

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MAYNE KELLY DIAS BEZERRA MACEDO

A INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Campina Grande– PB

2015

MAYNE KELLY DIAS BEZERRA MACEDO

A INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Coordenação de Direito do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos/ CESREI – Faculdade Reinaldo Ramos/FARR, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Ms Valdeci Feliciano Gomes.

Campina Grande-PB

2015

RESUMO

O trabalho acadêmico, em tela, analisa a finalidade ressocializadora da pena, aspectos esses contidos na Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais, e a sua aplicabilidade pelo Estado, sendo estudado tais requisitos desde a origem histórica do homem, passando pelo surgimento do Estado, analisando as condutas que iam de encontro aos interesses do mesmo, surgindo, assim, o Direito do Estado, de punir tais delinquentes. Com o surgimento do direito de punir, nasce então o Direito Penal, visando proteger os direitos individuais e coletivos de uma determinada sociedade, que a princípio, tal direito, tinha apenas a pretensão de vingar a vítima e punir o infrator com a maior dor possível, sendo analisada a evolução da pena desde os suplícios até a ressocialização, observando as teorias da pena aplicadas pelo Estado durante o decurso da história. No Brasil, atualmente, a forma de punição utilizada deve atender aos requisitos da teoria mista, que tem por finalidade retribuir, prevenir e ressocializar o condenado. Os princípios Constitucionais fundamentais, que são adotados pelo Estado brasileiro deve ser implementados por todo o ordenamento jurídico, podendo ser destacado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, neste sentido, a Lei de Execução Penal (Lei de nº 7.210/84) determina a forma como o Estado deve aplicar a pena ao infrator, sendo analisando, também, a real aplicação de tais ditames legais pelo Estado. Este trabalho tem como objetivos: investigar se o Estado brasileiro está cumprindo com os requisitos legais para Execução Penal no Brasil; examinar quais são os direitos que os presos brasileiros possuem; compreender até que ponto a inércia do Estado, em não implementar os princípios Constitucionais e os requisitos previstos na Lei de Execuções Penais, contribuem para a reincidência criminal. Em razão da temática, faz-se necessário a utilização de pesquisa técnica e bibliográfica, pelo método descritivo-analítico, no sentido de promover um estudo aprofundado e específico analisando sobre todos os ângulos os aspectos relacionados ao tema em tela. Com base no que acima foi exposto, conclui-se que é dever do Estado proporcionar ao condenado, meios e medidas necessárias para que a finalidade ressocializadora da pena seja definitivamente concretizada, impedindo assim que o mesmo volte a praticar novos delitos após o cumprimento da pena.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal. Inércia. Estado

ABSTRACT

Academic work on screen, looks at ressocializadora purpose of punishment, these aspects contained in the Federal Constitution, Criminal Code, Criminal Procedure Code, the Law of Penal Execution, and its applicability by the State, such requirements being studied from the historical origin man, through state appearance, analyzing the behavior that ran counter to the interests of the same, arising thus the state of law, to punish such offenders. With the emergence of the right to punish, then comes the Criminal Law, to protect the individual and collective rights of a particular society, the principle that right, only had the intention to avenge the victim and punish the offender with the greatest possible pain, and analyzed the evolution of the penalty from the punishments to rehabilitation, noting the theories of punishment applied by the State during the course of history. In Brazil, currently the form of punishment used must meet the requirements of mixed theory, which aims to give back, prevent and re-socialize the convicted. The fundamental Constitutional principles which are adopted by the Brazilian government should be implemented throughout the legal system, can be highlighted the principle of Human Dignity in this sense, the Penal Execution Law (Law No. 7,210 / 84) determines the how the state should apply the penalty to the offender, and analyzing also the actual application of such legal dictates of the state. This work aims to: investigate whether the Brazilian State is complying with the legal requirements for Penal Execution in Brazil; examine what are the rights that Brazilians have arrested; understand the extent to which the inertia of the state in not implementing the Constitutional principles and the requirements of the Penal Execution Law, contribute to recidivism. Because of the theme, it is necessary to use technical and bibliographic research, the descriptive and analytical method to promote an in-depth and specific study analyzing every angle on aspects related to the subject in the screen. Based on what was exposed above, it is concluded that it is the State's duty to provide convicted, means and necessary measures to ensure that ressocializadora purpose of punishment is finally achieved, thus preventing it from back to practice new crimes after serving the sentence.

Keywords: Law of Penal Execution. Inertia. State

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado sabedoria para chegar até aqui, se não fosse sua mão poderosa e seu amor por mim, nada disso estaria se concretizando, só ele sabe as lutas, as adversidades, as humilhações enfrentadas para poder chegar até aqui, sei que a labuta foi grande, mas o sentimento de vitória foi maior ainda.

Agradeço ao meu professor Valdeci Feliciano que prontamente aceitou meu convite, mesmo sabendo que o processo seria lento, mas não hesitou.

Aos meus professores examinadores Francisco lasley e Bruno Cadé por prontamente aceitarem ao convite de fazer parte da banca.

Não tenho palavras para agradecer ao meu esposo Dannys, que me ajudou nessa longa caminhada e se não fosse sua ajuda, paciência, sabedoria, amor, dedicação nada disso teria sido feito, então agradeço a Deus por ter colocado ele na minha vida e por ser o marido abençoado que é, louvo a Deus pela sua vida e por tudo o que significa para mim, palavras são poucas para expressar toda minha gratidão a ele, simplesmente, Te Amo, não poderia deixar de agradecer as minhas pequenas e amadas filhas Deisy e Débora, são elas que me dão força para prosseguir e conquistar o impossível, são a razão de tudo isso.

A minha amada mãe Josicleide, que sempre esteve ao meu lado me compreendendo, dando-me forças e muitas vezes chorando comigo. Mãe, Agradeço a Deus pela sua vida, és uma mulher guerreira, as dificuldades não puderam nós deter, e aqui chegamos pois sei que minha vitória é a vossa também, muito obrigada por acreditar que eu seria capaz de conquistar e chegar cada vez mais longe.

A minha saudosa avó Jardilina que desde pequena dizia que iria ultrapassar de "marquin", que é o meu irmão mais velho, obrigada vó és uma luz no céu que me guia aqui na terra.

A meu Pai Soares e minha Sogra Joraid, não poderia deixar de agradecer-los pois sem a ajuda de vocês nada seria, muito obrigada por tudo, pela compreensão, paciência, enfim, por tudo que vocês fizeram e fazem por mim, algum dia retribuirei tudo com juros e correção monetária.

Aos meus amados irmãos Marques, Klayton, Junior, Joab e Rafaela, pelo carinho, pelas palavras de força e por tudo que vocês representam para mim.

Ao meu sogro Démetrio que sempre estava na torcida para que tudo desse certo, a minha avó Teresinha, meu avó Alicio e minha avó Ritinha que sempre almejaram essa vitória.

Não poderia esquecer de agradecer a toda mocidade da Igreja Assembleia de Deus congregação Unção Divina, pela paciência que tiveram comigo e pela torcida que isto acabasse logo, enfim, acabou, agora minha ausência não poderá mais ser justificada, agora dedicação 100% a vocês, amo vocês.

Quero agradecer a Cosma pela compreensão e dedicação aos nossos trabalhos.

E por fim, não poderia esquecer da minha amada turma que nesses longos anos fizeram parte da minha vida.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las.”

(Voltaire)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – ASPECTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DO ESTADO....	12
1. O Estado e o Contrato social	12
CAPÍTULO II – SURGIMENTO DO DIREITO DE PUNIR.....	15
2.1 História da Evolução da Pena	15
2.1.1 A Pena na Antiguidade	17
2.1.2 A Pena na Idade Média	18
2.1.3 A Pena na Idade Moderna.....	19
CAPÍTULO III – O DIREITO PENAL NO BRASIL	24
3.1 Pena no Brasil.....	25
3.2 Finalidade da Pena e suas Teorias.....	27
3.2.1 – Teoria Absolutista ou Retributiva	27
3.2.1.1 – Teoria de Kant	28
3.2.1.2 – Teoria de Hegel	29
3.2.2 – Teoria Preventiva da Pena	30
3.2.2.1 – A Prevenção Geral	30
3.2.2.2 – A Prevenção Especial.....	31
3.2.3 – Teoria Mista ou Unificadora.....	32
CAPÍTULO IV – A RESSOCIALIZAÇÃO	34
CAPÍTULO V – A INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS....	40
5.1 Princípios da Execução Penal.....	41
5.1.1 Princípio da Proporcionalidade ou Proibição de Excesso.....	41
5.1.2 Princípio Reeducativo.....	41
5.1.3 Princípio da Isonomia	42
5.1.4 Princípio da Individualização da Pena	42

5.2 Estrutura do Sistema de Execução Penal Brasileiro	42
5.2.1 Órgãos que Compõe a Execução Penal.....	43
5.2.2 Estabelecimentos Prisionais.....	45
5.2.2.1 Penitenciária.....	45
5.2.2.2 Colônia Agrícola, Industrial ou Similar	47
5.2.2.3 Casa do Albergado	47
5.2.2.4 Centro de Observação.....	48
5.2.2.5 Hospital de Custodia e Tratamento Psiquiátrico	49
5.2.2.6 Cadeia Pública.....	49
5.3 Das Assistências.....	49
5.3.1 Assistência Material.....	49
5.3.2 Assistência à Saúde	50
5.3.3 Assistência Jurídica	51
5.3.4 Assistência Educacional	52
5.3.5 Assistência Social.....	52
5.3.6 Assistência Religiosa.....	53
5.3.7 Assistência ao Egresso	53
5.4 Reincidência Criminal	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIA.....	57

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca através dos princípios fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988, no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, um arcabouço jurídico e doutrinário que demonstrem quais são os fatores que levam a negligência do Estado em aplicar a Lei de Execuções Penais (Lei nº7210/84), tal pesquisa, é de suma importância, pois trata-se de um tema demasiadamente debatido nos meios de comunicação e no mundo jurídico penal.

A violência no Brasil, nas últimas décadas, está crescendo de uma forma assustadora, gerando um ambiente de extrema insegurança e impunidade, fazendo com que os cidadãos brasileiros nutram um sentimento de revolta, requerendo dos poderes estatais, que os mesmos criem penas mais duras, visando com isto impor o medo nos infratores, com o intuito de que os mesmos não pratiquem mais condutas delitivas, entretanto a história mostra que tais requisitos não atendem a esta finalidade esperada.

O Estado brasileiro desde o ano de 1988 com a promulgação da atual Constituição Federal, estabeleceu direitos fundamentais, visando com isto garantir aos cidadãos brasileiros uma estabilidade jurídica, por sua vez a mesma estabelece princípios nos quais o Estado deve observar quando estiver executando o seu poder de punir, dentre eles destaca-se o princípio universal da Dignidade da Pessoa Humana.

O direito de punir no Brasil tem por finalidade retribuir, prevenir, mas, principalmente, ressocializar o condenado. A Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/84) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, haja vista que a mesma já continha no seu arcabouço jurídico a finalidade de ressocializar o condenado.

