

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ANDREIA GOMES DA FONSECA

O TRABALHO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

ANDREIA GOMES DA FONSECA

O TRABALHO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Penal, sob a orientação do Professor Livre Docente Doutor Guilherme de Souza Nucci.

SÃO PAULO

2020

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo fotocopiadores ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____

E-mail: _____

FONSECA, Andréia Gomes da

O trabalho e a ressocialização do preso / Andréia Gomes da Fonseca

146 f.; __cm

Orientador: Guilherme de Souza Nucci

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2020.

Área de concentração: Direito Penal.

1. Penal 2. Trabalho. 3. Ressocialização. 4. Execução penal. 5. Direitos do preso. I. NUCCI, Guilherme de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Direito Penal. III. O trabalho e a ressocialização do preso.

ANDREIA GOMES DA FONSECA

O trabalho e a ressocialização do preso

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador

Examinador

Dedico este trabalho a todos os meus clientes, suas mazelas e indignação com relação ao sistema penitenciário, foram fonte de inspiração para minha pesquisa.

A vocês, minha gratidão!

O presente estudo foi realizado graças ao apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Processo n.º 88887.179319/2018-00.

AGRADECIMENTOS

Não poderia iniciar os agradecimentos dessa pesquisa, sem, antes, começar pelo princípio, razão Suprema de tudo que existe: Deus. Gratidão meu Pai, por todo zelo e cuidado comigo, pelas oportunidades e aprendizados de cada dia, em especial pela fé e esperança renovada em meu ser e a inspiração para a pesquisa e finalização do presente trabalho.

Ao Professor Livre Docente e Doutor em Direito Penal GUILHERME DE SOUZA NUCCI, meus agradecimentos e sincera gratidão. Jamais seria possível a realização desse sonho, sem o apoio e as valorosas orientações que me foram dadas. O senhor representa para mim, não apenas um grande professor e jurista, mas um grande ser humano. É, hoje e sempre, uma das minhas grandes inspirações, tanto acadêmica, quanto como jurista. Meus sinceros agradecimentos, estimado Professor.

Estendo meus agradecimentos, à Professora Livre Docente e Doutora MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE DOS SANTOS, pela grata oportunidade de conhecê-la. É minha inspiração, não apenas pela professora maravilhosa, mas por sua dedicação e amor em tudo que se propõe, assim como pela incessante busca pelo saber. Gratidão por me acolher em sua vida como a uma filha. Querida e amada professora, minha eterna gratidão! Agradeço aos Professores Doutores CLÁUDIO JOSÉ LANGROIVA PEREIRA e ROBERTO FERREIRA ARCHANJO DA SILVA, pelos valorosos apontamentos e orientações que fizeram no meu trabalho, e que muito contribuíram no desenvolvimento e conclusão dessa pesquisa.

Agradeço, também, aos amigos que a vida me proporcionou e que foram essenciais no desenvolvimento e conclusão dessa pesquisa. São eles: REGIS MUNARI FURTADO, MARILENE ARAÚJO, JOÃO LUCAS TAVEIRA DA SILVA, ALESSA SANNY LIMA PEREIRA, ANDRÉ LOZANO ANDRADE, CAROLINA DA SILVA LEME, SILVIO LUIZ LEMOS SILVA, MARCIO MORENA PINTO, CARLA CRISTINA ALMEIDA, MARINA

ALVARENGA BARBOSA, EDUARDO MIRABILE, LUCIANA MIRABILE, CARLA DE VINCENZO ZONZINI, ED DE SOUZA JORGE CASTRO E ROGÉRIO JORGE CASTRO .

Muito obrigado a cada um de vocês!

Agradeço, também, aos queridos RUI DE OLIVEIRA DOMINGOS e RAFAEL DE ARAÚJO os quais, não só desempenham um trabalho excepcional junto a Coordenação do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP, mas também nunca medem esforços para ajudar quem precisa. Muito obrigado!

Agradeço, ainda, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) pela concessão da bolsa de estudos que proporcionou a minha dedicação à pesquisa.

E por fim, agradeço a minha família, que são a base de tudo que sou. A minha querida avó CONSTÂNCIA LOPES FONSECA (*in memoriam*), por ser minha inspiração e por ter direcionado meus passos no bem. Aos meus pais, MARIA DAS DORES PEREIRA DOS SANTOS e VALDEMIR GOMES DA FONSECA, e aos meus irmãos, ALINE FONSECA RAMOS e FERNANDO GOMES FONSECA. Sem vocês, eu nada seria, amo vocês, hoje e sempre! E aos meus sobrinhos, MARIA FERNANDA CAETANO FONSECA e MATEUS FONSECA RAMOS, amo vocês!

*“Uma vez por todas, foi-te dado
somente um breve mandamento:
Ama e faze o que quiseres.
Se te calas,
cala-te movido pelo amor;
se falas em tom alto, fala por amor;
se corriges, corrige por amor;
se perdoas, perdoa por amor.
Tem no fundo do coração
a raiz do amor:
dessa raiz não pode
sair senão o bem!*

Santo Agostinho

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo verificar o impacto positivo do trabalho desenvolvido durante o cumprimento de pena no processo de ressocialização do preso. Para tanto, se apresentará um breve histórico sobre a punição e a ressocialização do indivíduo, da evolução da pena e das escolas penais ao longo do tempo, assim como daquela adotada pelo Brasil e sua eficiência para a almejada ressocialização do preso, aliada aos princípios constitucionais que norteiam a pena. O cerne do trabalho será analisar a eficácia e efetividade das normas de execução penal, especialmente as ligadas ao trabalho durante o cumprimento da pena, e confrontá-las com a realidade do sistema prisional do Estado de São Paulo, de modo a estabelecer um paralelo destas com a ressocialização e reinserção social do indivíduo/preso na sociedade. O que se nota, a bem da verdade, é a existência de um flagrante descompasso entre a legislação existente e a realidade do sistema carcerário, já que a superlotação carcerária acaba por não permitir que a totalidade dos presos tenham oportunidade de trabalho e de estudo. Ante tal constatação, defende-se a criação de alternativas para a oferta de formas de trabalho ao reeducando, durante e após o cumprimento da pena, por meio de parcerias público-privadas e outros meios, de modo a atingir a sua almejada ressocialização e reinserção na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: sistema carcerário, pena, prisão, dignidade humana, lei de execução penal, trabalho, ressocialização.

ABSTRACT

This study aims verifying the positive impact of the work developed during the sentence in the process of resocialization of the prisoner. Thus, it will be necessary to present a brief history of the punishment and resocialization, as well as the evolution of the penalty and the penal doctrines over time, including the one adopted in Brazil and its efficiency for the desired resocialization of the prisoner, allied to the constitutional principles that guide the penalty. The core of this paper will be the analyses of the effectiveness of criminal enforcement rules, especially those related to labor while serving the sentence, and to confront them with the reality of the São Paulo State prison system, in order to establish a parallel between resocialization and social reinsertion of the person in society. What is noticeable, in fact, is the existence of a gross mismatch among the existing legislation and the reality of the prison system, since prison overcrowding does not allow all prisoners to have the opportunity to work and study. In view of this, one must advocate for creation of alternatives to offer work opportunity to the prisoner being re-educated, during and after serving the sentence, through public-private partnerships and other means, in order to achieve the desired resocialization and reinsertion of the person in society.

KEYWORDS: prison system, penalty, imprisonment, human dignity, penal execution law, labor, resocialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PENA – DA PUNIÇÃO À RESSOCIALIZAÇÃO.....	18
1.1 Evolução histórica das penas e as escolas penais	18
1.2 Teoria das penas.....	36
1.2.1 Teoria absoluta ou retributiva.....	37
1.2.2 Teoria relativa ou preventiva.....	42
1.2.2.1 prevenção geral.....	43
1.2.2.2 prevenção especial.....	48
1.2.3 Teoria mista, unificadora ou eclética	49
1.3 Da necessidade de ressocialização.....	51
1.4 Finalidade da pena.....	56
2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA PENA.....	58
2.1 Dignidade da pessoa humana.....	58
2.2 Legalidade estrita e reserva legal.....	62
2.3 Culpabilidade e individualização da pena.....	65
2.4 Proibição de penas cruéis.....	68
3. O TRABALHO DO PRESO COMO FORMA DE REEDUCAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO.....	71
3.1 O trabalho na Lei de Execução Penal.....	73
3.1.1 Direitos.....	79
3.1.2 Deveres.....	87
3.2 Trabalho e o Regime Disciplinar Diferenciado.....	89
3.3. Remição.....	92
3.4. Influência do trabalho na concessão ou no indeferimento de benefícios.....	96

4. POLÍTICAS PÚBLICAS E O TRABALHO DO PRESO.....	102
4.1. Insuficiência de medidas e surpelotação carcerária.....	107
4.2. Responsabilidade do Estado.....	113
4.3. Parceiras Público-Privadas e Convênios.....	118
4.4. Responsabilidade do Judiciário em proporcionar alternativas de trabalho para o preso.....	122
4.4.1. Alternativas utilizadas para superar a ausência de oportunidades de trabalho nos presídios.....	126
5. Abordagem da ressocialização e reeducação do preso pelo trabalho.....	130
CONCLUSÕES.....	135
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Aprofundar-se na execução da pena, na forma como é efetivamente aplicada e se atinge amplamente os fins aos quais se destina, é algo que desperta interesse. Em especial, por se tratar de um assunto que parece esquecido, não debatido com a profundidade que merece ser. Sem contar o flagrante desinteresse da sociedade em compreender e buscar alternativas à grave crise pela qual passa o sistema carcerário atual.

O Brasil vem apresentando nos últimos anos altos índices de encarceramento¹, o que, sem dúvida alguma, prejudica a plena eficiência e eficácia da execução da pena. Isto porque, com estabelecimentos prisionais superlotados, acima da capacidade dos locais de encarceramento, não é possível oferecer condições mínimas de cumprimento de pena.

Debate-se na atualidade a situação do sistema penitenciário brasileiro. Locais com pouca ou nenhuma salubridade, sem condições mínimas de higiene, de acesso à saúde, educação e trabalho digno.

A relevância do presente estudo se assenta inicialmente nas teorias fundamentadoras da pena, em especial no tocante à ressocialização e reinserção do condenado na sociedade, que nos parece ser a real razão de ser da pena. Ao transgredir uma norma penal o indivíduo afasta-se do meio social, fica à margem, e quando recluso no cárcere, espera-se que obtenha meios de rever seus procedimentos, e, com as oportunidades que lhe sejam oferecidas de disciplina, trabalho e estudo, passe a olhar a vida com outros olhos, se recuperando e buscando se reinserir no meio social.

Nesse sentido, pretende-se, com o estudo aqui iniciado, demonstrar que o sistema penitenciário, ao contrário do esperado, não atende plenamente às finalidades da

¹ Dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça de agosto de 2018 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>, acesso em 23/08/2019.

pena, em especial, com relação ao exercício de atividade laborativa durante o cumprimento da pena, como meio de colaborar com a reinserção social e recuperação do indivíduo.

Os índices de reincidência demonstram existir uma falha no processo de ressocialização do reeducando, o qual quando colocado em liberdade, por razões que serão esclarecidas ao longo do trabalho, tornam a delinquir e regressam ao sistema penitenciário em curto espaço de tempo.

A Lei de Execução Penal norteia e prescreve a forma como a pena deve ser executada, respeitando seus fins: retribuição e prevenção. Particularmente em relação à prevenção individual positiva, a finalidade é a reeducação e reinserção do reeducando, proporcionando ao preso oportunidade de se reintegrar à sociedade.

O trabalho e o estudo surgem como meio para atingimento do objetivo da pena, qual seja, a reinserção social do apenado. Assim, abordaremos no capítulo três o trabalho como forma de reeducação, ressocialização e reinserção social do encarcerado. Durante a execução da pena o trabalho é ao mesmo tempo direito e dever do condenado, lhe proporcionando dignidade e acesso aos benefícios ligados à progressão, indulto, comutação e remição de pena.

Não se pode falar na função ressocializadora da pena, sem antes revisitar como tal discurso foi desenvolvido ao longo da História. Enfrentaremos, assim, na primeira parte do trabalho, o desenvolvimento da punição desde seu nascimento à ressocialização.

Cada uma das fases da punição, das escolas penais e teorias sobre os fins da pena, refletiu sobre o crime e a pena a partir de um ponto de vista específico, o qual representava a realidade daquela época. Apenas na segunda metade do século XIX, os estudos sobre os fins da pena, passaram a incluir o elemento humano na estrutura da punição, compreendendo a necessidade de ressocializar e inserir o infrator no meio social, ao invés de tão somente punir e retribuir o mal do crime, com o mal da pena.

A segunda parte do trabalho, dedica-se ao estudo dos princípios constitucionais orientadores da pena, direcionando o estudo àqueles possuidores de estreita ligação com a execução da pena. Assim, analisaremos os seguintes princípios: (i) dignidade humana; (ii) legalidade estrita e a reserva legal, (iii) individualização da pena e culpabilidade; e (iv) a proibição de penas cruéis e degradantes. Os princípios serão correlacionados com o trabalho prisional e sua importância para fins de ressocialização.

Na terceira parte do trabalho, conforme adiantado, abordaremos a importância do exercício da atividade laborativa durante o cumprimento para atingir a finalidade precípua da pena: a ressocialização. Para tanto, estudaremos como o trabalho é abordado na Lei de Execução Penal, sua aplicação como direito e dever do preso, e sua valoração para fins de concessão ou indeferimento de benefícios.

Na quarta parte da dissertação, analisaremos como tem sido colocada em prática as políticas públicas para o oferecimento de oportunidades de trabalho aos presos. É de conhecimento público ser o sistema penitenciário um dos setores mais carentes de políticas públicas de nosso país, de modo que estudaremos como essa ausência de planejamento governamental influencia na ausência de oportunidades de trabalho aos presos.

No intuito de compreender a extensão do problema, utilizaremos dados obtidos nos diversos órgãos do Estado, de modo a verificar dentro do sistema prisional de São Paulo e alguns outros Estados, se existem oportunidades de trabalho para os presos, se são colocadas à disposição de todos os reclusos, e se efetivamente podemos afirmar terem aqueles que trabalham mais condições de se ressocializarem ou não.

Por fim, na quinta parte da dissertação, faremos uma abordagem acerca da ressocialização e reeducação do preso pelo trabalho, verificando as posições doutrinárias acerca do papel do trabalho no cumprimento da finalidade ressocializadora da pena.

Na pesquisa do tema, a metodologia adotada foi predominantemente bibliográfica e de dados estatísticos, optando-se por analisar como o trabalho carcerário influencia na ressocialização do indivíduo. Além disso, optamos por analisar dados disponíveis em órgãos públicos acerca da população carcerária, confrontando com os números relativos aos presos que efetivamente exercem atividade laborativa, relacionando isso com a ressocialização.

1. PENA – DA PUNIÇÃO À RESSOCIALIZAÇÃO

1.1 Evolução histórica das penas e as escolas penais

O direito apresenta-se como um complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções que regem as relações humanas².

A vida em sociedade exige a criação de regras de modo a manter a paz entre os membros. Nesse sentido, Greco aduz que :

A história do Direito Penal, confunde-se com a própria história da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, ou contra o próprio grupo social³.

O Direito Penal é um dos ramos mais antigos do Direito, isto porque desde o alvorecer da humanidade, o homem vem reagindo contra qualquer forma de agressão. Embora a prisão seja uma solução complexa e amarga, tem-se mostrado imprescindível, um mal necessário, sendo este o entendimento constante do projeto alternativo alemão, o qual se orientou nesse sentido ao afirmar que “A pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”⁴.

A aplicação da pena de prisão evoluiu ao longo dos séculos seguindo os princípios de progressiva humanização e liberalização, buscando permanente reforma, ou ainda um caminho alternativo e intermediário entre o conservadorismo e a abolição.

² NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 4.

³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1, 19ª Ed., Niterói: Impetus, 2017, p. 50.

⁴ Projeto Alternativo Alemão, de 1966, *in* BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas, 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

Segundo Bitencourt⁵, a origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Por conta dos relatos desencontrados, se torna complexo aprofundar-se na história da pena, correndo risco de nos equivocarmos.

Destarte, com a vida em sociedade surge a necessidade de regular as ações humanas. Shecaira e Corrêa Junior aduzem que:

O homem primitivo acreditava que os seres sobrenaturais castigavam ou premiavam a sociedade de acordo com o seu comportamento. Adoravam e cultuavam objetos aos quais deviam obrigação e respeito. Esses objetos eram chamados Totens, e os primeiros castigos de que se têm notícia estão vinculados às relações totêmicas⁶”.

Assim, os totens e os tabus regiam as comunidades primitivas como reflexos no sistema punitivo. Para Duek⁷ “a não compreensão dos fenômenos naturais conduzia os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais, que os levavam a ser dominados por totens e tabus”.

Na definição de Freud:

“Totem, via de regra, é um animal (comível e inofensivo, ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como chuva e a água), que mantém relação peculiar com todo o clã. Em primeiro lugar, o totem é o passado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos e, embora perigoso para os outros, reconhece e poupa seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes estão na obrigação sagrada (sujeita à sanções automáticas) de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne (ou tirar proveito dele de outras maneiras).⁸

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 11ª Ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 433.

⁶ CORRÊA JUNIOR, Alceu e SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e constituição, aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena, 3ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 22.

⁸ FREUD, Sigmund. Totem e tabu, p. 87.

O tabu, por sua vez, nos dizeres de Duek⁹, considerado o código não escrito mais antigo do homem, constituía proibição convencional, decorrente de uma tradição, com caráter sagrado, sem explicação ou origem precisa, destituída de motivo e misteriosa na origem, que passava a integrar os princípios da comunidade e era transmitida entre as gerações.

A pena nos povos primitivos possuía caráter reparatório, eis que buscava impor castigo ao infrator de modo a aplacar a ira dos deuses, não traduzindo sentimento de vingança, mas apenas uma reação racional contra o mal causado e assim manter a ordem, eis que a transgressão de um colocava todos em perigo.

Pois bem, progrediu a pena para uma segunda fase, denominada *vingança privada*, nesse sentido, nas palavras de Nucci:

Avançou-se, em uma segunda fase, para a chamada *vingança privada*, como forma de reação da comunidade contra o infrator. Na realidade, a *justiça pelas próprias mãos* nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contrarreação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio dos clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e mágica) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos possuidores da mesma descendência. Vislumbrando a tendência distribuidora da *vingança privada*, adveio o que se convencionou denominar de *vingança pública*, quando o chefe da tribo ou do clã assumiu a tarefa punitiva.¹⁰

Evoluiu então a pena para a fase da vingança pública, centralizando o poder para melhor organizar a vida social. Segundo Greco¹¹: “A vingança pública surge, como forma de proteção, de segurança do Estado e do soberano, mediante, ainda, a imposição de penas cruéis, desumanas, com nítida finalidade intimidatória”.

⁹ Op. cit., p. 24.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 56 .

¹¹ Cf. Greco, op. cit., p. 52.

Com a centralização do poder de punir nas mãos do chefe da família ou do clã, evitava-se a contrarreação sem medida, eis que a pena se restringia à retribuição proporcional ao mal causado. Segundo Shecaira:

“[...] não obstante serem os castigos aplicados de forma cruel, atingindo o corpo do condenado, e até, por vezes, os corpos de seus familiares, existia na Lei Mosaica (talião), um indício do princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito ao prescrever a máxima ‘olho por olho, dente por dente’”.¹²

Sem embargo, na aplicação de certa proporcionalidade entre pena e delito, nota-se que a pena de morte era utilizada amplamente nas sociedades antigas, servindo como principal instrumento de castigo e intimidação. Não é preciso ressaltar serem as sanções brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. Entretanto, não é demais ressaltar constituir a adoção do talião uma evolução no Direito Penal, uma vez que houve, ao menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção ao seu autor¹³.

Bitencourt afirma que:

“[...] a lei de talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (Hebreus) e na Lei das XII Tábuas (Romanos). Porém, com o passar do tempo e o aumento do número de infratores, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evoluiu-se para a *composição*, sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo”¹⁴

No Oriente Antigo, a punição possuía caráter religioso e o castigo era destinado a aplacar a ira dos deuses. Utilizavam a Lei de talião, a qual reduziu a extensão da punição e conteve a onda da vingança privada.

¹² Cf. Shecaira, op. cit., pp. 18/19.

¹³ Cf., Nucci, op. cit., p. 57.

¹⁴ Op. cit., p. 29.

Na Grécia Antiga, a punição mantinha o caráter sacro e representava tendência expiatória e intimidativa, tendo passado por duas fases: em um primeiro momento aplicava a vingança privada, e, no segundo momento, evoluiu para a aplicação da Lei de talião¹⁵.

Segundo Costa:

“Em Roma, houve as fases de vingança através da Lei de Talião e da Composição, e da Vingança Divina na época da realeza, separando-se Direito da religião. A lei criminal romana conheceu no auge de seu desenvolvimento três espécies de pena: corporais, infamantes e pecuniárias. Na fase Republicana, a pena perdeu o seu caráter expiatório, separou Estado e culto, prevalecendo a Lei de talião e a composição”.¹⁶

Na Idade Média, o castigo imposto aos infratores refletia o exercício arbitrário do poder reinante. Shecaira e Corrêa Junior esclarecem:

“[...] a Idade Média, também chamada de idade das trevas, produziu aquela que seria a maior substituta da pena capital. A igreja do séc. V, para punir clérigos faltosos, usava aplicar como penalidade a reclusão em celas ou a internação em mosteiros. Era o surgimento da privação da liberdade como pena”.¹⁷

É certo que Bitencourt¹⁸, discorda de referida posição, já que afirma que “durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece, havendo um grande predomínio do direito germânico”.

Este período foi marcado pela prática de torturas que impunham sofrimento aos infratores, segundo Tasse¹⁹ “o direito Canônico do período, embora visualizando a pena, em tese, como algo benéfico, no sentido de que visava reconciliar o indivíduo com Deus, não

¹⁵ TASSE, Adel El. Teoria da pena. Pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 24.

¹⁶ COSTA, Elder Lisbôa Ferreira. Tratado de Direito Penal: Historicidade e atualidade do penalismo parte geral arts. 1º ao 120. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 63.

¹⁷ Op. cit., pp. 18/19.

¹⁸ Op. cit., p. 32.

¹⁹ TASSE, Adel El. Teoria da pena. 1º Ed., Curitiba: Juruá, 2009, p. 29

lhe atribuía caráter humanista, na medida em que essa representava expressivo sofrimento físico ao apenado”.

Durante toda a fase da Idade Média ,o Direito Penal sofreu a influência dos “ordálios ou juízos de Deus”, trazidos pelos povos germânicos. Segundo Duek²⁰ tais práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chance de defesa para os acusados, que deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provar sua inocência. Por isso, raramente escapavam das punições.

Porém, é de se anotar o surgimento, neste período, da prática da composição pecuniária, trazida pelos germanos em substituição, com melhores resultados, da vingança privada, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias²¹ .

Na época medieval, ao contrário do ocorrido nos povos primitivos, acreditava-se em um Deus único e que tudo dele derivava, inclusive o poder e o direito de punir. Por essa razão a pena consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação, havendo uma grande confusão entre crime e pecado. A privação da liberdade possuía o condão de oferecer ao infrator um momento de reflexão acerca do mal praticado e arrepender-se. Deste modo, a Igreja passou a ter influência decisiva nas questões de Estado entre os séculos VIII e XV, e o direito canônico foi praticamente o único escrito durante quase todo esse período²² .

A filosofia cristã influenciou sobremaneira o direito punitivo na época medieval. Inclusive é dessa época o surgimento da pena privativa de liberdade, que era utilizada pelo direito canônico e aplicada em casos especiais a alguns membros do clero no século XVI. Nesse sentido afirma Bitencourt :

²⁰ Op. cit., p. 67.

²¹ Cf. Duek, op. cit., p. 68

²² Cf. Duek, op. cit., pp. 70/71.

“[...] 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 delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna.²³

Muito embora as punições mantivessem a conhecida severidade da época, é de se notar possuírem caráter corretivo e visavam a regeneração do criminoso. Nesse sentido, Santo Agostinho, na obra *Cidade de Deus*, afirmava o caráter de retribuição e regeneração daqueles que contrariavam os propósitos divinos:

Alguém dirá: porque é que esta divina misericórdia até aos ímpios e injustos se estende? Será porque, julgamos nós, quem a concede é Aquele que faz levantar o Sol todos os dias sobre os bons e sobre os maus e chover sobre os justos e os injustos? É certo que alguns haverá que, disto se apercebendo, pela penitência se hão de corrigir da sua impiedade; outros haverá, porém, que, como diz o Apóstolo, desprezando as riquezas de bondade e de tolerância de Deus, estão armazenando de acordo com a dureza do seu coração e conforme o seu coração impenitente estão armazenando, repito, para si castigos para o dia do castigo e da manifestação do juízo de Deus que a cada um retribuirá segundo as suas obras.²⁴

No mesmo sentido era o pensamento de São Tomás de Aquino²⁵, na obra *Suma Teológica*, a qual continha previsão da pena retributiva e comutativa, acreditando-se no critério da intimidação, à medida que, se as pessoas conhecessem as consequências de determinados atos, passariam a temer a punição, abstando-se assim de transgredir as normas impostas. Nota-se que tanto nas obras de Santo Agostinho como nas de São Tomás de

²³ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 35.

²⁴ SANTO AGOSTINHO. *Cidade de Deus*. Vol. 1 (livro I a VIII). Tradução de J. Dias Pereira. 2ª Ed., Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 117.

²⁵ Nos dizeres de São Tomás de Aquino: “A igualdade da justiça se dá na retribuição; pois o justo consiste em dar coisas iguais a seres iguais. Mas ela não tem lugar na primeira instituição das coisas. Pois, assim como o artífice coloca pedras no mesmo gênero em partes diversas do edifício, sem injustiça; não por alguma diversidade precedente delas, mas atendendo à perfeição de todo o edifício, que não existiria se as pedras nele não ocupassem posições diversas; assim Deus instituiu, desde o princípio, criaturas diversas e desiguais, para que houvesse perfeição no universo, e isso segundo a sua sapiência, sem injustiça, e sem nenhuma pressuposição, portanto, de diversidade de méritos.” (*Suma teológica*. Disponível em <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>, acesso em 21/06/2019, p. 569).

Aquino a ideia de retribuição é clara, porém, não com o sentido jurídico hoje conhecido, mas sim com a ideia de converter o pecador e expiar seus pecados, ao mesmo tempo em que indicava o nascimento do caráter retributivo da pena.

A pena até então possuía contornos nítidos de intimidação, fazendo nascer nos filósofos da época certa indignação, inspirando assim a próxima fase das penas, o Iluminismo.

O Iluminismo e as novas ideologias advindas do Renascimento - em especial com a obra de Beccaria - pregavam a humanização das penas, banimento da pena de morte, a proporcionalidade entre delitos e penas e contrários à tortura. Afirmava Beccaria que “mais vale prevenir os delitos que os punir”, e com isso preconizava como finalidade da pena a prevenção:

“O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu.”²⁶

Outro expoente do Iluminismo, Voltaire²⁷ também pregava a proporcionalidade entre delitos e penas, assim como a necessária humanização dos cárceres. Em suas palavras: “o encarceramento é já uma pena em si mesmo: deve, portanto, ser proporcional à enormidade do delito de que o detento é acusado. Acaso caberá lançar ao fundo da mesma enxovia um infeliz devedor insolvente e um celerado sobre o qual há fortes suspeitas de parricídio? Há graus para tudo, distinções que devem ser feitas em cada gênero”.

O movimento de reforma penal iniciado no século XVIII, o qual originou o período humanitário da pena, foi extremamente influenciado pelo pensamento iluminista e,

²⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 4ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 85 e 154.

²⁷ VOLTAIRE. O preço da justiça. 2º Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 100.

por óbvio, por seus ideólogos²⁸, Bentham (Inglaterra); Montesquieu e Voltaire (França); Hommel e Feuerbach (Alemanha); e Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália). Nos dizeres de Nucci²⁹: “Houve a preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista³⁰ voltava-se ao banimento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado à uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites a necessária defesa social”.

