a medida de segurança (art. 97, *caput*), a fiança (CPP, art. 323, I) e a prisão preventiva (CPP, art. 313, I e II).

O juiz na sentença condenatória deve determinar a espécie de regime para início de cumprimento da pena, observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Portanto, em atenção a uma forma progressiva de execução, de acordo com o mérito do condenado, o início do cumprimento da pena se dará da seguinte forma, nos termos do art. 33, § 2º, do CP: a) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Nas hipóteses b e c, o condenado reincidente inicia o cumprimento da pena em regime fechado.

Ressaltando aqui que com a alteração do artigo 112 da LEP deixou de se exigir o mérito. Basta a comprovação de bom comportamento carcerário, a ser documentada em atestado firmado pelo Diretor do estabelecimento.

A pena imposta por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo deve ser cumprida exclusivamente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, de 25-7-1990).

No início do cumprimento da pena em regime fechado, o condenado será submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução.

Dentro do estabelecimento, o trabalho será em comum, de acordo com as aptidões e ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

É admissível o trabalho externo em serviços ou obras públicas.

Quanto às regras do regime semiaberto, o condenado, no início do cumprimento da pena, pode também ser submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução. Embora o art. 35, *caput*, do CP, preveja a obrigatoriedade, o art. 8º, p.u., da LEP, fala em simples faculdade.

Como as duas normas entraram em vigor na mesma data, diante do conflito, entendemos que deve prevalecer a que mais beneficia o condenado: trata-se, por isso, de simples faculdade do Juiz.

Ele fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

É admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

No regime aberto, as regras baseiam-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

Nele, 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.

O condenado deverá ser transferido do regime aberto se cometer fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto nos arts. 33 a 36 e 38 a 42 do Código Penal.

Nos termos do art. 38 do CP, 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.

O trabalho do preso, de acordo com o art. 39 do CP, será remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

Os direitos do preso estão disciplinados nos arts. 40 a 43 da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11-7-1984. O trabalho está regulado nos arts. 28 a 37 da mesma lei.

## **SISTEMA PENITENCIÁRIO**

### Conceito

Após a evolução do Direito Penal e logicamente da maneira de punir, o Estado tomou para si o "monopólio da violência", em outras palavras, assumiu o direito de punir o *jus puniend*. Na condição de pacificador da sociedade, somente cabe ao Estado poder fazer uso da força da violência, do uso da ação coercitiva. Todavia, trata-se de uma violência legítima, pois é autorizada pelo direito, com o objetivo de regular a ação humana e garantir a ordem social.

A sujeição de todas as normas estabelecidas pelo Estado somente pode ser objetiva com a cominação, aplicação e execução das sanções previstas para as transgressões cometidas, denominadas de ilícito jurídico, o qual conseqüentemente gera uma lesão social, ensejando a sua punição por parte do Estado.

Este direito de punir, entretanto, não é arbitrário, mas sim delimitado, estando esta limitação estabelecida na CRFB/88 em seu artigo 5º inc. XXXIX, segundo o qual " não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Ao punir o infrator, imposta a pena restritiva de liberdade, a obrigação do Estado permanece, pois, tem sob a sua tutela aquele indivíduo que por não ser nocivo à sociedade, dela foi excluído.

A Constituição Federal de 1988 preconiza que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensivo a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica.

Em qualquer situação que se encontrem, todos são sujeitos de dignidade, sejam suspeitos, sejam acusados, sejam condenados, seja nas relações indivíduo versus indivíduo ou nas relações indivíduo versus Estado.

Portanto o Brasil se intitula um Estado Democrático de Direito o que significa que o Estado faz as leis, mas também a elas se submete.

A Constituição Federal dispõe uma série de garantias destinadas aqueles que se encontram sob a tutela do Estado.