Tendo em vista que no Brasil a pena tem por finalidade a ressocialização, neste sentido o Estado deverá disponibilizar todas as ferramentas e meios necessários para que tal requisito seja verdadeiramente alcançado, pois o Estado brasileiro não adotou a pena de morte e nem a prisão perpétua, com isto sabe-se que por mais hediondo que as práticas delitivas que levaram o delinquente a ser condenado, o mesmo, necessariamente, voltará ao convívio social quando terminar

o cumprimento de sua pena, por isso o Estado na sua função punitiva e ressocializadora deverá na constância do cumprimento da pena do condenado proporcionar a assistência necessária para que o mesmo tome consciência de que os seus atos são reprováveis e danosos à sociedade, fazendo com que o mesmo quando for posto em liberdade seja reinserido na sociedade como um cidadão transformado, e que não irá mais praticar crimes contra a sociedade.

No entanto a realidade pátria mostra-se em sentido contrário, uma vez que a violência e a reincidência criminal, no Brasil, é alarmante, fazendo com que seja cogitada a ideia de aumentarexcessivamente as medidas punitivas, uma vez que a sociedade brasileira não mais acredita no sistema punitivo que o país adotou, entretanto analisando de uma forma mais técnica e científica chega-se à conclusão de que o sistema punitivo adotado pelo Brasil é o mais digno, no entanto o que se observa é a total inércia do Estado em implementar os ditames estabelecidos pela lei, demonstrando com isso a Falência do Sistema Prisional Brasileiro, não por causa de falta de Leis, mas por inércia do Estado, colocando, assim, em cheque a tão almejada ressocialização do apenado.

CAPÍTULO I – ASPECTOS HISTÓRICOS DA FORMAÇÃO DO ESTADO

1. O Estado e o Contrato social

Desde o começo da humanidade o homem tende a viver em sociedade, pois ele é por natureza um ser social. A existência da vida em sociedade pressupõe a formação do Estado, que segundo Aristóteles (2004) teria sido resultado de uma associação natural, assim como eram as associações primitivas (aldeias, fratrias, Tribos) das quais se originou.

Para Aristóteles, além do Estado ser uma criação da Natureza, o homem é também por natureza um animal político. Nas palavras dele:
E aquele que por natureza, e não mero por mero acidente, não tem cidade, nem Estado, ou muito é mau ou muito bom, ou sub-humano ou super-homem como o guerreiro insano condenado, nas palavras de Homero, como alguém sem família, sem lei, sem lar (ARISTÓTELES, 2004, pág. 146).

Com o domínio da arte de raciocinar o homem passou a entender e a interferir no ecossistema em que vivia, passando, também, a compreender que não existia apenas como um indivíduo, mas que fazia parte de uma coletividade, com isto, o homem passou a entender que é um ser social, conforme nos ensina o filósofo Aristóteles (2004, pg. 14 e15):

Na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que o todo deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte. Levantai o todo: dele não restará nem pé nem mão senão no nome, como se poderá afirmar, por exemplo, que a mão separada do corpo não será mão senão pelo nome. Todas as coisas são definidas pelas suas funções; e desde o instante em que elas venham a perder os seus característicos, não mais se poderá afirmar que são as mesmas; somente ficam entendidas sob a mesma denominação. De maneira evidente, o Estado está na ordem da natureza e antecede ao indivíduo; pois, se cada indivíduo por si a si mesmo não é suficiente, o mesmo modo acontecerá com as partes em relação ao todo. Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque basta a se mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim com que todos os homens se associem. Ao que primeiro estabeleceu essa fórmula se deve o bem maior; pois se o homem, chegado à sua perfeição, é o mais excelente dos animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos. Tremenda calamidade constitui-se injustiça com armas na mão. As armas que a natureza fornece ao homem são a prudência e a virtude. Não possuindo a virtude, torna-se o mais ímpio e o mais feroz de todos os entes vivos; não sabe, para sua vergonha, mais do que amar e comer. A justiça

constitui a base da sociedade. Dá-se o nome de julgamento à aplicação do que é justo.

Com isto, observa-se que a humanidade, em sua essência, só difere do restante dos animais irracionais, pelo fato de necessitarem um dos outros, e pois, não seria possível o homem viver isoladamente.

Com esta compreensão de “coletividade”, surge no homem uma guerra de interesses, onde a individualidade gladia com a coletividade, surgindo, assim, a necessidade do homem criar mecanismos de controle destes interesses, dando origem ao “pacto ou contrato social”, como nos ensina o sábio filósofo Jean-Jacques Rousseau (2005, p. 44):

A realização concreta do eu comum e da vontade geral implica necessariamente um contrato social, ou seja, uma livre associação de seres humanos inteligentes, que deliberadamente resolveram formar um certo tipo de sociedade, à qual passam a prestar obediência. O *Contrato Social* seria, assim, a única base legítima para uma comunidade que deseja viver de acordo com os pressupostos da liberdade humana.

Conforme se observa no texto supra citada, o Contrato Social, seria a única forma do homem viver em coletividade, pois as regras estabelecidas por este contrato passaria a vigorar de igual modo à todos, resguardando, assim, tanto os interesses individuais, como os interesses coletivos, tais como: a vida, a liberdade, a propriedade, dentre outros.

O Contrato Social estabelecido entre os indivíduos de uma determinada coletividade, passaria a ficar sobre a égide de um novo ser, criado de forma fictícia, a saber, o Estado, segundo o filósofo Tomas Hobbes, (WEFFORT, 2004, p. 62):

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defende-los das invasões dos estrangeiros e das injurias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças ao fruto da terra passam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força a um homem ou a uma assembleia de homens que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este*

homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado em latim civitas.

Isto posto, chega-se ao entendimento de que o Estado surgiu com o objetivo de salvaguardar os direitos individuais e coletivos, ou seja, os indivíduos não poderiam sozinhos proteger seus interesses, sendo necessário abdicar de parcela desses direitos para que uma “assembleia de pessoas” (Estado) passasse a proteger e zelar pelo bom convívio social, alcançando, assim, a tão almejada paz social.

Toda nação seja, ela democrática ou ditatorial, Tribo ou povoado, necessitam, necessariamente, do “Contrato Social” para subsistirem. O que não foi diferente no Brasil, que apesar de no decorrer da história ter tido os seus direitos fundamentais veementemente vilipendiados por ditadores sem escrúpulos, vindo, posteriormente, estes direitos a serem reestabelecidos com a promulgação da atual carta magna, que deu, inclusive, status de cláusulas pétreas a estes direitos, ou seja, nem o próprio Estado através do seu poder legiferante poderá alterar ou extirpar tais garantias da Constituição Federal de 1988, consoante com este entendimento está a Revista de Direito Constitucional e Internacional, a.13, n.52, 2005, p. 194:

Entretanto, como é notório, a Constituição foi constituída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se, em profundidade, por defender o indivíduo do Estado (caráter analítico). Tal meritória acabou por trazer na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira.

Conforme se observa o próprio Estado, neste ato representado pela assembleia constituinte, no momento da promulgação da referida carta magna impôs regras ao seu próprio poder soberano de legislar a nação, resguardando assim, os direitos e garantias individuais e coletivos, de forma perpetua, só podendo ser tolhido tais direitos com a revogação da referida Constituição Federal.

Destarte, todo ordenamento jurídico brasileiro deve estar em consonância com os preceitos legais instituídos pela Constituição Federal Brasileira de 1988, inclusive as leis de caráter penal e a lei de execução penal devendo as mesmas garantir a aplicabilidade destes princípios e direitos fundamentais

CAPÍTULO II – SURGIMENTO DO DIREITO DE PUNIR

Desde o princípio da humanidade existem condutas que são desabonadas pela maioria da coletividade, comumente chamadas de crime ou delito, podendo extrair tal relato do texto Bíblico contido no livro de Gênese, que narra o relato do primeiro homicídio, para os que assim acreditam conforme o texto abaixo transcrito:

Genesis 4.8-15:

8- e falou Caim com seu irmão Abel; e sucedeu que, estando eles no campo, se levantou Caim contra o seu irmão Abel, e o matou.

9- e disse o SENHOR a Caim: Onde está Abel, teu irmão? E ele disse: Não sei; sou eu guardador do meu irmão?

10- disse Deus: Que fizestes? A voz do sangue do teu irmão clama a mim desde a terra.

11- e agora maldito és tu desde a terra, que abriu a sua boca para receber da tua mão o sangue do teu irmão.

12- quando lavrares a terra, não te dará mais a sua força; fugitivo e vagabundo serás na terra.

13- então disse Caim ao SENHOR: É maior o meu castigo do que eu possa suportar.

14- eis que hoje me lanças da face da terra, e da tua face me esconderei; e serei fugitivo e vagabundo na terra e será que todo aquele que achar, me matará.

15- o SENHOR, porém, disse-lhe: Portanto qualquer que matar a Caim, sete vezes será castigado. E pôs o SENHOR um sinal em Caim para que o não ferisse qualquer que o achasse.

Destarte, da análise do texto supracitado, vislumbra-se como foi praticado primeiro crime na humanidade, para os que assim acreditam, e também observa-se que com a prática da conduta típica (homicídio) gerou um sentimento de represália por parte de Deus, que penalizou o infrator, surgindo, assim, o direito de punir.

2.1 História da Evolução da Pena

A origem da pena é tão remota quanto a história da própria humanidade.

O delito por ser uma conduta típica gera no indivíduo um sentimento de revolta fazendo com que surja um desejo de represália contra aquela conduta atípica, surgindo assim a pena, que a princípio tinha como finalidade a vingança, cujo alvo principal era exprimir a maior dor possível no corpo do autor do delito,

conforme relata a história onde os princípios de Talião foram encontrados no código de Hamurabi, na região da antiga Babilônia, que datam de aproximadamente 1.780 a.c, cuja finalidade penal era basicamente “*olho por olho, dente por dente*”,(CASTRO, 2011).

Este sentimento de vingança podia ser dividido em três formas: a vingança divina, vingança privada e vingança pública.

A vingança divina consistia basicamente, em uma vingança promovida por uma divindade em represaria a uma má conduta (pecado) conforme o texto bíblico supracitado, onde Deus castigou Caim por ter cometido um homicídio. Nas sociedades primitivas os sacerdotes de determinadas religiões aplicava castigos desumanos aos infratores, visando assim amenizar seus pecados diante dos “deuses”, e a represaria do mesmo para com a sociedade, tendo em vista que neste período essas sociedades eram basicamente regidas por um Estado que estavam intimamente ligados à religião, e majoritariamente os crimes estavam ligados ao descumprimento dessas religiões.

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação nessa fase punia-se o infrator para desagrar a divindade. A infração totêmica, ou, melhor dito, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagrar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. (BITENCOURT, 2006, p.36)

No tocante à vingança privada, é basicamente a ação que o indivíduo exerce quando tem os seus direitos violados, impelindo de “próprio punho” a devida represaria ao infrator, que em muitos casos esta repulsão é exercida de forma excessiva, em relação ao direito vilipendiado.

E por fim, com relação à vingança pública, esta teve início com a evolução da vingança divina e privada, culminando com o surgimento do Estado, que passa, a partir de agora, a ser o detentor dos direitos individuais e coletivos, sendo concomitantemente o direito de punir, também, do Estado, que foi outorgado individualmente pelos sujeitos que formam determinada sociedade, pelo “contrato social”, conforme pode-se extrair de Beccaria (2005, p.18):

(...) As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir o restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

Neste mesmo sentido se posiciona Saleilles (2006, p. 41), que diz:

Todos sabem, ou crêem saber, que o Direito Penal começou pela vingança privada na origem das sociedades; o que representa entre nós o poder público, não surge para vingar os crimes contra os indivíduos; são coisas que não se referem à segurança coletiva do pequeno grupo social; que cada um se defenda e se vingue dos ataques de que seja objeto. Essa vingança dos particulares se realiza, então, por um ato de guerra. O que foi ofendido pega as armas e declara guerra ao seu agressor. O duelo é a forma primitiva do Direito Penal; a ideia de sanção e de reprovação era completamente estranha a essa penalidade inicial, como é entre nós em matéria de duelo, seja qual for a indignidade do provocador ou a criminalidade, senão legal, ao menos social, do ato que foi a causa do combate.