Eis que a pena assume um caráter utilitário, passando a ser vista como meio de prevenção de novos delitos, e não apenas com o fim de castigar o infrator. Os princípios iluministas espalharam-se pela Europa e posteriormente consagraram-se com a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789³¹, a qual preconizava a liberdade e igualdade em direitos, além do respeito à legalidade e banimento de prisões arbitrárias e castigos desumanos.

Destacamos nesse período o surgimento da prisão como pena privativa de liberdade, a partir do século XVII, consolidada no século XIX. Até essa época a prisão era utilizada apenas como meio de contenção de indivíduos e para preservá-los até o julgamento.

Os sistemas penitenciários consagraram as prisões como locais de cumprimento de pena, tendo surgido basicamente em algumas colônias americanas, muito embora encontremos menção de prisão nos moldes americanos na Europa, em Florença no ano de 1677, e em Amsterdã nos anos de 1595 e 1597.

²⁸ CORRÊA JUNIOR, Alceu e SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

²⁹ Op. cit., p. 59.

³⁰ No mesmo sentido “Rousseau acreditava na bondade natural do homem, que sofre corrupção pela ação da sociedade em sua personalidade. Para ele, o homem nascia bom, porém, a educação social o tornaria mau, sendo que os homens, para a vivência em sociedade, deviam estabelecer um contrato em que cada indivíduo deveria privar-se de parte de sua liberdade para o benefício da coletividade, sendo o fenômeno da pena a consequência do descumprimento ao avençado em tal instrumento” (Cf. Tasse, op. cit., p. 33).

³¹ Cf. Nucci, op. cit., p. 59.

O sistema pensilvânico, idealizado e fundado por Guilherme Penn, teve sua fundação no ano de 1681 e, segundo Bitencourt³², pretendia atenuar a dureza da legislação inglesa, repudiando atos violentos, limitando a pena de morte aos casos de homicídio e substituindo as penas corporais e mutilantes por penas privativas de liberdade e trabalhos forçados. O condenado era recolhido a celas individuais, em total isolamento. Posteriormente, os trabalhos forçados foram substituídos e generalizou-se a pena privativa de liberdade com a esperança de conseguir a recuperação dos condenados.

Posteriormente, surgiu o sistema auburniano (1823), da prisão de Auburn, o qual se preocupava com a obediência, vigilância e segurança do presídio e ainda se valia da mão de obra dos encarcerados, assemelhando a escravos do capitalismo da época. Ainda segundo Bitencourt³³, o sistema auburniano pretendia humanizar a pena e assim converter o sistema penitenciário em instrumento reabilitador e “pretendeu definir o trabalho sob um ponto de vista idealista, considerando-o como um agente de transformação, de reforma”, ficando claro que desde há muito se busca ressocializar o preso através do trabalho, muito embora nessa época o capitalismo visasse mão de obra a um custo menor.

Ambos os sistemas adotavam a visão punitiva e retributiva da pena.

Quanto ao trabalho, desde meados dos séculos XVII até XIX, o Estado utilizava da mão de obra dos presos como escravos, nos dizeres de Nucci³⁴ “Esse sistema de privação de liberdade, com trabalho imposto aos condenados, também tinha a finalidade de sustentar o capitalismo, com mão de obra barata e sem poder de reivindicação dos trabalhadores livres, caracterizando um período denominado de utilitarista”.

Jeremy Bentham, expoente da época, sugeriu, em 1787, a criação de um estabelecimento penal denominado “*panóptico*”, cuja intenção era a de manter o condenado

³² Op. cit., p. 76.

³³ Op. cit., p. 91.

³⁴ Op. cit., p. 61.

sob vigilância e controle integral. Segundo Foucault, o panóptico funcionava como uma espécie de laboratório do poder afirmando que:

“Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce”.³⁵

Segundo Jeremy Bentham, citado por Duek³⁶, a pena possuía a função de prevenção individual quanto ao condenado, e geral aos demais membros da sociedade. Segundo Duek³⁷ “a obra de Bentham foi de grande contribuição para a época. Embora defendesse a função retributiva da pena, na linha do pensamento clássico, sustentou sua medida na necessidade de prevenção geral, com critérios também voltados para a individualização”. Previa ainda a possibilidade de recuperação do condenado, além de entender ser papel do Estado proporcionar aos indivíduos meios de subsistência e educação.

Surge em meados de 1840 o sistema progressivo de cumprimento de pena, com predominância da pena privativa de liberdade. Nas palavras de Bitencourt³⁸ “Paulatinamente se foi adquirindo consciência da necessidade de que a execução da pena de prisão fosse concebida como um sistema, como um tratamento que buscasse a reabilitação do recluso”.

Com o sistema progressivo de pena nasce a progressividade do cumprimento de pena, eis que, de acordo com o comportamento e o trabalho, o preso poderia passar do isolamento e trabalho árduo para a atividade laborativa comum em silêncio, permanecendo isolado durante a noite. Após esse estágio poderia galgar a liberdade condicional. São os

³⁵ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 1987, Petrópolis: Vozes, p. 224.

³⁶ Op. cit., p. 122.

³⁷ Op. cit. p. 123.

³⁸ Op. cit., p. 96/97.

primeiros indícios da utilização do trabalho como meio de reabilitação do condenado, em especial como meio de progressão para regime menos rigoroso.

Sem dúvida alguma, o sistema progressivo, adotado pelo Brasil, segundo nos parece, atende aos princípios orientadores da pena, tais como a humanização da aplicação da pena, respeitando ainda a individualização, na medida em que permite ao apenado, segundo seus méritos e o exercício de atividade laboral, durante o cumprimento da pena, passar do regime mais rigoroso para o menos gravoso, favorecendo assim a reinserção social e a ressocialização.

Evoluindo um pouco mais, o sistema de Montesinos, preconizado por Manuel Montesinos e Molina (1796 – 1862) é considerado precursor do tratamento humanitário. Possuía a convicção de que a prisão deveria buscar a recuperação do recluso. Interessante notar que Montesinos acreditava que o trabalho desempenhava um papel importante na reabilitação do preso. Nas palavras de Bitencourt³⁹ “o trabalho penitenciário devia ser remunerado, porque seria o melhor estímulo para despertar o interesse por alguma atividade produtiva”.

O sistema de Montesinos guarda profunda relação com o tema desenvolvido no presente trabalho, na medida em que valorizava o exercício da atividade laborativa durante o cumprimento da pena, e acreditava na influência de forma positiva na reinserção social do condenado, posição com a qual concordamos.

No contexto do Iluminismo, em especial na obra de Beccaria alhures já citada, surgia a Escola Clássica, a qual, nos dizeres de Schecaira e Correa Junior⁴⁰, “define a pena somente como castigo, mas precipuamente como retribuição. O infrator era ignorado, voltando-se a atenção ao crime, sendo a pena proporcional a este e não àquele”.

³⁹ Op. cit., p. 105/106.

⁴⁰ Op. cit., p. 19.

A Escola Clássica, possuía como expoentes Francesco Carrara, Rossi, Immanuel Kant, Hegel e outros, segundo os quais a pena possuía caráter retributivo, objetivando o castigo do infrator. Nesse sentido afirma Carrara⁴¹ “A consciência do direito é congênita no homem; e a ela é inerente a ideia de que, quando um indivíduo tenha violado o direito do seu semelhante, deva infligir sê-lhe um mal, como consequência de tal ação”.

Nos dizeres de Teles⁴², “os princípios básicos da Escola Clássica são: (1) o crime é um ente jurídico, é, pois, a violação do direito; (2) a responsabilidade penal funda-se na liberdade do homem, pois só pode ser punido aquele que agiu livremente; (3) a pena é retribuição jurídica do mal, restabelecendo-se, assim, a justiça”.

Para a doutrina clássica, em especial para Carrara, a responsabilidade penal do criminoso era vista com base no livre-arbítrio, já que definia a pena como “o mal que, segundo a lei do Estado, inflige o Magistrado àqueles que, observadas as formalidades devidas, foram reconhecidos culpados por um delito”⁴³. Afirmava ainda que a aplicação da pena não visava a correção do condenado, muito embora era certo que, se ocorresse, seria justo e bom.

Por fim, são consideradas contribuições da Escola Clássica, segundo Duek⁴⁴ a proporcionalidade entre o dano causado pelo crime e a necessidade da pena; o movimento de abolição da pena de morte; o princípio da personalidade da pena; a ideia da pena com fim correccional, visando a emenda do condenado.

A despeito da evolução das ideias, predominou na Escola Clássica, a teoria absoluta da pena, fundando-se na justiça da retribuição, segundo a qual a pena nada mais é

⁴¹ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal, parte geral. Volume II. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 7.

⁴² TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral – I. arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais, teoria da lei penal, teoria geral do crime 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1988. p. 45.

⁴³ Op. cit., p. 40.

⁴⁴ Op. cit., p. 134.

do que um mal necessário para preservar a tranquilidade pública ou reafirmar o direito, contra os que livremente optaram por transgredir as normas penais⁴⁵.

Destarte, é certo que a Escola Clássica possui seus méritos, em especial quando afirma que a pena é a resposta ao infrator quanto a infração por ele cometida (o que de fato é). Entretanto, entendemos não ser possível sua aplicação de forma isolada, em especial porque não considera o elemento humano e a necessidade de oferecer a este a oportunidade de reeducação e reinserção social.

O avanço das ciências naturais impulsionou o surgimento da Escola Positiva. Apresenta-se em três fases: a) antropológica de Cesar Lombroso, com a obra “*L'uomo delinquente* (1876); b) sociológica de Enrico Ferri, autor da obra “*sociologia criminale* (1892); e, por fim, c) fase jurídica de Rafael Garofalo, expoente da criminologia (1885)⁴⁶.

A Escola Positiva emerge durante contexto de grave crise social e jurídica no qual a sociedade e até mesmo os juristas da época, ansiavam por medidas que os protegessem do crime, em franca ascensão. Nesse sentido nos explica Aníbal Bruno:

“As preocupações ético-jurídicas que haviam feito da retribuição o núcleo do conceito da pena teriam de ceder lugar a uma corrente mais influída pelas novas ideias científicas, a um ponto de vista que já tinha sido o dos iluministas do Direito Penal italiano, como Beccaria, o de um Direito punitivo instrumento de defesa social.”⁴⁷

Enquanto os expoentes da doutrina Clássica se voltavam para o fato criminoso em si mesmo, apoiados na moral e no livre-arbítrio, os Positivistas se atentavam para o criminoso em si, as razões pelas quais o homem delinque, partindo da Sociologia, Antropologia e Psicologia, utilizando-se da interdisciplinaridade.

⁴⁵ Cf. Duek, op. cit., p. 135.

⁴⁶ Cf. Duek, op. cit., p. 44.

⁴⁷ BRUNO, Aníbal. Direito Penal, parte geral, tomo I introdução, norma penal, fato punível. 5ª Ed. ver. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 61.

Assim, os Positivistas partiam da análise do indivíduo, o qual era visto como enfermo, e não criminoso. Segundo Bettiol:

“Lombroso, atribuiu a causa do crime a um complexo de anomalias de caráter orgânico do delinquente, de maneira que ele, do ponto de vista estrutural, morfológico, humoral, se apresenta diversos de outros homens. Os delinquentes são uma “espécie” do “gênero” humano e reproduzem características somático-biológicas próprias de uma fase primitiva do desenvolvimento através da qual – segundo as leis da evolução – a humanidade teria passado antes de chegar ao estágio atual.”⁴⁸

Segundo José Frederico Marques⁴⁹, coube a Ferri superar o estágio Lombrosiano da caracterização do delinquente e formular uma classificação, não mais presa ao tipo único do criminoso nato, e sim diversificada em categorias antropológicas. Ferri professava que a responsabilidade humana quanto aos danos decorria do fato deste viver em sociedade, e que o fundamento da punição se assentava na defesa social, destinando-se, por fim, à prevenção de novos delitos.

Segundo Ferri⁵⁰, o crime possuía uma tríplice causa, fundada assim em três fatores individuais, orgânicos e psíquicos – fatores físicos, ambiente telúrico – fatores sociais, ambiente social, sustentando que todo crime, do mais leve ao mais terrível, não é um *fiat* incondicionado da vontade humana, mas, sim, um fenômeno resultante destas três ordens de causas naturais. E visto que estas diversamente influem, caso por caso, indivíduo por indivíduo, disso advém a classificação dos criminosos (criminoso nato – louco – habitual – ocasional – passional) que fica como pedra angular no novo edifício científico.

Por fim, Rafael Garofalo representa a corrente jurídica da Escola Positiva, sendo o trabalho de mais acentuado caráter jurídico desses primeiros tempos, quando realmente a

⁴⁸ BETTIOL, Guiseppe. Direito Penal. Campinas: Red Livros, 2000, p. 34.

⁴⁹ Op. cit., p. 38

⁵⁰ FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. Tradução de Paolo Capitano. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 62.

doutrina da escola ainda não estava suficientemente elaborada para uma construção rigorosamente jurídica⁵¹. Garofalo estabelecia como base da responsabilidade a periculosidade do delinquente. Segundo Luiz Regis Prado:

“Garofalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição do delito natural; como a violação dos sentimentos altruísticos e fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.”⁵²

Podemos afirmar ter a Escola Positiva deixado um legado importante, em especial no tocante à individualização da pena, eis que utilizavam como parâmetro para a justa aplicação da pena a personalidade e a conduta social do apenado. Ademais, apontam-se os princípios regentes da Escola Positiva: a) o crime é um fenômeno natural e social; b) o fundamento da responsabilidade penal, que resulta de ser o homem um ser social, é a periculosidade do delinquente; c) a pena é medida defensiva da sociedade e seu objetivo é recuperar o delinquente ou, pelo menos, neutralizá-lo; d) o delinquente é um anormal do ponto de vista psíquico, podendo ser classificado em tipos⁵³.

É certo que tanto a Escola Clássica como a Positiva são objetos de críticas, em especial por serem contrapostas. Nas palavras de Nucci:

“Enquanto a Clássica olvidava a necessidade de reeducação do condenado, a Positiva fechava os olhos para a responsabilidade resultante do fato, fundando a punição no indeterminado conceito de periculosidade, conferindo poder ilimitado ao Estado, ao mesmo tempo em que não resolveu o problema do delinquente ocasional, portanto, não perigoso. Assim, outras escolas surgiram, buscando

⁵¹ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 259.

⁵² PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64.

⁵³ Op. cit., p. 46.

conciliar os princípios de ambas, mas não lograram sucesso, não chegando a atingir o grau de consistência das primeiras”.⁵⁴

Surgem assim as Escolas Ecléticas ou Críticas. A “*Terza Scuola*” pretendia unir as principais tendências anteriores defendendo a autonomia do Direito Penal, porém, sem desconsiderar a importância da Filosofia do Direito, mantendo o estudo do delito com base na Antropologia e Sociologia. Nos dizeres de Dotti⁵⁵ “Quanto à imputabilidade penal, embora sem se louvar no livre-arbítrio, admite que ela deve fundar-se na capacidade de dirigir-se do sujeito, ou seja, em sua aptidão para sentir a coação psíquica. E quanto à pena, entende que ela se justifica por uma necessidade política e social em face de sua eficácia preventiva.

A Escola de Política Criminal teve como expoente o positivista alemão Franz Von Liszt⁵⁶, a qual caracterizava-se por medida de Política Criminal cujo ponto de partida era a neutralidade entre livre-arbítrio e determinismo, com a proposta de imposição de pena, com caráter intimidativo, para os delinquentes normais e de medida de segurança, para os perigosos (anormais e reincidentes), sendo esta última com objetivo de assegurar a ordem social, como fim único da justiça.

No que toca a finalidade da pena, segundo Tasse:

“Em sentido geral, referem-se à prevenção como finalidade primordial da pena, sendo abandonado o impulso repressor exagerado, contudo ainda havendo retribuição na aplicação da pena, quer por representar a pena privação de direitos que são caros ao indivíduo, quer porque a sociedade não aceita o abandono completo do aspecto de repressão na imposição das consequências jurídicas ao delito”.⁵⁷

⁵⁴ Op. cit., p. 65.

⁵⁵ Op. cit., p. 263

⁵⁶ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. Campinas: Russell Editores, 2003, pp. 143/144.

⁵⁷ Op. cit., pp. 48/49.

Outro ponto interessante na doutrina de Franz von Liszt é o caráter ressocializador, inclusive através do trabalho nos crimes de menor gravidade, o qual, nas palavras de Bruno:

“[...] defendendo a pena de fim, em nome da defesa social. Essa pena fim, em que ele fez penetrar a função emendativa sobre o delinquente, por meio do que ele chama de adaptação artificial, e que ele exige que se ajuste em espécie e medida à natureza própria do delinquente, embora lhe conserve o caráter intimidativo”.⁵⁸

A despeito dos avanços obtidos com os estudos das Escolas Clássicas, Positivas e Ecléticas, estes foram interrompidos por duas grandes guerras mundiais, oportunidade na qual o direito penal tornou-se excessivamente repressor, com inúmeras afrontas aos direitos humanos. Segundo Duek:

“Durante esse período, o Direito Penal distanciou-se da corrente humanitária e tornou-se extremamente repressivo. Predominou, então, o tecnicismo jurídico, segundo o qual o Direito Penal deve desvincular-se de qualquer indagação de política criminal ou de cunho filosófico, o que ocasionou um retrocesso em face do positivismo crítico”.⁵⁹

Após a Segunda Guerra Mundial, os estudos acerca do Direito Penal foram retomados, com especial atenção aos direitos humanos, sendo elaborada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual foi recepcionada por diversos países, inclusive abolindo a pena de morte em países como Alemanha e Itália. Nasce nesse momento a nova doutrina de defesa social, a qual afastava o determinismo e tecnicismo jurídico e retomava as pesquisas criminológicas acerca do indivíduo e do crime⁶⁰.

A doutrina de defesa social surge na França, liderada por Felippo Gramatica e Marc Ancel, a qual em linhas gerais, prioriza a substituição das penas por medidas de

⁵⁸ Op. cit., p. 71.

⁵⁹ Op. cit., p. 157

⁶⁰ Cf. Duek, op. cit., p. 158.

ressocialização do delinquente, a intensificação dos estudos sobre o conhecimento da personalidade do infrator, encontrando sua expressão na fórmula “prevenção do crime e tratamento do delinquente”.

Além disso, reconheciam uma parcela de responsabilidade da sociedade no respeito à dignidade e liberdade do infrator⁶¹. Reconheciam na prisão, a despeito das danosas consequências, um mal necessário, porém afirmavam que esse período de encarceramento deveria ser utilizado como oportunidade de tratamento, deixando de oferecer perigo à sociedade⁶².

Observa-se que o movimento de Defesa Social acrescentou muito aos preceitos norteadores da execução penal atual, no sentido em que afirma que a pena, assim como o cárcere, não se presta apenas a punir o infrator, mas deve objetivar a ressocialização e a reinserção deste no meio social. Além disso, reconhece o importante papel da sociedade como meio de prevenção de novos delitos.

1.2 Teoria das penas

Abordamos até aqui a evolução da pena através dos séculos, assim como as respectivas “*escolas penais*”, de modo que se faz necessário uma análise acerca das teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, e dentro desse contexto, analisar a teoria adotada pelo Brasil e se a mesma se presta à atingir a finalidade almejada.

Conceitualmente, segundo Bitencourt⁶³ “a pena é um mal que se impõe por causa da prática de um delito: conceitualmente a pena é um castigo”. O conceito de pena não deve

⁶¹ Segundo Duek “postulavam um sistema desprovido de punição, no qual a pena é eliminada, cedendo lugar à medida de ressocialização e de aperfeiçoamento do delinquente”. (Op. cit., p. 158/162).

⁶² E ainda na lição de Bitencourt: “A nova defesa social, que se constituiu em um verdadeiro marco ideológico, que o próprio Marc Ancel definiu como “uma doutrina humanista de proteção social contra o crime. Esse movimento político-criminal pregava uma nova postura em relação ao homem delinquente, embasada nos seguintes princípios: a) filosofia humanista, que prega a *reação social* objetivando a proteção do ser humano e a garantia dos direitos do cidadão; b) análise crítica do sistema existente e, se necessário, sua contestação; c) valorização das ciências humanas, que são chamadas a contribuir, interdisciplinarmente, no estudo e combate do problema criminal” (Op. cit., p. 64).

⁶³ Op. cit, p. 81.

ser confundido com a finalidade da pena, de modo que examinaremos as principais teorias que procuram explicá-la⁶⁴.

1.2.1 Teoria absoluta ou retributiva

A teoria absoluta ou retributiva encontra justiça na pena como retribuição ao mal praticado pelo infrator. Com a prática de ato contrário à norma ocorre uma desestabilização na sociedade, e a pena cumpre um papel restaurador da ordem jurídica interrompida⁶⁵.

Fundamenta-se a teoria absoluta ou retributiva no contrato social. Segundo Bitencourt:

“À medida que o indivíduo contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com essa atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena”.⁶⁶

Para os retribucionistas, a pena não passava de uma forma de realizar a justiça, evitando assim que a sociedade buscasse vingar os males sofridos por meio do duelo, o que representaria um retrocesso às origens primitivas do Direito Penal. Destarte, assim prossegue

Bitencourt:

“A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a

⁶⁴ Nesse sentido explica Brito: “Temos como fato que a pena é um mal. Quando aplicada, toda pena se revela um castigo, um mal, até mesmo uma retribuição, ainda que esta palavra aflija a doutrina. Mas o fulcro da questão não é o seu predicado depois de aplicada ou sofrida pelo condenado. O foco reside na fundamentação de sua aplicação. A pena não pode ser aplicada sob o fundamento de se castigar o autor do crime. Isto, no entanto, não lhe retirará o caráter de um mal, quando vier a ser sofrida pelo condenado. É o fundamento que deve despir-se da qualidade de retribuição, do ‘mal pelo mal’” (BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 47).

⁶⁵ Nesse sentido Salvador Netto afirma que: “a visão retributiva da pena estatal (teoria absoluta da pena) configura a estruturação de um sistema criminal que, quando formatado sob este padrão, visa ao pretérito, ao delito já ocorrido. É uma compensação de culpa, uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores, tais como devem ser” (Finalidades da pena – Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 205).

⁶⁶ Op. cit., p. 83.

capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto”.

⁶⁷

A teoria da retribuição guarda suas origens no pensamento do filósofo alemão Immanuel Kant e de Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Kant e Hegel possuíam pensamentos distintos. Muito embora ambos fossem adeptos da corrente retribucionista da pena, enquanto para Kant a pena era essencialmente ética fundada em valores morais, para Hegel, a pena possuía finalidade jurídica e buscava restabelecer a conformidade com a vontade geral se contrapondo ao crime⁶⁸.

Para Kant, o infrator deveria ser penalizado exclusivamente porque transgrediu a lei com a prática do ato infracional, não levando em conta qualquer alusão acerca da utilidade da pena enquanto intimidação ou recuperação e socialização do delinquente, baseando a pena em questões puramente éticas.

Nos dizeres de Kant:

“A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direito às coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. Ele deve ter sido previamente considerado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou de seus concidadãos. A pena é imperativo categórico”.⁶⁹

A filosofia kantiana preconizava a pena como um fim em si mesma, eis que, à medida que o infrator transgredisse a norma, perdia sua condição de cidadão e, assim, deveria ser castigado pelo soberano. A pena representava a justa retribuição ao mal levado a

⁶⁷ Op. cit. p. 85.

⁶⁸ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 63.

⁶⁹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Bauru: Edipro, 2003, pp. 174/175

efeito e, por essa razão, não necessitava de nenhuma outra finalidade. Afirmava, ainda, que se lhe atribuíssemos uma finalidade, estaríamos utilizando o indivíduo como objeto do sistema.

Assim, nas palavras de Shecaira e Corrêa Junior:

“Kant entendia que a aplicação da pena constituía-se em um imperativo categórico, resumindo sua posição retribucionista (retribuição moral) da seguinte forma: caso um Estado fosse dissolvido voluntariamente, dever-se-ia antes executar o último assassino que estivesse no cárcere, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo que deixou de exigir a sanção. Se assim não procedesse o povo, poderia então ser considerado par da lesão pública da justiça”.⁷⁰

Verifica-se assim, que a teoria de Kant acaba por não observar uma função preventiva da pena, e nesse sentido, referindo-se a Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, afirma Duek:

“A ideia kantiana fracassa porque não se propõe a finalidades preventivas que justifiquem a necessidade da pena, tampouco realiza garantia quando deixa de fixar quais os espaços possíveis da criminalização. Especificamente no que se refere à legitimação, a pena apenas como “mal” imposto ao delinquente, sem qualquer fim ressocializante, é contrária à própria compreensão social, por ser negativa demais”.⁷¹

Para Hegel⁷², a pena possui necessidade jurídica e representa a expressão da vontade racional, encontrando sua justificação na necessidade de restabelecer a vontade da maioria.

Assim, o crime passa a ser visto com uma autêntica violação de um direito e a pena assume o papel de negar o crime, reafirmando o Direito e, por consequência, restaurando o direito. Segundo Duek:

“De fato, definir o Direito como algo a ser seguido e respeitado implica, por via de consequência, a possibilidade de ele ser violado. A pena é,

⁷⁰ Cf. Shecaira e Corrêa., op. cit., p. 130.

⁷¹ Op. cit., p. 126.

⁷² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 83/85.

assim, a negação da negação caracterizada pelo crime, com o objetivo de reafirmar o Direito e atualizar a justiça.”⁷³

Na mesma esteira é o entendimento de Carrara,⁷⁴ para quem a pena possui finalidade retributiva e corresponde à consequência do desejo de reação ante a violação do direito. In verbis: “Este dano inteiramente moral (§118) cria a ofensa a todos na ofensa de um, porque perturba o sossego de todos. A pena deve reparar esse dano com o restabelecimento da ordem, perturbada pela desordem do delito”.

Entretanto, é certo ter sido Carrara um dos primeiros teóricos a distinguir o fim da pena de suas possíveis consequências acessórias, afirmando que, a despeito de inexistirem tais consequências, a pena continuaria legítima, reafirmando ser o fim primário da pena o restabelecimento da ordem externa da sociedade:

“§ 614 – O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser consequências acessórias da pena, algumas delas desejáveis; mas a pena permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados.”⁷⁵

Destaca-se ser a corrente retribucionista considerada insuficiente, visto que busca tão somente retribuir o mal causado pelo ilícito, sem qualquer outra finalidade, em especial no que tange a ressocialização do indivíduo delinquente. Nesse sentido é o entendimento de Roxin:

“A teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-

⁷³ Op. cit, p. 127.

⁷⁴ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal, parte geral, volume II. São Paulo: Saraiva, 1957, pp. 75/76

⁷⁵ Cf. Carrara, op. cit., p. 78.

estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena), é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé.... A teoria da retribuição é ademais danosa do ponto de vista da política criminal. Pois, uma teoria da pena que considera como essência da mesma o “irrogar um mal”, não conduz a nenhum caminho para uma execução moderna da pena que sirva a uma efetiva prevenção do delito. A execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito; ou seja, quando está estruturada como uma execução ressocializadora preventiva especial. Para isso, a ideia da retribuição não oferece, em troca, nenhum ponto de apoio teórico”.⁷⁶

Entendemos que a aplicação de uma teoria exclusivamente retributiva não encontra amparo teórico, eis não ser tarefa simples aplicar regras qualitativas e quantitativas entre elementos tão distintos como o mal do crime e o mal da pena.

A teoria retributiva baseia a aplicação da pena na culpabilidade do autor do fato, e nesse ponto busca proporcionalmente aplicar uma pena que seria bastante para retribuir o mal que este tenha causado, em moldes similares à pena de talião (olho por olho, dente por dente). Porém, na prática, não é possível buscar legitimar e justificar o direito exclusivamente na retribuição⁷⁷.

Assim, a despeito da dificuldade de basear a finalidade da pena exclusivamente na retribuição, é certo que a teoria retributiva, em nosso entender, contribuiu com a concepção de uma justa aplicação da pena, por limitar a atuação estatal por meio da proporcionalidade entre a ação do infrator e a resposta do Estado.

⁷⁶ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, 11/12, p. 7-20., jul./dez. 1973. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20441 - acesso em 02/08/2019.

⁷⁷ Conforme palavra Duek: “A retribuição, tanto em Kant quanto em Hegel, poderia conduzir à falta de limites na quantidade e na qualidade da pena. Além disso, em regra, a retribuição busca justificar-se na culpabilidade do infrator, partindo da presunção indemonstrável da liberdade humana. A pena, contudo, deve ter finalidade construtiva e não encontrar um fim em si mesma” (Op. cit., p. 130).