Quanto à integridade física e moral dos presos sob a custódia estatal:

*III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;*

*[..] “ é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (Art. 5º, inciso V)*

*“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização material ou moral decorrente de sua violação.” (Art. 5º, inciso X) [...]*

Quanto à abrangência da pena a ser aplicada:

*XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos*

*da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

Quanto as penas permitidas e que podem ser aplicadas:

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

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

*Quanto as penas proibidas a qualquer que seja o crime praticado*

*XLVII - não haverá penas:*

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*

Reza o artigo 84, XIX que compete privativamente ao presidente da república declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso nacional ou referendado por ele[...]. Portanto em caso de guerra a pena de morte poderá ser aplicada.

- b) de caráter perpétuo;*
- c) de trabalhos forçados;*
- d) de banimento;*
- e) cruéis;*

Quanto ao local do cumprimento da pena imposta pela justiça:

*XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;*

Garantias do preso sob a custódia estatal:

*XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;*

Distinção entre a mulher sob a custódia estatal e os homens.

*L - as presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;*

[...]

*LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;*

*LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;*

*LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

*LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (Regulamento).*

*LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;*

*LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

*LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;*

*LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;*

*LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

*LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;*

*LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;*

*LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;*

*LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*

*LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;*

*LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;*

A Lei de Execução Penal tem por objetivo regular a execução das penas e das medidas de segurança, conforme disposto em seu art. 1º: "efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado".

Sendo considerada, a LEP, uma das leis mais avançadas do mundo, foi elaborada com o espírito humanitário da pena, trazendo a efetivação da execução penal como forma de preservação dos bens jurídicos e de reinserção do homem infrator na comunidade.

A lei deixa bem claro que a individualização da pena é pressuposto da ressocialização do condenado, a fim de que possa ser dado a ele o tratamento penal adequado. Encontra-se aqui um enorme obstáculo, visto que, com a superpopulação carcerária, torna-se impossível na prática ministrar um tratamento individual a cada preso.

Na atualidade, para punir os crimes mais graves, a pena aplicada com maior frequência é a da prisão e, ingressando no sistema penitenciário, o sentenciado se adapta paulatinamente aos padrões da prisão. Seu aprendizado neste mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser

aceito no grupo. Portanto longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está na verdade sendo socializado para viver na prisão.<sup>8</sup>

## ESPÉCIES

Segundo Cezar Roberto Bitencourt<sup>9</sup> que na antiguidade não conheceram a privação de liberdade, como sendo uma sanção penal. Mesmo havendo o encarceramento de criminosos, a prisão tinha somente a função de preservar o criminoso, até seu julgamento ou sua execução, e normalmente era imposta a pena capital, o delinquente pagava com sua própria vida pela infração cometida.

Durante vários séculos a prisão serviu de contenção nas civilizações mais antigas como Roma, Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia, etc. Consistia a prisão em um lugar de custódia e de tortura.

De acordo com os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete<sup>10</sup> a pena de prisão originou-se nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus.

Essa ideia serviu de inspiração para a primeira construção da prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a qual passou a ser chamada de *House of Correction* (casa de correção), construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no século XVIII.

Surgem então as casas de correção na Inglaterra, que foram de grande valor histórico e penitenciário, as quais se destinavam a reformar os delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.

Em 1764, Beccaria já havia publicado sua obra *Dos delitos e das penas*, com uma nova filosofia penal e, em 1818, Jeremias Bentham editava a *Teoria das*

---

<sup>8</sup>MARCÃO, Renato. *Lei de execução Penal: anotada e interpretada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,

p. 3.

<sup>9</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas alternativas*. 3 ed. São Paulo : RT, 2009, p. 250.

<sup>10</sup> Idem.

penas e das recompensas. Essas duas obras tiveram decisiva influência na revolução do tratamento penal nas prisões.<sup>11</sup>

O sistema Progressivo (inglês ou irlandês) surgiu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie. Levava-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho (*marksistem*), estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena. O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e o último permitia o livramento condicional. Mais tarde o sistema foi aperfeiçoado passando a incluir mais uma fase para o tratamento dos presos. Deste modo, a condenação era dividida em quatro períodos: o primeiro é de recolhimento celular contínuo; o segundo é de isolamento noturno, com trabalho e ensino durante o dia; o terceiro é de semiliberdade, em que o condenado trabalha fora do presídio e recolhe-se à noite; e o quarto é o livramento condicional.<sup>12</sup>

Este sistema progressivo, com algumas modificações, ainda hoje é o adotado nos países civilizados, inclusive no Brasil.