Conforme supracitado, chega-se ao entendimento de que o Estado surge como o detentor do direito de punir e proteger os direitos coletivos e individuais de uma determinada sociedade, suprimindo, assim, o direito da vítima de praticar “a justiça com as próprias mãos”.

2.1.1 A Pena na Antiguidade

A pena é uma ação que tem efeito amargoso, porém é indispensável, sacramentando, assim, o adágio popular “a pena é um mal necessário”.

A história da humanidade está repleta de Códigos ou Leis, que determinam a aplicação de algum tipo de pena ao infrator, tais como a Lei de Talião, Código de Hamurabi, Lei de Moisés, Alcorão, Código Civil dos Romanos, dentre outras.

As sanções penais, a princípio, tinham o caráter puramente de vingança, e está aplicada pelo Estado, conforme ensina Cezar R. Bitencourt (2011, p. 28):

A antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII, a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e de guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico,

fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes.

Conforme se observa o Estado preocupava-se tão somente com a devida represaria ao ato infracionário, aplicando no infrator a maior dor possível. Mesmo nas civilizações mais destacadas do mundo antigo como a Grécia e Roma entendiam desta forma. (BITENCOURT, 2011, p. 31):

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se dizer, como Garrido Guzman, que de modo algum podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que o catálogo de sanções praticamente se esgotava com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem as suas obrigações.

Com isto, observa-se, que a pena privativa de liberdade, no mundo antigo tinha, indubitavelmente, a finalidade tão somente de resguardar o infrator até a execução da pena, que eram, fundamentalmente, de caráter corporal, tais como: açoites, mutilações ou a pena capital.

2.1.2 A Pena na Idade Média

Na idade média continuou a concepção de que a pena privativa de liberdade servia tão somente para custodiar o infrator até a consumação da devida pena, conforme nos relata Cezar R. Bitencourt (2011, p. 31 e 32):

Henri Sanson, o verdugo de Paris, escrevendo as suas memórias, faz a seguinte afirmação: “Até 1791 a lei criminal é o código da crueldade legal”. Na realidade, a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo. “A noção de liberdade e respeito à individualidade humana – afirma Neuman – não existia e as pessoas ficavam ao arbítrio e à mercê dos detentores do poder, que, por sua vez, debatiam-se na instabilidade reinante, típica, por outra parte, dos Estados que procuravam organizar-se institucionalmente não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficavam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, exprimidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte.

Conforme se observa, nessa época, a pena privativa de liberdade continuou a ser realizada pelo Estado com a finalidade de prisão – custódia, onde o apenado esperava a verdadeira pena a ser aplicada.

Cabe salientar que surgiu, neste período, a prisão eclesiástica, onde eram encarcerados os clérigos rebeldes, em lugares obscuros dos mosteiros, prisão esta que tinha a finalidade de impor ao rebelde da igreja uma penitência e um tempo para que o mesmo pudesse orar e meditar em seus atos, e conseqüentemente chegar ao arrependimento. Este fato gerou grande influência para o conceito moderno de pena privativa de liberdade, conforme ensina Bitencout (2011, p. 35):

O direito canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre reforma do delinquente. Precisamente no vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológicos-morais tiveram, até o século XVIII, no direito penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Isto posto, observa-se que na idade média a pena privativa de liberdade continuou a ser entendida como uma mera prisão-custódia, na qual o apenado esperava a execução da real pena, mesmo com a influência do surgimento das prisões eclesiásticas.

2.1.3 A Pena na Idade Moderna

Michel Foucault relata com precisão como era a implementação da aplicação da pena por parte do Estado, no início da idade moderna, que ainda tinha enraizado no seu âmago, os princípios religiosos, e que a pena privativa de liberdade tinha como função a prisão-custódia do apenado, conforme relato da pena aplicada a Damiens, que fora condenado no dia 2 de março de 1757, que diz: (FOUCAULT, p. 9):

(...) a pedir perdão publicamente diante da porta principal da igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com o que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão

chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas...

Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me”. Os espectadores ficaram todos edificadas com a solicitude do cura de Saint-Paul que, a despeito de sua idade avançada, não perdia nenhum momento para consolar o paciente.

Nessa longa citação pode-se vislumbrar como, ainda, era feito o show de horror patrocinado pelo Estado aplicando a pena de suplicio ao infrator, impelindo o medo na sociedade, tentando com isso coibir a prática de novos delitos.

Cabe salientar que meados do século XVI surgiram também a pena de galés, onde os prisioneiros eram acorrentados no calabouço dos navios e obrigados a remar, conforme relata o professor Bitencourt, (2011, p. 40 e 41):

Uma das mais duras modalidades de pena de prisão surgidas no século XVI foi a pena de galés. Ela foi uma das mais cruéis dentre as aplicadas neste período. As galés era uma espécie de prisão flutuante. Grande número de condenados a penas graves e de prisioneiros de guerra era destinado como escravos ao serviço de galés militares, onde eram acorrentados a um barco e permaneciam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar. Refere CuelloKalón que alguns países mantiveram essa pena até o século XVIII “Inglaterra, França, Espanha, Veneza, Gênova, Nápoles utilizaram as galés. Certos países da Europa Central vendiam seus delinquentes aos países marítimos para este serviço, como Nuremberg e Ansdach em 1570; a Austrália vendeu seus condenados a Veneza e Nápoles até 1762”.

Isto posto, tem-se que no início da idade moderna a pena era aplicada necessariamente no corpo do infrator, porém devido as muitas guerras que houve neste período que estende-se por toda Europa, provocou um grande empobrecimento da população, aumentando assim, consideravelmente, a delinquência, razão pela qual a pena de morte não era mais uma solução adequada para acabar com a delinquência, segundo nos relata Bitencourt citando De Groot, La Locura através de Lossiglos. (2011, p. 37):

“As guerras religiosas tinham arrancado da França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. O parlamento tratou de enviá-los às províncias. No ano de 1525

foram ameaçados com o patíbulo: em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de **dois em dois**; em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez; em 1561 foram condenados às galés e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo seriam expulsos da cidade”. (Grifos do Autor)

Devido ao fato histórico acima citado, e também, ao progressivo racionalismo que surgiu na época, e as “correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fieis representantes, fazem severa crítica aos excessos imperantes na legislação penal” (BITENCOURT, 2011, p.52) começando assim a existir uma tendência racional de valorizar mais a liberdade em detrimento a pena corporal, podendo ser citado como um desses reformadores, o pensador e epistemólogo francês Michel Foucault, que diz (2006, p. 90 e 91):

Para isso, é preciso que o castigo seja achado não só natural, mas interessante; é preciso que cada um possa ler nele sua própria vantagem. Que não haja mais essas penas ostensivas, mas inúteis. Que também cessem as penas secretas; mas que os castigos possam ser vistos como uma retribuição que o culpado faz a cada um de seus concidadãos pelo crime com que lesou a todos, como penas “continuamente apresentadas aos olhos dos cidadãos”, e “evidenciem a utilidade pública dos movimentos comuns e particulares”. O ideal seria que o condenado fosse considerado como uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto a serviço de todos. Porque haveria a sociedade de suprimir uma vida e um corpo de que ela poderia se apropriar? Seria mais útil fazer “servir ao Estado numa escravidão mais ou menos longa de acordo com a natureza de seu crime”; a França tem muitas estradas intransitáveis que prejudicam o comércio; os ladrões que também criam obstáculo à livre circulação das mercadorias terão que reconstruir as estradas. Seria mais eloquente do que a morte” o exemplo de um homem que conservamos sempre sob os olhos, cuja liberdade foi retirada e é obrigado a usar o resto da vida a reparar a perda que causou à sociedade”.

Da análise do texto citado extrai-se uma nova tendência que começou a surgir neste período que eram as famosas “workhouse” (casa de trabalho) que tinham como objetivo, primordial, de acabar com a mendigação que havia se alastrado pela Europa, porém, posteriormente passou a ter uma “representação em termos ideais da concepção burguesa da vida e da sociedade, em preparar os homens, principalmente os pobres, os não proprietários, para que aceitem uma ordem e uma disciplina que os faça dóceis instrumentos de exploração” (BITENCOURT, 2011, p. 46)

Podendo ser citado, também, como um dos reformadores, o escritor Cesare Beccaria que contribuiu exponencialmente para o direito penal, pois não

pregava contra o direito penal em si, mas contra a forma de aplicação da pena. O seu pensamento era tendencioso para humanização da pena, e tinha a concepção da moderação da pena, para o mesmo “Os castigos tem por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.” (BECCARIA, 2005, p. 49).

A concepção de humanização da pena pregada por Beccaria consiste no fato de que o mesmo era contrário à tortura, segundo nos diz (BECCARIA, 2005, p. 37):

É uma barbárie consagrada pelo uso na maneira dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado, seja finalmente porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

Por fim, não poderia deixar de ser citado o humanista John Howard, que não aceitava as condições degradantes em que se encontravam as prisões inglesas, que com suas denúncias gerou uma grande influência para a reforma legislativa penal, consubstanciando assim o nascimento do sistema penitenciário britânico, conforme nos ensina o professor Cesar Roberto Bitencourt (2011, p. 63):

Com Howard nasce o penitenciarismo. Sua obra marca o início da luta interminável para alcançar a humanização das prisões e a reforma do delinquente. Jimenez De Asúa qualifica Howard como um correccionalista pratico, considerando que suas ideias determinam o início definitivo do progresso dos preceitos penitenciários

Devido as ideias pregadas pelos reformistas supracitados e pelos eventos históricos que ocorreram na Europa, na idade média, a pena aplicada, necessariamente, no corpo do infrator, passa a ter uma conotação mais humanista, surgindo assim, a pena restritiva de liberdade, como um fim, e não como um meio para se chegar a real aplicação da pena, como era vista nas épocas passadas. Como diz Bitencourt (2011, p. 49):

A pena privativa de liberdade – assinala – não tem uma longa história (...). Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava

excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores. O pelourinho fracassava frequentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da execução dava lugar mais à compaixão e à simpatia do que horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que estendia com impetuosa rapidez quando as regras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova invenção social, intimidando sempre, corrigindo amiúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrotá-lo, no mínimo, cercá-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves.

Destarte, observa-se que no decorrer da história a pena privativa de liberdade cumpria o papel tão somente de prisão-custódia, na qual o apenado ficava recolhido até o real cumprimento da pena, que majoritariamente era aplicada no corpo do delincente. Tal realidade só veio a ser mudada no decorrer da idade moderna quando a pena de morte não surtiu mais o efeito desejado pelo Estado, ficando a pena privativa de liberdade como a melhor opção para se cumprir uma pena por um delito praticado.