1.2.2 Teoria relativa ou preventiva

Enquanto a teoria retributiva encontra como fundamento da pena a retribuição do mal do delito com o mal da pena, compreendendo a pena como um fim em si mesma, a teoria relativa ou preventiva possui uma concepção utilitária da pena, encontrando o fundamento da pena na necessidade de evitar futuras práticas delitivas.

A teoria preventiva justifica-se por razões de utilidade social, ou seja, é um instrumento preventivo de garantia social, com o fim de evitar novas práticas delitivas, vendo, no estudo da personalidade do criminoso, o caminho para a eficácia da prevenção. Nesse sentido, Winfried Hassemer esclarece que “Sêneca, que viveu no início da era cristã, - do modo como foi transmitido por Grotius – tomou de Protágoras uma teoria da pena que hoje designamos como ‘moderna’: nenhum indivíduo racional pune pelo pecado cometido, mas para que futuramente não mais se peque”⁷⁸, e com isso explica que referido pensamento caracteriza o que hoje conhecemos como “teorias preventivas da pena”.

Assim, as teorias relativas fundamentam a pena na prevenção de novos crimes, buscando ainda prevenir que o infrator cometa outros ilícitos e, segundo Prado:

“Encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) - concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.”⁷⁹

⁷⁸ HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p.369.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. Ciências Penais. Revista dos Tribunais online, jan/2004, p. 143, Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>, acesso em 03/08/2019.

Desta feita, as teorias relativas ou utilitárias da pena dividem-se em duas direções bem definidas, prevenção geral e especial, e, atualmente, são entendidas em dois aspectos, negativo e positivo.

1.2.2.1 Prevenção geral

A teoria da prevenção fundamenta suas bases teóricas na intimidação, caracterizada pelo temor gerado nos possíveis infratores, capaz de demovê-los da prática do delito, caracterizando assim, a função pedagógica da Lei.⁸⁰

Para a prevenção geral, a pena representa uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham da prática de delitos (coação psicológica) e a execução da pena representa a confirmação de que a ameaça será cumprida caso alguém descumpra a norma. A doutrina subdivide a prevenção geral em negativa e positiva⁸¹.

Uma das primeiras formulações teóricas da prevenção geral negativa é fundada na “teoria da coação psicológica” defendida por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que procura justificar a aplicação da pena como um meio ou instrumento útil e necessário à prevenção da criminalidade⁸². Em linhas gerais, astutamente, percebeu-se que apenas a coação física empregada pelo Estado não solucionaria o problema criminal, eis poder ser aplicada aos poucos casos que tivessem conhecimento prévio, impedindo assim seu cometimento, ou após a ocorrência destes⁸³, de modo que a pena provocaria uma sensação de desagrado nos integrantes da sociedade, impedindo assim o cometimento de delitos.

No entanto, a teoria da prevenção negativa (intimidação) é alvo de críticas, visto que não pode ser demonstrada de forma empírica. De certa forma, se afasta do pressuposto

⁸⁰ Cf. Dotti, op. cit. p. 660.

⁸¹ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 135.

⁸² BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 186.

⁸³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 46.

da culpabilidade na medida em que procura punir de forma exemplar o transgressor apenas para incutir o medo nos demais membros da sociedade, e assim dissuadi-los de cometer delitos, afastando-se muitas vezes da proporcionalidade entre a pena e a ação levada a efeito. Além disso, acaba por instrumentalizar o indivíduo, haja vista apenas utilizá-lo como exemplo aos demais⁸⁴.

A despeito das críticas, a Prevenção Geral Negativa deve ser observada por outro ângulo, qual seja, aquele que exerce função educativa da sociedade, na medida em que a sanção é imposta ao infrator, demonstrando aos demais membros da sociedade a existência de uma ordem jurídica a ser observada e respeitada, e caso não seja, estará o sujeito suscetível à punição competente, inclusive com restrição da liberdade.

A Prevenção Geral Positiva por seu turno, possui o condão de reafirmar o Direito, fortalecendo a confiança da sociedade nas normas jurídicas, e exatamente por essa razão é bastante criticada considerando a ausência de inovação, pois teria as mesmas fundamentações da corrente retribucionista, qual seja, o fortalecimento e reafirmação do direito.

Segundo Prado:

“Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: primeiro lugar, o efeito da aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito da confiança, que se consegue quando o cidadão não vê que o direito se impõe; e por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produza quando uma infração normativa é

⁸⁴ Nesse sentido é o entendimento de Roxin “Isto conduz-nos à terceira e mais importante objeção à prevenção geral. Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração aos outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal. Já Kant o criticou por atentar contra a dignidade humana, tendo afirmado que o indivíduo não pode nunca ser utilizado como meio para as intenções de outrem, nem misturado com os objetos do direito das coisas, contra o que o protege a sua personalidade natural” (ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do direito penal. Coleção Veja Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 2004, p. 24).

resolvida por meio da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica”

⁸⁵.

Porém, os adeptos da teoria da prevenção geral positiva divergem quanto à existência de outras finalidades da pena, além daquela exposta, qual seja, a de reafirmação do direito e do ordenamento jurídico. Assim, subdividiu a teoria em prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora⁸⁶.

A prevenção geral positiva fundamentadora possui como expoentes mais aguerridos os doutrinadores Hans Welzel e Gunter Jakobs. Para Hans Welzel⁸⁷, o Direito Penal exerce função ético-social na medida em que procura garantir os valores de ação da atitude jurídica. Afirmar ainda que, para além de defender bens jurídicos, teria o Direito Penal a finalidade de prevenção negativa ao prescrever as condutas e castigar as violações de valores fundamentais, expressa de forma clara e incisiva a vigência de ditos valores.

Gunter Jakobs, por sua vez, defende possuir o Direito Penal função orientadora das normas jurídicas, baseando-se no conceito de direito do filósofo Niklas Luhmann, defendendo terem as normas jurídicas o papel de orientar os cidadãos em suas relações sociais. Esclarece que mesmo quando as normas são violadas, sua vigência permanece inalterada, caso contrário, como consequência, a confiança na sua função orientadora seria abalada. Nesse sentido, Mir Puig esclarece:

“Quando ocorre a infração de uma norma, convém deixar claro que continua a existir e mantém sua exigência, apesar da infração. Caso contrário, colocaria em risco a confiança na norma e na sua função orientadora. A pena serve para destacar com seriedade, e em forma custosa para o infrator, que sua conduta não obsta a manutenção da norma. A pena não deve ser vista em seu aspecto naturalista do mal, da mesma forma que o crime não importa tanto quanto um bem legal. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma e, portanto, positivo

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte geral, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 741,

⁸⁶ Cf. Shecaria e Corrêa, op. cit. p. 130.

⁸⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Barcelona: Editora Ariel, 1964, p. 327.

enquanto afirma a vigência da norma ao negar sua infração”.⁸⁸ (tradução livre)

A teoria fundamentadora foi muito criticada, em especial por utilizar o Direito Penal como primeira opção na solução dos problemas sociais, impondo coativamente padrões rígidos de conduta aos cidadãos. Além disso, retira os limites de punir do Estado, situações que não se adequam ao Estado Democrático de Direito⁸⁹.

A prevenção geral positiva limitadora defende dever a prevenção geral exercer papel limitador à atuação punitiva do Estado, contrapondo-se nesse ponto à teoria fundamentadora. Referida teoria possui como expoentes Claus Roxin e Winfried Hassemer, e, para estes, o Direito Penal atuaria como meio de controle social.

Para Hassemer⁹⁰, a pena deve obedecer determinados limites, incorporando os princípios normativos limitadores da pena e a proteção jurídica aos fins da pena. Considera passar a justa aplicação da pena pela aplicação dos fundamentos do Direito Penal, como a proporcionalidade ou a função limitadora do princípio da culpabilidade; o respeito ao direito de ser processado de forma digna, defendido por um profissional técnico e hábil; e a proteção da dignidade humana para apuração da verdade.

No entendimento de Hassemer, a função da pena é a prevenção geral positiva, exercendo seu papel através da reação do Estado aos fatos ilícitos e puníveis e, assim, proteger a consciência social da norma. E, para a efetividade da proteção, explica:

⁸⁸ “Cuando se produce la infracción de una norma, conviene dejar claro que ésta sigue em pie y mantiene su vigencia pese a la infracción. Lo contrario pondría em entredicho la confianza em la norma y su función orientadora. La pena sirve para destacar con seriedad, y em forma costosa para el infractor, que su conducta no obsta al mantenimiento de la norma. La pena no há de verse em su aspecto naturalístico de mal, de la misma forma que el delito no importa em cuanto lesión de um bien jurídico. Así como el delito es negativo em la medida em que supone infracción de la norma y, por tanto, defraudación de expectativas y um conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva em cuanto afirma la vigencia de la norma al negar su infracción” (PUIG, Santiago Mir. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. 1985. Disponível em dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46280.pdf, acesso em 07/08/2019).

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão causas alternativas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

⁹⁰ Cf. Hassemer, op. cit.

Um conceito mais sofisticado de efetividade não pode levar em conta apenas os efeitos imediatos da ameaça da pena e da execução da pena; ele deve levar em conta que uma proteção “efetiva” dos bens jurídicos-penais somente pode ser esperada a longo prazo, quando os homens estimam os bens jurídicos dos demais pelo bom senso em vez de pelo temor. A “efetividade” deve ser concebida pelas pessoas às quais se dirigem as normas jurídico-penais.⁹¹

Quanto à retribuição e à ressocialização, entende Hassemer⁹² que estas são, na verdade, instrumentos para a efetiva função de prevenção geral positiva, posto colocarem limitação ao *jus puniendi* estatal. Nesse sentido Shecaira e Corrêa Junior distinguem as teorias fundamentadora e limitadora:

Enquanto para a teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios de intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de tornar-se um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos.⁹³

No entanto, ambas as teorias são alvos de crítica. Enquanto a fundamentadora é criticada pelo fato de pretender servir a pena imposta ao infrator para reafirmar a consciência social da norma, demonstrando assim sua vigência - em especial porque a sanção deve ter sentido para quem a sofre e não a comunidade -, a limitadora, por sua vez, é questionada por relegar a segundo plano a necessidade de asseverar a prevalência da ordem jurídica sobre a vontade individual, exatamente o que permite melhor convivência em sociedade, ou seja, o predomínio do coletivo sobre o individual⁹⁴.

⁹¹ Cf. Hassemer, op. cit., p 411.

⁹² Cf. Hassemer, op. cit, p. 377.

⁹³ Cf. Shecaira e Corrêa Junior, op. cit., p.132.

⁹⁴ Cf. Nucci, op. cit., p. 67.

1.2.2.2 Prevenção especial

A prevenção especial se dirige ao infrator, objetivando que este não volte a delinquir. A teoria, por sua vez, não é inovadora, eis que Franz Von Liszt, à sua época, defendia, em seu Programa de Marburgo, os critérios preventivos especiais da pena, buscando ressocializar e reeducar o delinquente e intimidar aqueles que não necessitam ressocializarem-se, além de neutralizar os considerados incorrigíveis⁹⁵.

A teoria da prevenção especial fundamenta sua atuação especificamente sobre o agente, objetivando que este não mais volte a delinquir. Para tanto, segundo Roxin:

“Esta não pretende retribuir o fato passado, assentando a justificação da pena na prevenção de novos delitos do autor. Tal pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis.”⁹⁶

Constata-se assim, fundar-se a teoria da prevenção especial na periculosidade do agente, objetivando sua diminuição. Atualmente, se divide em dois sentidos: a neutralização do agente através da prisão (sentido negativo) e a reinserção social (sentido positivo).

Nucci aponta:

“A prevenção não se esgota no aspecto geral, voltando-se ainda para o caráter individual. Retirando-se o condenado do convívio social, diante da imposição de pena privativa de liberdade, está-se, em verdade, prevenindo novos delitos, ao menos de autoria do detido (prevenção especial negativa). Pretende-se, então, com sua reeducação, tornar a prevenção especial e definitiva (prevenção especial positiva). É a busca da reeducação e da ressocialização do condenado, afinal, é o expressamente disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”⁹⁷

⁹⁵ Segundo Bitencourt “A necessidade da pena, se mede com critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializarem-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuidade” (Op. cit., p. 93).

⁹⁶ Cf. Roxin, op. cit., p. 20.

⁹⁷ Cf. Nucci, op. cit., pp. 75/76.

Tal qual ocorreu à Teoria da Prevenção Geral, a Teoria de Prevenção Especial foi igualmente objeto de críticas, algumas positivas, outras nem tanto. A primeira crítica diz respeito à ressocialização, eis existirem delinquentes que não necessitam de ressocialização ou correção, já se mostrando seguro que não voltaram a delinquir e que não voltariam a delinquir, como por exemplo, os homicidas passionais. Por outro lado, como impor a alguém que se corrija ou se reinsira na sociedade nos moldes estabelecidos pelo Estado, referida situação indica, sem dúvida, uma ideia absolutista.⁹⁸

Além disso, segundo preleciona Roxin, “tal como a teoria da retribuição, a teoria da prevenção especial não possibilita uma delimitação do poder punitivo do Estado quanto ao seu conteúdo. Não se trata apenas de sermos todos culpáveis, mas de todos necessitarmos de nos corrigir”⁹⁹. O autor finaliza afirmando: “a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o Direito Penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição”¹⁰⁰.

Por outro lado, é indiscutível o caráter humanista da teoria especial, já que coloca o indivíduo no ponto central do tema, possibilitando assim a justa individualização da reprimenda penal. Ademais, a atuação da teoria especial permite o aperfeiçoamento do trabalho de reintegração social.

1.2.3 Teoria mista, unificadora ou eclética

Assim, com as falhas das demais teorias, surgem as teorias mistas, ecléticas ou unificadoras, que somaram as duas outras, procurando assim conciliar a função retributiva da pena com o fim de prevenção, geral e especial.

⁹⁸ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 145.

⁹⁹ Cf. Roxin, op. cit., p. 21.

¹⁰⁰ Cf. Roxin, op. cit., p. 22.

Segundo Prado¹⁰¹ “Predominantemente, na atualidade, buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins da prevenção geral e de prevenção especial”.

Em outro sentido afirma Duek:

“Dessas teorias, surge a chamada teoria mista ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência de que cada uma possa surtir efeitos isoladamente. Nessa linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena, por exemplo, não afasta a necessidade de segregação do delinquente, nem sua possível socialização. Além disso, permanece na pena sua função preventiva, pela intimidação dirigida à sociedade.”¹⁰²

Para a teoria unitária ou eclética, a pena se fundamenta no delito praticado e no intuito que este não mais se repita, logo, caráter preventivo. Além disso, possui um caráter subsidiário, qual seja, o de que o Direito Penal somente deve ser aplicado quando for extremamente necessário para a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, exprimindo o caráter “*ultima ratio*” do ordenamento jurídico.

Segundo entendimento de Bitencourt:

“Inicialmente essas teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, reproduzindo assim as insuficiências das concepções monistas da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a atenção da doutrina jurídico-penal fixa-se na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução). Enfim, tais teorias centralizam o fim do Direito Penal “na ideia de prevenção”. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo), desempenha um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências de prevenção”.¹⁰³

¹⁰¹ Cf. Prado, op. cit., p. 748.

¹⁰² Cf. Duek, op. cit., p. 103.

¹⁰³ Cf. Bitencourt, op. cit., pp. 151/152.

Em suma, o que se constata é que a teoria unificadora ou eclética busca combinar os pressupostos positivos das teorias da retribuição e prevenção, pretendendo com isso refutar as críticas surgidas às mesmas, e, conforme afirma Tasse:

“É possível afirmar que a aceitação das escolas ecléticas decorre em muito do fato de que analisam a pena de forma multifacetária, abordando todos os estágios da reação penal, não cometendo o equívoco de isolar-se em apenas um dos aspectos presentes nas consequências jurídico-penais aos delitos”.¹⁰⁴

Nessa linha de raciocínio, analisando o ordenamento jurídico pátrio, em especial o *caput* do artigo 59, do Código Penal, o Brasil adota a teoria mista ou eclética, como fundamento da pena, visto prever na parte final do artigo em comento que “o juiz atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e as consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Enfim, entendemos que a pena deve buscar atingir as duas finalidades de forma simultânea: a prevenção e a retribuição. Destarte, a teoria mista observa e estuda a pena em suas diversas faces, analisando-a de forma global, e por essa razão foi a adotada em nosso ordenamento jurídico.

1.3 Da necessidade de ressocialização

A ressocialização ou socialização obteve maior destaque em meados do século XIX, com os preceitos defendidos pelas teorias justificadoras da pena, concomitantemente com o declínio da pena de prisão, até então considerada medida capaz de erradicar a criminalidade.

¹⁰⁴ Cf. Tasse, op. cit., p. 75.

É certo, porém, que a despeito das dificuldades enfrentadas no sistema prisional - tais como superlotação e deficit de vagas, conseqüentemente, locais fétidos, pouca ou nenhuma iluminação -, a prisão continua sendo um mal necessário, em especial porque o Estado, quando exerce o *jus puniendi*, busca com isso manter a paz social e a vigência das normas. Caso assim não fosse, a sociedade buscaria fazer justiça com as próprias mãos, regressando ao período da vingança privada.

Assim aduz Nucci:

“Mantemo-nos convencidos de ser a pena indispensável, ainda que se possa falar de um mal necessário, mas de suma importância no atual estágio imperfeito da humanidade, nada justificando, portanto, a adoção de teorias abolicionistas”.¹⁰⁵

A ressocialização está prevista de forma expressa na Lei de Execução Penal brasileira (art. 1º), estabelecendo-se como principal objetivo desta “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Resta demonstrado assim, que os preceitos expostos na Lei de Execução Penal harmonizam-se perfeitamente com os fundamentos defendidos pela teoria correcional, a qual deu origem à socializadora.

Pois bem, a teoria correcional possui como expoente Carlos David Augusto Roder, o qual afirmava que a pena possui finalidade de corrigir a injusta vontade do criminoso, além de defender que somente a pena correcional seria dirigida à individualidade de cada um, possibilitando assim a aplicação da pena adequada e em tempo suficiente e proporcional¹⁰⁶.

As correntes correcionais afirmavam, em linhas gerais, que com a crise da pena retributiva, seria necessária a imposição de métodos corretivos durante a execução penal,

¹⁰⁵ Op. cit., p. 67.

¹⁰⁶ Cf. Duek, op. cit., p. 146.

não com o objetivo de castigar, mas com o de recuperar o delinquente e torná-lo útil à sociedade, conferindo assim utilidade à pena¹⁰⁷.

No mesmo sentido é o entendimento de Liszt:

“Especialmente sobre o delinquente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido sobre o delinquente pela execução penal. a) a pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente; b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ai delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo as sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade (Unschadlichmachung)”¹⁰⁸.

Os princípios e fundamentos estabelecidos pela corrente correcional fizeram surgir as teorias socializadoras, as quais observavam o delito como uma falha no processo de socialização, e assim sendo, apontam como finalidade precípua da intervenção punitiva do Estado, a de integrar o delinquente no seio da sociedade.

Desta feita, para a obtenção da reintegração do apenado à sociedade através da pena, a teoria socializadora apresenta um programa mínimo e um programa máximo. Nos dizeres de Duek:

“O primeiro contenta-se com o prognóstico de que o delinquente não tornará a praticar crimes, ou seja, de que guardará efetivo respeito às leis. Já o segundo, além de postular as finalidades visadas no programa mínimo, objetiva uma verdadeira transformação do indivíduo, mediante uma terapia com influência na personalidade do infrator, que o leve a atingir a socialização.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cf. Duek, op. cit., p. 147.

¹⁰⁸ Cf. Liszt, op. cit., p. 144.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 191.

Nessa linha de raciocínio, é certo que a Lei de Execução Penal brasileira se aproxima seguramente dos fundamentos defendidos pelo Programa Máximo, tal como consta no artigo já mencionado, eis buscar, na fase de execução da pena, a reabilitação e ressocialização do apenado através da educação e do trabalho, concedendo remição de pena àquele que desenvolva atividade laborativa e/ou educacional. Outro fator de identidade de propósitos, é o sistema progressivo no cumprimento da pena, possibilitando assim ao delinquente sua reinserção social, instruindo e educando, fator que, sem dúvida alguma, será de grande valia para o apenado e para a sociedade.

O Programa Máximo recebe críticas por parte da doutrina, a qual acredita não ser papel do Estado interferir no livre arbítrio do delinquente, tencionando obrigá-lo a modificar padrões de conduta e de valores, e, assim agindo, estaria violando as bases do Estado Democrático de Direito¹¹⁰, a qual prevê sermos todos livres para escolher o modo como pretendemos viver. Nesse sentido esclarece Bitencourt¹¹¹, que “Modernamente, só se concebe o esforço ressocializador como uma faculdade que se oferece ao delinquente para que, de forma espontânea, ajude a si próprio a, no futuro, levar uma vida sem praticar crimes”.

Porém, ousa-se discordar do posicionamento contrário à ressocialização além do mínimo, inclusive afirma Nucci¹¹² que tudo aquilo que for direcionado à melhora e aprimoramento do indivíduo, deve ser valorizado e aplaudido.

¹¹⁰ Nos dizeres de Roxin: “Sendo certo que a ideia da correção indica um fim da pena, ela, todavia, de modo algum contém em si própria a justificação de tal fim, como pensam a maioria dos adeptos desta teoria. Mais importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade” (Op. cit., p. 22).

¹¹¹ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 124.

¹¹² Cf. Nucci, op. cit., p. 76/77.

Além disso, é certo que o Programa Máximo, ora defendido, somente prosperará se tiver o assentimento do apenado, o qual poderá absorver e aproveitar as oportunidades, ou não, se convertendo assim, em mera tentativa.

E, nesse sentido, conclui Nucci:

“Essa posição, em nosso entender, se adotada de modo radical, é insustentável na medida em que a vida em comunidade demanda obrigações, deveres e impõe restrições naturais, justamente a fim de preservar a liberdade de cada um. Não se pode almejar “ser diferente” se essa atitude implicar em lesão a direito alheio, especialmente no que toca o direito fundamental da pessoa humana, motivo pelo qual o processo de reeducação objetivado pelo cumprimento da pena é legítimo e visa a formação (ou reforma) de quem infringiu a norma penal, ferindo bem jurídico tutelado. A liberdade deve ser, sem dúvida, garantida, mas sem afastar a possibilidade de o Estado intervir para resgatar a ordem abalada, mormente quando ocorre a prática de um crime. O direito à diferença é salutar enquanto não prejudique terceiros, do contrário, é preciso impor limites. Se o condenado não os conheceu nem assimilou, por isso delinuiu, cumprindo a pena deve ser reeducado, preparando-se para o reingresso na sociedade, recuperando sua liberdade”.¹¹³

Deste modo, o ideal pretendido pelas teorias ressocializadoras é exatamente este: socializar o indivíduo ou reinseri-lo no meio social, com novos valores e qualificações, os quais permitam que este não mais volte a delinquir.

1.4 Finalidade da pena

A história da pena, assim como as muitas teorias que buscam explicar os seus fins e finalidades, nos permite um novo olhar sobre o tema.

Frente às características relativas à cada uma das teorias estudadas sobre a finalidade da pena, concluímos seguir a ideia de retribuição, a despeito das relativizações de cada uma das correntes doutrinárias estudadas, sendo o ponto de partida para a justa

¹¹³ Op. cit., p. 77.

aplicação da pena, a qual guarda na culpabilidade seu fundamento e limite. E, para ser efetivamente justa, deve atender aos critérios de prevenção, geral e especial.

Assim, não vemos empecilho em aceitar que a pena, de fato, possui diversos aspectos da finalidade da pena, e tal como nos ensina Nucci¹¹⁴: “Não vemos incompatibilidade em unir esforços para visualizar a finalidade da pena sob todos os aspectos que ela, necessariamente, transmite: é – e sempre será – retribuição; funciona – e sempre funcionará – como prevenção positiva e negativa, abrangendo, ainda, a ressocialização do condenado. A teoria da pena é, em nosso entender, multifacetada ou multifatorial”.

No mesmo sentido é o entendimento de Prado¹¹⁵: “O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com exclusão pura e simples de outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa”.

Porém, não se pode negar que entre os fundamentos da pena, o mais frágil deles tem sido o ressocializador, e muito se deve ao atual sistema penitenciário. Isto porque as péssimas condições do sistema prisional não favorecem ao indivíduo profícua oportunidade de ressocialização.

Não se pode anuir com a mera segregação dos delinquentes como forma de afastá-los do meio social, sem a incessante busca em devolver ao meio social um indivíduo em melhores condições que aquelas apresentadas no momento da prisão, até porque isso representa um bem não apenas para o delinquente, mas para a sociedade como um todo.

O que se espera é que o apenado encontre no cárcere condições para, querendo, ressocializar-se, aprender um novo ofício, concluir os estudos, o que não é o que se constata. Atualmente, vê-se a constatação de uma utopia quando se pretende ressocializar os indivíduos submetidos ao cárcere, já que as prisões brasileiras, no geral, estão em patente

¹¹⁴ Cf. Nucci, op. cit., p. 78.

¹¹⁵ Cf. Prado, op. cit., p. 749.

crise. Inúmeras e infindáveis rebeliões, estabelecimentos superlotados, sujos, mal iluminados, em flagrante afronta aos direitos e garantias individuais.

Não são oferecidas oportunidades de estudo e trabalho, nem tampouco atendimento médico e odontológico, tudo a contribuir para o imenso caos vivenciado pelo sistema prisional brasileiro.

Destarte, não podemos nos furtar às precárias condições do atual sistema prisional¹¹⁶ e seus efeitos danosos, em especial à almejada ressocialização. A crítica ora lançada é no sentido de que a Lei de Execução Penal, como será visto, fornece elementos para que a ressocialização seja alcançada durante o cumprimento de pena, com condições de estudo e trabalho, sendo este o tema desta dissertação.

¹¹⁶ Dados referentes a situação carcerária disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça, cujos números analisaremos nos próximos capítulos do trabalho. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, Acesso em 07/01/2020.

2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA PENA

Conforme abordado no capítulo anterior, a pena corresponde à sanção imposta ao agente transgressor da normal penal, atendendo a duas finalidades: a prevenção e a retribuição.

Assim, para que haja o efetivo cumprimento das finalidades referidas, a pena orienta-se por princípios inseridos na Constituição Federal, bem como nos Códigos Penal e de Processo Penal, os quais serão abordados neste capítulo.

2.1 Dignidade da pessoa humana

A proteção dos direitos inerentes ao homem está esculpida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, a qual, inclusive, completou 70 (setenta) anos em 2018. Nesta, tem-se proclamada como meta a ser atingida pelos povos e nações a promoção do respeito aos direitos e garantias individuais.

Nosso país, reconhecendo a importância da dignidade da pessoa humana, e em especial pelo comprometimento internacional com referido princípio, internalizou-a no ordenamento jurídico pátrio como princípio constitucional, o qual serve como norteador e limitador da atuação do Estado, em especial no que diz respeito à execução da pena e das medidas à esta relacionadas.

Destarte, todos os seres humanos possuem direito a gozar de vida digna e a serem tratados com respeito, ainda que se encontrem privados de sua liberdade cumprindo pena imposta pelo Estado. O princípio da dignidade humana pode ser observado por prismas variados, e nesse sentido é o entendimento de Nucci, envolvendo tanto a exigência de garantia mínima existencial como o sentimento de respeitabilidade inerentes aos seres humanos:

“Segundo nos parece, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV da Constituição, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado”.¹¹⁷

Segundo Sarlet, embora seja tarefa complexa conceituar a dignidade humana, esta pode ser compreendida nos seguintes termos:

“A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Nessa trilha, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que é reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nessa linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível, o que, como se verá mais adiante, não afasta a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa e em algumas de suas facetas”.¹¹⁸

No tocante à aplicação da pena, o princípio da dignidade da pessoa humana determina ao Estado a adoção de medidas punitivas pautadas na benevolência, banindo assim do ordenamento jurídico as penas cruéis e degradantes, tais como a pena de morte (excetuado o caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento, nos moldes previstos no artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp. 32/33.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª Ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 143.

Sem embargo, o princípio da dignidade da pessoa humana proíbe a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, proibindo, por via de consequência, a execução cruel e degradante de penas legais ao condenado.