Estes estabelecimentos, não são considerados apenas como um antecedente histórico dos primeiros sistemas penitenciários, marcam também, a instituição da pena privativa de liberdade superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.<sup>13</sup>

A reforma penal de 1984, tal como fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas uma forma progressiva de execução, tendo em vista a ressocialização do apenado. Assim, o art. 33, § 2.º do CP, estabelece que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado."

A Lei de Execução Penal adotou o sistema de remição, pelo qual "o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena" (arts. 126 a 130, LEP).

---

<sup>11</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. MIRABETE. Op. cit., p. 226.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 126.

<sup>13</sup> Idem.

## A FUNÇÃO DA PENA

### TEORIA DA PENA

A norma jurídica que se impõe sob ameaça de sanção, pode ser reparatória, compensatória ou retributiva. Para entendermos as finalidades da pena, é de suma importância a abordagem das três correntes teóricas que se formaram em torno da matéria.

Toda teoria do Direito Penal e, conseqüentemente a teoria do delito, é subordinada a uma teoria da pena, conservando esta, seu nome ou ainda mudando por outro que amenize seu sentido penoso.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>14</sup>:

*Qualquer teoria do direito penal também deve estabelecer de alguma maneira a vinculação do delito com sua consequência (pena) e é a base de que se chama individualização individual da pena. Este elemento vinculante que, repita-se, é um espaço a preencher ou uma interrogação a responder (que alguns ocuparam com a periculosidade, outros com heterogêneos e incompatíveis conceitos de culpabilidade) que batizamos como conexão punitiva.*

No início do século passado, houve a adoção da construção da teoria da pena, deste modo criou-se uma conexão punitiva com a periculosidade, reduzindo o delito ao ilícito. Quando a culpa passou a ocupar o aspecto subjetivo do delito, produziu-se uma confusão semântica. Na verdade, buscava Liszt trabalhar o conceito descritivo (existência ou não de causação psíquica). E isso se refletirá na pena.<sup>15</sup>

A moderna dogmática da culpabilidade busca critérios do poder geral em um campo mais próximo: nos fins da pena. Os fins da pena, como as teorias que indicam quais as tarefas que a pena estatal possui, são evidentemente, um meio adequado para a concretização do juízo de culpabilidade, pois dão sentido a pena, e pode também tornar razoável o juízo de culpabilidade; além disso, uma concretização da culpabilidade a partir dos fins da pena promete harmonização dos

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal Brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 261.

<sup>15</sup> PALADINO, Carolina Freitas. Op. cit., p. 208.

sistemas jurídico-penais, uma vinculação material de dois âmbitos que hoje estão sob forte bombardeio dos críticos do Direito Penal.<sup>16</sup>

Com isso busca-se refletir sobre a finalidade da pena e questionar a necessidade real de proteção da sociedade ou a simples punição do indivíduo, representando um castigo.

Ainda podendo se falar de uma possibilidade de tratamento ao cidadão ou de uma tratativa estatal, com a finalidade de demonstrar aos demais para não cometerem os mesmos erros.

De acordo com Haroldo Caetano Silva<sup>17</sup>, as teorias da pena se condensam em três grandes correntes, as quais relacionamos nos itens que se seguem:

## **TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS**

Teorias absolutas, também chamadas de teorias da retribuição, a pena apresenta a característica da retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. As penas não tem outra finalidade senão de recompensar o mal com outro mal, no sentido apenas de restabelecer a justiça em sua devida proporção. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>18</sup>explica que:

*Segundo este esquema retribucionista, é atribuído à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal, está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal.*

A teoria absoluta da pena passa pela ideia de retribuição, enquanto compensação, ou igualamento entre o "mal do crime" e o "mal da pena". Conforme

---

<sup>16</sup>PALADINO, Carolina Freitas. Op. cit., p. 210.

