

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: TRABALHO DO
APRISIONADO E EXECUÇÃO PENAL**

GEYSON MATTOS DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2020

GEYSON MATTOS DA SILVA

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: TRABALHO DO
APRISIONADO E EXECUÇÃO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborado no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO - RJ

2020

CIP - Catalogação na Publicação

MM444s MATTOS DA SILVA, GEYSON
SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: TRABALHO DO
APRISIONADO E EXECUÇÃO PENAL / GEYSON MATTOS DA
SILVA. -- Rio de Janeiro, 2020.
50 f.

Orientador: ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Direito Penal. 2. Sistema Prisional. 3.
Teoria da Pena. 4. Trabalho do Preso. 5. Lei de
Execuções Penais. I. SANTORO, ANTONIO EDUARDO
RAMIRES, orient. II. Título.

GEYSON MATTOS DA SIVA

**SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: TRABALHO DO
APRISIONADO E EXECUÇÃO PENAL**

Monografia de final de curso, elaborado no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador -

Membro da Banca -

Membro da Banca -

RIO DE JANEIRO - RJ

2020

RESUMO

SILVA, Geyson Mattos da. Sistema Penitenciário Brasileiro: Trabalho do aprisionado e execução penal. Nº 50 folhas f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O presente estudo tem por objetivo analisar o Sistema Penitenciário Brasileiro em relação ao trabalho realizado por seus aprisionados e os princípios norteadores do Direito do trabalho. Feita uma breve análise da trajetória histórica da origem da pena e o significado de sua nomenclatura perpassando pelos períodos do Brasil colônia, período imperial e republicano. Em seguida, se faz necessário entender as bases principiológicas que antecederam o Direito Penal e em que momento houve o despertar pela necessidade de garantir a não violação dos direitos humanos. Também será demonstrada a pena no contexto da execução penal, fatos e contexto históricos. A partir das legislações em âmbito nacional e internacional, será indagada ausência de proteção ao trabalho na Lei de Execuções. Dos resultados desse trabalho, conclui-se que há incongruências entre o ordenamento jurídico vigente e a realidade da execução da pena no Brasil, pela falta evidente de aplicabilidade da legislação em vigor. Verifica-se que a negação de direitos trabalhistas excede campo do trabalho realizado pelos trabalhadores em liberdade e atinge também os que estão sob a vanguarda do sistema prisional.

Palavras-chave: Direito Penal; Sistema Prisional; Teoria da Pena; Trabalho do Preso; Lei de Execuções Penais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. PENA	3
1.1. Evolução histórica	3
1.2. Teoria da Pena	9
1.2.1 Natureza da Pena	9
1.2.2 Princípios da Pena	11
2.EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL	16
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO	16
2.1.1 Período Colonial	16
2.1.2 Período Imperial	17
2.1.3 Período Republicano	18
2.2 NORMAS INTERNACIONAIS	21
2.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS	24
3.0 LEI DE EXECUÇÃO PENAL	26
4.0 O TRABALHO DO PRESO	29
4.1 MODALIDADES DE TRABALHO	33
4.2 REMUNERAÇÃO	35
4.3. TRABALHO DO PRESO – DIREITO OU DEVER ?	36
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a legislação Penal, sua origem histórica e princípios norteadores perpassando pela Teoria da Pena com a finalidade de entender como se chegou a esse patamar, os motivos pelos quais o Brasil adotou como pena majoritária a restrição da liberdade e em que momento deixou de praticar penas degradantes ao ser humano.

Na perspectiva principiológica a dignidade da pessoa humana desponta como base para todas as tomadas de decisões em relação ao aprisionado, lembrando que antes, durante e após o cumprimento da pena o ser humano praticante do ato delituoso ainda será um ser humano e detentor de direitos.

A Lei de Execuções Penais é fruto da decisão do legislador em jurisdicionarizar o Direito Penal e evitar divergências entre diferentes estabelecimentos prisionais trazendo uma matéria que poderia ser administrativa para o ramo jurídico.

A própria lei de Execuções Penais traz em seu rol de motivos a manutenção da dignidade do preso e seu direito ao trabalho.

Será discutido a importância do trabalho do preso e, além disso, sua disponibilidade pois, como não é justo que, embora tratado em legislação específica, o direito se encontre em um plano intocável por quem deveria gozá-lo diariamente.

A seguir, as incongruências existentes:

Normas internacionais e nacionais existem, mas o que se vê na prática é a desumanidade nas instituições prisionais e, em relação ao trabalho, a falta de condições e mesmo vagas para todos os que possuem direito ao benefício.

Fazem parte de um limbo jurídico, deixado de lado enquanto a “vida em liberdade” acontece. Se o desemprego já assola boa parte da população do país, quem se vê encarcerado e poderia ter o trabalho como forma de ressocialização se depara com problemas estruturais e burocráticos.

Busca-se o diálogo sobre o assunto, pois apenas trazendo à tona questões como as apresentadas neste trabalho, vislumbrar-se-á, senão uma mudança fática, mas o despertar sobre a discrepância entre o mundo das normas e o mundo real.

1. PENA

1.1. Evolução histórica

Com a vida do homem em sociedade tornou-se necessária a regulação de sua convivência. Não era possível conduzir o dia-a-dia sem regras pré-estabelecidas que garantissem a conformidade das relações. Desta forma, o Direito Penal surgiu mesmo antes de possuir tal denominação, oriundo dessa necessidade de regular comportamentos tidos como aquém do que se esperava do comportamento humano.

Assim como o “modelo ideal” de comportamento humano mudou durante o passar dos anos, o Direito Penal também se transformou a fim de acompanhar os novos paradigmas sociais, o que ocorrerá enquanto a humanidade existir.