CAPÍTULO III – O DIREITO PENAL NO BRASIL

Com o surgimento do Estado brasileiro, nasce a necessidade de se criar um direito de punir os infratores dos direitos individuais ou coletivos. Damásio afirma que “O direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência” (JESUS, 2005, p. 3), visando com isso coibir a prática da vingança privada, ou seja, quando os indivíduos tentam resolver os seus conflitos de interesses com as próprias mãos. O Estado, tentando impedir que tais práticas se alastrem por toda a sociedade, gerando uma verdadeira anarquia, cria-se, então, um instrumento normativo que visa aniquilar tais práticas criminosas, que é o Direito Penal. O professor César Roberto Bitencourt, (2006, p.2):

O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes- penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizadas, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosamente princípios de justiça.

Como se observa o Direito Penal nasce com o propósito de proteger os direitos individuais e coletivos, consoante com este entendimento está o professor Jesus, (2005, p. 4):

Já dizia Carrara que a função específica do Direito Penal é a tutela jurídica. Visa o Direito Penal a proteger os bens jurídicos. Bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo valor reconhecido pelo direito torna-se um bem jurídico.

Com isto uma conduta delitiva, no Brasil, nasce quando os legisladores pátrios, através de suas prerrogativas legislativas concebidas pela Constituição Federal, chegam a um consenso de que determinada conduta atípica fere os bens

ou direitos tutelados pelo Estado, caracterizando tal conduta como criminosa, conforme nos ensina o professor Jesus, (2005, p. 150):

Formalmente, conceitua-se o crime sob o aspecto da técnica jurídica do ponto de vista da lei. Materialmente tem-se o crime sob o ângulo antológico, visando a razão que levou o legislador a determinar como criminosa uma conduta humana e, a sua natureza danosa e consequências.

Diante do exposto o Direito por ser uma ciência social, sempre está em constante transformação, isso porque, o anseio e o clamor da sociedade fazem com que novas condutas jurídicas sejam criadas, inclusive novos crimes, podendo ser citado como exemplo a Lei de nº 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann), que adicionou ao Código Penal dispositivos legais que tipificam os crimes cibernéticos, e também, a Lei nº13.010/14 (Lei Menino Bernardo ou Lei da Palmada), que alterou a Lei de nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No entanto cabe salientar que o direito penal no Brasil é tido como a *última ratio*, ou seja, quando não houver mais alternativa para a composição da lide é que se usa o direito penal, isto ocorre para que “a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão” (BITENCOURT, 2006, p. 12).

3.1 Pena no Brasil

A pena é a manifestação do poder coercitivo que o Estado detém sob a sociedade, poder este conferido pelo indivíduo ao Estado através do “contrato social”.

Nos primórdios da nação brasileira o Estado exercia o seu poder de coerção aplicando, muitas vezes, ao infrator, os suplícios e a pena capital.

Na idade média a concepção que se tinha da pena, aliado com a concepção religiosa, que em nome de Deus, realizaram verdadeiros espetáculos de horrores conhecido na história mundial como “tribunal da inquisição”, que só em Portugal 29.590 pessoas foram investigadas, sendo 2.441 pessoas condenadas a fogueira, em Goa 3.800 pessoas foram investigadas, das quais 42 foram condenadas a fogueira, e no Brasil a sua atuação proporcionou a investigação de 1.076 pessoas, das quais 29 foram mortas à fogueira (CORDEIRO, Nov.2010, p.33).

Os anais da história brasileira registram diversos horrores praticado pelo poder de coerção do Estado, podendo ser citado como exemplo um dos maiores e mais marcantes episódios históricos desta nação, onde o líder da Inconfidência Mineira José da Silva Xavier, popularmente conhecido como “Tiradentes”, que foi, em 21 de abril de 1792, enforcado e esquartejado, pelas autoridades locais da época, e ainda teve seus membros espalhados pelo caminho que ligava o Rio de Janeiro a Minas Gerais, e a sua cabeça ficou exposta em Vila Rica¹, podendo ser citado, também, o episódio dos grupos de cangaceiros que atuavam no sertão nordestino, mais precisamente nas décadas de 1920 e 1930, dos quais o que mais se destacou foi o bando de “Lampião”, que em 29 de junho de 1938 foram emboscados e mortos, e tiveram suas cabeças expostas em locais públicos, tentando, assim, o Estado, coibir a prática do cangaço².

Ocorre que, no Brasil, desde o final do século XIX o imperador D. Pedro II, revogou a lei que autorizava a aplicação da pena de morte, em decorrência do famoso “caso coqueiro”, conforme nos relata João Miranda Silva (2004, p.60 e 61):

(...) A última pena de morte aplicada em solo brasileiro foi na comarca de Campos RJ, no famoso caso Coqueiro, no final do século XIX. Um fazendeiro acusado de dizimar uma família foi executado na forca. A corda fatal, não suportando o peso do corpo, arrebentou e o condenado caiu no solo, estrebuchando nas vascas da agonia. Para abreviar os padecimentos do moribundo, o juiz autorizou o carrasco a completar o serviço que a corda não conseguira. E a multidão, horrorizada, viu o serviçal da morte encher a boca do homem com terra e socá-la com um pedaço rotundo de pau. Ouviram-se os estalos de dentes se partindo e o sangue misturado a terra sufocando os últimos haustos de oxigênio daquela vida, que finalmente se exauriu. Meses depois destes tristes fatos o verdadeiro criminoso, perseguindo e acochado pelas tenazes da consciência, apareceu e confessou o crime. O imperador D. Pedro II incontinentemente, revogou a lei que autorizava a aplicação da pena de morte no Brasil.

Observa-se portanto que o Estado brasileiro desde o final do século XIX abandonou a prática da pena de morte, pois conforme no caso supracitado quando há execução de um inocente não existe, indubitavelmente, a possibilidade de se restabelecer a vida do executado, sendo assim, o Estado brasileiro através dos seus representantes legais consubstanciaram o entendimento de que em decorrência da falta da verdade absoluta, o mesmo não pode exercer o grau máximo de

1<http://www.ihgs.com.br/cadeiras/patronos/joaquimjose.html>

2<http://revistaplaneta.terra.com.br/secao/reportagens/lampiao-nem-heroi-nem-bandido-um-simples-brasileiro>

coercibilidade, que é tirar a vida do infrator. Tal direito perdura até os dias atuais, pois a Constituição Federal de 1988 determina no seu artigo 5º, XLVII, alínea a, que “não haverá penas: a) de morte, salvo em casos de guerra declarada”.

3.2 Finalidade da Pena e suas Teorias

O Estado e a pena estão intimamente ligados entre si, o desenvolvimento do Estado está relacionado com a pena, uma vez que, a pena é utilizada para proteger eventuais lesões à bens jurídicos tutelados e protegidos pelo Estado, ou seja, é um “mal necessário”, Muñoz Conde (1975, p. 33 e 34) acredita que “sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias”.

No decorrer da história, a pena teve diversas finalidades, tentando com isso fundamentar o poder de coerção do Estado, conforme nos relata Bitencourt, (2011, p.116):

Um conceito dogmático como o de culpabilidade requer, segundo a delicada função que vai realizar – fundamentar o castigo estatal –, uma justificativa mais clara possível do porquê e para quê da pena. Sendo assim, é importante ressaltar, como Hassemer, que a moderna dogmática da culpabilidade procura critérios para precisar o conceito de poder geral em um campo próximo: nos fins da pena. “Evidentemente, os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena publica são um meio adequado para concretizar o juízo da culpabilidade sob o ponto de vista dos fins da pena promete, além do mais, uma harmonização do sistema jurídico-penal, um encadeamento material de dois setores fundamentais, que são objeto hoje dos mais graves ataques por parte dos críticos do Direito Penal”.

Destarte, devido ao fato do Estado está em constante desenvolvimento, sendo assim, concomitantemente, o Direito Penal, também, está em constante evolução, faz-se necessário analisar as principais teorias da função e finalidade da pena, pelo menos as três mais importantes que são: Teorias absolutistas, teorias preventivas e a teoria mista. As quais passam a ser analisadas abaixo.

3.2.1 – Teoria Absolutista ou Retributiva

No tocante a teoria Absolutista ou Retributiva da pena, entende-se que a pena é uma forma de castigar quem foi rebelde ao soberano (Estado). Este conceito está

estritamente ligado ao período em que a política e a religião estavam entrelaçadas, conforme nos ensina Bitencourt (2011, p.117):

(...)a teoria do direito divino pertence a um período em que não somente a religião mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que “até” para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.

Neste sentido observa-se que a pena para esta teoria tinha como, indubitavelmente, retribuir o mal que o infrator exerceu contra o Estado, ou seja, não era possível imaginar nem um outro fim para a pena do que ser um meio único e exclusivamente de realizar a justiça, castigando o infrator porque foi contra os ditames impostos pelo Estado.

No entanto cabe salientar que esta teoria sofreu bastante crítica no decorrer do tempo tendo em vista que não se pode compreender, racionalmente, como é possível eliminar o mal (delito) com outro mal (pena), segundo nos mostra Bitencourt (2011, p. 131):

Fica claro que uma teoria absoluta da pena não é aceitável em um moderno direito penal, no qual, como diz Hassemer, os critérios de verdade e racionalidade baseiam-se, cientificamente e teoricamente, na observação, experimentação, prognose e planificação; uma cultura jurídica orientada empiricamente “não pode aceitar uma autêntica teoria absoluta da pena nem fundamentá-la e justificá-la como instrumento de prevenção estatal”. De tal sorte, ao fundamentar a pena num indemonstrável poder do indivíduo de comportar-se de outro modo, apoia-se tal fórmula em bases científicas indemonstráveis e, conseqüentemente, altamente questionáveis.

Diante do exposto vislumbra-se que esta teoria não é tão aceita nos dias atuais, devido ao fato de que esta teoria é, basicamente, fundamentada em uma ideia retributiva, castigando o infrator pelo mal praticado. Dentre os defensores absolutista ou retributiva da pena destacam-se os dois principais pensadores desta teoria, que são os alemães Kant e Hegel os quais passam a ser estudado abaixo.

3.2.1.1 – Teoria de Kant

A tese de Immanuel Kant sobre a teoria absolutista ou retributiva da pena foi expressada na sua obra “A metafísica dos costumes”, na qual elabora uma concepção retributiva da pena alegando que a lei penal é imperativa, fundamentando o seu conceito no âmbito da ética segundo nos ensina Bitencourt (2011, p. 121):

Segundo Kant, “Direito é o conjunto de condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal ou geral”. Daí se deduz seu princípio universal de direito, que diz: “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”. Admite, pois, que o direito deve levar em consideração as ações das pessoas na medida em que estas possam gerar influência recíproca e, além disso, acreditar que junto ao direito se encontra a possibilidade de coação: “o Direito e a faculdade de obrigar são, portanto, a mesma coisa”.

Com isto consubstancia-se o entendimento de que, segundo Immanuel Kant quem não cumpre as disposições legais impostas pelo Estado não é digno de fazer parte deste, sendo portanto necessário a imposição de um castigo para tais pessoas, ou seja, o réu deve ser castigado pela razão única e exclusivamente de haver delinquido.

3.2.1.2 – Teoria de Hegel

Friedrich Hegel expõe sua tese a teoria absolutista ou retributiva da pena na sua obra “Princípios da filosofia do direito” no qual fundamenta a pena no sentido de ordem jurídica segundo nos relata Bitencourt (2011, p.123):

Hegel também é partidário de uma teoria retributiva da pena. Sua tese resume-se na conhecida frase: “a pena é a negação da negação do direito”. Para Mir Puig, a fundamentação Hegeliana da pena é – ao contrário da Kantiana – mais jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da *vontade geral*, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. Isto significa, na afirmação de Mir Puig, que, “se a *vontade geral* é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á de negar essa negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado e “de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o *quantum* ou intensidade da nova negação que é a pena”.