<sup>17</sup>SILVA, Haroldo Caetano da. *Ensaio sobre a pena de prisão*. Curitiba: Juruá, 2009., p. 25 26

<sup>18</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: vol. 1, 9 ed, SP: Saraiva, 2004, p. 74.

aborda Salo de Carvalho<sup>19</sup>: "a ideia de devolução do mal com o mal, presente no modelo retributivista arcaico, representa a mais primitiva forma de justiça, que exige que o violador receba castigo idêntico ao sofrido pela vítima".

Nessa perspectiva, a pena é vista como um fim em si mesmo, seja como forma de imposição de justiça, ou rechaço ao mal, justificando-se pela ocorrência de um fato criminoso.

De acordo com Carolina Freitas Paladino<sup>20</sup> tanto Kant quanto Hengel entendem que existe uma razão idealista para a pena, a partir do plano do dever ser. Para Kant, a retribuição, ocorre no plano moral como forma de verificação de justiça. Já Hegel desvincula a ideia de moral, justificando sua existência por meio da razão, a partir de um processo dialético.

Informa Zaffaroni<sup>21</sup> que na América latina, impõe-se ainda a ideia de retribuição, isso por conta do princípio da culpabilidade.

Contudo a objeção de que a retribuição não é justa numa sociedade de grandes injustiças acaba deslegitimando este discurso

Ainda Salo de Carvalho<sup>22</sup> aduz que:

*Centrado na ideia de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade, a pena aplicada por juiz imparcial em processo penal público e contraditório, adquirirá um intimidatório. O exemplo, aplicado ao infrator é necessário para constranger o corpo social a não praticar o mesmo ato: os castigos tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime.*

De acordo com Juarez Cirino dos Santos<sup>23</sup>:

*A crítica do discurso retributivo da pena criminal, produzida por adeptos da prevenção especial e geral, tem por objeto a natureza expiatória ou compensatória da retribuição penal: retribuir, como método de expiar ou compensar o mal (o crime)*

---

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. Pena e Garantia. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.p 118-119.

<sup>20</sup> PALADINO, Carolina Freitas. Op. cit., p. 210

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 611.

<sup>22</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 124.

<sup>23</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.64.

*com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença - e, nessa medida constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo - e não em nome de Deus- e, além disso, o Direito Penal não tem por objeto realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos.*

## **TEORIAS RELATIVA OU PREVENTIVA.**

Com o fracasso da teoria absoluta, a ideia de prevenção instala-se no sistema penal. As teorias relativas subdividem-se em duas, de modo que cada uma delas se ramificará em duas novamente. Assim tem-se a prevenção geral e a especial.

A prevenção geral é voltada para a sociedade, enquanto a especial para o delincente. Cada uma delas possui duas faces, uma negativa e outra positiva. Pela prevenção geral positiva, busca-se legitimar a conduta do Estado, com a proteção do modelo, por meio de monopólio da violência.

Já pela prevenção geral negativa, há a intimidação dos demais entes para que não cometam delitos. Por sua vez a prevenção especial positiva propõe a ideia de tratamento do preso, enquanto a prevenção especial negativa visa a não reincidência.

Também finalistas, desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para obtenção de ulteriores objetivos.

Conforme a concepção de Liszt, o projeto alternativo teria por finalidade a retribuição pela ideia de prevenção, além da proposta de transformar a prevenção geral e prevenção especial, reclamando esta uma total prioridade. Fala-se em proteção do agente antes da proteção dos bens jurídicos. Com isso Liszt cria a teoria dos fins da pena, embasada nos elementos necessidade e idoneidade.<sup>24</sup>

Para Cezar Roberto Bitencourt<sup>25</sup> a teoria relativa da pena, tem como objetivo principal a prevenção, inibindo novas ocorrências de infrações criminais:

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 81.

*A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: "nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar. Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a pratica de novos fatos delitivos.*

Mas admite o autor que essa teoria diz respeito à psicologia do delinquente, na confiança de não ser descoberto. O homem médio pode ser intimidado pela ameaça da pena, caso infrinja alguma norma, mas os criminosos assíduos não.