Beccaria¹⁶ discorre sobre o cerne da pena:

para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixadas pelas leis.¹⁶

Embora a natureza humana concebe a previsão de um viver de forma livre, desde o início dos tempos alguns seres humanos, extrapolando a previsão esperada à época, se tornaram temerários para seus equivalentes.¹

Como explicitou Grecco:

Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir comportamentos que colocavam em risco a sua existência.¹

O dom da capacidade de organização em grupos oriunda da racionalidade é característica apenas da raça humana. Embora exclusiva e nem sempre pacífica e harmoniosa, por esse motivo não é possível desassociar a origem do Direito Penal do desenvolvimento

¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral, vol. 1. 17ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

humano, pois esse último formou, ao longo do tempo, a ideia de punição a ser aplicada pelo primeiro.

Essa punição precipuamente não foi oriunda de dispositivos legais, Constituição previamente outorgada que desse legitimidade a um Código específico para o tema, como observamos hoje, apenas atendeu a ânsia da sociedade local, sendo formada pelas suas culturas, comportamentos sociais, costumes e modos de viver.¹

Por não ser possível afirmar que a dignidade humana, a integridade mental e física, a honra e todos os outros bens jurídicos tutelados de uma pessoa estariam assegurados pela simples existência da convivência entre os povos, foi preciso compor uma base punitiva composta por textos normativos prevalecendo o poder coercitivo do Estado, titular do “*jus puniendi*”, em detrimento da liberdade do indivíduo de praticar o ato que bem entendesse.²

Dessa forma, a punição era proporcional ao delito cometido, por muito tempo prevaleceu a ideia do mais forte e as vinganças que ocorriam como justificativa de punibilidade do delito.

Analisando o contexto histórico é possível dividir o processo evolutivo do Direito Penal nas seguintes fases.

A primeira espécie chamada de Vingança Privada acontecia em resposta ao advento do crime, quando o delito ocorria a própria vítima, seus familiares ou mesmo pela comunidade reagiam de maneira desproporcional ao ocorrido.

Segundo Ana Flávia Jolo:

Caso o ofensor fosse pertencente ao mesmo grupo social (tribo), podia ele ser punido com a “expulsão da paz”, uma espécie de banimento deixando-o à mercê de outros grupos que normalmente o apenavam com a morte. No entanto, se o ofensor fosse de uma tribo diferente da do ofendido, a reação era a conhecida por “vingança de sangue”, que era considerada um dever religioso e sagrado, uma “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando,

² DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/932>. Acesso em: 07 nov. 2019.

não raro, com a eliminação completa de um dos grupos” (GAECEZ, apud MIRABETE, 2010, p. 16).³

Neste momento, a retribuição da ofensa se dava de modo que o indivíduo praticante do delito sofresse as mesmas consequências causadas no outro. O dito correto era deixar o impulso comandar, não importando se que para tal “reparação” houvesse coerência ou razão.

Era a honra o elemento principal a tentar ser recuperado após tal violação. Da mesma maneira que uma pessoa sofreu, o praticante deveria sofrer através de alguém de sua família, convívio social ou no próprio o que ocasionou.

Nesta época era válida a “lei do mais forte” grupos chegavam a ser exterminados por outros em combates pelo que acreditavam ser importante. Dessa forma, para evitar que grupos fossem totalmente aniquilados e o caos se instalasse completamente surgiram regras que compuseram a Lei do Talião como exposto a seguir:

Lei do Talião é mesmo que pagar uma ofensa com o mesmo dano, é uma expressão derivado do latim e nos remete a castigo na mesma medida da ofensa, e é justamente neste período que surge a expressão que é tida ainda nos tempos atuais, —olho por olho, dente por dente, que como exposto, trata de fazer com o ofensor aquilo que ele mesmo causou, ainda que esta não seja a forma justa, e mesmo que haja desproporcionalidade no ato, ao significado genuíno, temos vingança. O que importava era a vingança, não deixar impune o que lhe foi causado.⁴

Nesse mesmo sentido, Grecco¹ explica que a Lei de Talião trouxe, mesmo de forma despreziosa, conceitos basilares ao Direito Penal:

A lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que havia sido editada. Isso porque, mesmo que de forma insipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam um conceito de Justiça, embora ainda atrelada a vingança privada.

³ JOLO, Ana Flávia. **Evolução histórica do direito penal**. Revista Intertemas. ETIC - Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, vol. 9, nº 9, 2013. Centro Universitário Toledo - Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2013. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/re_vista/index.php/ETIC/article/viewFile/3298/3049> Acesso em 05 nov. 2019

⁴ PEREIRA, Kétily da Fonseca. **Evolução histórica do direito penal**. 2017. 57 f. Monografia (Bacharel em Direito). Curso de Direito. Centro Universitário Toledo, Araçatuba, São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <<http://www.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/288>>. Acesso em 09 nov. 2019.

Apesar da nomenclatura, “olho por olho” e o “dente por dente”, a aplicação não se dava de maneira literal, tratando-se de um modo de moderar a pena atribuída ao indivíduo, como primeira forma de tratar proporcionalmente o crime e a punição oriunda dela.

Após esse período observou-se a fase da Vingança Divina, o que não significa que o momento anterior tenha sido excetuado completamente desta. As penas eram aplicadas sob o argumento de que divindades estariam julgando tais pecadores. Tudo era carregado de crença e misticismos, seres humanos, em nome de deuses, colocavam em prática penas que bem entendiam.

A ideia intrínseca em “olho por olho, dente por dente” emergiu do Código de Hamurabi, da Vingança Privada, mas encontrou base também na Vingança Divina.