Diante do exposto chega-se ao entendimento de que, segundo Friedrich Hegel a pena é uma maneira de compensar o delito praticado, devendo ser reestabelecido o equilíbrio quebrado pelo fato delitivo, observando o *quantum* do delito praticado e o *quantum* da pena a ser aplicada.

3.2.2 – Teoria Preventiva da Pena

A teoria preventiva da pena diverge consideravelmente da teoria absolutista ou retributiva da pena uma vez que a primeira busca prevenir a pratica do crime, diferentemente da segunda que visava impor um castigo ao delinquente proporcionando assim uma retribuição pelo fato delitivo cometido, segundo aponta Bitencourt (2011, p.132):

A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, baseando-se em Protágoras, de Platão, afirmou: *Nemo prudens punit qui peccatum est sed ne peccetur*, que significa que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mais sim para que não volte a pecar”. Para ambas as teorias, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mais na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a pratica de novos fatos delitivos.

Isto posto chega-se a um entendimento de que a teoria retributiva da pena visa coibir a pratica delitiva fazendo com que os delinquentes não voltem mais a infringir as leis estatais. Esta teoria é subdividida em prevenção geral e prevenção especial, a qual passam a ser expostas:

3.2.2.1 – A Prevenção Geral

A teoria da prevenção geral foi desenvolvida principalmente “no período do iluminismo. São teorias que surgem na transição do Estado absoluto ao Estado liberal” (BITENCOURT, 2011, p.134), dentre os pensadores desta teoria pode-se destacar Beccaria que afirma (2005, p.101):

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar inibir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.

Com isto tem-se que a ideia desta teoria era a utilização da intimidação através do medo, produzindo, assim, um sentimento de temor no indivíduo, sendo uma espécie de motivação para que o mesmo não cometesse delitos.

No entanto tal teoria foi criticada pois não leva-se em conta os aspectos psicológicos do delinquente conforme é mostrado por Bitencourt (2011, p.135):

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delírio. Ante dessa postura encaixa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração sabemos ser impossível. Por outro lado, essa teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto. Disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição da pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo.

Da crítica em análise chega-se ao entendimento de que a teoria da prevenção geral não cumpre o seu papel de inibir por completo a prática delitiva, uma vez que há, na maioria dos casos, no delinquente um sentimento de que nunca irá ser descoberto, com isto, tais requisitos devem ser levados em conta no estudo das práticas delitivas.

3.2.2.2 – A Prevenção Especial

A teoria da prevenção especial visa coibir a prática de novos delitos, dirigindo-se, exclusivamente, ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir, conforme ensina Bitencourt (2011, p.142):

Retomando o exame dos fins perseguidos pela prevenção especial, lembramos que esta não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que este não volte a transgredir as normas jurídico-penais os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não em penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, que deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Evidentemente que o castigo e a intimidação não têm sentido. O que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar.

Diante do exposto tem-se que a teoria da prevenção especial é direcionada ao indivíduo que já praticou o delito, tentando com isto coibir que este volte a delinquir, proporcionando meios para que o mesmo seja ressocializado, o que não ocorria na teoria da prevenção geral, pois esta visava coibir a prática delitiva impondo um medo em toda a sociedade.

3.2.3 – Teoria Mista ou Unificadora

A teoria mista ou unificadora surgiu da intercessão entre a teoria absoluta ou retributiva com a teoria da prevenção, no entanto deixou de ver a “pena” como uma exigência ética de justiça (conceito retributivo) transportando suas finalidades as teses prevencionistas, onde a ideia de retribuição aparece apenas como mero limite de mínimo e máximo” (BITENCOURT, 2011, p.152). No Brasil esta é a teoria dominante, conforme ensina Damásio (2005, p.519):

Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes.

Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

A pena, na reforma de 1984, passou a representar natureza mista: é retributiva e preventiva, conforme dispõe o art. 59, *caput*, do CP.

Conforme supra citado a teoria adotada pelo Brasil é a mista ou a unificadora, uma vez que na sua concepção tem fundamentado a prevenção e a retribuição, podendo ser, indubitavelmente, observado no *caput* do art. 59 do Código Penal Brasileiro, que preconiza:

Art.59. 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.

Diante do texto legal supracitado, é notório que, no Brasil, a pena tem dupla característica “prevenção e retribuição, conforme relata o jurista brasileiro João Miranda Silva (2004, p. 59) é:

A palavra pena significa aflição, sofrimento. Portanto a pena ou é expiatória ou não será pena. Dizer que a pena deverá ter apenas o sentido de regeneração é substituir a sua própria razão de ser (infligir legalmente uma expiação ao criminoso) pelo que ela visa, como consequência de sua aplicação. Assim a pena, ao mesmo tempo em que infligi um sofrimento corporal, uma sanção econômica, ou uma restrição ao exercício de determinados direitos, também guarda como finalidade mediata, a regeneração do condenado.

Destarte, consubstancia-se o entendimento de que, a pena, no Brasil, tem dupla finalidade, a retributiva, visando, mesmo que de forma abstrata, uma reparação ou “vingança” pelo mal praticado pelo delinquente, deixando, na vítima, um sentimento de que o Estado cumprindo com o seu dever de proteger os bens jurídicos tutelados por ele, e por outro lado, a prevenção tem por finalidade de ressocializar o delinquente, fazendo com que o mesmo não volte a praticar atos contrários à ordem jurídica estabelecida pelo Estado.

CAPÍTULO IV – A RESSOCIALIZAÇÃO

Durante toda a história da pena, sempre teve a esperança de que os seus fundamentos iriam cumprir o propósito a que se destinava, entretanto tais finalidades, a princípio, não conseguiram lograr êxito, devido as condições subumanas a que eram submetidos os condenados, como ensina Bitencourt (2011, p. 35):

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delito, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna.

Observa-se, que a punição excessiva e severa não inibe a prática delitiva em uma sociedade, pois conforme supracitado, a história, não deixou muito o que aprender sobre como aplicar uma pena ao infrator, de modo, que a sociedade sintasse satisfeita, e que do outro lado, o delinquente, se voltar a sociedade, não volte a praticar condutas delitivas.

Neste contexto, surge o conceito de ressocialização, que não abrange tão somente a pena privativa de liberdade, mas abrindo um leque de opções para a individualização da pena, tornando, assim, possível a adequação proporcional do crime com a pena, “propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável” (BITENCOURT, 2006, p.131). Portanto a aplicação da pena privativa de liberdade só seria recomendada nos casos de maior potencial ofensivo. Tal tendência vem ocorrendo atualmente, devido ao fato da superpopulação carcerária e ao fato de estar ocorrendo diversas críticas a pena privativa de liberdade, conforme mostra Bitencourt (2011, p.133):

Se a pena privativa de liberdade continua sendo, infelizmente, um dos meios utilizados pelo Estado para regular a vida em sociedade, e se os fins buscados pela prevenção especial traduzem-se na tentativa de ressocializar, pergunta-se qual deve ser o conteúdo de um conceito tão extraordinariamente confuso como o que ora analisamos. Evidentemente que a grandeza desse problema exigiria muito mais espaço e atenção para examina-lo. Contudo, por ora, podemos dizer, ainda que superficialmente, que a ressocialização passa pela consideração de uma sociedade mais igualitária, pela imposição de penas mais humanitárias- prescindindo, dentro do possível, das privativas de liberdade –, pela previsão orçamentaria

adequada à grandeza do problema penitenciário, pela capacitação de pessoal técnico etc.

A crítica à pena privativa de liberdade não está tão somente relacionada a falta de aparato técnico dos servidores públicos que exercem funções ligadas a segurança pública, mas também, está relacionado ao estigma que o egresso tem quando retorna à sociedade conforme ensina Greco (2015, p. 338):

Cada preso tem sua particularidade, sua individualização; não pode ser confundido com os demais. Para alguns, a ressocialização, entendida no sentido de educação e habilitação para a prática de um ofício, seria um passo importante visando ao futuro do egresso. A sua especialização em determinada área de trabalho faria com que sua mão de obra se tornasse competitiva, mesmo sendo vista com reservas, considerando que ele traz consigo as marcas do cárcere, ou seja, o efeito estigmatizante que dificilmente será esquecido, até que de fato demonstre o seu valor.

Neste sentido demonstra-se que além dos problemas relacionados à superpopulação carcerária, tem-se os problemas relacionados à vida depois que o apenado volta a conviver em sociedade, por isso o cerne da ressocialização, atualmente, está voltado para a busca de penas alternativas à prisão privativa de liberdade, cuja doutrina denomina de “substitutivos penais” tais como: a transação penal, a restrição do exercício de certos direitos (art.76 da Lei 9.099/95), a suspensão condicional do processo (art.89 da Lei 9.099/95), a suspensão condicional da pena (art. 77, CP), o livramento condicional (art.83, CP), dentre outros, tendo em vista que “sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade” BITENCOURT (2006, p.131), neste contexto o delinquente de menor potencial ofensivo estaria sendo prejudicado, na sua ressocialização, uma vez que estaria sendo inserido em um ambiente totalmente adverso à ressocialização.

Em fevereiro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o ministério da justiça e o tribunal de justiça de São Paulo, lançaram o projeto de audiência de custódia, que consiste na garantia da apresentação do preso à um juiz nos casos de prisões em flagrante, ou seja, o preso será conduzido a uma audiência em que estarão presentes o juiz o Ministério Público e o advogado ou defensor público, onde o juiz analisará os aspectos legais da prisão, e da necessidade da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, podendo, também, o juiz analisar eventuais

ocorrências de tortura ou de maus tratos, dentre outras irregularidades, podendo ser concedido, caso haja estruturação para isso, o monitoramento eletrônico³.

Estas medidas substitutivas da pena privativa de liberdade estão ocorrendo com maior assiduidade devido ao fato de que o objetivo da ressocialização, trazendo para o cenário atual do Brasil, não está sendo implementado, uma vez que, a infraestrutura do sistema carcerário brasileiro é totalmente inadequada, tornando assim, quase que impossível a aplicação da tão almejada ressocialização do delinquente, conforme mostra Greco (2015, p.335):

E as discussões não param por aí. Como o Estado quer levar a efeito o programa de ressocialização do condenado se não cumpre as funções sociais que lhe são atribuídas, normalmente, pela Constituição? De que adianta ensinar um ofício ao condenado durante o cumprimento de sua pena se, ao ser colocado em liberdade, não conseguirá emprego e, o que é pior, muitas vezes voltará ao mesmo ambiente que lhe propiciou o ingresso na “vida do crime?” O Estado não educa, não presta serviços de saúde, não fornece habitação para a população carente e miserável, enfim, é negligente em todos os aspectos fundamentais no que diz respeito à preservação da dignidade da pessoa humana.

A ressocialização, no atual cenário estrutural em que o Estado brasileiro encontra-se, é quase que uma utopia, pois conforme supracitado, o problema está enraizado nas bases que sustentam a estrutura de um Estado, com isto, observa-se que, não só o sistema prisional, mas também toda a estrutura basilar do Estado brasileiro está falido.