Nesse sentido, Zaffaroni esclarece que:

“O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito.... a república pode ter homens submetidos à pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida, Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão”.¹¹⁹

Além disso, insere-se no princípio da Dignidade Humana que o Estado, além de buscar a concretização do *jus puniendi*, deva pautar suas ações no sentido de ofertar ao reeducando, durante o desenrolar do cumprimento de pena, meios para que, querendo, adquira conhecimentos e meios para, após o cumprimento da pena, reinserir-se na sociedade.

Brito esclarece:

“O princípio de humanidade pressupõe uma execução humana e responsável. A imposição e execução da pena deve levar em conta a personalidade do condenado, e frente à uma sanção humanizada, preocupar-se com sua devolução à vida em sociedade. Através deste princípio a ressocialização ocupa o lugar da exagerada repressão”.¹²⁰

Nesta toada, o princípio da humanidade que decorre da dignidade da pessoa humana prevê que o Estado envie esforços para a execução da pena dentro de limites legais aliada ao esforço Estatal na busca da reeducação e posterior reinserção social do apenado.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral – 7º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 157.

¹²⁰ Cf. Brito, op. cit., p. 44.

Nessa linha de raciocínio, para poder o apenado reconstruir sua personalidade e ao deixar o cárcere, obtendo melhores condições de sucesso na reinserção social, o trabalho durante o cumprimento de pena surge como forma de devolver ao reeducando a dignidade perdida com o cárcere.

Assume o trabalho, durante a execução da pena, duplo viés quanto à dignidade da pessoa humana. O primeiro deles, determina a Lei de Execução Penal, que o trabalho é, ao mesmo tempo, um direito e um dever do reeducando, e nesse sentido preserva e respeita sua inerente dignidade ao oferecer ao mesmo oportunidade de aprender um novo ofício, de ocupar o tempo, e assim, sentir-se útil, além de representar uma forma lícita de auferir renda e como causa de remição de pena, já que lhe faculta a Lei de Execução, a cada três dias trabalhados, a eliminação de um dia de cumprimento de pena.

Nesse sentido afirma Reale:

“O homem se constitui um feixe de sentimentos, pensamentos e ações, na verdade, define-se por aquilo que faz. A primeira coisa que se pergunta a um desconhecido é sobre o que ele faz, como forma essencial de passar a conhecê-lo, cientificando-se do seu universo. O trabalho indica quem e como é a pessoa, que, em geral, se orgulha do que faz. O trabalho fixa o horizonte da pessoa, a coloca no mundo social, a situa na sociedade. O trabalho para o homem preso é tanto ou mais importante do que para o homem livre, pois é necessário para sua higidez mental e condição de dignidade humana, art. 28 da Lei de Execução Penal, imprescindível para fazer o tempo perdido passar e assim não ser tão perdido. Ademais, o trabalho, sendo remunerado, ajuda a formar um pecúlio, a auxiliar a família, e a obter uma colocação ao ganhar a liberdade condicional”¹²¹.

Assim, é inegável a estreita ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalho, favorecendo a reinserção social do apenado. Isto posto, veja-se Nunes:

“É um “um dever social do preso”, “porque no final do cumprimento da sua pena a sociedade exige que o reeducando esteja apto a conviver socialmente, sem mais delinquir, inclusive com uma profissão definida e capaz de assegurar a sua existência e da sua família. Por outro lado, o trabalho desenvolvido pelo preso enaltece a dignidade humana, no instante

¹²¹ REALE JR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16.

em que o reeducando vê-se recompensado pelos esforços empreendidos. Ninguém tem dúvida de que o trabalho – em qualquer situação concreta – é fonte de educação e de produtividade, daí porque pode-se assegurar que, além de evitar a ociosidade carcerária – um dos grandes males das nossas prisões – o trabalho prisional é um forte aliado da integração social do condenado, uma das finalidades da execução da pena”.¹²²

O segundo viés está ligado à proibição prevista na Constituição Federal, de trabalhos forçados e desumanos (artigo 5, XLVII, “c”), assegurando assim, a preservação da integridade física e, por consequência, a dignidade do preso, decorrente da sua condição de ser humano.

Portanto, o princípio da Dignidade Humana busca banir do ordenamento jurídico toda e qualquer pena considerada desumana, e ao mesmo tempo, garantir que, com a aplicação da pena, o reeducando obtenha meios de reinserir-se no meio social, de preferência, mais esclarecido e com atitudes renovadas.

2.2 Legalidade estrita e reserva legal

Prevê o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A previsão constitucional referida é a perfeita adequação ao princípio da legalidade, o qual guarda suas origens na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, a qual estabelece que “nenhum homem será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

O respeito ao princípio da legalidade estrita, é encontrado na exposição de motivos à Lei de Execução Penal, a qual dispõe no item 19: “O princípio da legalidade

¹²²NUNES, Adeildo. Da execução penal.3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 61. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108833. Acesso em 13/09/2019.

domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”, deixando claro o intuito do legislador em limitar e direcionar a execução das penas.

Destarte é certo constituir o princípio da legalidade estrita ou reserva legal verdadeira limitação ao poder punitivo do Estado, assim como à fase executória da pena, já que estende-se às consequências jurídicas, quais sejam, penas e medidas de segurança, no sentido de precisar o apenado ter conhecimento das modalidades de pena previstas e a serem contra ele aplicadas¹²³. Nesse sentido, é o entendimento de Bitencourt:

“A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa e do caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que exclua toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo”.¹²⁴

Na Lei de Execução Penal o princípio da legalidade está no artigo 3º, o qual determina: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, demonstrando a submissão de todos os atos ligados à execução à Lei e à sentença. Além disso, prevê o artigo 45, lei em análise, que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal regulamentar”.

Destarte, o título executivo representado pela sentença imposta ao réu é o limite do Estado na execução da reprimenda, de modo que, sendo imposta pena privativa de liberdade em regime semiaberto, não pode o Estado inseri-lo no regime fechado, e vice-versa.

¹²³ No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Lúcio Nogueira: “Pelo princípio da legalidade é de se entender que a execução deve ser feita de acordo com as normas estabelecidas na Lei de Execução e nos regulamentos das casas do albergado ou conselhos comunitários, órgãos auxiliares no cumprimento de certas penas”. (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal: Lei 7210/1984, 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 7).

¹²⁴ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 10.

Além de referida limitação ao poder estatal, o princípio da legalidade determina o fiel cumprimento dos direitos e deveres do reeducando previstos da Lei de Execução Penal. O trabalho é sem dúvida de grande importância para que a pena cumpra seus fins, como direito e dever do preso durante o cumprimento de pena, vedada a imposição de trabalho em condições forçadas ou degradantes. Por outro lado, impõe ao Estado e ao Judiciário o dever de criar oportunidades para que possa o reeducando exercer atividade laboral.

Nesse sentido é o entendimento de Kuehne:

“De há muito é conhecido o brocardo popular de que a mente vazia é a oficina do diabo. Assim, a LEI DE EXECUÇÃO PENAL dá o devido destaque à questão laborativa, infelizmente, não compreendido tal aspecto, haja vista a visível deficiência de oportunidades para os privados de liberdade. Estimados, nos dias de hoje (out/08) em mais de 450.000 privados de liberdade, o percentual daqueles que labutam mal atinge 20%. Quadro deveras lamentável”.¹²⁵

Esse quadro ao longo dos anos não é dos melhores. Atualmente, segundo relatório disponível no site do Conselho Nacional de Justiça, em agosto de 2018, 709.808 (setecentos e nove mil, oitocentos e oito) pessoas se encontravam encarceradas no Brasil¹²⁶, número esse que seguramente se aproxima dos 800.000 (oitocentos mil) se considerarmos o fato de São Paulo não ter enviado os dados até o fechamento da pesquisa.

Ante tal contexto, é flagrante a afronta ao princípio da legalidade, já que as normas atinentes aos direitos e deveres do preso, em especial no tocante à oportunidade de postos de trabalho, não são concretizadas a contento, conforme se verá ao longo do presente trabalho.

¹²⁵ KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal anotada. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 89.

¹²⁶ Dados obtidos no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, BNMP 2.0, Cadastro Nacional de Presos do Conselho Nacional de Justiça, de 06/08/2018, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>, acesso em 05/09/2019.

2.3 Individualização da pena e culpabilidade

O princípio da individualização da pena está previsto na Constituição Federal no artigo 5º, XLV ao XLVIII, os quais determinam que as penas devem ser individualizadas em todas as fases previstas legalmente, ficando a cargo das leis ordinárias a regulamentação dos tipos de pena admitidas, assim como a forma que deverão ser impostas e executadas.

O intuito do princípio da individualização é proibir a padronização de penas, determinando àquele responsável pela aplicação da pena sua personalização caso a caso, lhe permitindo a oportunidade de avaliar o condenado e a conduta praticada, aplicando a este pena que atinja as finalidades previstas na Lei, qual seja, preventiva e retributiva.

Nesse sentido é o entendimento de Nucci:

“a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”.¹²⁷

A individualização da pena passa necessariamente por três fases. A primeira delas, no Legislativo, o qual ao tipificar uma conduta penal, prevê o *quantum* mínimo e máximo suficientes para a reprovação e prevenção do crime. Na segunda fase, no Judiciário, o juiz da causa, ao apurar e julgar uma conduta criminosa, aplicará o montante concreto ao condenado, partindo do preceito secundário atribuído à conduta, observando todos os prismas e efeitos.¹²⁸

¹²⁷ Op. cit., p. 27.

¹²⁸ Cf. Nucci, op. cit., p. 28.

Por fim, e que nos interessa especificamente, na fase judicial responsável pela execução da condenação, a pena deverá ser igualmente individualizada, respeitando as peculiaridades de cada reeducando, inclusive, como determina a Lei de Execução, separando os infratores de acordo com a periculosidade, tal como determina o artigo 5º, da norma em testilha¹²⁹. E nesse sentido afirma Nucci:

“A individualização executória da pena é tão importante quanto a individualização judicial, pois o magistrado tem a oportunidade de avaliar o condenado, proporcionando-lhe o cumprimento progressivo da pena, conforme a sua melhora comportamental, um dos objetivos básicos da sanção penal”.¹³⁰

No intuito de cumprir a finalidade individualizadora e para que a pena seja a menos prejudicial possível, o condenado deve ser submetido a exame criminológico, visando realizar uma classificação que permita a concreta individualização da pena. Com esse intuito preconiza o artigo 8º, da Lei de Execução Penal, que o condenado à pena privativa de liberdade em regime fechado será submetido a exame criminológico. Esclarece Reale:

“Estabelece o art. 8º da Lei de Execução Penal que o condenado ao regime fechado será submetido a exame criminológico com o fim de colher elementos que viabilizem a individualização da execução da pena, exame este a ser realizado por Comissão Técnica de Classificação, à qual incumbe elaborar um programa individualizador para cada recluso, em especial indicando o trabalho a ser realizado e acompanhando a evolução do cumprimento de pena”.¹³¹

O princípio da individualização da pena na fase executória é sem dúvida alguma abrangente e um forte limitador do poder estatal, evitando generalizações e buscando o fiel cumprimento da função ressocializadora da pena, podendo ser encontrado em diversos dispositivos da Lei de Execução Penal. Por essa razão, a exposição de motivos da referida

¹²⁹ Artigo 5º. Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

¹³⁰ Op. cit., p.199/200.

¹³¹ Cf. Reale, op. cit., p. 18.

norma salienta, em seu item 26, que “a classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais”.

Nesse sentido afirma Nogueira:

“O exame criminológico conduz à classificação do condenado para a designação do estabelecimento adequado e escolha dos métodos de tratamento, pois o conhecimento da personalidade do preso e a proposição do seu tratamento têm em vista justamente a sua ressocialização”.¹³²

Quanto ao trabalho do preso durante o cumprimento de pena, por exemplo, preveem os artigos 31 e 32, da lei de execução¹³³, que o preso executará o trabalho na medida de suas aptidões e capacidade, de modo a proporcionar o aproveitamento das atividades laborais desenvolvidas, inclusive proporcionando, quando fora do cárcere, a reinserção social por meio da profissão, por vezes, adquiridas durante o cumprimento de pena. Nesse sentido esclarece Brito:

“Mesmo aqueles que não possuem uma profissão ao ingressar no sistema devem ser beneficiados pelo trabalho. Na atividade oferecida pelo órgão estatal atribui-se ao preso uma profissão, reincorporando-o e reinserindo-o como força produtiva na população ativa da sua comunidade e nação”.¹³⁴

Destarte, o princípio da individualização da pena é fundamental em todos os sentidos aos quais é dirigido, já que busca com isso a perfeita aplicação e execução da pena,

¹³² Cf. Nogueira, op. cit., p. 11.

¹³³ Artigo 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Art. 32 Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condução pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

¹³⁴ Cf. Brito, op. cit., p. 168.

visando atingir as funções desta, quais sejam, a prevenção e a retribuição. É certo, porém, que o atual sistema carcerário e seus problemas tão discutidos, fulminam os direitos e garantias constitucionais, inclusive quanto à individualização da pena, muito embora não isente os órgãos responsáveis e o Estado de buscar meios de solucionar os problemas e aplicar a pena segundo os preceitos legais.

O princípio da culpabilidade e da responsabilidade pessoal do apenado exerce importante influência na individualização da pena. Conforme preceitua o dispositivo constitucional “a pena não passará da pessoa do infrator” (artigo 5º, XLV), restringindo a atuação estatal à pessoa que efetivamente transgrediu a norma.

E mais, determina seja a pena adequada a pessoa do infrator, na exata medida do que este cometeu. Nesta toada, Bitencourt afirma:

“A culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, o princípio da culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como a importância do bem jurídico, fins preventivos etc.”.¹³⁵

Por fim, a culpabilidade é elemento importante para a fixação e execução da pena, eis que se volta especificamente a pessoa do condenado e todas as circunstâncias ligadas ao mesmo, impedindo assim a padronização das penas e favorecendo a ressocialização.

2.4. Proibição de penas cruéis

Inserida no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, a Constituição Federal prevê, no artigo 5º, XLVII: “não haverá penas: a) de morte,

¹³⁵ Cf Bitencourt, op. cit., p. 16.

salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis proibição de aplicação de penas cruéis”.

A proibição de penas cruéis e degradantes, assim como da pena de morte, pena de caráter perpétuo e trabalhos forçados, atende a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, constante no artigo 1º, III, da Lei Maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Especificamente, sobre o trabalho do preso, a Constituição Federal proíbe a aplicação de trabalhos forçados, banimento e outras penas cruéis, de modo a não legitimar seja o preso exposto a condição análoga a de escravo, e diferenciando do trabalho obrigatório previsto na Lei de Execução Penal. Nesse sentido afirmam Shecaira e Corrêa Junior:

“O fundamento de tal proibição é lógico e indiscutível. Não há lugar no direito para uma legitimação da condição de escravo a que estaria sujeito o condenado, caso fosse submetido a trabalho forçado e gratuito. Portanto, deve-se dar a importância ao qualificativo “forçados”, que vai diferenciar a atividade imposta de forma excessiva, do trabalho laboral inerente ao cumprimento de pena”.

O trabalho forçado diferencia-se do trabalho obrigatório e necessário (Lei de Execução Penal, artigos 28 e 39, V), em especial porque as atividades laborais contribuem para a ocupação do preso, retirando-o do ócio do cárcere, assim como lhe oferecem oportunidade para aprender um novo ofício ou desenvolver aquele já possuído antes da segregação decorrente da condenação, favorecendo assim a ressocialização e a reinserção social¹³⁶.

Ademais, a previsão constitucional que veda a aplicação de penas cruéis, além de corroborar com o princípio da humanidade das penas, atende ao previsto na Convenção

¹³⁶ Cf. Prado, op. cit., p. 135.

Americana de Direitos Humano (artigo 5º, §2º), a qual estabelece que “ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”.

Os princípios e restrições previstas na Constituição Federal, a nosso ver, são de grande relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, eis gratnirem aos cidadãos a intervenção estatal dentro de limites previamente estabelecidos e conhecidos.

3. O TRABALHO DO PRESO COMO FORMA DE REEDUCAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO

O trabalho possui estreita ligação com a ressocialização, possibilitando ao preso oportunidade de se sentir útil, afastar-se do ócio causado pela reclusão, obter o direito à remição de pena, e por vezes aprenderem ofício que lhe garantirá a subsistência quando em liberdade, tal como preconizado no artigo 28, da Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, é a lição de Dotti:

Um destaque especial merece o trabalho prisional. Ele é, juntamente com a educação, um dos fatores preponderantes para atender a alguns interesses fundamentais: a) a eficiência da administração do estabelecimento, prevenindo os males da ociosidade; b) o benefício para a família do preso com a redução do quadro de ansiedade e a percepção, quando possível, de uma parte do salário; c) o sentido utilitário e a finalidade social da pena; d) a abertura de possibilidades em favor do presidiário para uma reinserção comunitária adequada”.¹³⁷

Considerando a função educativa do trabalho e a proibição constitucional de trabalhos forçados (artigo 5, XLVII), prevê o supramencionado dispositivo legal que o trabalho oferecido ao preso deve respeitar a dignidade da pessoa humana e as regras gerais do trabalho, atendendo às aptidões do reeducando. Além disso, deve atender às condições mínimas de asseio, higiene, segurança e remuneração.

Assim, o trabalho não pode ser algo sacrificante, nem tampouco representar mais um agravador durante o cumprimento de pena, exatamente em atenção ao papel ressocializador a ser desempenhado. Até porque, há muito abandonamos a ideia da pena como castigo ou vingança.

¹³⁷ Cf. Dotti, op. cit., p. 831.

No intuito de resguardar as condições mínimas de dignidade no tratamento dispensado aos reclusos, o Brasil adotou as regras sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizadas em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977.

Quanto ao trabalho realizado pelos reclusos durante o cumprimento de pena, preveem as Regras de Mandela:

“O trabalho na prisão não deve ser de natureza estressante (n.º 97.1); e quando possível, o trabalho realizado deve manter ou aumentar a habilidade dos presos para que possam viver de maneira digna após sua liberação (n.º 98.1). Os presos devem receber treinamento vocacional, em profissões úteis, das quais possam tirar proveito, especialmente os presos jovens” (n.º 98.2). Dentro dos limites compatíveis com a seleção vocacional apropriada e das exigências da administração e disciplina prisional, os presos devem poder escolher o tipo de trabalho que gostariam de exercer (n.º 98.3)”.¹³⁸

Destarte, para que o trabalho durante o cumprimento da pena atinja suas reais finalidades, mister se faz que este, seja interno ou externo, respeite o preso enquanto indivíduo e atenda às suas múltiplas funções. Isto posto, tem-se no entendimento de Albergaria:

“Realmente o trabalho penitenciário deve ser encarado sob o enfoque interdisciplinar do tratamento reeducativo, a saber: mediante a contribuição da psicologia industrial, medicina do trabalho, pedagogia emendativa e sociologia penitenciária. O trabalho, como núcleo essencial da redenção da pena, deve ser avaliado como parte integrante de um todo, o programa de reeducação do preso e sua reinserção social”.¹³⁹

¹³⁸ Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>, acesso em 16/09/2019

¹³⁹ ALBERGARIA, Jason. Das penas e da execução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 109.

3.1. O trabalho na Lei de Execução Penal

O trabalho durante o cumprimento de pena está definido em nossa legislação como obrigatório aos presos definitivos, e facultativo ao preso provisório. Encontra-se inserido na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, no item 49 e seguintes e no texto da Lei de Execução Penal, nos artigos 28 e seguintes¹⁴⁰. Estão dispensados do trabalho os idosos, os doentes e deficientes físicos, a gestante e a parturiente, além dos presos condenados por crimes políticos.

O labor durante o cumprimento de pena poderá ser realizado no interior ou exterior dos estabelecimentos prisionais, e está disciplinado nos artigos 31 e 36, da Lei de Execução Penal¹⁴¹, dependendo de autorização do diretor do estabelecimento prisional, em especial para o trabalho externo (art. 37, da Lei de Execução Penal).

O trabalho realizado pelo preso deve se pautar pelas regras de higiene, saúde e segurança, garantidos a todo e qualquer trabalhador, porém, não está sujeito ao regime da CLT, nos moldes previstos no artigo 28, §2º da Lei de Execução Penal, com exceção feita

¹⁴⁰ 49. No Projeto de reforma da Parte Geral do Código Penal ficou previsto que o trabalho do preso "será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social".

Artigo 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Artigo 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade. Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

¹⁴¹ Artigo 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Artigo 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

apenas ao preso que cumpre pena em regime aberto, eis que o trabalho por ele desenvolvido não configura trabalho prisional.

Prevê a Lei de Execução Penal duas formas de exercício do trabalho durante o cumprimento da pena: trabalho interno ou externo.

O trabalho interno, obrigatório para os condenados à pena privativa de liberdade, corresponde às atividades laborativas desenvolvidas no interior dos estabelecimentos prisionais (artigo 31, da Lei de Execução Penal), podendo consistir no aproveitamento da mão de obra dos condenados na construção, reforma, conservação e melhoramentos do estabelecimento prisional, bem como em serviços auxiliares, como por exemplo, enfermarias, cozinhas e lavanderias.

O gerenciamento do trabalho encontra-se previsto no artigo 34, da Lei de Execução Penal¹⁴², o qual estabelece poder ser aquele realizado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, desde que possuam por objetivo a formação profissional do condenado, segundo as diretrizes constantes das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, documento oficial da Organização das Nações Unidas, e pela Lei de Execução Penal. Assim, estarão incumbidos de promover e supervisionar as atividades, financiá-las e comercializá-las, além de serem os responsáveis pelo pagamento das remunerações devidas aos detentos. Posteriormente, a Lei nº 10.792/2003, garantiu maior autonomia à essas instituições, assim como permitiu a participação da iniciativa privada¹⁴³.

O oferecimento de trabalho interno deve atender às aptidões, à capacidade e condições pessoais do preso, assim como às necessidades futuras deste e as oportunidades

¹⁴² Artigo 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada.

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.

¹⁴³ Cf. Brito, op. cit., p. 116.

oferecidas pelo mercado de trabalho. Tais exigências legais são de extrema importância, já que uma das funções precípua do trabalho durante o cárcere é colaborar com a sua profissionalização, permitindo assim que, em liberdade, consiga o ex-detento recolocar-se no mercado de trabalho e assim manter sua própria subsistência.

Oportuno esclarecer que a Lei de Execução Penal limita a prática do artesanato (art. 32, §1º) às regiões que estimulam a confecção de peças e objetos de pequeno valor para atender à demanda do turismo, considerando-se que, fora dessas situações, não agregam valor profissional ao recluso.

Quanto à jornada de trabalho, prevê a Lei de Execução Penal que não será inferior a seis nem superior a oito horas (44 horas semanais), garantido o descanso nos domingos e feriados (artigo 33, caput), conforme disciplina o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.

Interessante anotar que, quanto às horas trabalhadas, estabelece a Lei de Execução Penal o limite mínimo de 6 (seis) horas e o máximo de 8 (oito) horas diárias. Com efeito, alguns presos acabam por exercer jornada inferior ao mínimo estabelecido em lei, em alguns casos até por determinação da própria empresa ou posto de trabalho interno, de modo que esse montante não poderá ser desprezado. Em tal situação, o período diário será anotado em seu prontuário até o atingimento do montante necessário por dia, inclusive em respeito ao comprometimento do preso ao trabalho e em atenção ao importante papel do trabalho para os fins ressocializadores da pena.

No entanto, existem entendimentos contrários, em especial na jurisprudência, não aceitando o cômputo de horas avulsas para, posteriormente, formarem novo dia para remir a pena, posicionamento que não nos parece justo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal

Federal se pronunciou recentemente, no sentido de serem computadas as horas efetivamente trabalhadas em regime de banco de horas¹⁴⁴. Nesse sentido, afirma Nucci:

“Parece-nos injusta esta corrente, pois o preso trabalhou efetivamente. Não se pode igualar, para os mesmos fins, quem laborou seis horas num dia e quem o fez em oito horas. Se apenas seis horas de trabalho justificam um dia trabalhado, quem laborou oito horas merece ter guardadas as suas duas horas excedentes para compor outro dia, posteriormente”.¹⁴⁵

O trabalho externo, por seu turno, é todo aquele desenvolvido fora das dependências da unidade prisional. Segundo a Lei de Execução Penal, excepcionalmente será permitido ao preso em regime fechado, e deverá ser executado em obras e serviços públicos, realizados pela administração direta e indireta (artigo 34, §3º, do Código Penal, e artigo 36, da Lei de Execução Penal). É possível o desenvolvimento de atividade laboral em entidade privada, desde que tomadas as cautelas necessárias quanto à disciplina e eventual fuga (artigo 36, 2º parte, da Lei de Execução Penal).

Quanto ao preso em regime semiaberto, a Lei de Execução Penal é omissa acerca da possibilidade do trabalho externo, porém, nada impede que este exerça atividade laborativa fora do estabelecimento prisional, respeitando-se as exigências previstas no artigo 37, da Lei de Execução Penal, além daquelas constantes no artigo 35, §1º, do Código Penal.

¹⁴⁴ Mencionamos a decisão tomada pelo STF quanto à contagem de tempo: “Recurso ordinário constitucional. *Habeas Corpus*. Execução Penal. Remição (arts. 33 e 126 da Lei de Execução Penal). Cômputo para fins de remição de pena. Admissibilidade. Jornada atribuída pela própria administração penitenciária. Inexistência de ato de insubmissão ou de indisciplina do preso. Impossibilidade de se desprezarem as horas trabalhadas pelo só fato de serem inferiores ao mínimo legal de 6 (seis) horas. Princípio da proteção da confiança. Recurso Provido. Ordem de *Habeas Corpus* concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada inferior a 6 (seis) horas. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador. 2. É obrigatório o cômputo de tempo de trabalho nas hipóteses em que o sentenciado, por determinação da administração penitenciária, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 (seis) horas, vale dizer, em que essa jornada não derive de ato de insubmissão ou de indisciplina do preso. 3. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização. 4. Recurso provido. Ordem de *Habeas Corpus* concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas” (RHC 136.509 – MG, 2º T. rel. Dias Tóffoli, 04.04.2017, v.u).

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Execução Penal. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

Isto porque é inegável que o preso em regime semiaberto está mais próximo da vida fora do cárcere do que aqueles do regime fechado.

A bem da verdade, a discussão acerca do trabalho externo reside no requisito objetivo para a autorização deste. Segundo prevê o artigo 37, da Lei de Execução Penal, o trabalho externo deverá ser autorizado pela direção do estabelecimento prisional, após o cumprimento de 1/6 da pena, o que por certo está direcionado aos presos em regime fechado. Isto porque, se a exigência se dirigisse aos presos do semiaberto, se confundiria com o lapso temporal para a aquisição de progressão ao regime aberto, tornando inócua a autorização de trabalho externo.

O impasse acerca do tema restou solucionado com a edição da Súmula 40, do Superior Tribunal de Justiça, voltada ao apenado ingresso no sistema carcerário em regime fechado, e depois, progredido ao regime semiaberto, esclarecendo que “para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado”.

Destarte, a orientação dominante na jurisprudência e na doutrina é que o lapso exigido pelo artigo 37, da Lei de Execução Penal, está direcionado aos presos do regime fechado, sendo desnecessário para os presos em regime semiaberto. A origem dessa orientação é justamente o fato de a Lei de Execução Penal, ao referir-se ao lapso temporal de 1/6 para o trabalho externo, dirigir-se aos presos do regime fechado, sendo omissa quanto aos presos do regime semiaberto.

Nesse sentido, Avena pontua:

“Fundamento dessa orientação é a circunstância de que a LEP, ao trazer o requisito de um sexto da pena, apenas disciplina o trabalho do preso que se encontra em regime fechado (art. 36), inexistindo, desta forma, qualquer regramento explícito ou implícito que estabeleça a necessidade de observância do mesmo tempo na hipótese de cumprimento de pena no regime semiaberto. Cabe destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já validou o entendimento no sentido de que os presos que iniciam

a pena em regime semiaberto podem deixar o presídio durante o dia para trabalhar antes mesmo do cumprimento de requisito temporal de 1/6 previsto em lei. Na oportunidade salientou a Corte que “a aplicação do requisito temporal teria o efeito de esvaziar a possibilidade de trabalho externo por parte dos apenados em regime inicial semiaberto. Isso porque, após o cumprimento de 1/6 da pena, esses condenados estarão habilitados à progressão para o regime aberto, que tem no trabalho externo uma de suas características intrínsecas”¹⁴⁶.