Ana Flávia Jolo menciona em que se baseavam à época para constituir esse modo de punição:

Existem disposições no Código de Hamurabi (2083 a.C.) neste sentido em seus artigos 209 e 210, respectivamente, “Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto” e “Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

A Bíblia Sagrada em seu Livro Levítico, 24, 17, também dispõe que “todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto”. Neste mesmo diapasão, versa a Lei das XII Tábuas, conforme se extrai do artigo 11 que determina que “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”. Em seguida, surge a ideia da composição, que consiste em um sistema no qual o delinquente se livrava da punição com a compra de sua liberdade. Abraçada, ainda, pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo pentateuco (Hebreus) e pelo Código de Manu (Índia), foi largamente aceita pelo Direito Germânico, constituindo um dos precedentes da moderna reparação do dano, no direito civil, e das penas pecuniárias, no direito penal.³

A Vingança Divina derivou de um momento de forte religiosidade dos antigos povos. Os sacerdotes, sob a argumento de estarem representando divindades, empregavam castigos sem critérios. Apenas importava a satisfação dos deuses diante do senso de justiça empregado, dessa forma, satisfazendo a vontade dos seres celestiais, esses poderiam manter a ordem e a paz no local.⁴

O momento era de incongruência entre os conceitos religiosos, senso de justiça e o que seria realmente o Direito. Quem não se convertia à religião, por exemplo, estaria ofendendo os seres celestiais e assim também a mercê de punições dispostas pelos sacerdotes. A ideia

pecaminosa confundia-se com o crime, cumprir com o que era esperado para a ordem social e o bom convívio não era o suficiente, pois a religiosidade também era vista como uma boa e necessária conduta.

As punições visavam não apenas o reparo moral, mas a extinção do pecado, por isso a religião imperava em relação a forma de punibilidade. Havia também o intuito de salvar a alma do infrator.

Jolo explica que se tratava de um Direito Penal Religioso:

Nesta fase, a punição, por uma incumbência divina, era aplicada pelos sacerdotes que atribuíam penas severas, cruéis e desumanas com objetivo principal de causar intimidação na sociedade. Trata-se do Direito Penal religioso, que tinha como objetivo a purificação da alma do ofensor, através da aplicação de uma sanção. Seus princípios podem ser verificados no Código de Manu (Índia) e no Código de Hamurábi, assim como nas regiões do Egito, Assíria, Fenícia, Israel e Grécia. Um exemplo disso é o artigo 6º do Código de Hamurabi que dispõe: “Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto”.³

A próxima modalidade de Vingança foi a chamada Pública, dada em uma fase histórica onde havia maior organização social.

Para Grecco¹ houve uma junção das outras fases:

A vingança pública surge, nessa fase da evolução histórica do Direito Penal, e fundamentada na melhor organização social, como forma de proteção, de segurança do Estado e do soberano, mediante, ainda, a imposição de penas cruéis, desumanas, com nítida finalidade intimidatória. Nessa fase, ainda há resquícios das fases anteriores, ou seja, a vingança privada continua a ser aplicada no seio das tribos, sendo carregada, também, de misticismos, típicos da fase da vingança divina.¹

Essa fase, apesar de ainda carregar traços das fases anteriores, transfere para o Estado um controle maior da pena, retirando aos poucos da religião o argumento de punição através de pecados e para a salvação da alma, mesmo o Estado tratando com rigor os delitos e, em muitas vezes, abusando das punições conforme exposto:

Pode-se observar que mantinha-se aqui a desigualdade, como foi mencionada, e juntamente com ela, as penas discrepantes e demasiadas, visto que não pode-se confundir igreja com Estado, e observando-se ainda que, os governos eram absolutos e soberanos, não possibilitando que houvesse interferências.⁴

À época, prevalecia o interesse de minorias, a justiça era feita para o favorecimento de pequenos grupos e por interesse do Estado. O indivíduo deveria se submeter às regras estatais mesmo que a justiça não lhe fosse verdadeiramente cabível, pois havia o poder regulador da sociedade, mas esse fluía conforme seu benefício, sem a menor noção humanitária, com o uso da tortura caso dessa forma fosse entendido. Não existia o sentimento de proteção do Estado com seus cidadãos que apenas estavam sujeitos àquele modo de resolução dos delitos.

Até a pena de morte era cabível se assim fosse decidido, a contrário do senso dos dias atuais onde o Direito Penal existe para que haja regularidade na sociedade através da atuação do Estado, sem beneficiar grupos específicos.

Em suma, pode-se afirmar que a ideia da pena como meio de prisão é algo recente. Durante anos, no período da Antiguidade, não era tida como meio de sanção penal, apenas a pena-custódia era utilizada para guarda de quem supostamente praticou o crime até que fosse realizado seu julgamento. Na época o julgamento na maioria dos casos culminava na pena de morte.

Avançando para a Idade Média ainda não se encontra a pena privativa de liberdade, que é má concepção moderna do punitivismo. Não havia também a noção sobre direitos humanos e a resposta a conduta criminosas era feita através de métodos cruéis dos castigos físicos, passando pela mutilação até a pena de morte.

Na transição entre a Idade Média e a Moderna, o cenário mundial foi alterado. O Renascimento muda o eixo social do Teocentrismo para uma lógica Antropocêntrica onde o homem passa a ter centralidade no entendimento da sociedade.

Se no Teocentrismo o tempo era de Deus, na lógica Antropocêntrica o tempo é do homem e sua utilização autônoma ou seu cerceamento impositivo são nós desse sistema. Os cortes e guilhotinas abriram espaço para “prisões”.

O Direito Penitenciário tem sua origem a partir do século XVIII. Durante todo o período exposto o preso era o objeto de sua própria execução penal.

A Pena de morte se tornara ineficaz como meio de controle social, foram necessárias a tomada de medidas drásticas para manter a ordem.