O sistema prisional, que era para ser um ambiente em que deveria ter condições dignas e humanas para obter a ressocialização do apenado, pelo contrário, têm-se um ambiente com condições totalmente degradante e subumana, transformando este apenado em um “monstro antissocial”, pois o ambiente prisional em que vive está totalmente a margem da sociedade, no entanto, este “monstro” um dia, após o cumprimento de sua pena, irá, indubitavelmente, voltar ao convívio social, no entanto, estará totalmente fora do contexto social, pois o Estado não proporcionou ao apenado um ambiente humano e digno, conforme ensina Bitencourt (2006, p. 135 e 136):

A prisão, ao invés de conter a delinquência, tem lhe servido de estímulo, convertendo-se em um instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário,

3 <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

possibilita toda sorte de vícios e degradações. A leitura especializada é rica em exemplos dos efeitos criminológicos da prisão. Enfim, a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprimem a esta um caráter criminógeno, de sorte que, em qualquer prisão clássica, as condições materiais e humanas podem exercer efeitos nefastos na personalidade dos reclusos.

O que se observa é que o aparato prisional brasileiro não está estruturado para atender ao anseios da ressocialização do apenado, pois o ambiente prisional que o apenado é submetido torna-o pior do que quando entrou.

O que deve ser feito, urgentemente, é um profundo debate, com todas as classes sociais, e principalmente os especialistas em criminologia, visando um estudo criminológico para que verdadeiramente seja implementado uma estrutura conivente à ressocialização, conforme demonstra Bitencourt (2006, p. 149 e 150):

É necessário que a *questão criminal* seja submetida a uma *discussão massiva* no seio da sociedade e da *classe obreira*. Todos os segmentos sociais devem conscientizar-se de que a *criminalidade* é um problema de todos e que não será resolvido com o simples lema “Lei e Ordem”, que representa uma política criminal repressiva e defensora intransigente da ordem (geralmente injusta) estabelecida... É indispensável uma *transformação radical* da opinião pública e atitude dos cidadãos em relação ao delinqüente se pretende oportunizar-lhe a possibilidade de *ressocializar-se*. Se isso não ocorrer, será muito difícil a *reincorporação* ao sistema social de uma pessoa que sofre grave processo de *marginalização* e de estigmatização.

A temática da ressocialização não está adstrito só ao âmbito penal, mas, sim, a toda a sociedade, uma vez que o seu reflexo atinge toda a sociedade como um todo, por isso, este tema deve ser maciçamente debatido e estudado, visando a melhor solução possível para que a ressocialização seja, verdadeiramente, observada e implementada na sociedade brasileira.

A verdadeira ressocialização é aquela que observa os ditames pregados pelo professor Bitencourt (2011, p. 159), que diz:

A ressocialização do delinqüente implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinqüente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo. Caso contrário, estaríamos admitindo (equivocadamente) que a ordem social é perfeita, o que, no mínimo, é discutível.

Destarte, chega-se ao entendimento de que a ressocialização só poderá ser implementada, verdadeiramente, no sistema prisional brasileiro, quando o Estado,

começar a disponibilizar infraestrutura física e material humano capacitado para este fim, entretanto, a sociedade, através de suas classes representativas não podem ficar de braços atados esperando que o Estado tome a iniciativa, pois até o presente momento, o mesmo, não tem, sequer, cumprido com os próprios ditames estabelecidos em Lei, devido à precariedade estrutural que o Brasil atualmente detém.

CAPITULO V – A INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

O Estado através do seu poder coercitivo que é exercido sobre o delinquente, tem limites e garantias impostas pelo mesmo, visando com isto ressocializar o apenado. No Brasil, tais garantias e limites são impostos, além da Constituição Federal, também, pela lei de nº 7.210, comumente conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), que foi instituída no dia 11 de Julho de 1984, que tem por finalidade a execução da sentença transitada em julgado, “por essa razão se fala que é na fase de execução que o Estado efetivamente exerce a sua pretensão punitiva, vale dizer executa a pena fixada ao condenado” (ANDREUCCI, 2009, p.222).

A pretensão punitiva do Estado brasileiro está baseada no fundamento de ressocialização, como ensina Marcão (2011, p.31):

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

Neste mesmo sentido se posiciona Mossim(2011, p.18):

Sem dúvida, se com os mecanismos postos a serviço dos estabelecimentos prisionais o condenado conseguir se ajustar ao meio social em que vive, e se a pena atingir seu fim pedagógico, que compreende sua reintegração social, a “sanção legal” terá atingido a sua meta principal. Por conclusão, a pena na sistemática nacional deve ser considerada do ponto de vista retributiva, de prevenção especial e social, bem como de reintegração da pessoa que cometeu a infração típica.

Este fundamento de ressocialização está nitidamente previsto no artigo 1º da LEP, que preconiza:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetuar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Diante do exposto chega-se ao entendimento de que, atendendo a teoria mista, o Brasil, tem como fundamento principal, na execução penal, ressocializar o delinquente, proporcionando meios estruturais e sociais para que o apenado consiga, após a execução da pena, ser reinserido no âmbito social. Para que isso

aconteça e necessário que o Estado observe alguns princípios que a seguir são expostos.

5.1 Princípios da Execução Penal

A execução penal é o fundamento legal para o exercício do poder de punir do Estado, no entanto a sua execução deve obedecer alguns princípios fundamentais que estão dispostos tanto na Constituição Federal, dos quais pode ser destacado o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi fomentado em capítulo próprio, além dos princípios encontrados no Direito Penal, Direito Processual Penal e Lei de Execução Penal, no entanto irão ser ressaltados apenas alguns princípios, dado a vastidão que o tema tem, serão apenas analisados os princípios que permeiam o caráter reabilitador do apenado.

5.1.1 Princípio da Proporcionalidade ou Proibição de Excesso

O princípio da proporcionalidade apesar de, doutrinariamente, ter bastante divergência com relação a sua conceituação, tendo em vista que muitos doutrinadores afirmam ser este princípio sinônimo do princípio da razoabilidade, no entanto ensina Jesus (2005, p.11):

Chamado também de “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

Neste sentido o princípio da proporcionalidade, consiste no “equilíbrio” do poder de punir do Estado, não podendo este direito exceder ao grau de responsabilidade do fato praticado pelo apenado ou seja o Estado deve plicar a pena equitativamente ao fato delitivo praticado pelo condenado.

5.1.2 Princípio Reeducativo

O Estado através do seu poder punitivo, tenta, com este princípio “reeducar e reintegrar o condenado à sociedade, na medida da aceitação deste. Trata-se, na

verdade, de um ideal que deve ser buscado pelos órgãos da execução, não obstante o caráter retributivo da sanção penal” (ANDREUCCI, 2009, p 229), ou seja, o Estado através da execução penal, deverá proporcionar meios que visem a reeducação do condenado.

5.1.3 Princípio da Isonomia

Este princípio está nitidamente explícito no art. 3º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, dizendo que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”, ou seja a LEP veda quaisquer discriminação ou distinção entre os condenados, devendo o Estado proporcionar tratamento igualitário entre os apenados, e quando necessário, proporcionar tratamento desigual para os que necessitam de medidas desiguais.

5.1.4 Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLVI, preconiza que “a lei regulará a individualização da pena”, consagrando, assim o princípio da individualização da pena, como ensina Saleilles (2006, p. 162):

A natureza do indivíduo deve determinar a natureza da pena. O sistema de adaptação individual, a definição da individualização, e as penas deverão diferenciar-se com relação às classificações de delinquentes e não às categorias de delitos. Mas a duração da pena dependerá ainda, numa medida maior ou menor, conforme a escala proporcional da lei penal, da gravidade objetiva do delito. Tal é a conciliação que se impõe, daí por diante, entre a idéia de individualização admitida como critério de aplicação da pena e a idéia subsistente de proporcionalidade objetiva.

Neste contexto, cada condenado deverá cumprir, respectivamente, pelo crime por ele praticado, devendo ser analisado cada apenado, individualmente, visando a peculiaridade de cada um, uma vez que os condenados não são iguais no que diz respeito à sua subjetividade e o crime por ele praticado.

5.2 Estrutura do Sistema de Execução Penal Brasileiro

A estruturação do sistema de execução penal brasileiro está previsto na Lei de Execuções Penais, a qual passa a ser analisada.

5.2.1 Órgãos que Compõe a Execução Penal

Os órgãos que compõe a execução penal brasileira estão descritos no art.61 da Lei de Execuções Penais, que preconiza:

Art. 61. São órgãos da execução penal:
I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;
II - o Juízo da Execução;
III - o Ministério Público;
IV - o Conselho Penitenciário;
V - os Departamentos Penitenciários;
VI - o Patronato;
VII - o Conselho da Comunidade.
VIII - a Defensoria Pública.

O inciso I prevê o Conselho nacional de política criminal e penitenciária (CNPCCP) é um órgão do Ministério da Justiça, com sede em Brasília, tem a seguinte estruturação (MARCÃO, 2011, p.90):

Órgão subordinado ao Ministério da Justiça, os integrantes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, em número de treze, são designados dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário, Criminologia e ciências correlatas, sendo possível incluir neste rol, ainda, representantes da comunidade e dos Ministérios de área social, para um mandato de dois anos, renovado um terço após o transcurso de cada um.

Os treze membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário tem as suas competências atribuídas pelo art. 64 da LEP.

A constituição Federal no seu art. 127 diz que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, o que não é diferente na LEP que prevê as prerrogativas do Ministério Público nos seus artigos 67 e 68.

O inciso IV prevê o Conselho Penitenciário, que, segundo o artigo 69 da LEP é um “órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena”, e é formado, segundo nos ensina Andreucci (2009, p. 249):

É integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área do direito penal, processual penal, penitenciário e ciências correlatas, e por representantes da comunidade.

Seu funcionamento é regulado pela legislação federal e estadual. O mandato de seus membros tem a duração de 4 (quatro) anos.

O Conselho Penitenciário, além de ser um órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, ainda funciona como elo entre os Poderes Executivo e Judiciário.

Já o inciso V prevê os Departamentos Penitenciários, que é conhecido como Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que segundo o artigo 71 da LEP é um “órgão executivo da política criminal e Penitenciária e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”, cujas atribuições estão prevista do artigo 72 da LEP, e inclusive, nos seus artigos 73 e 74 prevê a criação de Departamento Penitenciário local, para uma melhor supervisão dos estabelecimentos prisionais.

O inciso VI prevê o Patronato, que nos termos do artigo 78 da LEP “O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos” e suas atribuições estão previstas no artigo 79 da LEP.

O inciso VII prevê o Conselho da Comunidade que está previsto no artigo 80 da LEP e é composto, no mínimo 4 (quatro) pessoas, sendo “1 (um) representante de associação comercial e industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais”, as atribuições deste Conselho estão previstas no artigo 81 da LEP, que preconiza:

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

II - entrevistar presos;

III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Do artigo supracitado, chega-se ao entendimento que o Conselho da Comunidade é de extrema importância para a ressocialização do preso, conforme ensina Mirabete (2004, p. 246 e 247):

A ausência prolongada do condenado de seu meio social acarreta um desajustamento que somente poderá ser superado se forem oferecidas a ele condições adequadas a sua reinserção social quando for liberado. É preciso pois, que toda comunidade seja conscientizada da missão que lhe cabe na tarefa de assistir aquele que, tendo transgredido a lei penal, está resgatando o débito criado com a prática do crime. Trata-se, portanto, no dizer de René Ariel Dotti de “um órgão da execução para colaborar com o juiz e a administração, visando neutralizar os efeitos danosos da marginalização”.