## **TEORIAS MISTAS, UNIFICADORA OU ECLÉTICA**

Os adeptos desta teoria sustentam o caráter retributivo da pena, mas agregam a essa junção a de reeducação e inocuidade do criminoso, embora, em geral, coloque em primeiro plano a retribuição.

Para Günter Jakobs<sup>26</sup> não existe prova da existência de um efeito preventivo individual da pena. Dessa forma, tem-se que a pena dependa do delito e, portanto, da existência efetiva e total do processo penal, vez que, se o processo termina antes do desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade) não pode ser imposta a pena com a efetivação dos valores almejados pela sociedade.

Menciona Jorge Figueiredo Dias<sup>27</sup> que a preocupação da finalidade das penas é um problema tão antigo quanto a própria legitimidade, fundamentação e justificação do Direito Penal. Com finalidades repressivas e preventivas, a pena tem natureza mista desde Reforma de 1981 no Código Penal brasileiro, possuindo quatro características: personalíssima, disciplinada em lei, inderrogável e proporcional ao crime.

---

<sup>26</sup> GÜNTER, Jakobs. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 4.

<sup>27</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitados*. São Paulo: RT, 2009, p. 89.

Essa dupla ordem de finalidades (prevenção e retribuição), característica das teorias mistas, é expressamente adotada em nossa legislação.

O art. 59 do Código Penal, ao cuidar das chamadas circunstâncias judiciais a serem consideradas para fixação em concreto da pena, prevê que o juiz deverá estabelecer a sanção penal conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Já o art. 1º da Lei de Execução Penal, sua parte é mais específico ao dispor sobre a prevenção especial, estabelecendo a ressocialização como meta a ser alcançada quando prescreve que, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pena criminal é uma sanção imposta coercitivamente pelo Estado ao autor da infração. Ao cometer o ilícito, este sofre perda ou restrição de bens jurídicos relevantes que, no direito brasileiro, materializam-se sob a forma de penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, não se limitando a estas, conforme se subentende no o art 5º, inc XLVI da Constituição Federal quando dispõe: *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:...”*.

Frente a uma criminalidade crescente, a crise vivenciada no sistema penitenciário, a superlotação carcerária como também a precariedade extrema nele verificada, estão a exigir que o Estado revestido no direito de punir e fazer cumprir as suas sanções repense acerca das deficiências observadas no sistema prisional.

Por um outro lado a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), mesmo considerada uma lei de vanguarda, não consegue pôr em prática muitas de suas normas, em especial as que dizem respeito aos condenados a punição e a ressocialização.

Na atualidade a população vive em uma sociedade de risco devido à violência, guerras urbanas agravadas pela crise do sistema de segurança, falta de emprego, precariedade na saúde, falta de moradias dignas e a decadência da educação. Somando-se a isso a corrupção e o fortalecimento do crime organizado.

As consequências de todos esses fatores levam a sociedade a exigir do poder público penas mais severas das já existentes no sistema penal brasileiro, porém para muitos sociólogos, esta não parece ser a solução mais adequada. Mas é notório que os grandes chefões de facções criminosas, condenados às penas máximas e as cumprindo em presídios de segurança máxima não cumprem efetivamente o total de que deveriam de suas penas, usando os benefícios e as progressões de regime que a lei os garantem e continuam comandando ações delitivas de dentro do sistema carcerário. E casos recentes de políticos que tem de forma reiterada e por sucessivos anos roubando os tributos de toda a sociedade, não cumprem suas leves penas, o que se leva a concluir que as penas aplicadas não estão cumprindo a sua função social.

A violência e o delito são fenômenos sociais que nascem no âmbito social e extrapolam os limites da lei, acarretando consequências que irão influir negativamente para a sociedade, que precisará arcar com o encargo que é de financiar o sistema preventivo, e repressivo do Estado, por intermédio dos impostos arrecadados. O Estado, ao manter os criminosos sob a sua tutela, necessita dispor de verbas que poderiam ser revertidas em outras áreas sociais, em especial na saúde e na educação.

A pena no sentido de exclusão isola o problema por um determinado tempo, mas não o extirpa, ao contrário tende, a aprimorar as ações criminosas por causa dos benefícios que a lei penal proporciona àqueles que, em decorrência da convivência, tem seus objetivos voltados para a criminalidade.