Corroborando com a ideia apresentada, menciona Julião:

A pena privativa de liberdade surge como grande invenção de controle social, principalmente a partir da segunda metade do século XVII, quando a pena de morte já não mais atendia os anseios da sociedade emergente. Não continha o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tão pouco havia garantido a segurança das classes superiores. Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (como prostitutas, mendigos etc.) ou questões políticas. Somente no final do referido século, a pena privativa de liberdade institucionalizava-se como principal sanção penal e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local de execução das penas. A partir daí, nascem as primeiras reflexões sobre a organização das casas de detenção e sobre as condições de vida dos detentos.³⁹

1.2. Teoria da Pena

1.2.1 Natureza da Pena

Tratando-se dos dias atuais, após a passagem dos períodos de Vingança, passamos a tutelar ao Estado de forma definitiva e única o poder de aferir o que seria ou não considerado um ato punível. Isso não ocorreu de forma aleatória, o Estado hoje representa o povo, através de seus representantes eleitos.

Segundo JESUS, 2015 o conceito de pena seria “A sanção aflitiva pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Masson classifica da seguinte maneira:

Pena é espécie de sanção penal consistente na privação ou na restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada a sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.⁵

⁵ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado-Parte Geral**. vol.1, 6ª edição, São Paulo: Método, 2012.

Para o Direito Penal, o intuito de estabelecer uma pena a ser cumprida é discutível pois não é fácil determinar o que seria o ponto ideal. Segundo a doutrina formada com o passar dos anos e em resposta as diferentes questões de criminalidade, a pena pode ser dividida em três grupos de teorias, sendo elas: absoluta, relativa e a mista onde cada uma carrega em si um diferente grau de punibilidade como resposta ao delito cometido.⁶

A primeira Teoria chamada de Absoluta é basicamente um castigo. Sua essência é retribuir o mal causado, seja ele de origem religiosa, moral, ética, entre outros. Nesse conceito a justiça deve ser feita sem nenhuma alternativa cabível, deve o acusado sentir o prejuízo causado a vítima.⁶ O Estado deve intervir aplicando a pena e suprimindo de alguma forma o bem jurídico tutelado violado.

Haroldo Caetano da Silva classifica da seguinte forma:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.⁷

Bitencourt, 2004 aponta que o crime na teoria absoluta é encarado como uma opção, ou seja, o criminoso que optou pelo ato delituoso deve arcar com as consequências de sua escolha:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal.⁸

A segunda Teoria chama de Relativa ou utilitarista não se preocupa apenas com a punição do delito, mas com as chances que ele tem de ocorrer novamente, para que seja evitada tal situação. A pena dada serve como exemplo para que outros indivíduos se sintam intimidados a praticar o mesmo ato, uma vez que serão punidos por isso.⁹

⁶ COSTA, Danilo da Rocha. **Das penas e da Teoria da Pena**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43453/das-penas-e-das-teorias-da-pena/1>>. Acesso em 05 nov. 2019

⁷ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2000

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, volume 1, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A Teoria Mista, denominada também de eclética ou unificadora, como traz em seu próprio nome, é a união das duas outras teorias onde a pena estipulada não tem por objetivo somente conferir ao condenado punição por seu ato como prevê que, através disso, não ocorram mais situações delituosas semelhantes cometidas pelo próprio condenado ou outras pessoas da sociedade.

Essa análise da Natureza da Pena permite o melhor conhecimento de seus princípios existentes como, por exemplo, o da legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, humanidade e dignidade da pessoa humana e individualização da pena dentre outros.

1.2.2 Princípios da Pena

São inúmeros os princípios que regem a aplicação penal. Visam garantir a máxima transparência nas tomadas de decisões diminuindo ao máximo a subjetividade evitando ou ao menos essa é a intenção, que duas pessoas que cometeram delitos iguais sejam condenadas de maneira diversa uma da outra. Os principais princípios serão brevemente expostos a seguir.

Inicialmente é possível mencionar o Princípio da Legalidade, este garante que o Estado, apesar de possuir poderes, não se torne abusivo uma vez que o próprio Estado está subordinado as leis estipuladas. Encontrado no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, o último determina que a pena a ser cominada deve estar prevista no Código em questão, já a regra constitucional trata da irretroatividade da lei penal.

Segundo Grecco: ¹ “Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.”

Desse princípio também se extrai a vedação por analogia, ou seja, que sejam criados crimes diferentes dos expressamente descritos no Código.

O Princípio da extra-atividade é definido por Grecco da seguinte forma:

Chamamos de extra-atividade a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente. Temos, portanto, a extra-atividade como gênero, do qual seriam espécies a *ultra-atividade* e a *retroatividade*.¹

A extra-atividade demarcará, em algumas situações, a aplicabilidade da lei penal, como por exemplo, não retroagindo para malefício do réu ou a partir de que momento o preso terá direito a benefício concedido.

O Princípio da intervenção mínima trata da menor interferência possível do Estado em relação à sociedade, sendo necessário apenas quando as demais áreas claramente perdem o controle da situação.¹

A intervenção mínima garante que apenas os bens de maior importância sejam de responsabilidade de tutela e manutenção estatal. Nesse contexto que o crime de adultério foi retirado do ordenamento jurídico, assim menciona Masson¹⁰:

estatuí a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8º, que a lei somente deve prever as penas estrita e evidentemente necessárias. Surgia o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido do princípio anterior, o da lesividade visa garantir que nem tudo seja passível de aplicação da lei penal. O simples fato de pensar ou sentir algo mesmo que contra os valores morais da sociedade, não tornará o indivíduo um criminoso. Apenas se outra pessoa for realmente lesada, poderá o praticante do ato sofrer as consequências penais.¹

Tal princípio pode ser dividido em outros dois: princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade. O princípio da adequação social é entendido por Greco¹ da seguinte forma:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas

¹⁰ MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**.v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

e aceitas pela sociedade. A segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal.¹

A limitação do Direito Penal ao ser aplicado em determinada conduta cria o princípio da fragmentariedade. As diversas áreas do Direito dão conta de tutelar boa parte dos interesses individuais e coletivos cabendo a área penal proteger apenas uma fração desses bens tidos como principais.¹ Sendo assim, nem toda ilicitude praticada consiste em transgressão penal.