Outro requisito exigido pela Lei de Execução Penal para o trabalho externo diz respeito ao número de presos por posto de trabalho. Prevê a legislação que o número de presos não poderá exceder a 10% do total de empregados, além de serem adotadas todas as precauções para garantir a disciplina e evitar a fuga do recluso. Caso a atividade laborativa seja realizada em entidade privada, dependerá da expressa anuência do preso.

Não obstante as diretrizes implementadas pela Lei de Execução Penal quanto ao trabalho desempenhado pelo preso, é de conhecimento público que os estabelecimentos prisionais se encontram superlotados e com alto déficit de vagas, o que termina por gerar prejuízos no cumprimento de pena, tornando inviável a disponibilização de trabalho a todos aqueles privados de sua liberdade cumprindo pena. Por outro lado, com raríssimas exceções, os que conseguem desenvolver atividade laborativa durante o cumprimento de pena, trabalham em atividades sem qualquer relação com suas aptidões ou não que representam uma alternativa para garantir seu sustento quando em liberdade.

Sobre o tema, veja-se Miranda:

“É por meio do trabalho que o homem se sente útil e ocupa sua mente durante os difíceis dias no cárcere. Lamentavelmente não há no sistema penitenciário atual a oferta de trabalho aos sentenciados e, ao contrário do que se divulgam nas mídias de comunicação, milhares de sentenciados entram em fila de espera para a obtenção de trabalho, pois, além dos benefícios psicológicos que auferem com a atividade laboral, reduzem a pena pela remição na proporção de um dia de pena a cada três dias trabalhados (LEP, art. 126, inc. II)”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ AVENA, Norberto. Execução Penal. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 54.

¹⁴⁷ MIRANDA, Rafael de Souza. Manual de execução penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 41.

Por fim, importante esclarecer que o trabalho externo pode ser revogado. Dispõe o artigo 37, parágrafo único, da Lei de Execução Penal que “revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos nesse artigo”.

3.1.1. Direitos

No intuito de tornar útil a luta contra os efeitos nocivos da prisão, a Lei de Execução Penal prevê um rol de direitos atinentes àqueles que se encontram privados de sua liberdade cumprindo pena. Prevê o artigo 3º: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”, resguardando-se assim, a dignidade da pessoa humana e a legalidade.

Além daqueles constitucionalmente garantidos, outros direitos estão previstos na Lei de Execução Penal. De forma geral, determina o artigo 40 a “todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”, e em seguida o artigo 41 enumera, de forma exemplificativa, os direitos que devem ser resguardados aos presos provisórios e definitivos.

A despeito da importância dos direitos reservados aos presos, abordaremos de forma específica aqueles atinentes ao trabalho desenvolvido pelo preso durante o cumprimento de pena.

O trabalho desempenha papel importante na vida do ser humano, e com o recluso não seria diferente. É direito do preso que sua força e capacidade de trabalho não sofram prejuízo com a restrição de sua liberdade, conservando assim, a plenitude de suas aptidões e conhecimentos profissionais, nos moldes previstos no artigo 3º, da Lei de Execução Penal¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Artigo 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei.

Quando o Estado não garante ao preso oportunidades de trabalho durante o cumprimento de pena, descumpra frontalmente os fundamentos da pena de prisão, dentre eles à ressocialização.

A proibição ou a ausência de oportunidades de trabalho a todos os presos, tornam inócuos os propósitos da execução. Isto porque o trabalho prisional, além de evitar a ociosidade, oferece condições de profissionalização, remunera e antecipa o cumprimento da pena, pela remição¹⁴⁹.

Ademais, é de conhecimento público¹⁵⁰ que os presos, assim como os egressos, sofrem forte discriminação no meio social, não sendo aceitos por parte da sociedade, o que dificulta, quando não torna impossível, a ressocialização e reinserção social. O que se espera durante o cumprimento de pena, é que o Estado lhe conceda oportunidade de reconstrução de sua vida, com oportunidades de estudo, profissionalização, e assim lhe permita um horizonte diferente ao deixar o cárcere.

Porém, segundo noticiado amplamente pela mídia¹⁵¹, o sistema penitenciário brasileiro carece de medidas que possibilitem o cumprimento das normas de execução penal, em especial aquelas ligadas ao exercício do trabalho durante o cumprimento de pena. A

¹⁴⁹ Cf. Brito, op. cit..

¹⁵⁰ Merece destaque algumas publicações da mídia a esse respeito:

Desconfiança e preconceito da sociedade dificulta a ressocialização do preso, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/desconfianca-e-preconceito-da-sociedade-dificultam-ressocializacao-de-presos>, acesso em 07/01/2020;

Preconceito ainda é barreira, disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/geral/preconceito-ainda-e-barreira-1015414.html>, acesso em 07/01/2020;

Vozes marcadas pelo cárcere: depoimentos de familiares e egressos sobre o sistema carcerário, disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/vozes-marcadas-pelo-carcere-depoimentos-de-familiares-e-egressos-sobre-o-sistema-carcerario>, acesso em 07/01/2020.

¹⁵¹ Algumas publicações que confirmam o exposto:

NÚMEROS DO MP: Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>, acesso em 07/01/2020;

A visão social do preso, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-presos>, acesso em 07/01/2020;

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-presos>, acesso em 07/01/2020.

superlotação carcerária dificulta ou mesmo impossibilita o acesso as oportunidades de trabalho, inviabilizando ao egresso a obtenção de um emprego na iniciativa privada e, assim, o alcance de meios lícitos para manter sua subsistência e a dos que lhe são caros.

No que diz respeito a oportunidade de trabalho, o cenário enfrentado pelos trabalhadores comuns em liberdade, não é diferente daquele enfrentado pelos encarcerados. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa (IBGE)¹⁵², divulgados em novembro de 2019, a taxa de desemprego, para o trabalhador comum, ficou em 11,6%, atingindo 12,4 milhões de pessoas.

De todo modo, mister se faz cumprir a expressa determinação da Lei de Execução Penal, principalmente no que diz respeito ao apoio e assistência ao egresso (artigos 25 a 27, da Lei de Execução Penal¹⁵³), buscando assim reinseri-los na sociedade.

Na realidade, muitas cidades brasileiras não disponibilizam apoio ao egresso, e conseqüentemente, estes deixam o cárcere sem auxílio, não possuindo nem local para morar, o que contribui para que não obtenham ocupação lícita para se manter, se tornando presas fáceis da criminalidade organizada¹⁵⁴.

¹⁵² Dados referentes ao desemprego, disponíveis em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26122-desemprego-fica-em-11-6-e-subutilizacao-tem-queda-no-tri-encerrado-em-outubro>, acesso em 07/01/2020.

¹⁵³ Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

¹⁵⁴ No mesmo sentido: “No que tange especificamente ao período em que busca a ressocialização, o maior adversário do ex-detento é a famigerada certidão de antecedentes criminais, o documento que atesta sua condição de estigmatizado. Há uma resistência psicológica enorme por parte dos empregadores e demais representantes do mercado profissional visado pelo ex-detento à sua reintegração às atividades do labor, o que acaba sendo reforçado pelo comportamento Estatal que até pouco tempo atrás não realizou nada de realmente relevante para mudar essa triste situação” (SOUZA NETO, José Teixeira; INÁCIO, Cleber Alboj Monaro. A reinserção do ex-detento no mercado de trabalho. Revista Jurídica: Jataí/Ab Origene - CESUT em revista, Jataí, v. 1, n. 24, p. 326-358., 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153584. Acesso em 09/10/2019.)

Nesse sentido esclarece Tonello:

“Como muitas vezes a assistência não é oferecida satisfatoriamente, os presos se sentem inseguros, abandonados pelo Estado, e se tornam “presas” fáceis para o aliciamento de organizações criminosas. Muitas delas recrutam seus “soldados” nos estabelecimentos penais que apresentam infraestrutura precária, nenhum serviço de assistência digno, e desta forma ocorre o crescimento vertiginoso de paramilitares”¹⁵⁵.

Ante o quadro instalado na maior parte dos estabelecimentos prisionais do Brasil, ideal seria a criação de novas formas de profissionalização e oportunidade de trabalho, em especial aquelas que permitam o exercício de atividade laborativa de forma autônoma, fora do cárcere. Nesse ponto haveria a união do estudo, voltado especificamente para a profissionalização, com o trabalho, através de parcerias público-privadas, com instituições voltadas para o empreendedorismo.

Inúmeras são as possibilidades nesse sentido, tais como o aprendizado de profissões ligadas à panificação e à gastronomia, decoração de festas e de ambientes, eletricitas, encanadores, e etc, ocupações que desobrigariam os egressos de declararem sua antiga condição de presidiário, e assim buscar diminuir o preconceito direcionado aos mesmos e garantir a reinserção social do condenado.

No intuito de minimizar a estigmatização existente, o Decreto Lei nº 9.450/2018, instituiu a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional – PNAT, a qual estabelece algumas regras, sendo uma das mais importantes a previsão de que, “nas contratações com a administração pública, as empresas privadas contratadas deverão admitir condenados em qualquer um dos regimes ou egressos do sistema prisional nas seguintes proporções: I - três por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar duzentos ou menos funcionários; II - quatro por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar de duzentos e um a quinhentos funcionários; III - cinco por cento das vagas,

¹⁵⁵ TONELLO, Luís Carlos Avansi. Manual de execução penal. 1ª Ed. Cuiabá: Janina, 2009, p. 40.

quando a execução do contrato demandar de quinhentos e um a mil funcionários; ou IV - seis por cento das vagas, quando a execução do contrato demandar mais de mil empregados”.

Ficará a cargo da empresa contratante a disponibilização de transporte, alimentação, uniforme, equipamentos de proteção, inscrição no regime Geral de Previdência Social para o preso em regime semiaberto e, por óbvio, remuneração.

O trabalho a ser desenvolvido pelo preso deve atender às suas aptidões, assim como deve respeitar a dignidade humana. Além disso, ao preso serão garantidos todos os direitos concedidos aos trabalhadores livres, atendendo assim às normas legais de higiene e segurança (artigo 28, §1º, da Lei de Execução Penal). Se no exercício do trabalho sobrevier ao recluso acidente ou enfermidade profissional, fará jus a indenização em condições similares às que teria direito o trabalhador livre. Destarte, com o fim de resguardar esse direito, a Lei de Execução Penal prevê no inciso III, do artigo 41, o direito à previdência social. É certo, porém, que a indenização a qual terá direito o preso envolve indenização afeta à justiça comum por danos patrimoniais e morais, visto que não se aplicam as normas da Consolidação das Leis do Trabalho ao trabalho do preso.

Muito embora a Lei de Execução Penal determine que aos reclusos serão garantidos os mesmos direitos do trabalhador livre, a bem da verdade, em especial quanto à remuneração, assim não o é.

Segundo prevê o inciso II, do artigo 41 da Lei de Execução Penal, ao detento que trabalhar será devida uma remuneração proporcional ao período trabalhado, e que terá por base a tabela prévia, nunca inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do salário mínimo vigente. Se o trabalho for desempenhado em órgão público, deverá ser patrocinado pelos cofres públicos. Se desempenhado na iniciativa privada, esta deverá arcar com os pagamentos e demais encargos.

Destarte, a remuneração auferida pelo trabalhador preso não é similar àquela granjeada pelo trabalhador livre, a qual, segundo a Constituição, nunca poderá ser inferior a um salário mínimo vigente, de englobar direito a férias remuneradas, depósito fundiário, aviso prévio indenizado ou não, e outros. A justificativa dada é aquela prevista no artigo 28, §2º, da Lei de Execução Penal, o qual prevê a impossibilidade de se aplicar as normas da Consolidação das Leis do Trabalho à relação de trabalho desenvolvida pelo preso, visto não possuir características de relação de emprego, estando ligada ao direito público e não privado, em especial quanto ao preso do regime fechado.

A despeito das dificuldades e desigualdades salariais apontadas, segundo estatísticas do “monitor da violência” - estudo desenvolvido pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública -, o Estado que possui maior número de condenados exercendo atividade laborativa de forma profícua é o Paraná, o qual possui 30,88% dos presos exercendo laborterapia. Na Penitenciária Central do Estado, por exemplo, dos 295 (duzentos e noventa e cinco) presos, 281 (duzentos e oitenta e um) trabalham, ou seja, 95,25%. Na Unidade de Progressão do Complexo Penitenciário de Piraquara, dos 300 (trezentos) presos, todos trabalham, tendo esta se tornando unidade de referência no país em apenas dois anos de funcionamento¹⁵⁶.

Os dados informados indicam ser possível oferecer trabalho e estudo aos presos inseridos no sistema carcerário, desde que o Estado se disponha efetivamente a isso, e que políticas públicas sejam colocadas em prática, em especial pela importância do trabalho no processo de ressocialização e reinserção social dos presos.

¹⁵⁶ Segundo dados fornecidos pelo monitor da violência e confrontados com as informações do site do departamento penitenciário do Estado do Paraná, disponível em http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/EducacaoeTrabalho/Estatistica_Trabalho/2019/jul_simp.pdf; <http://nevusp.org/especial-mostra-dados-e-analisa-o-sistema-prisional-no-brasil/>), acesso em 09/10/2019.

Quanto ao preso do regime semiaberto, é controversa a possibilidade de se reconhecer vínculo empregatício e demais direitos trabalhistas na relação de trabalho do preso com aquele a quem preste serviços. Nesse sentido afirma Avena:

“Sem embargo da existência de corrente oposta, em inúmeras oportunidades têm os tribunais decidido que o disposto no §2º do art. 28 da LEP não pode servir de óbice ao reconhecimento da relação de emprego entre as partes, devendo-se reconhecer a existência de vínculo trabalhista quando se trata de trabalho externo prestado por condenado em regime semiaberto”¹⁵⁷.

A discussão não se limita ao reconhecimento de vínculo empregatício, mas estende-se à remuneração. Entende Brito que, sendo o trabalho um direito do preso, não pode ser negado como um direito, em todas as prerrogativas previstas na Constituição Federal. Assim, a remuneração paga ao preso não poderia ser inferior ao maior salário mínimo vigente, já que configuraria ofensa à dignidade do preso, e conclui Brito:

“Por tudo o que se disse e se continuará dizendo sobre a importância do trabalho como respeito à dignidade do preso, não vemos motivos plausíveis para que o condenado seja remunerado com um estipêndio menor ao colocado como mínimo em todo o território nacional”¹⁵⁸.

Deste modo, é certo que remunerar o preso com valor inferior àquele devido ao trabalhador comum, afronta princípios constitucionais como os da isonomia e dignidade da pessoa humana, além do previsto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o qual garante a todos os trabalhadores urbanos e rurais o direito ao salário mínimo.

Quanto à destinação dos valores recebidos pelo recluso, prevê a Lei de Execução Penal (§1º, artigo 29), que a remuneração do preso será destinada : “a) à indenização dos

¹⁵⁷ Cf. Avena, op. cit., p. 44.

¹⁵⁸ Cf. Brito, op. cit., p. 172.

danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) à pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores”.

Eventual saldo remanescente da remuneração será depositado para a constituição do pecúlio em caderneta de poupança, o qual será levantado pelo preso quando colocado em liberdade. A finalidade do pecúlio é auxiliar o egresso no seu recomeço na vida em sociedade.

Interessante notar ser a previsão legal quanto à remuneração do preso totalmente incompatível com a destinação prevista. De fato, seria um milagre que com a ínfima remuneração percebida o preso conseguisse tamanha proeza. Nesse sentido é o entendimento de Nucci:

“Se o valor percebido pelo preso deve ser, pelo menos, 3/4 do salário mínimo, a listagem de destinações do produto da remuneração é irreal. Com tal montante, ele precisaria indenizar o dano causado pelo crime, garantir assistência à sua família, gastar consigo em pequenas despesas, além de ressarcir o Estado pelas despesas com sua manutenção. Não bastasse, ainda deveria haver uma sobra para formar um pecúlio, conforme prevê o §2º, deste artigo. Seria o milagre da multiplicação do dinheiro”.¹⁵⁹

Além da remuneração, é direito do preso, segundo o artigo 39, do Código Penal, o recebimento dos benefícios da Previdência Social. O regime de previdência social está previsto no artigo 201, da Constituição Federal, e estabelece estar a previdência social “organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos

¹⁵⁹ Cf. Nucci, op. cit., p. 45.

termos da lei, à: [...] IV – salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda”.¹⁶⁰

Por fim, constitui ainda direito do preso o descanso semanal, de pelo menos um dia, e deverá ainda dispor de tempo suficiente para frequentar cursos, instruções e outras atividades que lhe favoreçam a reabilitação e reinserção social. A Lei de Execução Penal prevê ainda limitação da jornada de trabalho (artigo 33) não inferior a 6 horas, nem superior a 8 horas diárias (44h semanais). O horário excedente será computado para fins de remição de pena.

Os direitos previstos na Lei de Execução Penal buscam assegurar o cumprimento da pena minimizando os efeitos danosos do cárcere, visando assim atingir as finalidades da pena, em especial a ressocialização. No entanto, é certo que, na prática, não é ocorrido.

3.1.2. Deveres

Os deveres do preso estão previstos no artigo 38, da Lei de Execução Penal, o qual esclarece que “ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se-á às normas de execução da pena”. Deste modo, os deveres impostos ao preso relacionam-se com sua própria conduta, já que para cumprir os termos da sentença, mister a manutenção de bom comportamento pelo preso, bem como seu comprometimento com a disciplina inerente aos estabelecimentos penais.

É certo que a condenação à pena privativa de liberdade, por sua própria natureza, termina por restringir determinados direitos, impondo restrições são inerentes ao exercício do *jus puniendi* do Estado, estando vinculadas ao cumprimento das obrigações decorrentes da pena imposta.

¹⁶⁰ Cf. Nucci, op. cit., p. 43.

Destarte, além das obrigações decorrentes da própria condenação, dispõe o artigo 39, da Lei de Execução Penal, os deveres aos quais o preso está vinculado durante o cumprimento de pena, e, no caso de descumprimento, estará sujeito à medidas disciplinares, assim como interferirá no mérito para eventual progressão de regime e outros benefícios.

Constituem deveres do preso, *in verbis*: “I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II – obediência ao servidor e respeito à qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI – submissão à sanção disciplinar imposta; VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X – conservação dos objetos de uso pessoal. Parágrafo único: Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo”.

No que tange especificamente ao trabalho, este constitui uma obrigação do condenado e faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado, ante o caráter ressocializador do mesmo. E assim prevê o artigo 39, V, da Lei de Execução Penal, em relação ao dever do preso e à execução do trabalho e das ocupações que lhe forem dadas.

Entretanto, por força de proibição constitucional (artigo 5º, XLVII), o Estado não pode forçar o condenado a desempenhar qualquer tarefa, atividade ou ordem sob pena de punição (consistente em tortura ou até mesmo segregação em solitária). A obrigatoriedade do trabalho está ligada à possibilidade do Estado imputar-lhe cometimento de falta grave, tal como previsto no artigo 50, VI, da Lei de Execução Penal, assim como pode interferir na concessão dos benefícios por ele eventualmente requeridos, como se verá adiante.

Por fim, interessante anotar que a, despeito da obrigatoriedade do trabalho durante o cumprimento de pena, muitos estabelecimentos superlotados acabam por não permitir que o preso cumpra tal dever, fazendo com que fiquem ociosos. Isso acaba por contribuir para a indisciplina, rebeliões e fugas. Nesse sentido é a lição de Nogueira quando afirma: “Infelizmente, nossos presídios não têm propiciado aos condenados a oportunidade de trabalhar, o que seria oportuno para reeducar, disciplinar e mesmo arrefecer os ânimos de rebeldia e inconformismo daqueles que estão na ociosidade”.¹⁶¹

3.2. Trabalho e o regime disciplinar diferenciado

Manter a disciplina no estabelecimento carcerário é medida imposta pela Lei de Execução Penal (artigo 44)¹⁶², a qual possui o intuito de preservar a segurança e as finalidades da pena de prisão. Assim, é dever do preso, em conformidade com o previsto no artigo 39, I, da Lei de Execução Penal, o de colaborar com a ordem e respeitar as determinações das autoridades e seus agentes, assim como desempenhar atividade laborativa.

Assim, o descumprimento das normas disciplinares ensejará instauração de procedimento disciplinar para apuração de eventual infração disciplinar e aplicação da sanção correspondente. Para a garantia do devido processo legal, dar-se-á ao preso a oportunidade de defender-se, fazendo sua autodefesa e/ou através de defesa técnica¹⁶³. Após a sindicância, apurada a falta grave (cujo rol está previsto no artigo 50, da Lei de Execução

¹⁶¹ Cf. Nogueira, op. cit., p. 43.

¹⁶² Artigo 44 da Lei de Execução Penal: A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

¹⁶³ Nesse sentido é a Súmula 533 do STJ: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”.

Penal), esta será anotada em seu prontuário e submetida ao Juízo da Vara das Execuções Criminais, para atingir as consequências negativas previstas na Lei de Execução Penal.

Dentre as consequências negativas previstas na Lei de Execução Penal, está a perda de parte dos dias remidos com o trabalho desempenhado pelo preso (artigo 127), regressão de regime (do aberto para o semiaberto ou do semiaberto para o fechado, artigo 118), perda do direito à saída temporária (artigo 125), bem como eventual influência no pedido de eventual progressão de regime ou livramento condicional.

As faltas disciplinares consideradas graves estão previstas no taxativo rol do artigo 50, da Lei de Execução Penal, a saber: “Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório”. As faltas consideradas médias e leves devem ser estipuladas pela legislação local, podendo esta ser uma lei ou decreto estadual, ou até regulamento prisional.

Além disso, a depender da infração disciplinar cometida pelo preso, se considerada grave, poderá ensejar a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (RDD), inserido na Lei de Execução Penal pela Lei nº 10.792/2003, nos termos previstos no artigo 53, V.

O RDD é matéria debatida na doutrina e jurisprudência, em especial quanto à sua constitucionalidade, visto impor severas limitações ao preso. Se trata de uma forma especial de cumprimento de pena no regime fechado, no qual o preso é mantido em cela

individual, com limitação de visitas e redução do direito de saída da cela¹⁶⁴. Apesar das críticas, tem sido aplicado em virtude da necessidade de fazer valer a disciplina e a segurança nas unidades prisionais brasileiras, como forma de combate a criminalidade organizada dentro do cárcere.

Nesse sentido afirma Nucci:

“Dado o fato, não se pode voltar as costas à realidade. Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos”.¹⁶⁵

Deste modo, segundo o disposto no artigo 52, da Lei de Execução Penal, para incluir o preso no RDD, exige-se que o detento tenha praticado fato definido como crime doloso e ocasionado a subversão da ordem ou disciplina internas. Estão sujeitos à medida presos definitivos e provisórios, assim como o preso sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organização criminosa.

Quanto às características da medida, dispõe a Lei de Execução Penal que: “I – duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol”.

¹⁶⁴ Cf. Avena, op. cit., p. 87.

¹⁶⁵ Cf. Nucci, op. cit., pp. 80/81.

Destarte, o RDD impõe limitações ao preso durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Em especial quanto ao trabalho, considerando não poder o preso não deixar a cela, senão por 2 (duas) horas para o banho de sol, o que acaba por limitar a atividade laborativa.

No intuito de solucionar a questão, o Decreto nº 6.049/2007, dispõe que o preso inserido no regime disciplinar diferenciado deverá trabalhar e, considerando que o preso não poderá deixar a cela, o artigo 98, §2º, do referido decreto dispõe que “o trabalho aos presos em regime disciplinar diferenciado terá caráter remuneratório e laborterápico, sendo desenvolvido na própria cela ou em local adequado, desde que não haja contato com outros presos”.

A despeito da norma parecer solucionar a questão, é fato que a realidade demonstra o oposto. Para que a referida imposição do trabalho fosse colocada em prática nas condições citadas pelo Decreto, seriam necessários criatividade, aparato técnico e disposição extra do Estado e dos demais órgãos penitenciários no intuito de criar formas de trabalho capaz de serem realizadas dentro da cela ou em “outro local adequado”, sem contato com os demais presos.

3.3. Remição

Remição é o instituto pelo qual o preso (provisório ou condenado) condenado a qualquer regime (fechado ou semiaberto), por meio do trabalho ou estudo, diminua o tempo de encarceramento inicialmente atribuído na sentença (art. 126, da Lei de Execução Penal)¹⁶⁶. O intuito é manter o preso comprometido com o trabalho, visto este ser considerado como fator importante de ressocialização.

Nesse sentido, explica Coutinho:

¹⁶⁶ Cf. Brito, op. cit., p. 377.

“Atendido na sua dignidade humana, o trabalho se instaura como instrumento de constituição da própria personalidade e, nestes termos, consubstancia-se em um instrumento de auxílio eficaz no atingimento do escopo de reinserção social dos apenados”.¹⁶⁷

Pois bem, para além do caráter educacional, reeducativo e de reinserção social, o trabalho desenvolvido durante o cumprimento de pena possibilita ao preso a remição de parte de sua condenação, pois, a cada três dias de trabalho ou 12 horas de estudo, poderá remir um dia de sua condenação (art. 126, §1º, I e II), e se realizar ambos, poderá remir dois dias.

A remição pelo trabalho ou estudo será sempre declarada pelo juiz da execução após ouvir ao representante do Ministério Público e à Defesa (art. 126, §8º, da Lei de Execução Penal), sendo aplicável ao preso provisório e ao condenado definitivo (art. 126, §7º, da Lei de Execução Penal, e art. 42, do Código Penal).

A Lei de Execução Penal dispõe no artigo 126, §4º, que: “O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição”, em atenção ao princípio constitucional da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, Constituição Federal). Frisa-se que a paralisação do trabalho ou estudo deve ter ligação direta com o acidente ocorrido, de modo que a cada três dias de paralisação pelo acidente, terá direito a um dia de remição. Cessada a impossibilidade, por meio de verificação técnica, deverá ocorrer o retorno ao trabalho.

Importante frisar também que, independentemente da natureza do trabalho desenvolvido, desde que lícito, a atividade laborativa usada como base à remição é aquela que efetivamente cumpra a função ressocializadora da pena, devidamente fiscalizada pelos órgãos de execução. Por essa razão, a atividade laborativa deve ser acompanhada e

¹⁶⁷ Cf. Coutinho, op. cit.

fiscalizada, cabendo ao órgão responsável controlar e anotar diariamente o início e o término do trabalho, registrando-o na ficha de controle do apenado.

Para fins de concessão do pedido de remição e posterior utilização em eventual pedido de progressão de regime e outros benefícios, “os dias trabalhados deverão ser comprovados mediante a apresentação no Juízo da Execução de atestado detalhado lavrado pela direção do estabelecimento prisional, indicando a natureza das atividades desenvolvidas pelo preso, quais os dias e horários em que realizadas e a respectiva jornada” (art. 129, da Lei de Execução Penal)¹⁶⁸.

Prevê a Lei de Execução Penal (artigo 33), dever a jornada de trabalho ser de no mínimo de 6 horas e não superior a 8 horas diárias (44 horas semanais). Caso a atividade exercida pelo preso seja inferior ao mínimo, alguma soma deverá ser realizada para o cômputo como trabalho diário de 6 a 8 horas. E, no caso de exercer atividade laborativa nos dias reservados para o descanso, por conta da peculiaridade da atividade, o período excedente deverá ser contado à parte, ou compensado no dia seguinte. De todo modo, o preso não poderá ser prejudicado e o montante excedente deverá ser utilizado para fins de remição de pena.

No que diz respeito à remição de pena, um ponto interessante de debate é a chamada “remição ficta”. A Lei de Execução Penal indica que o trabalho é um dever e um direito do apenado, e assim sendo, é dever do Estado proporcionar oportunidades para que preso desenvolva atividade laborativa. Com feito, a lamentável situação do sistema carcerário brasileiro - superlotado, com déficit alto de vagas - termina por não disponibilizar vagas de trabalho suficientes a todos os que se encontram encarcerados, em regime fechado e semiaberto. Além disso, por vezes, a oportunidade do trabalho até existe, porém, o preso

¹⁶⁸ Cf. Avena, op. cit., p. 260.

acaba por não conseguir exercer a atividade em virtude da ausência de transporte ou escolta, por ineficiência do Estado.