Para que a violência e as ações criminosas possam ser efetivamente controladas é necessária a implantação de uma ação multidisciplinar. É preciso que se formem redes de apoio, integração e estudo, numa ação conjunta que envolva o governo e a sociedade.

No Brasil, o sistema penitenciário emergiu da necessidade de garantir a ordem e punir os infratores das leis. Todavia, a eficiência do sistema penitenciário na

recuperação dos detentos tem sido questionada, mas é possível constatar na nossa realidade, um sistema que tem se preocupado com as condições de sobrevivência do apenado, contribuindo, em alguns casos, na transformação e recuperação do delinquente ocasional, mas assim como nos sistemas penais mais avançados e de países de primeiro mundo, isso não ocorre nos casos em há o delinquente habitual.

Embora tenhamos, no Brasil, uma Lei de Execuções Penais de caráter visivelmente humanista, há um clamor social em torno de penas mais humanas e menos degradante, em vez de uma discussão sobre o que se fazer em relação às vítimas, como a sociedade poderia contribuir para recuperar uma vítima de estupro, ou transformar o dinheiro gasto com auxílio-reclusão em auxílio-vítima, efetivamente poderiam propor aos grupos de ativistas de direitos humanos que trouxessem a solução.

A Lei de Execução Penal instituiu o sistema progressivo da pena para inserir gradativamente o condenado na sociedade com a finalidade de ressocializá-lo. Deste modo, a progressão de regime pode ser a forma mais eficiente de reintegrar o indivíduo na sociedade, pois a partir da progressão, este passa a ter contato com a sociedade, ao mesmo tempo em que tem a sua liberdade restrita ainda a prisão.

A Lei Penal contempla uma série de benefícios que poderiam ser efetivamente disponibilizados e que, com certeza, poderiam a vir contribuir para um sistema mais justo tratando criminoso habitual com maior rigor e aquele que ocasionalmente comete um delito possa ser reinserido no contexto social.

O trabalho, a educação e a proximidade da família são realmente instrumentos que demonstram eficácia na construção da personalidade do indivíduo, e não podem simplesmente ser ignorados pelo sistema penal brasileiro.

O direito penal tem por função exclusiva intervir apenas quando for necessário para conservação ou manutenção da convivência pacífica dos cidadãos, para garantir-lhes a liberdade. Só se pode punir lesão ao bem jurídico se isso for imprescindível para convivência em comum, cabe ao direito penal a proteção dos cidadãos.

Diante do exposto, faz-se necessário a reavaliação urgente do Sistema Penitenciário Brasileiro e conseqüentemente implantar um tratamento penal através da subjetividade, com o escopo de incutir no encarcerado que se dispuser, novos

conceitos de condutas, de valores, de famílias e outros, com maior brevidade possível, e ainda, desenvolver uma política de conscientização da sociedade para participar sem preconceito, acreditando que o ser humano é capaz de se reabilitar, caso contrário estaremos em pouco assistindo a um colapso na segurança nacional.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas Alternativas a prisão substitutivos penais no sistema penal brasileiro**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BAJER, Paula. **Processo Penal e Cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008

*Cezar Roberto Bitencourt encontrados em: **TRATADO DE DIREITO PENAL** - Vol. 1 - Parte Geral - 20ª Ed. 2014, Código Penal Comentado 2014.*

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas alternativas**. 4ª ed. São Paulo : RT, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitados**. São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: parte geral**. vol.16ª ed. rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GÜNTER, Jakobs. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. **Curso de Direito Penal**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução Penal**: anotada e interpretada. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PALADINO, Carolina Freitas. **A Corresponsabilidade Penal Estatal: Réquiem ou Remição das Funções das Penas Privativas de Liberdade**. Rev. da seção Judiciária do estado do Rio de Janeiro, n 30. Rio de Janeiro: JFRJ, 2011.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: RT, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª edRio de Janeiro: Revan, 2012.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre a pena de prisão**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro II**. Rio de Janeiro:vol1 10ª ed RT, 2013.