Isto posto, vislumbra-se que o conselho da comunidade é um órgão de suma importância para a concatenação do condenado a sua reinserção no âmbito social.

E por fim o inciso VII prevê a defensoria pública como um dos órgãos da execução penal, sendo que este foi incluído no rol só no dia 19 de Agosto de 2010, com a Lei de nº 12.313, que acrescentou o Capítulo IX ao título III da LEP, incluindo os artigos 81-A e 81-B.

Destarte fica claro que o Estado através dos órgãos de Execução Penal supracitados criou mecanismos de execução e fiscalização da execução da pena no Brasil, visando com isto a implementação da tão almejada ressocialização do apenado.

5.2.2 Estabelecimentos Prisionais

O art. 5º inciso XLVIII da Constituição Federal determina que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. A LEP, visando cumprir o disposto Constitucional supracitado, prevê os seguintes estabelecimentos prisionais: penitenciária, colônia agrícola industrial ou similar, casa do albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e cadeia pública. Os quais serão analisados abaixo.

5.2.2.1 Penitenciária

A Lei de Execuções Penais estabelece no seu art. 87 que “a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado” ou seja, de acordo com os ditames legais a penitenciária tão somente irá recolher os presos já condenados, e este à pena de reclusão.

Imprescindível é, salientar, que de acordo com o art. 88 LEP, as penitenciárias devem dispor da seguinte estrutura física:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Conforme observado o texto legal determina que o condenado deverá ser alojado em uma cela “individual” com ambiente térmico adequado a existência humana, e com área mínima de 6,00 m² o que na realidade não acontece, pois atualmente o Brasil vive uma grande crise no sistema prisional, devido ao fato da superpopulação carcerária, que segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 220 mil pessoas que estão presas sem julgamento, o equivalente a 40% da população carcerária Nacional⁴. Com isso posiciona-se Marcão (2011, p.139):

Conforme está claro no item 98 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, adotou-se, sem vacilação, a regra da cela individual com requisitos básicos quanto à salubridade e área mínima. As penitenciárias e as cadeias públicas terão, necessariamente, as celas individuais. Toda via, “é Público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provadamente, sem condições de com ela coexistir”.

Neste sentido chega-se à conclusão de que o Estado não está cumprindo com os requisitos, mínimos legais, do que se refere a estruturação do sistema prisional brasileiro, que ao invés de proporcionar um ambiente salubre e digno à

⁴<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61364-falhas-na-gestao-dos-processos-contribuem-para-a-superpopulacao-carceraria-diz-conselheiro-do-cnj>

existência humana, dispõe de um ambiente totalmente desumano e contrário aos requisitos legais, não cumprindo com isto o objetivo de ressocializar o apenado.

5.2.2.2 Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

A colônia agrícola industrial ou similar, deve alojar “os condenados oriundos de regime fechado que por progressão passam a cumprir pena em regime semiaberto deveram ser recolhidos em estabelecimentos que cumpram essa função de transição” (ANDREUCCI, 2009, p.254), visando com isto gradativamente a reintegração do condenado ao convívio social, que deverá, necessariamente, observar a estrutura disposta no art. 92 da LEP que diz:

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Diante do exposto tem-se que a colônia agrícola deverá dispor de ambiente propício para adequação necessária do condenado à nova forma de cumprimento de pena, observando além disso um ambiente salubre e com condições adequadas à existência humana.

5.2.2.3 Casa do Albergado

A casa do albergado foi criada com intuito de alojar os condenados, que estão na última fase da progressão de regime, que é o regime aberto, sendo uma “simples prisão noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra a fuga. A segurança, em tal estabelecimento, resume-se no censo de responsabilidade do condenado” (MOSSIN, 2011, p.79), com isto a casa do albergado deverá conter as seguintes características, disposta nos arts. 93 ao 95 da LEP, que preconiza:

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

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. 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.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Isto posto, a casa do albergado, atendendo as exigências normativas, será um local sem as características de um cárcere, não se confundindo com as construções físicas destinadas ao cumprimento da pena em regime fechado e semiaberto.

5.2.2.4 Centro de Observação

O centro de observação, nos termos do art. 96 da LEP, será o local onde “realizar-se-ão os exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados a Comissão Técnica de Classificação”, ou seja é no centro de observação que são realizados os exames criminológicos, que são de suma importância para a concessão da progressão de regime.

O exame criminológico, nos termos do art. 8º da LEP, será realizado quando o condenado estiver cumprindo pena privativa de liberdade, em regime fechado, o mesmo “será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vista à individualização da execução”, no seu parágrafo único prevê que este exame será realizado quando o condenado for exercer a pena privativa de liberdade em regime semiaberto. É através desse exame que se obtém o grau de periculosidade do condenado, como mostra Marcão (2011, p.44):

Com a realização do exame criminológico, estarão respondidas várias questões que envolvem o criminoso na sua conduta antijurídica, antisocial e seu possível retorno à sociedade. Diante de tais providências, teremos o resultado das variações do caráter do delinquente manifestado por sua conduta já que o comportamento será sempre o reflexo da índole, em desenvolvimento.

Isto posto, tem-se como principal ferramenta para concessão da progressão de regime o exame criminológico, que será realizado no centro de observação, visando traçar o perfil criminológico do apenado, sendo atendido os requisitos psicológicos o mesmo poderá receber a progressão de regime.

5.2.2.5 Hospital de Custodia e Tratamento Psiquiátrico

O Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico está previsto no art. 99 da LEP, o qual destina-se aos apenados que são inimputáveis, o seminimputável, o doente mental ou que tenha o desenvolvimento mental incompleto ou retardado nos termos do art. 26 do CP.

No entanto, cabe salientar, que na realidade quando se “consegue vaga para internação, a finalidade da medida também não é alcançada, já que reconhecidamente tais hospitais não passam de depósito de vidas humanas” (MARCÃO, 2011, p.147), ou seja o Estado não disponibiliza meios necessários para a concretização da finalidade socioeducativa do apenado, para que o mesmo seja reintegrado à sociedade após o cumprimento de sua pena.

5.2.2.6 Cadeia Pública

A cadeia pública é o edifício destinado ao recolhimento dos presos provisórios conforme preconiza o art. 103 da LEP. O preso provisório é o indivíduo que foi “preso em flagrante delito, prisão preventiva, prisão resultante de pronúncia, prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível ou prisão temporária” (ANDREUCCI, 2009, p.256), a finalidade destas prisões é manter o acusado a disposição da justiça.

5.3 Das Assistências

O art. 10 da LEP preconiza que o Estado disponibilize a assistência necessária ao condenado “objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, para isto prevê as seguintes assistências estatais: material, à saúde, justiça, educacional, social, religiosa e assistência ao egresso. As quais passam a ser explanadas.

5.3.1 Assistência Material

A assistência material consiste no dever do Estado em disponibilizar ao condenado o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, conforme o art. 12 da LEP. Já o art. 13 da LEP prevê que o estabelecimento prisional disponibilize locais destinados a venda de produtos e objetos não fornecidos pela administração carcerária, desde que permitidos.

No entanto a realidade dos presídios nacionais mostra que a assistência material é quase que uma utopia pois segundo o juiz Reno Viana do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que coordenou o mutirão carcerário no Estado de Alagoas, pelo CNJ, constatou que “o sistema de justiça alagoano apresenta mazelas comuns a todas as unidades da federação: superlotação, insalubridade, falta de assistência médica e altos índices de presos provisórios”⁵.

5.3.2 Assistência à Saúde

A assistência à saúde do preso compreende ao atendimento médico farmacêutico e odontológico conforme previsto no art. 14 da LEP. Entretanto, na realidade ocorre o oposto, e os estabelecimentos prisionais não dispõem de uma assistência à saúde digna, como ensina Marcão (2011, p.55):

O Estado não conseguiu efetivar tais direitos. Não os assegura, de fato, ainda hoje.

Desrespeita-se, impunemente, a Constituição Federal; A Lei de Execução Penal; Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes; Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil – Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1944 (DOU de 2-12-1994); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão – Resolução n.43/173 da Assembleia Geral da Nações Unidas – 76ª Sessão Plenária, de 9 de dezembro de 1988; Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, ditados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, visando a humanização da Justiça Penal e a Proteção dos Direitos do Homem; Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, ditados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, visando a Humanização da Justiça Penal e a Proteção dos Direitos do Homem; princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; Resolução n. 37/194 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 18 de dezembro de 1982 e etc.

⁵<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61110-alagoas-gasta-mais-de-r-3-mil-mensais-por-presos-em-presidio-onde-faltam-agua-e-outros-itens>

Nesta longa citação vislumbra-se que o descaso da assistência à saúde do preso no Brasil, vai de encontro a diversos dispositivos legais, tanto nacionais quanto internacionais, mostrando que o Estado, mais uma vez, não proporciona as mínimas e adequadas instalações para o exercício da assistência médica, farmacêutica e odontológica nos presídios nacionais.

5.3.3 Assistência Jurídica

A assistência jurídica é destinada aos detentos que não tem recursos financeiros para constituir um advogado particular nos termos do art. 15 da LEP, para tanto o Estado deverá disponibilizar tanto dentro como fora dos estabelecimentos prisionais a devida estrutura para a implementação da Defensoria Pública ao detento conforme diz o art. 16 da LEP:

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§ 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

§2º— Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público.

§3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

No entanto o panorama que se tem visto, é outro, é uma realidade em que os condenados, sequer, tem um mínimo de assessoramento jurídico necessário, pois constata-se que muitos presos ainda estão recolhidos no sistema penitenciário, entretanto já cumpriram as suas penas ocasionando assim o aumento da superpopulação carcerária. “Desde 2008 o Conselho Nacional de Justiça também percorreu os presídios dos estados em busca de presos irregulares. Mais de 400 mil processos foram analisados e 80 mil benefícios concedidos. Mais de 45 mil presos foram soltos porque já tinham cumprido a pena, mas continuavam encarcerados”⁶.

⁶<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2014-01-18/juizes-tentam-driblar-falta-de-recursos-para-garantir-direitos-de-presos>

5.3.4 Assistência Educacional

Cumprindo o propósito de ressocializar o condenado, o Estado deverá disponibilizar dentro das instituições penitenciárias instituições escolares e formação profissional, conforme art. 17 da LEP, sendo obrigatório o ensino de 1º grau aos condenados, art. 18, proporcionando também o ensino profissionalizante (arts. 19, 72, V e 83 § 4º da LEP).

Conforme Beccaria “a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos a pratica do mal, é aperfeiçoar a educação” (2005, p. 106), no Brasil tal premissa não é diferente, uma vez que o acesso à educação é um direito universal, conforme se observa no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dizendo que “Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória”.

No entanto a realidade pátria mostra que a assistência educacional a que são submetidos os condenados é insignificante, dado a imensa população carcerária que o país possuiu, uma pesquisa realizada pelo Instituto Avante Brasil, concluiu que a assistência educacional nos presídios, com base nos dados do Infopen “de 2008 a 2012 houve uma evolução de 44,5% no total de presos em atividade educacional. Ainda assim, esse número é muito pequeno em relação ao total do número de presos, chegando a 9% deles”⁷.

5.3.5 Assistência Social

O art. 22 da LEP preconiza que “A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”.