Nessas situações, entende parte da doutrina - entre eles, Alexis Couto de Brito¹⁶⁹, Máximo Pavarini e André Giamberardino¹⁷⁰ e Rodrigo Duque Estrada Roig¹⁷¹ - , tratar-se de uma obrigação do Estado fornecer oportunidade de trabalho ao preso, e quando não o faz, seja qual for a razão, deve conceder a remição ao preso que tenha se disposto a trabalhar, e afirma Pavarini “se há obrigação legal ao Estado, vedar a remição ficta, nesses casos, acaba punindo duplamente a pessoa punida: por não poder trabalhar ou estudar e por não poder valer-se da remição”¹⁷².

Posicionamento contrário é o de Luiz Regis Prado¹⁷³ e Norberto Avena¹⁷⁴, os quais afirmam, em linhas gerais, inexistir fundamento legal para conceder a remição da pena ao preso que efetivamente não tenha comprovado o exercício de atividade laboroterápica, afirmando Prado:

“Tal argumentação carece de qualquer fundamento razoável, já que a própria Lei de Execução Penal condiciona a concessão da remição à comprovação documental da jornada de trabalho realizada pelo condenado, bem como à declaração judicial ouvido o Ministério Público. Assim, exige claramente, para o reconhecimento do direito à remição, o efetivo exercício de atividade laborativa pelo sentenciado, não bastando eventual predisposição pessoal para fazê-lo”¹⁷⁵.

Por outro lado, Nucci entende que a falha do Estado enseja procedimento específico previsto na Lei de Execução Penal, não sendo possível aplicar a remição de pena a quem efetivamente não tenha desenvolvido atividade laboroterápica:

¹⁶⁹ Cf. Avena, op. cit., pp. 380/381.

¹⁷⁰ PAVARINI, Máximo e GIAMBERARDINO, André. Curso de penalogia e execução penal. 1ª Ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 345.

¹⁷¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 393.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Cf. Prado, op. cit., p 786.

¹⁷⁴ Cf. Avena, op. cit., pp. 263/264

¹⁷⁵ Cf. Prado, op. cit., p. 786.

“Em caso de inexistência de trabalho ou estudo no presídio: se o Estado não providencia trabalho ou estudo ao preso, falha no seu dever de manter e fazer funcionar a contento o estabelecimento penitenciário sob seu controle e administração. Esse vício dá ensejo à propositura do incidente de desvio de execução. Cabe ao magistrado utilizar o seu poder de fiscalização para obrigar o órgão competente a tomar as medidas cabíveis a suprir a deficiência. Porém, não cremos que se possa aceitar, como tempo remido, o período passado em pleno ócio por parte do sentenciado. Fosse admissível, desvirtuar-se-ia a finalidade da remição, que é a redenção da pena pelo esforço pessoal do preso”¹⁷⁶.

Concordamos com a posição de não ser possível a aplicação da remição ficta, em especial, pelo papel ressocializador do trabalho durante o cumprimento da pena. Conceder a remição de pena sem a efetiva execução do trabalho gera prejuízo ao preso em diversos sentidos, dentre eles o poder de inseri-lo no mundo como ser humano, garantindo-lhe dignidade, assim como nega a este o direito de aprender um ofício, de ocupar seu tempo, frustrando assim, parte do fundamento da pena.

Caso o detento seja punido por infração disciplinar de natureza grave, poderá perder o direito ao tempo remido, iniciando-se novo período a partir da data da infração disciplinar, tal como dispõe o artigo 127, da Lei de Execução Penal. Segundo previsão legal, o juiz poderá revogar até 1/3 do tempo remido. A redação do artigo indica ficar a cargo do juiz das execuções a análise do caso concreto, das condições pessoais do preso, das circunstâncias da falta cometida, e se o caso, deixar de revogar parte dos dias remidos.

3.4. Influência do trabalho para fins de concessão ou indeferimento de benefícios

Inegável reconhecer a importância do trabalho, eis constituir verdadeira ferramenta ressocializadora, com finalidades educativa e produtiva. Em outro prisma, afasta

¹⁷⁶ Cf. Nucci, op. cit., p. 182.

o detento da ociosidade, devolvendo-lhe dignidade, permitindo sentir-se útil e incluído na sociedade.

Durante o cumprimento da pena, o exercício de atividade laboroterápica indica que o preso está comprometido com seu dever (artigo 31 e 39 V, da Lei de Execução Penal) e com a sua própria ressocialização e reinserção social, construindo assim o requisito subjetivo para a concessão de benefícios como a progressão de regime, o indulto, a saída temporária, remição e o livramento condicional.

Pois bem, o cumprimento de penas no Brasil é progressivo, desde que o preso cumpra determinadas exigências, e nesse sentido dispõe o artigo 33, §2º, do Código Penal “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

Assim, determina a Lei de Execução Penal no artigo 112 que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam progressão. §2º idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

Assim, para que o preso obtenha a progressão a regime prisional menos rigoroso, deverá cumprir requisitos de ordem objetiva e subjetiva. O requisito objetivo diz respeito ao cumprimento do lapso temporal exigido pela Lei de Execução Penal, qual seja, no mínimo 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior para os crimes comuns. Caso o delito imposto ao detento seja considerado hediondo, o lapso temporal será aquele determinado na Lei nº

8.072/90, sendo neste caso de 2/5 (dois quintos) se primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente.

Quanto ao requisito subjetivo, este é compreendido como “bom comportamento carcerário”, e deverá ser construído ao longo do cumprimento de pena. Desta feita, para atingir o requisito subjetivo, é primordial que o detento não tenha sofrido nenhuma falta grave ao longo do período. Dentre as situações que podem gerar falta grave está o trabalho do preso, eis que considerado pela Lei como obrigação e direito do preso.

Destarte, caso o preso não desempenhe atividade laboroterápica ou não se comprometa com as atividades laborais que lhe foram determinadas, poderá, após a apuração administrativa, receber a determinação de falta grave, estando dentre as sanções a serem aplicadas, a inclusão no RDD (art. 30, V, cc. artigo 50, VI, da Lei de Execução Penal).

Observa-se que o exercício de atividade laboroterápica pode indicar tanto que o preso possui bom comportamento – indicando comprometimento com o cumprimento da pena e sua reinserção social -, como pode conduzir à falta grave, caso não exerça a atividade laborativa ou não se comprometa com as atividades que lhe forem confiadas.

Não se olvide que, para a concessão da progressão a um regime menos rigoroso, é mister demonstrar o apenado condições de reinserção social e que efetivamente possua condições de se recolocar no mercado de trabalho, e assim prover o próprio sustento. Nesse ponto, o exercício de atividade laboroterápica durante o cumprimento da pena é fulcral. Sem a prática do trabalho, além dos danos psicológicos naturais da prisão e conseqüente ociosidade, o preso não conseguirá qualificar-se e até mesmo manter a prática do ofício que possuía antes do cárcere.

Ademais, se um dos princípios norteadores da execução penal é a reeducação do condenado e sua reinserção social gradativa, é vedado ao juiz da execução conceder

benefício de progressão de regime sem que conclua estar o condenado preparado para viver em sociedade¹⁷⁷.

Empecilho encontrado para a construção de um comportamento adequado para concessão de benefícios é a ausência de oportunidade de vagas para o exercício de atividade laborativa para todos os que se encontram no sistema prisional, como já abordado, em especial para os pedidos de progressão ao regime aberto, do livramento condicional e da saída temporária.

No que diz respeito à progressão de pena ao regime aberto, dispõe a Lei de Execução Penal (artigo 114) que somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a impossibilidade de fazê-lo, além de apresentar comprometimento com sua reinserção social, fator condizente com aquele que estará praticamente em liberdade.

Pois bem, é de conhecimento público que aquele que se encontra preso encontra severas dificuldades para inserir-se no mercado de trabalho, em especial por conta do preconceito existente na sociedade para com os egressos. Por outro lado, também é notório não oferecer a crise econômica que assola o país oportunidades de trabalho nem aos considerados “homens de bem”, quiçá àqueles que deixaram o cárcere, ostentando por vezes antecedentes criminais considerados graves como, por exemplo, roubo, latrocínio, homicídio e outros.

Em atenção às dificuldades expostas, a orientação atual é de uma maior flexibilização quanto à exigência legal da comprovação do trabalho ou da impossibilidade de fazê-lo, em atenção ao princípio da razoabilidade. Nesse sentido explica Avena:

Não obstante, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido a orientação de que a demonstração de possibilidade iminente de emprego pelo apenado deve ser analisada com temperamentos, pois a realidade

¹⁷⁷ Cf. Prado, op. cit., p. 215.

mostra que, estando a pessoa presa, raramente possui ela condições de, desde logo, comprovar a existência de proposta efetiva de emprego ou de demonstrar que está trabalhando com apresentação de carteira assinada. Segundo essa linha de pensamento, de acordo com o princípio da razoabilidade, pode-se e deve-se conceder ao apenado prazo determinado para, em regime aberto, procurar e obter emprego lícito, apresentando posteriormente a respectiva comprovação da ocupação¹⁷⁸.

O benefício da saída temporária está previsto na Lei de Execução Penal (artigos 122 a 125), e de um modo geral, tem por objetivo possibilitar o gradual retorno do apenado ao meio social. Para tanto, será necessário o cumprimento de determinadas condições, tais como demonstrar o preso comportamento adequado, comprometimento com a reinserção social e não ostentar falta grave em seu prontuário. Além disso, a saída temporária deverá atender aos objetivos da pena, em especial, a ressocialização.

Constituindo o trabalho um dever do preso, caso não desenvolva atividade laborativa, poderá sofrer sanção considerada grave que, por consequência, impossibilitará a concessão do pedido de saída temporária.

Por fim, o livramento condicional, considerado a última etapa do sistema penitenciário progressivo, está previsto no artigo 131, da Lei de Execução Penal. Para a sua concessão se faz necessário o cumprimento de pressupostos objetivos e subjetivos, previstos no artigo 83, do Código Penal. Quanto ao requisito objetivo, dispõe o artigo 83, do Código Penal, o juiz poderá conceder o benefício ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde cumprido mais de 1/3 (um terço) da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, ou, cumprida mais da metade, se o condenado for reincidente em crime doloso, ou ainda, cumprido mais de 2/3 (dois terços) da pena nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

¹⁷⁸ Cf. Avena, op. cit., p. 203.

Quanto ao requisito subjetivo, a despeito de outros requisitos previstos no artigo 83, do Código Penal, dispõe o inciso III que deverá o apenado comprovar comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Note-se que o trabalho desempenha importante condição para a concessão do benefício em dois aspectos: primeiro, deve o apenado comprovar ter prestado, de forma satisfatória, atividade laborativa durante o cumprimento da execução, partindo do pressuposto de que o trabalho do preso é obrigatório, nos termos do que dispõe o artigo 31, *caput*, da Lei de Execução Penal. A recusa injustificada servirá de base para aplicação de falta grave, a qual, por seu turno, impossibilitará a concessão do pedido. E, segundo, deverá o apenado demonstrar aptidão para sustentar-se, com trabalho lícito (artigo 82, III, do Código Penal). Nesse ponto, note-se exigir a lei que o apenado demonstre ter conquistado, durante o cumprimento de pena, aptidão para prover seu sustento, não exigindo comprovação de que efetivamente possui oportunidade de atividade laboroterápica definida. Tal exigência se faz necessária para verificar se o executado está apto a se reinserir no meio social.

A execução penal brasileira confere especial relevo à ressocialização e reinserção social do preso, e exatamente por isso, o trabalho desempenha papel primordial, à medida em que resguarda a dignidade e oferece oportunidade de conquistar o preso meio lícito de manter sua subsistência e de seus familiares.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS E O TRABALHO DO PRESO

Por política pública se compreende o conjunto de planos, metas e ações promovidas pelo Estado no intuito de atender as necessidades da sociedade em diversas áreas, tais como saúde, educação, segurança, assim como, o sistema penitenciário¹⁷⁹.

Dentre as políticas públicas norteadoras da administração do Estado, a política criminal e penitenciária é parte integrante e desempenha importante papel, já que a esta incumbe “raciocinar e estudar o direito penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como visando à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo”¹⁸⁰. Assim, para atender plenamente as funções da pena, qual seja, prevenção e reprovação, mister se faz que o Estado desenvolva medidas e ações públicas que visem atender e bem aplicar, a pena.

Quanto ao cumprimento da pena, a Lei de Execução Penal aposta na reeducação e na reinserção social do preso, utilizando para isso o trabalho, o qual é preconizado como dever social e direito. Nesse sentido é a lição de Almeida: “O trabalho organizado, produtivo, está dentro da laborterapia. O indivíduo trabalhador é respeitado como pessoa humana, desenvolve-lhe o senso de responsabilidade e-lhe levanta a moral”¹⁸¹.

Assim, para que atenda a finalidade, a efetivação do trabalho nas unidades prisionais passa obrigatoriamente pelo investimento do Estado, desenvolvendo uma política pública e penitenciária.

¹⁷⁹ SLONIAK, Marcos Aurélio. Trabalho prisional no regime fechado: entre a lei de execução penal e a realidade vivenciada. Curitiba: Juruá, 2015, p. 128.

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 14.

¹⁸¹ ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. Execução Penal. Org. Guilherme de Souza Nucci, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Coleção doutrinas essenciais: processo penal, v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 132.

A política criminal e penitenciária é desenvolvida precipuamente pela União, e executadas pelos órgãos de cúpula da Execução Criminal. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)¹⁸², determina a política criminal e penitenciária a ser adotada e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁸³, oferece assessoria ao Conselho Nacional, assim como fiscaliza o fiel cumprimento da política criminal e penitenciária adotada¹⁸⁴.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é órgão subordinado ao Ministério da Justiça (artigo 63, Lei de Execução Penal), formado por professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social.

Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária incumbe propor diretrizes da política criminal voltadas diretamente à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança; contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento; promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do país; estimular e promover a pesquisa

¹⁸² Artigo 64 - Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;

III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;

IV - estimular e promover a pesquisa criminológica;

V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;

VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;

VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

¹⁸³ Regulamentado pela Portaria nº 199/2018, disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1/PORTARIAN199DE9DENOEMBRODE2018.pdf>, acesso em 07/01/2020.

¹⁸⁴ MESQUITA JR, Sídio Rosa de. Execução Penal: teoria e prática, doutrina, jurisprudência, modelos. 6ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 202.

criminológica; elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimento; estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais; representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; representar à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), é órgão executivo e da política penitenciária nacional e de apoio administrativo e financeiro ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tal como prevê o artigo 71 da Lei de Execução Penal, e lhes cabem as seguintes atribuições: acompanhar a fiel aplicação das normas de execução; inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços; assistir tecnicamente as unidades federativas, na implementação de princípios e regras da Lei de Execução Penal; colaborar com as unidades federativas, mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado (art. 72 da Lei de Execução Penal).

O DEPEN desempenha importante papel dentro da estrutura de política criminal da Execução da Pena, lhe cabendo operacionalizar a política geral, podendo, inclusive, coordenar e supervisionar os estabelecimentos prisionais (artigo 72, parágrafo único). E, considerando a importância do DEPEN, autoriza a Lei de Execução Penal, nos artigos 73 e 74, a criação de Departamento Penitenciário local ou similar, de modo a atender as necessidades peculiares de cada Estado.

No estado de São Paulo, por exemplo, a Secretaria de Administração Penitenciária¹⁸⁵, possui a missão de promover a execução administrativa das penas privativas de liberdade, das medidas de segurança detentivas e das penas alternativas à prisão, cominadas pela justiça comum, e proporcionar as condições necessárias de assistência e promoção ao preso, para sua reinserção social, preservando sua dignidade como cidadão.

Além dos órgãos diretamente ligados a política criminal e penitenciária, prevê a Lei de Execução Penal (artigo 61) serem órgãos ligados a execução penal: o Juízo da Execução; o Ministério Público; o Conselho Penitenciário; os Departamentos Penitenciários; o Patronato; o Conselho da Comunidade; e a Defensoria Pública.

Além dos órgãos oficiais do Estado, interessante anotar ter a Lei de Execução Penal considerado, em diversos dispositivos, ser comunidade corresponsável no tratamento reeducativo e na reinserção social do preso, assim como no controle e prevenção da criminalidade. Afinal, o crime é problema afeto a todo cidadão, e assim não pode ser exclusivo do Estado o esforço em criar medidas e oportunidades de modo a rechaçar a prática de novos delitos.

Para que a execução da pena atinja seus objetivos, quais sejam, a reeducação do condenado e sua reinserção social, necessária a participação do Estado e todos os órgãos que o compõe, com a adoção de políticas públicas voltadas para a educação, em especial a profissionalizante e o oferecimento de oportunidades de trabalho, principalmente durante o cumprimento da pena.

E nesse tocante, a comunidade desempenha importante papel, em especial no cumprimento das medidas alternativas à prisão, já que o preso em liberdade necessitará

¹⁸⁵ A missão e as diretrizes da Secretaria de Administração Penitenciária foram instituídos pela Lei nº 8209, de 04/01/93, e, o Decreto nº 36.463, de 26/01/1993, organizou a SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, a primeira no Brasil, a tratar com exclusividade do referido segmento. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/>, acesso em 14/10/2019.

reinsere-se na sociedade, exercendo atividade laborativa, estudando, e sem o apoio e aceitação da comunidade, não será possível.

Nesse sentido esclarece a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (item 25) que “muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas de liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos)”.

Assim, prevê a Lei de Execução Penal, nos artigos 78 a 81, como órgãos da Execução Penal, o Patronato e o Conselho de Comunidade, representantes da comunidade no cumprimento da pena. Nesse esclarece Nucci:

“Portanto, havendo a integração da comunidade, por meio de organismos representativos, no acompanhamento da execução das penas, torna-se maior a probabilidade de recuperação do condenado, inclusive porque, quando findar a pena, possivelmente já terá apoio garantido para a sua reinserção social, mormente no mercado de trabalho. Para tanto, são previstos como órgãos da execução penal o Patronato (arts. 78 e 79, LEP) e o Conselho da Comunidade (arts. 80 e 81, LEP)”¹⁸⁶

Fato é que, a despeito da Lei de Execução Penal prever de forma minuciosa no que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (artigo 1º), e prever ainda a responsabilidade do Estado na criação de medidas e ações que atinjam a finalidade da pena, assim como da própria comunidade, como corresponsável, o sistema penitenciário está em franco estado de falência, não atendendo as determinações legais.

¹⁸⁶ Cf. Nucci, op. cit., p. 17.

A bem da verdade, a despeito das regras constitucionais e penais, é certo que o governo brasileiro, até hoje nunca deixou clara qual é a política criminal que adota para fins de conter a criminalidade, assim como não se vê medidas públicas para melhorar as condições do atual sistema penitenciário, e assim, colocar em prática de forma eficiente, os fins da pena.

4.1 Insuficiência de medidas e superlotação carcerária

É de conhecimento público ser o sistema penitenciário um dos setores mais carentes de políticas públicas de nosso país, se encontrando há muito tempo esquecido e abandonado. Não se vê, por parte do Estado, medidas concretas e direcionadas para o controle da criminalidade tampouco para colocar em prática os direitos e deveres daqueles que se encontram no sistema penitenciário cumprindo pena.

Gravita, em torno do debate acerca das políticas públicas a serem adotadas, a discussão acerca do efetivo número de encarcerados no sistema penitenciário brasileiro. Os meios de comunicação (jornais, sites, redes sociais), em especial o divulgado no G1, informa, sem lastros em dados oficiais, ter o Brasil atingido a marca de 812.564 (oitocentos mil e quinhentos e sessenta) presos, dos quais 337.126 (trezentos e trinta e sete mil e cento e vinte e seis) presos, são provisórios, aguardando sentença definitiva¹⁸⁷. O site ainda aponta ocupar o Brasil a terceira posição no ranking mundial de países com maior índice de encarceramento. Porém, se sabe que dados e estatísticas falham, alguns dados são confiáveis, outros não.

¹⁸⁷ Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>, acesso em 18/10/2019.

Utilizando como parâmetro os dados constantes no site do CNJ¹⁸⁸, o qual considera-se confiável, o Brasil possui 612.995 (seiscentos e doze mil novecentos e noventa e cinco) pessoas encarceradas, destes: a) condenados em regime fechado: 307.781 (trezentos e sete mil setecentos e oitenta e um) presos; b) condenados no regime semiaberto: 101.957 (cento e um mil novecentos e cinquenta e sete) presos.

Anotamos existir uma grande contradição entre os 812.564 presos, divulgados pela mídia e o número de 709.808, apontado pelo CNJ, e essa discrepância indica que, ou o Estado não fornece dados atualizados e concretos acerca do atual número da população carcerária, ou efetivamente não demonstra a devida atenção para com a coleta desses dados.

189

Fato é que o CNJ¹⁹⁰ está desenvolvendo um projeto denominado “Cidadania nos Presídios”, o qual busca o reconhecimento e valorização de direitos. O projeto é abrangente e busca vistoriar todas as unidades prisionais do país, avaliando as condições das unidades e o tratamento dispensado aos encarcerados. Além disso, foi criado um sistema para acompanhamento da população carcerária no País, este alimentado com as informações prestadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados, com informações atualizadas acerca dos mandados de prisão expedidos, cumpridos, assim como, dos presos que possuem em cada um dos regimes legais. No entanto, alguns Tribunais, como o Estado de São Paulo, por

¹⁸⁸ Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, e <https://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios> acesso em 18/10/2019.

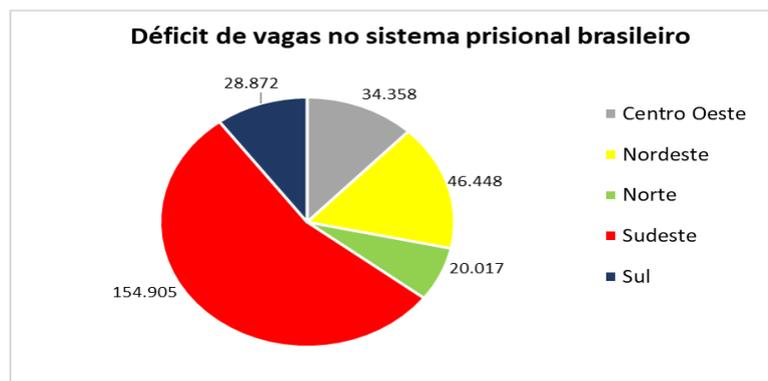
¹⁸⁹ Digna de nota a dificuldade em obter dados reais, de forma prática e rápida acerca da população carcerária Brasileira. Existe uma disparidade grande de informações entre os órgãos governamentais e do judiciário, nesse sentido é a explicação de Nucci: números articulistas, alguns até de renome, lançam dados inverídicos, sem nem mesmo apontar a sua fonte, afirmando existirem mais de 730 mil presos no Brasil (fora mandados de prisão a cumprir). Sabe-se que fontes também falham, existindo as confiáveis e as inconfiáveis. Vou utilizar uma fonte, a meu ver, confiável, que é o Conselho Nacional de Justiça (http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 19.1.19), resultando no seguinte quadro: a) condenados no regime fechado: 325.917; b) condenados no regime semiaberto: 115.986; c) condenados no regime aberto: 9.209; d) presos provisórios: 240.189; e) prisão domiciliar: 6.054. Total: 697.355 pessoas ligadas ao sistema penal (NUCCI, Guilherme de Souza. Encarceramento em massa e distorção de dados: a verdadeira política criminal no Brasil. Janeiro/2019, disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/670152049/encarceramento-em-massa-e-distorcao-de-dados-a-verdadeira-politica-criminal-no-brasil>, acesso em 07/01/2020).

¹⁹⁰ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>, acesso em 19/10/2019.

exemplo, não alimentam o sistema a contento, contribuindo para a ausência de dados concretos.

Levando-se em conta os dados do CNJ, especificamente àqueles sobre presos inseridos no regime fechado e semiaberto, é certo que o sistema carcerário possui atualmente 441.957 (quatrocentos e quarenta e um mil, novecentos e cinquenta e sete) presos. Aponta, ainda, haver um déficit de vagas em torno de 284.600 (duzentos e oitenta e quatro mil e seiscentos) vagas. O déficit de vagas existentes, tanto em regime fechado como semiaberto, indica ser a solução adequada a criação de novas vagas e a construção de novos estabelecimentos prisionais, o que, lamentavelmente, o Estado não faz a contento há muitos anos.

O gráfico abaixo¹⁹¹ demonstra estarem todas as unidades prisionais do país o acima da capacidade para a qual foram projetadas, o que seguramente dificulta, quando não impede, o cumprimento das normas de execução penal de forma eficiente.



Fonte: gráfico elaborado livremente pela autora, com base nas informações disponíveis em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

Segundo preconiza o artigo 1º, da Lei de Execução Penal, para que a execução penal seja eficiente e atinja a “eficácia da sentença e a completa reintegração social do

¹⁹¹ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

condenado”, mister se faz que os males do cárcere sejam minimizados e os direitos e deveres do preso sejam colocados em prática na íntegra.

Destarte, se considerarmos os dados apontados acima, aliados as informações constantes das inspeções realizadas pelo CNJ nas unidades prisionais¹⁹², na sua maioria consideradas péssimas ou regulares, podemos concluir que as regras contidas na Lei de Execuções Criminais, em especial as que se referem aos direitos e deveres do preso, não são colocadas em prática de forma eficiente.

Com relação às oportunidades de trabalho no sistema prisional, os dados constantes no levantamento nacional de informações penitenciárias de 2016, emitido pelo DEPEN¹⁹³, indica que 15% da população carcerária desenvolve atividade laborativa, intramuros. Por certo, não são todos os presos inseridos no sistema prisional que desejam trabalhar, porém, é dever do Estado oferecer oportunidade de trabalho a todos os presos, o que por certo não ocorre.

O Estado de São Paulo, por exemplo, segundo informações colhidas no site do CNJ, possui 236.336 (duzentas e trinta e seis mil, trezentas e trinta e seis) pessoas encarceradas. Segundo aponta o site da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, cujo levantamento é de dezembro de 2017, do total de presos inseridos em regime fechado e semiaberto, apenas 23%, algo em torno de 55.946¹⁹⁴ (cinquenta e cinco mil novecentos e quarenta e seis) presos exercem atividade laborativa, em regime interno e externo.

¹⁹² Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

¹⁹³ Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf, acesso em 22/10/2019.

¹⁹⁴ Dados obtidos no site da Secretaria de Administração Penitenciária que se referem a dezembro de 2017, disponível em http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/SAP_perfil-pop-masculina_dez-2017.pdf e http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/SAP_perfil-pop-feminina_dez-2017.pdf, acesso em 20/10/2019.

Importante anotar que, embora os índices do Estado de São Paulo estejam defasados (dezembro de 2017) e de não serem precisos, demonstram que uma pequena parcela dos presos em regime fechado e semiaberto, exercem atividades laborativa. Destarte, grande parte da população carcerária permanece ociosa, assim como não fará jus a concessão de remição de pena, ou conquistarão requisito subjetivo para a concessão de progressão de pena ou de livramento condicional, já que o trabalho é elemento que compõe o conceito de bom comportamento carcerário.

Segundo informação do CNJ, o Estado com maior déficit de vagas é o Pernambuco. Aponta o relatório que o Estado possui um total de 10.343 vagas e 29.753 presos, ou seja, um déficit de 188% (cento e oitenta e oito). Segundo aponta relatório do Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco¹⁹⁵, baseado em dados de dezembro de 2017, do total da população carcerária, apenas 7,5% (sete e meio) dos presos exerciam atividade laborativa, em regime de trabalho interno e externo.

O Estado do Paraná possui atualmente 22.677 presos¹⁹⁶ (dados de agosto de 2019), segundo relatório do Departamento Penitenciário do Estado, destes 30% exercem atividade laborativa. Interessante anotar que os dados são atualizados frequentemente, o que demonstra transparência nas informações e o trabalho constante em tentar minimizar as mazelas do cárcere. Um bom exemplo, é a Penitenciária Central do Paraná – PCE – UP, na qual todos os presos exercem atividade laborativa. Em diversas outras unidades do Paraná, os índices de presos trabalhando supera 60%, demonstrando que, quando há interesse, as medidas podem ser aplicadas de forma satisfatória.