Em relação ao princípio da insignificância tem-se o seguinte julgado:

Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes.¹¹¹²

Também chamado de princípio da bagatela, não descarta certa dose de subjetividade e, desta maneira, faz-se necessária a aplicação de outro princípio norteador. A razoabilidade deve estar presente para garantir quem poderá ser beneficiado pela não aplicação da sanção penal e o que é considerado insignificante.

O princípio da individualização da pena pode ser encontrado no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal¹³ do Brasil de 1988 e a partir de sua análise infere-se que inicialmente identifica-se o princípio da dignidade humana e um controle sobre o poder estatal evitando penas degradantes e baseadas na subjetividade do juiz

Sobre o tema, discorre o Ministro do STF Ayres Britto:

¹¹ Coletânea temática de jurisprudência, Brasília, STF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/DirPenal_ProcPenal.pdf> Acesso em: 09 nov. 2019

¹² [HC 137.217, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 28-8-2018, 1ª T, DJE de 23-11-2018.]

¹³ BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere.¹⁴

No mesmo sentido, no voto do Ministro do STF Marco Aurélio:

o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala -- a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa. Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização. (...) Por tudo, surge constitucional o instituto -- existente desde a época do Império -- da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual.¹⁵

Em relação ao modo com que o Estado se comportava diante da aplicação das sanções penais, Beccaria discorreu em sua obra sobre o princípio da proporcionalidade: “Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.”¹⁶ O Estado deve reprimir a conduta de forma proporcional em consideração ao ato praticado e o objetivo almejado.

Como retratado no inciso XLV do art. 5º da Carta Magna de 1988:¹³ “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do

¹⁴ [HC 97.256, rel. min. Ayres Britto, j. 1º-9-2010, P, DJE de 16-12-2010.] = ARE 663.261 RG, rel. min. Luiz Fux, j. 13-12-2012, P, DJE de 6-2-2013, RG, Tema 626

¹⁵ [RE 453.000, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 4-4-2013, P, DJE de 3-10-2013, RG, Tema 114.] Vide HC 92.626, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 25-3-2008, 1ª T, DJE de 2-5-2008

¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1998

perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” Esse princípio constitucional chamado de transcendência da pena ou pessoalidade garante que somente o autor do fato responderá pelo crime cometido, prova disso é que com a morte do acusado não há que se falar em extensão da pena ou sanção à família. Seu caráter é personalíssimo.

O último princípio a ser tratado no presente trabalho diz respeito a limitação das penas e possui seu fundamento no inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal¹³ onde não permite que haja neste território as penas de morte de modo – salvo em caso de guerra declarada, caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento e cruéis.

Esse princípio advém do desenvolvimento dos Direitos Humanos ao longo dos anos e tem por objetivo preservar a dignidade humana em sua essência, retirando do Estado o poder absoluto de tentar reparar à sociedade o dano causado pelo acusado a qualquer custo.

2.EXECUÇÃO DA PENA NO BRASIL

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1.1 Período Colonial

Segundo Greco¹: “a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.”

Como antes afirmado, as penas foram sendo implementadas pelo homem com a intenção de manter a vida em sociedade possível, para cada conduta tida como reprovável por aquele grupo social, uma pena era aplicada.

O Brasil-colônia durou cerca de 300 anos desde o descobrimento até o ano de 1822. Durante esse longo período a história mundial se alterou por diversas vezes perpassando fases como o Iluminismo e a Revolução Francesa, do fim da Idade Média até a Idade Moderna. O foco até então não estava voltado aos assuntos ligados ao Direito Penal e o cumprimento da pena no âmbito carcerário. Ainda nessa época Portugal comandava e a legislação aplicada pertencia ao país europeu.

Jolo³ retrata o comportamento social dos brasileiros à época:

Antes de o Brasil ter se tornado colônia de Portugal os povos que habitavam aquela região viviam de maneira primitiva, dessa forma o comportamento social era determinado pelos mais velhos que transmitiam seus conhecimentos, impregnados de misticismo, que eram seguidos de geração e geração, portanto era baseado nos costumes. Nesta época a punição pela transgressão era a vingança privada (explicada em tópico específico acima) que não levava em conta a proporcionalidade e que era composta basicamente por penas corporais.³

Diante desse cenário histórico, conclui Roig²⁹: “Enfim, a conjuntura penitenciária brasileira não sofrera significativas modificações após o período colonial, evidenciando uma

calamidade que se protraiu ao longo dos séculos, apresentando reflexos diretos na realidade carcerária atual.”

Em Portugal vigeram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas sucessivamente. Essa última foi marcada pelas penas cruéis como mutilações e açoites incluindo a pena de morte que poderia ser decretada até para um devedor de multas.¹⁷

Os precursores de uma legislação no Brasil foram as bulas pontifícias, alvarás e cartas-régias que, mesmo não tendo por objetivo o controle jurídico sobre o que se passava na colônia, descreviam situações e continham informações sobre organização do território.