Segundo Marcão a assistência social penitenciária “visa proteger e orientar o preso, ajustando-os ao convívio no estabelecimento penal em que se encontram, e preparando-o para o retorno à vida livre, mediante orientação e contato com diversos setores da complexa atividade humana” (2011, p.59), ou seja, é através da assistência social que o condenado se comunica com os órgãos interno e externo do sistema penitenciário.

⁷<http://institutoavantebrasil.com.br/apenas-7-dos-presos-exercem-atividade-educacional-nos-presidios-paulistas/>

5.3.6 Assistência Religiosa

A liberdade de religião é um direito fundamental do Estado brasileiro, sendo previsto no art. 5º, incisos VI, VII e VIII da CF/88), tal direito também é garantido a liberdade religiosa, conforme art. 24 da LEP e a Lei de nº 9.982/00, que dá aos religiosos de todas as confissões acesso aos hospitais públicos ou privados, bem como aos estabelecimentos prisionais cíveis e militares. Tal direito é de suma importância para o desenvolvimento psicológico do apenado, como relata (MARCÃO, 2011, p.59):

É reconhecido que a religião é um dos fatores mais decisivos na ressocialização do recluso. Dizia Pio XII que o crime e a culpa não chegam a destruir no fundo humano do condenado o selo impresso pelo Criador. É este selo que ilumina a via da reabilitação. O Capelão Peiró afirmava que a missão da instituição penitenciária é despertar o senso de responsabilidade do recluso, abrir-lhe as portas dos sentimentos nobres, nos quais Deus mantém acesa a chama da fé e da bondade capaz de produzir o milagre da redenção do homem.

Com isto, fica claro que o apoio religioso, é de importância inenarrável para a reabilitação do apenado, pois através desta é possível realizar um tratamento psicológico profundo, fazendo com que o condenado chegue a consciência de que o ato que o levou a estar encarcerado é reprovável, fazendo com que o mesmo chegue ao arrependimento, e não volte mais a praticar condutas delitivas, alcançando assim a tão almejada ressocialização do apenado.

5.3.7 Assistência ao Egresso

Considera-se Egresso nos termos do art. 26 da LEP, o liberado do sistema prisional, pelo prazo de um ano, a contar da sua saída, e o liberado condicionalmente, durante o período de prova.

O art. 25 da LEP, diz que “A assistência ao egresso consiste: 1- Na orientação e apoia-lo para reintegra-lo à vida em liberdade; 2- Na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses”.

O problema, que se enfrenta no Brasil, concernente a assistência ao egresso, está no fato de que o “ex presidiário” leva sobre si as marcas do cárcere, e este estigma é repudiado pela sociedade, ou seja, quando o egresso procura se ressocializar e voltar a trabalhar a própria sociedade e o Estado não disponibilizam meios necessários para que o mesmo seja reinserido no âmbito trabalhista, não restando ao egresso outra alternativa senão voltar a delinquir, Marcão “reconhece a falência do sistema carcerário na esperada *recuperação*, mas desconhece ou não assume sua parcela de responsabilidade na contribuição para a reincidência” (2011, p.60).

5.4 Reincidência Criminal

O art. 63 do Código Penal Brasileiro prevê que “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitado em julgado a sentença que no País ou no exterior o tenha condenado por crime anterior”, ou seja, considera-se reincidente o indivíduo que já tem condenação transitada em julgado e vem a cometer novo crime, para estes a pena sobre o novo delito sofrerá a incidência das circunstâncias agravantes previstas no art. 61 § 1º do CP, visando com isto punir mais severamente o reincidente.

O Conselho Nacional de Justiça prevê que no país a taxa de reincidência é de 70%, porém entre os mais de 550 mil detentos do Brasil aproximadamente 2,5 mil recebem tratamento diferenciado, que tem produzido resultado animadores em termos de reinserção social. Eles cumprem pena nas 40 unidades onde é aplicado o método Apac (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), responsável por índices de reincidência criminal que variam de 8% e 15%.⁸

A Apac é uma entidade sem fins lucrativos, criada por um grupo de cristãos voluntários, que surgiu em 1972 na cidade de São José dos Campos- SP, e “atualmente, seus 40 centros de reintegração social estão distribuídos pelos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Maranhão, Paraná e Espírito Santo. Nestas unidade, a metodologia aplicada é apoiada em 12 pilares, entre os quais a

⁸<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61552-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>

participação da família e da comunidade, a valorização do ser humano, o incentivo à espiritualidade, a colaboração entre detentos e o trabalho”⁹.

Destarte observa-se que a ressocialização do condenado, no Brasil, é possível, mas para que isto aconteça é necessário que o Estado disponibilize e execute os ditames estabelecidos na lei, e principalmente, a Lei de Execução Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto vislumbra-se que o homem desde o começo da história da humanidade, vem tentando se interagir, mas para que isto acontecesse foi necessário que, primeiramente, o homem chegasse a concepção do que é um Direito individual e um Direito coletivo, após a formação desta consciência o homem passou a balancear tais direitos, visando com isto chegar ao conhecimento de qual direito deveria se sobrepôr ao outro em determinadas circunstâncias, com isto, surgiu a necessidade da criação do Estado, onde o indivíduo através de um “contrato social” sede parcela do seu livre arbítrio a um soberano ou a uma assembleia de pessoas, que a partir de então passará a ser o guardião tanto dos direitos individuais do cessionário quanto dos direitos coletivos do grupo ou comunidade formada.

Com a formação do novo guardião, dos direitos individuais e coletivos, surge a necessidade de repelir aqueles que praticam atos que vão de encontro a estes direitos, daí tem-se início a criação do poder coercitivo do Estado, ou Direito de Punir.

O Direito do Estado de punir, a princípio, teve uma conotação tão somente de ser um carrasco, infligindo no infrator o maior castigo possível, tentando com isto impor o medo na sociedade servindo de exemplo para que outrem não se aventurasse a cometer novos delitos, entretanto a história mostra que este poder de punir foi sofrendo paulatinamente alterações, deixando de ter um caráter meramente de castigo para ter uma conotação mais humanística, isto devido as correntes racionalistas pregadas no começo do século XVII pelos iluministas.

No Brasil a teoria da pena aplicada é a mista, tendo por finalidade a retribuição e a prevenção, que impulsionada pelo princípio Constitucional da

⁹<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61552-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>

Dignidade da Pessoa Humana, analisa o indivíduo, independentemente do que ele tenha praticado, deverá ser tratado como uma Pessoa, e portanto terá seus direitos essenciais à vida, garantidos pelo Estado, tentando fazer com que o condenado à um crime, no ato do cumprimento de sua pena, seja ressocializado.

A ressocialização do apenado, consiste no fato de que este delinquente um dia irá, após o cumprimento de sua pena, retornar à sociedade, e para que ele não volte a praticar novos crimes, o Estado deverá disponibilizar os meios e as ferramentas necessárias para que este seja reeducado, e tome consciência de que os seus atos foram danosos a paz social.

A lei de nº 7210/84 (Lei de Execuções Penais) prevê os meios com os quais o Estado irá dispor, para a implementação da execução da pena de um determinado condenado, respeitando a sua individualidade, e prestando as assistências necessárias para que o recluso seja compassivamente reinserido na sociedade.

O Estado deverá dispor, nos termos da lei supracitada, de edifícios prisionais que tenham condições salubres e humanas para a alocação do apenado dando, inclusive, a devida assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e a assistência ao egresso, tudo isto, para que o condenado que entrou no sistema penitenciário visto pela sociedade como um “monstro” saia deste, como um cidadão de bem, que não irá mais praticar atos que vão de encontro à sociedade, pois, agora, tem consciência de que tais práticas não devem ser realizadas.

Ora, na realidade o que acontece é o oposto, pois o próprio Estado não executa os ditames legais estabelecidos por ele mesmo, proporcionando, assim, um ambiente de extrema insegurança, uma vez que não cumpre o seu papel de ressocializar o criminoso que encontra-se recolhido no sistema prisional, em vez disso insere o condenado em um ambiente extremamente hostil e desumano, onde opera a superpopulação carcerária e o medo, transformando assim, este indivíduo em um “supermonstroantisocial”.

REFERÊNCIA

Alagoas gasta mais de R\$ 3 mil mensais por preso em presídio onde faltam água e outros itens. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61110-alagoas-gasta-mais-de-r-3-mil-mensais-por-preso-em-presidio-onde-faltam-agua-e-outros-itens>> Acesso em 06 de maio de 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção a Obra Prima de cada Autor)

Apenas 7% dos presos exercem atividade educacional nos presídios paulistas. Instituto Avante Brasil. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/apenas-7-dos-presos-exercem-atividade-educacional-nos-presidios-paulistas/>> Acesso em: 07 de maio de 2015.

Audiência de Custódia. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>> Acesso em 04 de maio de 2015

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção a Obra Prima de cada Autor)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Flávia Lges de. **História do direito geral e do Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CNJ recomenda expansão das APACs para a redução da reincidência criminal no país. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61552-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>> Acesso em: 08 de maio de 2015.

CORDEIRO, T. Rev. **Aventuras na história para viajar no tempo**. São Paulo: Editora Abril. Ed. 88, nov. 2010.

Falhas na gestão dos processos contribuem para a superpopulação carcerária, diz conselheiro do CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61364-falhas-na-gestao-dos-processos-contribuem-para-a-superpopulacao-carceraria-diz-conselheiro-do-cnj>> Acesso em: 05 de maio de 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 31 ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Criminologia**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional – Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2015.

Impávido Colosso. Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/indice-aponta-brasil-como-11-pais-mais-inseguro-do-mundo/>> Acesso em: 01 de Maio de 2015.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Joaquim José da Silva Xavier. Instituto Histórico e Geográfico de Santos. Disponível em:<<http://www.ihgs.com.br/cadeiras/patronos/joaquimjose.html>> Acesso em 26 de abril de 2015.

Jovem Negro Vivo. Anistia Internacional. Disponível em: <https://anistia.org.br/campanhas/jovemnegrovivo/> Acesso em 03 de maio de 2015.

Juizes tentam driblar falta de recursos para garantir direitos de presos. Agência Brasil. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2014-01-18/juizes-tentam-driblar-falta-de-recursos-para-garantir-direitos-de-presos>> Acesso em 07 de maio de 2015.

Lampião, nem herói nem bandido: um simples brasileiro. Revista Planeta. Disponível em:<<http://revistaplaneta.terra.com.br/secao/reportagens/lampiao-nem-heroi-nem-bandido-um-simples-brasileiro>> Acesso em: 28 de abril de 2015.

Lei Carolina Dieckmann – Lei nº 12.737/12. Art. 154-a do Código Penal. JusBrasil. Disponível em: <<http://abimaelborges.jusbrasil.com.br/artigos/111823710/lei-carolina-dieckmann-lei-n-12737-12-art-154-a-do-codigo-penal>> Acesso em 25 de abril de 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal. Comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Execução Penal Aspectos Processuais**. Cidade Jardim: J. H. Mizuno, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Indroducción al derecho penal**. Barcelona: Bodch, 1975.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
(Coleção a Obra Prima de cada Autor)

SALEILLES, Raymond. A individualização da Penal. 1 ed. São Paulo; Rideel, 2006.

SILVA, João Miranda. **A Responsabilidade do Estado Diante**. Leme: J. H. Mizuno, 2004.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. 13 ed. São Paulo: Ática, 2004.