¹⁹⁵ Disponível em: <https://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/anop/3473/relataop-sistema-prisonal-consolidado.pdf>, acesso em 20/10/2019.

¹⁹⁶ Disponível em: http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/EducacaoTrabalho/Estatistica_Trabalho/2019/agos_simp.pdf, acesso em 20/10/2019.

Inegável reconhecer que o trabalho, em especial o desenvolvido durante o cumprimento de pena, constitui verdadeiro instrumento de readaptação social do apenado, além de retirá-los do ócio, lhes devolve a dignidade, possibilitando ao preso se sentir útil, o que diminui o índice de rebeliões, e, ainda, lhes garante o direito a remição de pena e a conquistar outros benefícios, além de evitar a punição por falta grave, caso não desenvolva atividade laborativa.

Porém, com a superlotação das unidades prisionais, é certo existir um abismo entre aquilo que se espera do cárcere e o que efetivamente é produzido, nesse sentido afirma Oliveira:

“De um modo geral, a realidade carcerária de diversos países demonstrou que há um distanciamento considerável do propagado nos seus respectivos textos legais, particularmente no que tange às condições físicas oferecidas pelos estabelecimentos penitenciários, os quais não foram construídos ou projetados de modo a albergar o desempenho de atividade laboral intramuros, não sendo diferente tal situação fática no Brasil. Para agravar essa carência da infraestrutura prisional, muitos programas de reabilitação de presos não conseguem atender ao quantitativo da população carcerária”¹⁹⁷

É certo que o trabalho penitenciário foi criado e organizado com o fim de auxiliar na ressocialização e readaptação social do preso, logo, de suma importância durante o cumprimento de pena, tanto que previsto nas Regras Mínimas de Tratamento Penitenciário, elaboradas pela Organização das Nações Unidas.

Destarte, para que as medidas previstas na Lei de Execução Penal sejam efetivas e os fins da pena sejam atingidos, mister se faz que o Estado adeque os estabelecimentos prisionais às regras legais, crie novas vagas e construa estabelecimentos prisionais, de modo a suprir a carência de vagas hoje existentes, criando oportunidade de estudo e trabalho a

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Gláucio Araújo de. Trabalho penitenciário à luz da execução penal. Execução Penal Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias, Org. Felipe Martins Pinto. Curitiba: Juruá, 2008, p. 258.

todos que estão inseridos no sistema penitenciário, tornando assim as medidas de ressocialização previstas na Lei de Execução Penal eficientes.

4.2 Responsabilidade do Estado

Os problemas de natureza penal, a criminalidade e a forma como são tratados, são de responsabilidade precípua do Estado. Se consideramos gozar o Estado do *jus puniend*, poder-dever de punir, é natural que a condução da Política Criminal e Penitenciária, esteja sob suas obrigações¹⁹⁸.

Pois bem, por Estado se compreende a pessoa jurídica de direito público externo e que é constituído de três elementos indissociáveis: povo, território e governo soberano. O Estado exerce seu poder através de três funções individualizadas e independentes entre si, quais sejam: Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, quando se menciona “Estado”, se compreende toda a estrutura de Poder, representado pelos três poderes constitucionalmente estabelecidos.

Notadamente no que diz respeito a execução penal, o Estado como detentor do dever de punir, e por intermédio do poder Executivo, é responsável por promover a execução da pena sob variados aspectos, em conformidade com as ordens judiciais e fiscalizados pelo judiciário. A responsabilidade do Estado está representada pela criação de políticas públicas voltadas a contenção da criminalidade e ao fiel cumprimento das finalidades da pena e à

¹⁹⁸ Nesse sentido preveem os itens 85 e 86, da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal que “Hoje não mais se admite que o fenômeno da execução das penas e das medidas de segurança se mantenha neutro em relação aos aspectos variados e dinâmicos da delinquência e da Justiça Criminal, dos quadros da prevenção e repressão dos ilícitos penais. Nem que persista como processo indiferente ou marginal às preocupações do Estado e da comunidade quanto aos problemas de Política Criminal e Penitenciária, de Estatísticas de planificação geral de combate ao delito, de avaliação periódica do sistema criminal para sua adequação às necessidades do País, de estímulo e promoção das investigações criminológicas, de elaboração do programa nacional penitenciário e de formação e aperfeiçoamento do servidor, de estabelecimento de regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais, de inspeção e fiscalização dos estabelecimentos penais e dos poderes de representação, sempre que ocorra violação das normas de execução ou quando o estabelecimento estiver funcionando sem as condições adequadas”.

administração do sistema penitenciário, exercida por meio do DEPEN e as Secretarias de Administração Penitenciária Estaduais.

Destarte, é responsabilidade do Estado promover a execução da penal, através dos órgãos administrativos do Executivo, buscando atingir sua principal meta, a completa reintegração do preso ao meio social.

No sentido de atender as funções da pena, determina o artigo 83, da Lei de Execução Penal, devem ser os estabelecimentos penais dotados de dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Assim, as estruturas penitenciárias são construídas para atender a necessidade de determinado número, e quando excedem a capacidade, é certo que todas as áreas e serviços terminam por não serem suficientes.

Soma-se a previsão contida no artigo 85, da Lei de Execução Penal, a qual preconiza: “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, cabendo ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinar o limite máximo de capacidade do estabelecimento. Como se vê, a Lei de Execução Penal, possui institutos que delineiam a atuação do Estado, o que não se vê é a aplicação das normas de forma adequada.

Contextualizando com o atual sistema penitenciário, no qual todas as unidades prisionais possuem presos acima da capacidade para a qual foram projetadas, e ante a ausência de medidas eficientes para criar novas vagas no sistema prisional, assim como para melhorar as condições dos estabelecimentos prisionais existentes, é certo que o Estado não tem cumprido com seu papel a contento¹⁹⁹.

¹⁹⁹ “Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>, acesso em 07/01/2020.

É de conhecimento público, além do que já foi devidamente constatado através das inspeções levadas a efeito pelo CNJ²⁰⁰, que as unidades prisionais se encontram, em grande parte, deterioradas e em péssimas condições de uso²⁰¹. Além disso, inúmeras denúncias apontam a existência de esgoto aberto nas celas e banheiros, contribuindo assim para a proliferação de insetos, ratos, baratas, ambiente que acaba por favorecer a disseminação de doenças infectocontagiosas.

Se considerarmos terem sido as unidades prisionais construídas e projetadas para abrigar determinado número de presos, e que operam acima de sua capacidade, em média acima de 40%, é certa a afronta ao princípio da humanidade da pena, até porque tornam-se ineficazes e insuficientes o acesso a saúde, educação, assistência social, oportunidade de trabalho, de estudo e os demais direitos previstos na Lei de Execução Penal.

A superlotação dos estabelecimentos prisionais ocasiona outros males. As oportunidades de trabalho, seja em regime interno ou externo, são escassas. As estatísticas demonstram que uma mínima parcela de presos exerce atividade laborativa durante o cumprimento da pena.

Os dados informados pelo CNJ, apontam que apenas 30% dos presos exerce atividade laboral durante o cumprimento de pena. Se considerarmos que a função precípua da pena é a ressocialização e a reinserção social do preso e ser o trabalho fundamental no cumprimento dessa finalidade, quando o Estado não oferece oportunidades de trabalho a todos os presos inseridos no sistema prisional, falha com sua missão.

As razões para a inércia do Estado em construir novos presídios e criar oportunidades de trabalho para os presos inseridos no sistema, é tema discutido na doutrina,

²⁰⁰ Informações do mapa de inspeção realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

²⁰¹ “País tem superlotação e falta de controle dos presídios”. João Carlos Teixeira | 24/01/2019, 13h28 - Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios>, acesso em 07/01/2020.

ante autores como Nucci²⁰², Pavarini e Giamberardino²⁰³. Das diversas razões apontadas, de se notar o alto valor econômico e a questão política que envolve o assunto. Como se sabe os envolvidos com o Poder Executivo, quais sejam, Governadores, deputados, policiais civis e militares, diretores de presídios e outros.

Com efeito, presos não votam, assim como, quem se propõe a criar melhorias para estes acaba por ser alvo da opinião pública, eis que os custos com a melhoria das unidades prisionais, criação de vagas de trabalho e construção de presídios, envolvem altos investimentos financeiros.

Nesse sentido esclarece Azevedo:

“Logo, não é interesse dos membros do Poder Executivo investir alguns milhões de reais em novos estabelecimentos penais. Convém lembrar, que como órgãos políticos que o são, os órgãos do Poder Executivo encontram-se sempre sujeitos às interferências políticas e às pressões advindas dos organismos de mídia (televisão, internet, entre outros), e a essa circunstância não se encontram excluídos nem o Governador do Estado, nem o Diretor dos estabelecimentos penais, nem muito menos a estrutura policial como um todo. Não é por outra razão que a polícia sempre integrou os quadros do Poder Executivo, afinal tornar a polícia completamente independente do Poder Executivo é, no mínimo, reduzir, em muito, a mobilidade de tal Poder”²⁰⁴.

No intuito de sanar a crise no sistema carcerário e a desídia do Estado, prevê a Lei de Execução Penal, no artigo 185, a possibilidade de ser proposto incidente de excesso ou desvio de execução, sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentadoras, e poderá ser oposta pelo Ministério Público, Conselho Penitenciário, sentenciado ou qualquer dos demais órgãos da execução

²⁰² “Pode a sociedade sentir-se de certa forma culpada por ser obrigada a impor soluções como o encarceramento de autores de infrações penais, mas, em grande parte, tal se dá por conta do estado atual dos presídios no Brasil, vítimas do descaso dos órgãos do Estado, encarregados de seu funcionamento e manutenção” (Cf. Nucci, op. cit., p. 69).

²⁰³ “É importantíssima a reflexão sobre a relação entre a garantia da dignidade e da integridade física e moral e as condições materiais de muitas cadeias públicas, carceragens, entre outras consequências jurídicas, a responsabilidade objetiva do Estado”. (Cf. Pavarini e Giamberardino, op. cit., p. 217).

²⁰⁴ AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Superlotação do cárcere: um problema para o Estado?. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 56-62., ago./set. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80632. Acesso em: 22/10/2019.

penal. Além disso, poderá o juiz, durante a fiscalização das unidades prisionais, determinar, se o caso, a interdição da unidade, nos termos do artigo 66, inciso VIII da Lei de Execução Penal.

Ademais, considerando a responsabilidade do Estado em proporcionar condições dignas nas unidades prisionais e a caótica situação do sistema prisional, é possível a propositura de ação civil buscando reparação de danos, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Nesse sentido foi julgado, em fevereiro de 2017, recurso extraordinário com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (número 580.252), o qual pretendia apurar a responsabilidade civil do Estado em ressarcir os danos morais, mediante indenização, pela manutenção de pessoas privadas de liberdade em condições degradante. O recurso foi provido e reconhecida a repercussão geral para fins de conceder a indenização em forma de remição de pena²⁰⁵.

A bem da verdade, enquanto não forem tomadas medidas drásticas e sérias, no sentido de responsabilizar o Poder Executivo pela ausência de medidas políticas suficientes para sanar as mazelas do sistema penitenciário, atualmente em flagrante caos, não se

²⁰⁵ Ementa: Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 365 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que, ao darem provimento ao recurso, adotaram a remição de pena como forma de indenização. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes (art. 38, IV, “b”, do RISTF). Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski, participando da “Reunião de preparação para o Seminário de Verão de 2017”, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 16.02.2017, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>, acesso em 24/10/2019.

vislumbra como possível o utópico desejo de cumprir a finalidade de reinserção e ressocialização.

4.3 Parcerias Público Privadas e Convênios

A superlotação carcerária e a discussão acerca da falta de recursos para investimentos nessa área, assim como a dificuldade em aplicar de forma digna e efetiva as regras atinentes à execução penal, acendeu a discussão sobre a participação da iniciativa privada na administração dos presídios.

Sobre o assunto, a Lei n.º 13.190/2015, inseriu os artigos 83-A e 83-B na Lei de Execução Penal, os quais preveem a possibilidade de contratação, por parte do Estado, de serviços e atividades, materiais, acessórios, instrumentais ou complementares, desenvolvidos em estabelecimentos penais, dentre os quais, serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamento internos e externos, serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.

Determina a Lei de Execução Penal que esses serviços terceirizados devem ser fiscalizados e supervisionados pelo Poder Público, reservada ao Estado a direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, em especial a classificação dos condenados, aplicação de sanções disciplinares, controle de rebeliões e o transporte de presos.

Destarte, a mesma norma autoriza a terceirização de determinados serviços e atividades prisionais, e não a privatização, como se divulga. Nucci esclarece, para que fosse possível a privatização de unidades prisionais “há de se editar lei específica para reger tal situação. Antes disso, não se pode tolerar que a iniciativa privada assuma a direção de um

estabelecimento penal, contrate funcionários e administre o trabalho do preso, bem como conduza as anotações em seu prontuário”²⁰⁶.

De fato, não parece medida adequada, privatizar qualquer parte que seja do sistema penitenciário, o que, segundo cremos, transformaria a execução penal em um negócio. Se o ideal almejado com a aplicação da pena é a ressocialização e reinserção do condenado no meio social, e, com isso, a diminuição da criminalidade, ao privatizar a administração do sistema prisional, estaríamos caminhando na contramão. Até porque não se vislumbra no empresário a figura daquele que abriria mão do lucro em prol da redução daqueles que ingressarão no sistema penitenciário, não nos parece lógico que assim seja.

No Brasil, se tem notícia de poucos estabelecimentos nos quais foi adotada a terceirização de parte dos serviços administrativos da unidade prisional. O Estado de Minas Gerais, por exemplo, possui na cidade de Ribeirão das Neves, três unidades (duas em regime fechado e uma em regime semiaberto), administradas pela iniciativa privada.

Segundo informação do site do Senado Federal²⁰⁷, a empresa “Gestores Prisionais Associados”, venceu a licitação, e embora conste no edital a construção de cinco unidades, até o presente momento, apenas três foram entregues, e estão em funcionamento desde 2013. O complexo penitenciário é bem estruturado, possui seis galpões com oficinas de trabalho, além de centro médico, de alimentação, estudos e lazer. A despeito da estrutura, o site²⁰⁸ da unidade informa que 30% dos presos exercem atividade laborativa, número muito parecido com o Estado do Paraná, no qual as unidades prisionais são administradas pelo Poder Público.

A terceirização de serviços prisionais, no entanto, não deve se tornar à regra no sistema penitenciário nacional, por duas razões: a uma, porque a execução da pena não pode

²⁰⁶ Op. cit., p. 48.

²⁰⁷ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/primeiro-complexo-penitenciario-no-modelo>, acesso em 23/10/2019.

²⁰⁸ Disponível em http://www.gpapp.com.br/?page_id=53, acesso em 23/10/2019.

gerar lucro, sob pena de utilizar aqueles que se encontram presos como objetos; a duas, porque, ao terceirizar, acaba-se por extinguir diversos postos de trabalho, e assim restringe-se as já escassas oportunidades de trabalho aos presos das unidades prisionais, eis que as funções dos referidos setores poderiam ser destinadas aos presos, os quais, com o trabalho, poderiam fazer jus a remição de pena, além de auferir receita e terem restaurada sua dignidade.

Nesse sentido afirma Brito:

“Certas administrações têm “privatizado” o gerenciamento do estabelecimento penal, transferindo apenas o controle da unidade em uma espécie de contratação de serviço, pois o ressarcimento dos administradores particulares é promovido pelo Estado, que remunera o particular por cada preso recolhido ao sistema prisional. Essa política não nos parece acertada porquanto existirá interesse crescente de que a população carcerária permaneça alta, visto que a remuneração oriunda dos cofres públicos será cada vez maior. Parece-nos que aplicação dessa política atenta contra as finalidades da pena de controle da reincidência e ‘ressocialização’ do condenado, com a passagem a regimes mais brandos e que permitam o trabalho extra muros, ou até o conveniente esquecimento ou desatenção à quantidade de pena já cumprida, para evitar que em desfavor desses pagamentos o condenado seja liberado”²⁰⁹.

Com relação ao exercício de atividade laborativa pelo detento, prevê a Lei de Execução Penal, no artigo 36, a possibilidade de exercício do trabalho externo em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as devidas cautelas para evitar fuga. Porém, referida situação deve ser excepcional, sendo o ideal a manutenção, pelo Estado, de instalações adequadas, com oficinas laborais na unidade prisional, oferecendo assim melhores condições para que o Estado acompanhe a execução da atividade laboral, faça os apontamentos necessários, individualizando a execução da pena de forma mais esmerada.

²⁰⁹ Op. cit., pp. 331/332.

Além disso, prevê a Lei de Execução Penal, no artigo 34, §2º, a possibilidade do trabalho ser gerido por fundação ou empresa pública, sendo permitida a celebração de convênio com a iniciativa privada para a implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios, traduzindo assim, o anseio do legislador em procurar meios que solucionem a ausência de oportunidades de trabalho.

Como afirmamos anteriormente, o sistema carcerário brasileiro vivencia um momento de caos, no qual a superlotação e a ausência de medidas efetivas por parte do Estado, acaba por dificultar a aplicação da Lei de Execução Penal de forma eficiente. Por todo o país é frequente a concessão de autorização de trabalho externo, sem qualquer controle ou vigilância, confirmando-se a falência do sistema penitenciário²¹⁰.

Uma alternativa possível, a ser considerada, é a utilização de cooperativas compostas por presos e cidadãos livres, a qual buscaria obter ocupação profissional em melhores condições, econômicas, sociais e profissionais, em favor dos presos²¹¹.

Por fim, cremos que a privatização ou terceirização de serviços e atividades prisionais, como forma excepcional no sistema prisional brasileiro, deve limitar-se à gestão do trabalho, ensino e atividades de lazer. A disciplina e a gestão da execução da pena, deve permanecer no controle do Estado, já que é atividade privativa estatal e exercida e controlada pelo judiciário.

Nesse sentido afirma Brito:

Portanto, partindo-se de um plano sério e antecipadamente previsto em lei, de forma bem estipulada e detalhada, com a entrega por meio de concessão e fiscalização por agências públicas, talvez fosse interessante que algumas experiências bem-sucedidas em alguns países fossem adotadas pelo sistema nacional, mas sempre mantendo-se a condução do processo de execução nas mãos do Judiciário²¹².

²¹⁰ Cf. Nucci, op. cit., p. 49.

²¹¹ Cf. Pavarini e Giamberardino, op. cit., p. 239.

²¹² Cf. Brito, op. cit., p. 332.

4.4. Responsabilidade do Judiciário em proporcionar alternativas de trabalho para o preso

A realidade vivenciada no sistema prisional, que envolve a superocupação das unidades prisionais, o descaso do Estado com relação as precárias condições das instalações prisionais, que ofendem a dignidade humana, assim como a ausência de ações públicas voltadas a solucionar de forma eficiente o caos vivenciado por aqueles que se encontram privados de sua liberdade e daqueles que exercem atividade profissional nesses ambientes, reacende a discussão acerca da responsabilidade do Judiciário nessas questões.

Divulga-se na mídia²¹³, e até mesmo é o posicionamento de diversos doutrinadores, na maioria adeptos da corrente abolicionista da pena, que o Judiciário seria responsável pelo caos, eis que “prende muito e prende mal”. Todavia, o problema não é assim tão simples, e se torna extremamente delicado responsabilizar exclusivamente o Judiciário pelas mazelas do cárcere, pela superlotação carcerária, quando na realidade, o aumento da criminalidade é questão deveras complexa e abrangente, a qual envolve inúmeras questões, inclusive de ordem social e educacional, que são igualmente de responsabilidade do Poder Executivo e Legislativo .

Ademais, aqueles inseridos no sistema prisional, em especial os do regime fechado e semiaberto geralmente são indivíduos de média e alta periculosidade, envolvidos com crimes contra o patrimônio, dolosos contra à vida, tráfico ilícito de entorpecentes e hediondos, os quais merecem especial atenção, para que o cárcere atinja uma das finalidades almejadas pelo legislador, a ressocialização e a reinserção social desses indivíduos.

No que concerne a competência do Judiciário, este desempenha importante papel na Execução da Pena, dispendo a Lei de Execução Penal (artigo 2º), a adoção do sistema

²¹³ Menciona-se: “Justiça brasileira prende muito e prende mal, avaliam agentes públicos e pesquisadores”. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/crime-organizado-e-corrupcao>. Acesso em 07/01/2020.

jurisdicional, no qual competirá ao Juiz a condução do processo de execução, aplicando aos condenados os termos constantes da sentença.

Prevê o artigo 65, da Lei de Execução Penal que “a execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”. Nos grandes centros existem varas especializadas, a quem cabe de forma exclusiva a competência nos processos executórios. Porém, nas pequenas comarcas, nas quais existe uma única vara, o juiz acaba por cumular as funções de execução penal com suas demais competências. Na realidade quis o legislador deixar claro que caberia ao Judiciário o processo executório e ao Poder Executivo a administração do Sistema Penitenciário.

Destarte, as responsabilidades afetas ao juiz estão dispostas no artigo 66, “*in verbis*”: Compete ao Juiz da Execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II - declarar extinta a punibilidade; III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução; IV - autorizar saídas temporárias; V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei. **VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento**

penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade; X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir” (grifos nossos).

Dentre as atribuições atinentes ao Judiciário, nos interessa particularmente aquelas ligadas as condições caóticas do sistema penitenciário e a criação de oportunidades de trabalho.

Dispõe a Lei de Execução Penal (artigo 66, VI, VII e VIII) caber ao Judiciário zelar pelo fiel cumprimento da pena e das medidas de segurança, assim como, caso não estejam sendo cumpridas a contento, intervir inclusive determinando a interdição do estabelecimento prisional, se o caso.

Para que haja o fiel cumprimento da pena, é necessário que os direitos e deveres do preso sejam cumpridos, até para que se atinjam os preceitos da Lei de Execução Penal, quais sejam: efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (artigo 1º, da Lei de Execução Penal).

Destarte, o juiz das execuções atua como órgão fiscalizador das atividades administrativas desempenhadas pelo Poder Executivo na administração do sistema penitenciário. Segundo a Lei de Execução Penal, o Juiz das execuções exerce função de corregedor, devendo vistoriar, periodicamente, e em casos excepcionais, mensalmente (em casos excepcionais, como rebeliões), as unidades prisionais, e constatando qualquer irregularidade, poderá interditar a unidade (artigo 66, VIII, da Lei de Execução Penal).

Interessante anotar ter o CNJ realizado inspeções nas unidades prisionais do país²¹⁴, encontrando-se o relatório disponível no site do órgão. Pelas informações contidas no documento, elaborado por Estado, tem-se que a maioria dos estabelecimentos prisionais

²¹⁴ Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

se encontra em péssimo estado de conservação e, praticamente a totalidade, está acima da capacidade para a qual foi projetada.

Dentre os direitos e deveres do preso, ressaltamos o trabalho prisional, o qual é legitimado como dever social e condição de dignidade humana, possuindo finalidade educativa e produtiva. A despeito de ser atribuição do Estado a criação de oportunidades de trabalho - de preferência em espaços localizados dentro das unidades prisionais, notadamente para os presos inseridos no regime fechado, e para os presos do regime semiaberto, em regime interno ou externo -, é atribuição do Judiciário garantir a correta aplicação desse direito e dever, acompanhando e fiscalizando a prestação de serviços, podendo inclusive intervir, caso seja constatado qualquer abuso ou desvio na finalidade do trabalho.

Muito embora não seja atribuição do Judiciário a criação de oportunidades de trabalho aos presos, há alguns anos o CNJ e o STF lançaram o projeto “Começar de Novo”²¹⁵, o qual tem por objetivo promover ações para ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, com a criação de oportunidades de trabalho e de reeducação social e profissional, buscando a redução das taxas de reincidência criminal.

O projeto é extremamente interessante e pretende ainda chamar atenção de gestores públicos, inclusive magistrados, e da sociedade civil organizada, para a promoção de ações de cidadania em prol da melhoria do sistema penal brasileiro²¹⁶, além de propor um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho.

Por fim, é certo que o Judiciário possui sua parcela de responsabilidade, notadamente quanto a correta fiscalização do cumprimento das regras atinentes à execução

²¹⁵ Segundo o site do Conselho Nacional de Justiça, o projeto Começar de Novo visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil, para que coloquem a disposição oportunidades de trabalho aos presos e egressos, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/comecar-de-novo-artigo/>. Acesso em 07/01/2020.

²¹⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/portal-de-oportunidades-comecar-de-novo/>, acesso em 24/10/2019

penal. Muito embora não lhe caiba a decisão administrativa acerca da dotação orçamentária destinada as unidades prisionais, à construção de unidades prisionais e na manutenção de condições dignas de cumprimento da pena, legalmente, possui a atribuição de fiscalizar e fazer cumprir os fins da pena.

4.4.1 Alternativas utilizadas para superar a ausência de oportunidades de trabalho nos presídios

Reconhecendo a importância do trabalho prisional como opção de reintegração social e parte do tratamento penitenciário visando a ressocialização dos apenados, o Judiciário vem buscando alternativas para superar a ausência de oportunidades de trabalho nos presídios brasileiros.

De se notar, a iniciativa do CNJ em buscar conhecer verdadeiramente a realidade prisional, implementando, em 2011, o “Banco Nacional de Mandados de Prisão”²¹⁷, posteriormente convertido em “Banco Nacional de Monitoramento das Prisões”²¹⁸, uma ferramenta que integra e capta informações de todos os Tribunais de Justiça da federação.

De fato, para que se possa buscar solução aos problemas, mister se faz conhecer toda a extensão que ele representa. Assim, além de captar informações acerca do número exato de encarcerados em cada regime prisional, o CNJ iniciou uma vistoria nas unidades prisionais do país, analisando as condições das instalações prisionais, a existência de bloqueadores de sinal de celular, assim como apontando a capacidade dos estabelecimentos e se há superlotação.

²¹⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>, acesso em 24/10/2019

²¹⁸ Banco de monitoramento de prisões do Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>, acesso em 07/01/2020.

É certo, porém, que o sistema ainda não está finalizado, e alguns Tribunais não atualizaram as informações, mas é possível consultar o mapa de inspeção²¹⁹, por Estado, e ter ao menos noção da situação prisional.

A situação dos estabelecimentos prisionais é caótica, e no intuito de buscar soluções, o CNJ, através de parcerias com os Tribunais de Justiça estaduais, em especial quanto as oportunidades de trabalho, e diversas ações tem sido levadas a efeito.

O Tribunal de Justiça do Maranhão iniciou no ano de 2011 o projeto “Começar de Novo” através da Coordenadoria de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Maranhão (UMF). O projeto visa auxiliar os egressos e presos (em regime semiaberto) a se recolocarem no mercado de trabalho, além de oferecer capacitação profissional e emissão de documentos²²⁰.

O Estado do Maranhão editou a Lei n.º 9.116/2010, a fim de incentivar as empresas privadas a destinar vagas a presos no gozo de livramento condicional, em suspensão condicional da pena e os egressos. Dispõe o artigo 3º, da referida lei: “As empresas interessadas em contratar com o Estado do Maranhão, em quaisquer das modalidades licitatórias, além das demais exigências legais, deverão ter em seus quadros de empregados egressos do sistema prisional, na seguinte proporção: I - até 200 empregados 2%; II - de 201 a 500 3%; III - de 501 a 1.000 4% ; IV - de 1.001 em diante 5%; §1º O quantitativo de egressos deverá ser mantido por todo o período de contratação; §2º A não observância do quantitativo especificado no caput do artigo, que será fiscalizado periodicamente, ensejará multa a ser aplicada na forma e nos valores definidos no regulamento de execução da presente política”.

²¹⁹ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 24/10/2019

²²⁰ Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/tj/visualiza/sessao/19/publicacao/424062>, acesso em 24/10/2019.

Iniciativas dessa natureza visam a ressocialização e a reinserção do apenado no meio social, além de incluir a própria sociedade, através da participação das empresas privadas, no processo de socialização, o que seguramente contribuirá para a diminuição da criminalidade e da reincidência.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em atenção ao seu crescente número de encarceramentos instituiu o programa “Justiça Presente”, no qual a primeira fase é voltada à identificação biométrica e emissão de documentos, além da informatização dos processos de execução penal com a utilização do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). No mais, o Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Estado do Paraná (GMF/TJPR), em parceria com a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (TRT-9), visa auxiliar os egressos e presos do sistema carcerário na recolocação no mercado de trabalho, com resultados positivos em diversos municípios²²¹.