2.1.2 Período Imperial

A execução penal, de maneira específica, não se consolidou assim que houve a independência do país. Dois anos após o ano de 1822, quando o Brasil foi deixado de ser colônia, houve a promulgação de sua primeira Constituição. Embora não trouxesse em seu conteúdo uma legislação própria para a execução da pena foi imbuída de princípios norteadores para o Direito Penal como o juiz natural, a pena se tornou personalíssima, eliminou a prática de penas desumanas e inovou ao individualizar a pena.¹⁷

Surge, neste cenário, o Primeiro Código Penal Brasileiro. Inspirado em idealizadores como Bentham e Beccaria, carregando forte influência dos códigos franceses. O Código Criminal de 1830 passou pela aprovação da Câmara e foi sancionado poucos meses antes da renúncia de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830.

Com o Código Criminal do Império, sancionado em 16.12.1830, em seu Título II – Das Penas (arts. 33 a 64) foram regulados alguns institutos. O referido Código trouxe, enfim, a previsão expressa da privação de liberdade como pena, ainda que envolta a uma gama de onze penas possíveis (pena de morte¹⁸, de galés¹⁹, prisão com

¹⁷ ALMEIDA, Felipe Lima de. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. Revista Liberdades. ISSN 2175-5280, São Paulo, nº 17, ano 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasedicoes/outrasedicoeslista_r.php?redi_id=22> Acesso em: 07 nov. 2019.

¹⁸ A pena capital era executada na forca (art. 38), depois de irrevogável a sentença, no dia seguinte ao da intimação do condenado (art. 39). Após a execução, os corpos dos enforcados poderiam ser entregues aos seus parentes ou amigos, que não podiam enterrá-los com pompa, sob pena de prisão de um mês a um ano (art. 42).

¹⁹ A pena de galés sujeitava os réus a andarem de calceta nos pés e corrente de ferro, juntos ou separados, e a se empregarem em trabalhos públicos nas Províncias onde se perpetrou o delito (art. 44). Tal sanção era vedada às mulheres, aos menores de 21 anos e aos maiores de 60 anos, conforme art. 45 do Código Criminal.

trabalho²⁰, prisão simples²¹, banimento²², degredo²³, desterro²⁴, multa²⁵, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites²⁶), sem a previsão de qualquer sistema penitenciário. Com o passar dos anos, a pena de prisão (simples ou com trabalho) foi ganhando cada vez mais espaço como modalidade principal de punição. Por conseguinte, os estabelecimentos destinados a consecução de seus fins declarados, foram se tornando cada vez mais escassos²⁷.¹⁷

2.1.3 Período Republicano

O Código de 1830 foi reformado originando o Código Penal de 1890 para acompanhar as mudanças sociais ocorridas em face da Abolição da Escravatura em 1888 e da proclamação da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil um pouco mais de um ano depois, como exemplo da “modernização” foi abolida a pena de galés²⁸.

A pena de galés foi uma espécie de antiga sanção criminal. O Código Criminal de 1830 adotou-a, determinando, no artigo 44, os réus a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província onde ocorrera o delito, à disposição do governo.

²⁰ A pena de prisão com trabalho obrigava ao preso trabalhar na atividade que lhe for destinada, no interior da prisão, na conformidade da decisão judicial e do regulamento da prisão (art. 46). Na hipótese de não haver prisões com as comodidades e arranjos necessários para o trabalho dos condenados, as penas de prisão com trabalho eram substituídas pela prisão simples (art. 49).

²¹ A pena de prisão simples implicava no recolhimento do condenado às prisões públicas, pelo tempo determinado na sentença (art. 47).

²² A pena de banimento privava os condenados para sempre dos direitos de cidadão brasileiro, impedindo-os perpetuamente de habitar o território do Império (art. 50).

²³ A pena de degredo obrigava o condenado a residir no exato lugar determinado pela sentença criminal, não podendo dele sair durante o tempo fixado por esta, segundo o art. 51 do Código Criminal.

²⁴ A pena de desterro impelia o condenado a deixar o lugar do delito, não podendo entrar em sua residência ou na residência do ofendido durante o tempo marcado na sentença, segundo o art. 52 do Código Criminal.

²⁵ “Art. 56. As multas serão recolhidas aos cofres das Camaras Municipaes; e os condemnados que, podendo, as não pagarem dentro em oito dias, sejam recolhidos á prisão, de que não sahirão, sem que paguem.”

“Art. 57. Não tendo os condemnados meios para pagar as multas, serão condemnados em tanto tempo de prisão com trabalho, quanto fôr necessario para ganharem a importancia dellas. (sic passim).”

²⁶ Muito embora a Constituição Imperial tivesse expressamente vedado tal modalidade de pena, o Código Criminal cominava os açoites, limitados a 50 por dia, aos escravos (art. 60).

²⁷ Cf. LYRA. Op. cit., 1942, p. 94 *apud* ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. Revista Liberdades. ISSN 2175-5280, São Paulo, nº 17, ano 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasedicoes/outrasedicoesl_istar.php?redi_id=22> Acesso em: 07 nov. 2019.

²⁸ Dec. 774, de 20.09.1890

Roig²⁹ salienta: “Nesse momento, percebe-se, o poder público ainda se reportava ao senhor para fins de graduação das punições, imiscuindo as esferas penais pública e privada.”. Observa-se então um não rompimento total com o Brasil Imperial, mesmo em um cenário Republicana.

A maneira encontrada na época para realizar o trabalho que hoje é chamado de ressocialização era incluindo no meio prisional os mesmos valores apreciados pela sociedade fora da prisão. O Brasil Republicano ainda não era de fato de uma sociedade Republicana.

Com a adoção do novo Código Penal certas práticas vexatórias e humilhante deixaram de ser aplicadas. A prisão se tornou o principal meio de repressão às condutas ilícitas. Entre outras inovações pode-se encontrar a extinção da prisão perpétua, limitação da prisão privativa de liberdade a trinta anos, a implantação do sistema parcial de cumprimento de pena e a adoção do livramento condicional.¹⁷

Embora tenha inovado em alguns aspectos, o Código de 1830 foi alvo de críticas:

Certo é que o Código Penal de 1890, desde o seu surgimento, foi alvo de severas críticas da comunidade jurídica, visto que era considerado antiquado e em descompasso com as novas realidades, aquém dos anseios sociais e jurídicos da época. Segundo Nilo Batista e Zaffaroni, o desprestígio proveio de seu fracasso na programação criminalizante dos alvos sociais do sistema penal da Primeira República (imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas e cáftens etc), que precisou ser empreendida através de uma profusão de leis extravagantes, fracasso esse ligado diretamente a circunstância do Código não passar de um decalque alterado do diploma anterior. O Código Penal da República previa, dentro da lógica dos sistemas penais do capitalismo industrial, que os vadios que violassem o “termo de tomar ocupação dentro de 15 dias” seriam recolhidos, por um a três anos, em “colônias penais que se fundarem em ilhas marítimas ou nas fronteiras do território nacional” (arts. 399, § 1.º e 400).¹⁷

Observa-se que mesmo com a sanção de novo Código, este já apresentava uma defasagem em relação aos anseios da época e essa realidade só se agravou com o tempo e foram realizadas diversas mudanças a partir de seu texto original.

Portanto, uma legislação extravagante foi incorporada ao Código fazendo do mesmo uma dita colcha de retalhos que foi que foi concentrada na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe (1932).

²⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil / Rodrigo Duque Estrada Roig. Rio de Janeiro: Revan, 2005

Até que Alcantara Machado em 1938 durante o Estado Novo apresenta um projeto que revisado por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga, Costa e Silva, dá origem em 1940 ao Código Criminal Brasileiro.

Como crítica muitos autores analisam o Código em sua inspiração no Código Rocco (Itália), que foi feito durante o regime fascista de Benito Mussolini (1930). Argumenta-se que o Código serviu para dar operacionalidade a um sistema inquisitivo de suporte ao regime autoritário vigente no Brasil.

Apesar da ampla discussão no entorno da questão, diversas marcas neste Código evidenciam o caráter autoritário do mesmo. Como exemplo, é a prevalência da potestade punitiva sobre o status libertatis. Isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003 (Lei nº 10.792/2003), na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008 (Lei nº 11.719/2008), na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão ad quem sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no CPP (arts. 589 e 601), na manifestação obrigatória da acusação no segundo grau de jurisdição, sem cientificar-se a defesa para que pudesse exercer o contraditório.

Desde 1940 diversas alterações foram feitas no Código Penal. Destaque para a Lei 6.416/1977, que procurou atualizar as sanções penais. Dec.-Lei 1.004/1969 que ficou conhecido como Código Penal de 1969.

A Lei 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão. Lei 8.072/1990 (Crimes Hediondos), criminalidade organizada (Lei 9.034/95). Lei 9.099/1995, que disciplinou os Juizados Especiais Criminais, recepcionando a transação penal, destacando a composição cível, com efeitos penais, além de instituir a suspensão condicional do processo.

A Lei 11.690/2008 que procurou traçar novos ditames reguladores do sistema probatório no Processo Penal. Estabeleceu regras sobre a licitude das provas, privilegiando o contraditório e adequando a norma ao atual sistema constitucional vigente. Trouxe novo

tratamento para a realização de perícias, sobre oitiva de testemunhas e sobre tratamento dispensado ao ofendido.

2.2 NORMAS INTERNACIONAIS

O cenário internacional despertou fundamentalmente para questão penal e no âmbito dos Direitos Humanos a partir da metade do século XX, com a Segunda Guerra Mundial, momento em que a sociedade pôde mensurar o nível de crueldade e frieza que os indivíduos que a compõem são capazes de alcançar.³⁰ Essa consciência não faz parte do ser humano enquanto ser racional, foi desenvolvida a partir da real necessidade de suporte ao controle estatal.

Como exposto anteriormente, o desenvolvimento dos Direitos Humanos é fruto do despertar de uma nova mentalidade, como aludem Herz e Vilchez:

O massacre de seus próprios cidadãos pelo Estado não era tipificado como um crime internacional: se, de um lado, o governo nazista alemão poderia ser internacionalmente responsabilizado pelo tratamento desumano de cidadãos de outras nacionalidades nos territórios por ele ocupados, de outro lado, o assassinato por ele de seus próprios nacionais poderia significar o mero exercício de “seus direitos soberanos” (Donnelly, 2007:4). Não por acaso, portanto, o Holocausto ter sido considerado o evento catalisador que fez com que os direitos humanos fossem reconhecidos como uma questão própria da política mundial, tendo os horrores do nazismo suscitado a reconstrução internacional dos “direitos do homem” como “direitos humanos” (Freeman, 2002:31). Os direitos humanos só passaram a ser reconhecidos, internacionalmente, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento do Tribunal de Nuremberg e a constituição da ONU (Alston e Goodman, 2013). De um lado, o Tribunal de Nuremberg foi paradigmático porque tipificou “crimes contra humanidade” e responsabilizou criminal e internacionalmente representantes do governo nazista alemão por “ofensas cometidas contra indivíduos cidadãos, não estados, e indivíduos que, em muitos dos casos, eram nacionais, e, não, estrangeiros” (Donnelly, 2007:5). De outro lado, a criação da ONU foi fundamental, na medida em que sua Carta constitutiva estabeleceu as bases normativas e institucionais deste novo regime, cujo marco normativo paradigmático é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Alston e Goodman, 2013).³²

A partir desse pressuposto, surge a preocupação com a integridade dos indivíduos. Essa integridade abrange não apenas o fator físico, mas a dignidade da pessoa humana e a proteção de classes minoritárias vulneráveis. As Organizações das Nações Unidas são o elo entre os

³⁰ COELHO, Aleilson; SILVA, Iago Fernandes Leite; RODRIGUES; Vinícius Pestana. **Princípios da lei de execução penal frente aos tratados internacionais**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5247/8/principios-da-lei-de-execucao-penal-frente-aos-tratados-internacionais>> Acesso: 18 nov. 2019.