O Estado de Minas Gerais promulgou a Lei n.º 18.725/11, a qual dispõe acerca da contratação de mão de obra carcerária, prevendo a reserva, por parte de empresa vencedora de licitação de obra pública, de até 10% das vagas de emprego para detentos. Assim, em junho de 2011, por meio de uma parceria público-privada, foi autorizada a contratação de presos para a obra no Estádio do Mineirão²²².

Outro exemplo, é o Estado da Bahia, o qual, por iniciativa do projeto “Começar de Novo”, do CNJ, foi firmado termo de cooperação técnica entre o Tribunal de Justiça, o Governo Estadual e o Consórcio Arena Fonte Nova, o qual autorizou a contratação de presos e egressos no ano de 2014, para a construção do Estádio Arena Fonte Nova²²³.

²²¹ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/gmf>, acesso em 24/10/2019

²²² Presos trabalham nas obras do Mineirão para a Copa de 2014. Disponível em: <http://esportes.terra.com.br/futebol/brasil2014/noticias/0,,OI5352189-EI10545,00-Presos+trabalham+nas+obras+do+Mineirao+para+Copa+de.html>, acesso em 07/01/2020.

²²³ Disponível em: <https://www.ibahia.com/detalhe/noticia/construcao-da-fonte-nova-tera-mao-de-obra-de-presos-e-ex-detentos-baianos/>, acesso em 24/10/2019.

O Estado de Santa Catarina, em junho de 2019, publicou edital de chamamento público para seleção de parceiros para o desenvolvimento de atividade laboral aos presos do sistema prisional de Santa Catarina, com interveniência do fundo rotativo da penitenciária agrícola de Chapecó e das unidades prisionais que o compõe. No Estado, apenas 17% dos presos exerce alguma atividade laborativa, e se pretende com a medida aumentar esse número para 30%²²⁴.

A Secretaria da Ressocialização e Inclusão Social (SERIS), do Estado de Alagoas²²⁵, instituiu o projeto denominado “Uma Nova História”, o qual visa beneficiar a sociedade através de serviços de limpeza, manutenção, restauração de espaços públicos utilizando mão de obra carcerária, bem como auxiliar ações governamentais de apoio a Municípios e sociedade civil, como nos casos de calamidade pública (enchentes) saúde pública (combate ao *Aedes aegypti*) entre outras. Recentemente presos do regime fechado, semiaberto e aberto participaram do trabalho de limpeza das praias de Japaratinga, um dos municípios do litoral Norte de Alagoas mais afetados pelo óleo que atingiu várias localidades da costa nordestina.

As iniciativas apontadas, demonstram que, quando há interesse por parte do Estado e do Judiciário, é possível a criação de oportunidades de trabalho visando a inserção social de presos e de egressos.

O exercício de atividade laboral é sem dúvida alguma, um grande aliado na ressocialização dos presos, eis capacitar profissionalmente aqueles que não possuíam uma profissão, os retira do ócio, diminui a incidência de rebeliões, permite a remição de pena, e lhes devolve a dignidade.

²²⁴ Disponível em: <http://www.sap.sc.gov.br/index.php/consultas/chamamento-publico>, acesso em 24/10/2019

²²⁵ Projeto “Uma nova história”, iniciativa do Governo do Estado de Alagoas, disponível em: <http://www.seris.al.gov.br/reintegracao-social/projeto-uma-nova-historia>, acesso em 07/01/2020.

5. ABORDAGEM DA RESSOCIALIZAÇÃO E REEDUCAÇÃO DO PRESO PELO TRABALHO

Diante do abordado, podemos deduzir possuir a execução penal dois objetivos principais, os quais se encontram previstos no artigo 1º, da Lei de Execução Penal. O primeiro, destina-se a executar as disposições de sentença ou decisão criminal, consistente em dar cumprimento a sentença condenatória ou absolutória imprópria, punindo o infrator e com isso a prevenção de delitos. O segundo, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, envidando esforços de modo a oferecer ao reeducando condições básicas para cumprir sua pena com dignidade e meios de se reinserir na sociedade.

Segundo Foucault, a pena é concebida não somente como forma de prevenção e punição dos delitos, mas também como forma de reeducação e reinserção social do indivíduo²²⁶, através da educação e do trabalho, retornando à sociedade apto a sustentar-se por meios lícitos.²²⁷

Nas palavras de Dotti, embora não seja cientificamente adequada a declaração formal de que a execução de pena deve ter, como objetivo central, a emenda, recuperação e a reinserção social do infrator, é certo que a pena deve atender a uma função socialmente útil, e nesse diapasão, a recuperação e reinserção social do apenado não pode ficar a margem da execução penal.²²⁸

Jason Albergaria destaca estar a fundamentação basilar do modelo ressocializador adotado pela Lei de Execução Penal na Constituição Federal, a qual adota

²²⁶ No mesmo sentido as palavras de Marcão “Considerando a pretensão expressa no art. 1º da Lei de Execução Penal, a execução deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar” (MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 16º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 30).

²²⁷ Op. cit., p. 16/17.

²²⁸ Op. cit., p. 660.

como regra a humanidade na aplicação das penas²²⁹, abolindo a aplicação de penas cruéis e degradantes, além de normas que visem assegurar os direitos do preso, garantindo-lhes o cumprimento da pena em condições que atendam a dignidade humana.²³⁰

É certo, porém que, desde que a pena de prisão se converteu na principal resposta do Estado às infrações cometidas (em meados do século XIX), oportunidade na qual acreditava-se que seria suficiente para a reforma do delinquente, debate-se se ainda seria eficiente para atender as finalidades as quais se propõe: prevenção e retribuição. Nesse sentido Bitencourt afirma que:

“Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena que, dentro de certas condições, seria impossível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado”.²³¹

Bitencourt explica que a fundamentação sobre a qual se baseiam os argumentos acerca da ineficácia da pena de prisão se divide em duas vertentes. A primeira delas, mais radical, afirma que a antítese existente entre o ambiente carcerário e a comunidade livre, cria um meio antinatural o qual não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso; a segunda, menos radical, volta os olhos às condições reais do sistema penitenciário, aduzindo, em síntese, que em boa parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador.²³²

²²⁹ Destaca-se os seguintes dispositivos Constitucionais: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, inciso XLVIII); “é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral” (artigo 5º, inciso XLIX)

²³⁰ Op. cit., p. 16.

²³¹ Cf. Bitencourt, op. cit., p. 162.

²³² Cf. Bitencourt, op. cit., p. 163.

A despeito da discussão acerca da efetividade da pena de prisão, é certo que a questão da privação da liberdade deve ser abordada e observada sob o prisma da realidade, ou seja, como é executada atualmente no sistema penitenciário existente, com todas as circunstâncias reais que o cercam.

Muito embora não seja possível estipular uma fórmula base, na qual seja possível recolher o indivíduo transgressor e devolvê-lo à sociedade reformado e em condição de sustentar-se sozinho por meio lícito, mister se faz que o Estado envide esforços para fazer cumprir as determinações constantes da Lei de Execução Penal, em especial no que concerne a ressocialização e reinserção social do apenado.

Nesse sentido afirma Brito que:

“Convém esclarecer que não existe a certeza de um tratamento eficaz e milagroso por meio do qual o Estado recebe em suas instituições o autor de uma infração penal, submete-o às fórmulas eleitas pela Lei e devolve-o recuperado, ressocializado ou reeducado. Mas em todas as situações nas quais haja a possibilidade desta recuperação, ressocialização, reeducação ou, como preferimos, incremento pessoal, o que deve sempre haver é a disposição do Estado em oferecer condições para que o condenado, ao final do cumprimento de sua pena, tenha acrescido à sua personalidade a percepção da escala de valores da sociedade à qual está vinculado, e da inexorável necessidade de convivência em grupo, porquanto sua natureza humana o exige”.²³³

Nesse contexto, o trabalho prisional surge como instrumento apto a proporcionar ao indivíduo encarcerado oportunidade de se sentir útil, retirando-o do ócio, além de lhe proporcionar a oportunidade de aprender um novo ofício e remição de pena.

Segundo Tasse:

“Os efeitos benéficos do trabalho sobre o ser humano, na formação de sua índole, na sua dignificação e engrandecimento enquanto cidadão, conduziram a Lei de Execução Penal a valorar-se como um dever social com finalidade educativa e produtiva”.²³⁴

²³³ Op. cit., p. 57.

²³⁴ Op. cit., p. 131.

Entretanto, há quem relacione o trabalho prisional com a disciplina do preso²³⁵, para os quais o trabalho na prisão busca inúmeras simbologias, nenhuma delas ligadas a reintegração social como legitimada nos ordenamentos existentes²³⁶, e que serviria apenas para mantê-los distanciados do ócio, na medida que lhes ocupa a mente. Aduzem que, o trabalho prisional na forma em que é aplicado, representa o que Foucault²³⁷ define como “simbologia da relação de poder”, eis que os presos não exercem qualquer autonomia em relação ao que desempenham.

Por outro lado, se o trabalho exerce fundamental importância na formação do indivíduo e na construção da sociedade, o que não dizer deste aplicado no contexto prisional. Nas palavras de Sloniack:

“Por outro lado, anular as possibilidades, ainda que tão somente para ‘ocupar o tempo’ daqueles que cumprem pena, quer seja com o trabalho prisional ou com qualquer outra ação positiva durante a pena, além da ociosidade e da consequente indução à criminalidade, é, sim, uma aposta e um desafio para a política penitenciária brasileira”.²³⁸

O trabalho se instaura como instrumento de constituição da própria personalidade, atende à dignidade do indivíduo, de modo que constitui instrumento de auxílio eficaz no atingimento do escopo de reinserção social dos apenados.²³⁹

Concordamos com o posicionamento de Sloniak, quando afirma que:

“Se a implementação do trabalho no ambiente penitenciário não cumpre funções prometidas, certamente, a sua ausência é fator que agrava problemas crônicos de superlotação e abusos entre os presos, tornando o ambiente inóspito tanto para os presos quanto para os servidores, e,

²³⁵ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Da remição da pena privativa de liberdade. Belo Horizonte. Del Rey, 2004, p. 24.

²³⁶ SLONIAK, Marcos Aurélio. Trabalho prisional no regime fechado: entre a lei de execução penal e a realidade vivenciada. Curitiba: Juruá, 2015, p. 176.

²³⁷ Cf. Foucault, op. cit., p. 207.

²³⁸ Op. cit., p. 179.

²³⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 32, 1999.

consequentemente, para toda a sociedade, que receberá essa pessoa novamente no convívio social em algum momento”.²⁴⁰

A despeito dos problemas enfrentados no sistema prisional brasileiro, em especial a ausência de oportunidades de trabalho para aqueles que desejam exercer atividade laborativa²⁴¹, é certo que o exercício de atividade laborativa durante o cumprimento de pena, se mostra de suma importância para contribuir com a ressocialização e reinserção social do apenado.

²⁴⁰ Op. cit., p. 215.

²⁴¹ Nesse sentido: “É por meio do trabalho que o homem se sente útil e ocupa sua mente durante os difíceis dias no cárcere. Lamentavelmente não há no sistema penitenciário atual a oferta de trabalho aos sentenciados e, ao contrário do que se divulgam nas mídias de comunicação, milhares de sentenciados entram em fila de espera para a obtenção de trabalho, pois, além dos benefícios psicológicos que auferem com a atividade laboral, reduzem a pena pela remição na proporção de um dia de pena a cada três dias trabalhados (art. 126, inc. II)” (Cf. Miranda, op. cit., p. 41)

CONCLUSÃO ARTICULADA

1. Nossa proposta no presente trabalho foi analisar a evolução dos discursos sobre a execução da pena e o trabalho prisional, e como eles corroboram, nos diplomas legais e na legislação brasileira, no cumprimento da finalidade ressocializadora da pena.

2. Buscamos analisar como o trabalho está definido na legislação brasileira e confrontar se corresponde com aquilo que é aplicado na realidade do sistema carcerário brasileiro.

3. Constatamos o distanciamento existente entre aquilo que está previsto na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, com o que é colocado em prática na execução da pena de prisão, nos diversos Estados da federação, gerando um descrédito no modelo existente.

4. No intuito de responder ao problema da pesquisa, analisamos os institutos existentes e sua evolução histórica, situando o trabalho e a ressocialização nas teorias da pena debatidas na doutrina.

5. Não se pode falar na função ressocializadora da pena, sem antes estudar como a punição foi analisada ao longo do tempo, passando pela evolução histórica da punição e as escolas penais que procuraram definir sua finalidade.

6. As escolas Clássica e Positiva, ofereceram um referencial teórico importante para a concepção de pena que hoje se adota. A união dos preceitos adotados por ambas as escolas, deram origem a Escola eclética ou mista, defendendo a autonomia do Direito Penal, porém sem desconsiderar a importância da Filosofia do Direito, mantendo o estudo do delito com base na Antropologia e Sociologia.

7. Até meados do século XVIII, a pena possuía contornos nítidos de intimidação. Era caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, além de ser extremamente severo, não visando a regeneração do apenado.

8. A partir do século XIX, a pena de prisão se consolida, sob as bases dos ideais Iluministas e as novas ideologias advindas do Renascimento. Nasce a era humanitária da pena, a individualização da reprimenda e a progressividade no cumprimento da pena.

9. As teorias da pena, explicam o sentido, função e finalidade das penas, e nessa medida abordamos isoladamente as teorias retributivas, preventiva e mista. Constatamos que a pena possui caráter multifacetário, representando função retributiva, funciona como prevenção positiva e negativa, abrangendo, ainda, a ressocialização do condenado.

10. Cada uma das teorias estudadas, contribuíram, a seu modo, para a construção do que hoje se compreende por finalidade da pena. Constatamos que a pena deve buscar atingir as duas finalidades de forma simultânea: a prevenção e a retribuição.

11. Constatamos que, a despeito das dificuldades enfrentadas no sistema prisional, tais como a superocupação e déficit de vagas, a prisão representa um mal necessário, no atual estágio da humanidade.

12. A Lei de Execução Penal deixa claro, em seu artigo 1º, que a execução da pena busca efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições harmônicas para a integração social do condenado e do internado. Constatamos que, as condições do sistema penitenciário, terminam por não favorecer a reintegração social do apenado.

13. O que se espera com a segregação do indivíduo para o cumprimento de pena é que, encontre condições para, querendo, se ressocializar, através do trabalho e do estudo. Constatamos que, a superlotação carcerária acaba por não oferecer oportunidade de trabalho e estudo para todos que se encontram no sistema prisional, assim como não se vê, a contento,

políticas públicas ou judiciais para solucionar a questão. Concluimos que esses fatores, dificultam a ressocialização dos encarcerados.

14. Constatamos que, embora a pretensão de reintegrar socialmente o condenado esteja presente em nosso ordenamento jurídico, e que o trabalho possua essa finalidade, se mostra ineficaz e de difícil implementação.

15. Constatamos que o trabalho durante o cumprimento de pena, atua de forma positiva no processo de reeducação e ressocialização do preso, na medida em que consegue ao mesmo tempo retirar-lo do ócio causado pelo cárcere, manter a disciplina no estabelecimento prisional, oferecer ao preso oportunidade de aprender um ofício, remir parte de sua pena e por fim, favorecer a ressocialização e reinserção social.

16. Apontamos o distanciamento existente entre o que está delineado na Lei de Execução Penal e a realidade do sistema prisional brasileiro. A mera previsão legal não é suficiente para estimular investimentos nessa área. O governo brasileiro, não deixa claro qual é a política criminal adotada para fins de conter a criminalidade, assim como não oferece medidas públicas de forma satisfatória para melhorar as condições do sistema penitenciário. O resultado disso são as constantes violações de direitos e preceitos constitucionais e a precariedade de políticas públicas voltadas para a criação de oportunidades de trabalho no sistema prisional.

17. Constatamos que a ausência de medidas públicas voltadas para o trabalho durante o cumprimento de pena acaba por não permitir que a pena cumpra sua finalidade precípua, a ressocialização e reinserção social do preso.

18. Anotamos a dificuldade em obter dados estatísticos reais quanto a população carcerária existente no Brasil. Prova disso, é a flagrante contradição existente entre os dados informados pelas entidades governamentais e aqueles divulgados pela mídia.

19. Considerando os dados estatísticos apontados pelo CNJ, constatamos existir, de fato, um alto déficit de vagas no sistema prisional, assim como, boa parte das unidades prisionais se encontram com população acima da capacidade para a qual foram projetadas. Resultado disso é a superocupação carcerária e insuficiência das oportunidades de trabalho, e a conseqüente falha no processo ressocializador.

20. Apesar das dificuldades mencionadas, as representações sugerem possível melhoria do comportamento prisional se aliadas ao trabalho ou estudo. Constatamos que, o Estado e o Judiciário têm buscado alternativas para suprir a carência de oportunidade de trabalho nas unidades prisionais, com resultados positivos em diversos Estados da federação.

21. Concluimos contribuir a implementação do trabalho no ambiente prisional para a ressocialização do preso, na medida em que instrumentaliza a constituição da própria personalidade do indivíduo, além de mantê-los ocupados e livres do ócio.

22. Embora o trabalho no cárcere nem sempre cumpra com o ideal proposto, é certo que sua ausência agrava os problemas crônicos de superocupação e abusos cometidos contra os presos.

23. Por fim, concluimos que o trabalho exerce fundamental papel na ressocialização do apenado. Quando há interesse do Estado, as medidas para criar oportunidades de trabalho no sistema prisional, são profícuas.

24. O que se espera é que o Estado, o Judiciário e a Sociedade reconheçam a importância de buscar não somente a punição do delito, com penas mais graves e com a segregação do infrator no sistema prisional pelo maior tempo possível, mas também seja reconhecida a necessidade de desenvolver medidas públicas que visem a reeducação e reinserção social do apenado. cremos ser este o caminho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Superlotação do cárcere: um problema para o Estado? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 37, p. 56-62., ago./set. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80632. Acesso em: 22/10/2019
- ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992
- ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. *Execução Penal*. Org. Guilherme de Souza Nucci, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Coleção doutrinas essenciais: processo penal, v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012
- AMERICANO, Odin. *Da culpabilidade normativa. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1962.
- AVENA, Norberto. *Execução Penal*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014
- BETTIOL, Guisepe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*, 11ª Ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2007
- _____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*, 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª Ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, parte geral, tomo I introdução, norma penal, fato punível*. 5ª Ed. ver. atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005
- BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 1995.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal, parte geral. Volume II*. São Paulo: Editora Saraiva, 1957
- CORRÊA JUNIOR, Alceu e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

- COSTA, Elder Lisbôa Ferreira. Tratado de Direito Penal: Historicidade e atualidade do penalismo parte geral arts. 1º ao 120. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 32, 1999
- DELMANTO, Celso et al. Código Penal comentado. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DOTTI, Renê Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas, 2ª Ed., São Paulo: RT, 1998.
- _____ Curso de direito penal: parte geral. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Fundamentos da Pena. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. Tradução de Paolo Capitanio. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir – Nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete, 25ª Ed., Petrópolis: Vozes, 2002.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Da remição da pena privativa de liberdade. Belo Horizonte. Del Rey, 2004
- GALLO, Marcello. Il concetto unitário di colpevolezza. Milano: Giuffrè, 1951.
- GAROFALO, Rafael. Criminologia. Estudo sobre o delito e a repressão penal. Trad. Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Peritas, 1997.
- GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1, 19ª Ed., Niterói: Impetus, 2017
- GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. 4ª Ed., São Paulo: RT, 2014.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997
- JAKOBS, Gunther. Derecho penal del enemigo. Trad. Manoel Cancio Meliá, Madrid: Thompson-Civitas, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e VANZOLINI, Maria Patrícia. Manual de Direito Penal. 3ª Ed., São Paulo; Saraiva.

LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. Campinas: Russell Editores, 2003

MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 16º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena, 3ºed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016

MESQUITA JR, Sídio Rosa de. Execução Penal: teoria e prática, doutrina, jurisprudência, modelos. 6ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010

MIRANDA, Rafael de Souza. Manual de execução penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2019

NETTO, Salvador. Finalidades da pena – Conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal: Lei 7210/1984, 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1986

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1995

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais. Rio de Janeiro: Forense.

_____ Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017

_____ Manual de Processo Penal e Execução Penal. 14º edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017

_____ Individualização da pena. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

_____ Execução Penal. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____ Encarceramento em massa e distorção de dados: a verdadeira política criminal no Brasil. Janeiro/2019, disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/670152049/encarceramento-em-massa-e-distorcao-de-dados-a-verdadeira-politica-criminal-no-brasil>, acesso em 07/01/2020)

NUNES, Adeildo. Da execução penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 61. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108833. Acesso em 13/09/2019

OLIVEIRA, Gláucio Araújo de. Trabalho penitenciário à luz da execução penal. Execução Penal Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias, Org. Felipe Martins Pinto. Curitiba: Juruá, 2008

PAVARINI, Máximo e GIAMBERARDINO, André. Curso de penologia e execução penal. 1ª Ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. Ciências Penais. Revista dos Tribunais online, jan/2004, p. 143, Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>, acesso em 03/08/2019.

REALE JR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, 11/12, p. 7-20., jul./dez. 1973. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20441 - acesso em 02/08/2019

_____. Problemas fundamentais do direito penal. Coleção Veja Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 2004

SANTO AGOSTINHO. Cidade de Deus. Vol. 1 (livro I a VIII). Tradução de J. Dias Pereira. 2ª Ed., Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

SANTOS, Christiano Jorge Santos. Crimes de Preconceito e de Discriminação. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª Ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

SHECAIRA, Sérgio Salomão e Alceu Correa Junior. Pena e Constituição, aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SÃO TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica. <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>, acesso em 21/06/2019

SOUZA NETO, José Teixeira; INÁCIO, Cleber Alboj Monaro. A reinserção do ex-detento no mercado de trabalho. Revista Jurídica: Jataí/Ab Origene - CESUT em revista, Jataí, v. 1, n. 24, p. 326-358., 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153584. Acesso em 09/10/2019

SLONIAK, Marcos Aurélio. Trabalho prisional no regime fechado: entre a lei de execução penal e a realidade vivenciada. Curitiba: Juruá, 2015

TASSE, Adel, El. Teoria da pena. 1ª Ed., 7ª Tiragem, Curitiba:Juruá, 2009.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral – I. arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais, teoria da lei penal, teoria geral do crime 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1988

TONELLO, Luís Carlos Avansi. Manual de execução penal. 1ª Ed. Cuiabá: Janina, 2009

VOLTAIRE. O preço da justiça. 2º Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral – 7º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Bauru: Edipro, 2003

KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal anotada. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Barcelona: Editora Ariel, 1964

TEXTOS E DADOS OBTIDOS NA INTERNET

AQUINO, São Tomás. A Suma Teológica. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>, acesso em 21/06/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Encarceramento em massa e distorção de dados: a verdadeira política criminal no Brasil. Janeiro/2019, disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/670152049/encarceramento-em-massa-e-distorcao-de-dados-a-verdadeira-politica-criminal-no-brasil>, acesso em 07/01/2020).

NUNES, Adeildo. Da execução penal.3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 61. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108833. Acesso em 13/09/2019

PUIG, Santiago Mir. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. 1985. Disponível em dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46280.pdf, acesso em 07/08/2019 .

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. Ciências Penais. Revista dos Tribunais online, jan/2004, p. 143, Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>, acesso em 03/08/2019.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, 11/12, p. 7-20., jul./dez. 1973. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20441 - acesso em 02/08/2019.

SAVAZZONI, Simone de Alcântara. Contrastes entre o regime prisional legal e a realidade do sistema carcerário do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5495?mode=full>, acesso em 15/01/2020.

SOUZA NETO, José Teixeira; INÁCIO, Cleber Alboj Monaro. A reinserção do ex-detento no mercado de trabalho. Revista Jurídica: Jataí/Ab Origene - CESUT em revista, Jataí, v. 1, n. 24, p. 326-358., 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153584. Acesso em 09/10/2019

Dados sobre a população carcerária, obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça de agosto de 2018 <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>, acesso em 23/08/2019.

Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>, acesso em 16/09/2019

Desconfiança e preconceito da sociedade dificulta a ressocialização do preso, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/desconfianca-e-preconceito-da-sociedade-dificultam-ressocializacao-de-presos>, acesso em 07/01/2020;

Preconceito ainda é barreira, disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/geral/preconceito-ainda-e-barreira-1015414.html>, acesso em 07 /01/2020;

Vozes marcadas pelo cárcere: depoimentos de familiares e egressos sobre o sistema carcerário, disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/vozes-marcadas-pelo-carcere-depoimentos-de-familiares-e-egressos-sobre-o-sistema-carcerario>, acesso em 07/01/2020.

NÚMEROS DO MP: Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>, acesso em 07/01/2020;

A visão social do preso, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-preso>, acesso em 07/01/2020;

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-presos>, acesso em 07/01/2020.

Dados referentes ao desemprego, disponíveis em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26122-desemprego-fica-em-11-6-e-subutilizacao-tem-queda-no-tri-encerrado-em-outubro>, acesso em 07/01/2020.

Segundo dados fornecidos pelo monitor da violência e confrontados com as informações do site do departamento penitenciário do Estado do Paraná, disponível em http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/EducacaoeTrabalho/Estatistica_Trabalho/2019/jul_simp.pdf; <http://nevusp.org/especial-mostra-dados-e-analisa-o-sistema-prisional-no-brasil/>), acesso em 09/10/2019

Regulamentado pela Portaria nº 199/2018, disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1/PORTARIAN199DE9DNOVEMBRODE2018.pdf>, acesso em 07/01/2020

A missão e as diretrizes da Secretaria de Administração Penitenciária foram instituídos pela Lei nº 8209, de 04/01/93, e, o Decreto nº 36.463, de 26/01/1993, organizou a SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, a primeira no Brasil, a tratar com exclusividade do referido segmento. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/>, acesso em 14/10/2019

Mapa de inspeção nos presídios, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

Relatório prisional consolidado. Disponível em: <https://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/anop/3473/relataop-sistema-prisional-consolidado.pdf>, acesso em 20/10/2019.

Educação e trabalho, estatística. Disponível em: http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/EducacaoeTrabalho/Estatistica_Trabalho/2019/agos_simp.pdf, acesso em 20/10/2019.

Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>, acesso em 07/01/2020.

Informações do mapa de inspeção realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acesso em 20/10/2019.

País tem superlotação e falta de controle dos presídios”. João Carlos Teixeira | 24/01/2019, 13h28 - Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios>, acesso em 07/01/2020.

Em discussão privatização dos presídios. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/primeiro-complexo-penitenciario-no-modelo>, acesso em 23/10/2019.

Informação sobre trabalho prisional estado de Minas Gerais, Gestor de Penitenciária Privada Disponível em http://www.gpapp.com.br/?page_id=53, acesso em 23/10/2019.

Justiça brasileira prende muito e prende mal, avaliam agentes públicos e pesquisadores. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/crime-organizado-e-corrupcao>. Acesso em 07/01/2020.

Segundo o site do Conselho Nacional de Justiça, o projeto Começar de Novo visa à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil, para que coloquem a disposição oportunidades de trabalho aos presos e egressos, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/comecar-de-novo-artigo/>. Acesso em 07/01/2020.

Banco de monitoramento de prisões do Conselho Nacional de Justiça, disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/> , acesso em 07/01/2020.

Programa Justiça Presente, Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/gmf>, acesso em 24/10/2019

Presos trabalham nas obras do Mineirão para a Copa de 2014. Disponível em: <http://esportes.terra.com.br/futebol/brasil2014/noticias/0,,OI5352189-EI10545,00-Presos+trabalham+nas+obras+do+Mineirao+para+Copa+de.html>, acesso em 07/01/2020.

Construção da Fonte Nova terá mão-de-obra de presos e ex-detentos baianos. Disponível em: <https://www.ibahia.com/detalhe/noticia/construcao-da-fonte-nova-tera-mao-de-obra-de-presos-e-ex-detentos-baianos/>, acesso em 24/10/2019.

Secretaria de Administração Penitenciária de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.sap.sc.gov.br/index.php/consultas/chamamento-publico>, acesso em 24/10/2019

Projeto “Uma nova história”, iniciativa do Governo do Estado de Alagoas, disponível em: <http://www.seris.al.gov.br/reintegracao-social/projeto-uma-nova-historia>, acesso em 07/01/2020.