Estados e essa proteção como um juízo garantidor de direitos. Não há uma subordinação efetiva, mas um pacto social que permite a ONU ingerir sobre diversos aspectos políticos incluindo antecipar a manifestação de eventuais atrocidades como presenciado na Segunda Guerra Mundial.

Em seu preâmbulo a Carta das Nações Unidas deixa claro o intuito de contribuir com o “progresso social e melhores condições de vida”. Rejeitada a discriminação e o preconceito em todas as esferas, a Carta da ONU constitui a lista de legislação internacional que se compromete com os valores que derivam da dignidade humana:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla

Apesar dos dispositivos constitucionais, boa parte da legislação escrita apresentada acerca do tema Direitos Humanos situa-se na ordem internacional, por meio de Tratados que excluem princípios e costumes próprios de cada localidade. As normas encontradas nesses dispositivos não formam uma listagem única a ser seguida, ao contrário, trazem princípios e normatizam regras em constante expansão pois assim como a sociedade vive em transformação contínua, os Direitos Humanos não podem ser engessados ou enumerados de alguma forma, não exaurem por Tratados ou qualquer norma que venha a ser positivada pois são compostos por valores morais e valorados por eles.

Como mencionado, os Tratados Internacionais protegem amplamente os direitos humanos. Por exemplo, em caso de grave violação, o caso poderá ser enviado para ser julgado pela Corte Internacional.³¹ Herz e Vilchez explicam:

Famosamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão reconheceu que “a preservação dos direitos naturais do homem era o objetivo de toda associação política” (Freeman, 2002:24), conjugando-se “os Direitos do Homem com a soberania nacional” (Arendt, 2011:305). Mas, se, com esta nova concepção de

³¹ Órgão de última instância para violações deste tipo.

Estado-Nação, a afirmação dos direitos humanos, de um lado, ganhou concretude nacionalmente, de outro lado, ela perdeu em universalidade, uma vez que tais direitos teriam valor “somente no âmbito do Estado” que os reconhecesse (Bobbio, 1992:30). Ademais, tal como Hannah Arendt sugeriu num influente capítulo de seu *Origens do Totalitarismo*, haveria uma relação fundamental entre o declínio do Estado-Nação e o fim dos direitos do homem, na medida em que ter “um direito de ter direitos” implicaria um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada: “[s]ó com uma humanidade completamente organizada [por meio de Estados- Nações], a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade” (Arendt, 1989:330). À sombra da arquitetura da sociedade internacional interestatal, os Estados- Nação pactuam uma espécie de “conspiração de silêncio” sobre os “direitos e deveres de seus respectivos cidadãos” (Bull, 2002:79-80).³²

Em relação ao trecho acima pode se inferir que o Estado pertencente ao pacto Internacional abre mão de certas especificidades de seu país para se adequar ao padrão esperado internacionalmente, fazendo parte dessa comunidade organizada internacional.³²

Posteriormente a promulgação da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, ratificada em 1948, através da Assembleia Geral das Nações Unidas fez-se necessário detalhar os direitos referenciados na declaração e meios para fazer com que os Estados a cumprissem.

Continha direitos que visavam a manutenção da vida em sociedade e em relação aos direitos humanos dos presos. Dentre todos os Tratados, destacam-se a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. Foram respectivamente ratificados, pelo Brasil em 1989 e 1992.

A convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, tinha por objetivo reforçar ainda mais o ideal de igualdade entre as pessoas extinguindo penas cruéis. Lê-se no art. 5º, da Declaração Universal dos Direitos do Humanos: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”³³.

³² HERZ, Monica; Yamato, Roberto VILCHEZ. **As Transformações das Regras Internacionais sobre Violência na Ordem Mundial Contemporânea**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 61, no 1, 2018.

³³ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 9 nov. 2019.

Cabe ressaltar que embora tenha surgido como novidade no ordenamento jurídico brasileiro a Lei de Execuções Penais, como modo de regulação das permissões e condições de trabalho do aprisionado, essas regras já faziam parte de normas advindas de organismos internacionais como exposto a seguir.

Mesmo antes da promulgação da LEP, através de tratados e declarações foram fundamentados paradigmas para o uso da força laboral do encarcerado.

Merece destaque as Organizações das Nações Unidas, que deu destaque desde seu primeiro congresso versando sobre a prevenção do crime e o “tratamento dos delinquentes”, no ano de 1955 resultando em Resoluções aprovadas pelo Conselho Econômico e Social no Brasil.

Como se pode perceber, antes da LEP dispositivos já chamavam atenção para as condições dignas de trabalho no âmbito prisional sendo vedado o trabalho pungente, para as capacidades e habilidade dos encarcerados com a prática laboral, organização dos processos de produção para agilizar a volta do preso ao mercado de trabalho após sua liberdade, garantia do descanso semanal e do lapso temporal destinado à formação educacional.³⁴

Não obstante visasse garantir quesitos básicos e delimitar o poder estatal, orientavam para a criação de um fundo individual. Nesse modelo, o valor recebido fruto do trabalho do preso seria guardado em uma espécie de poupança para lhe ser entregue quando fizesse jus à liberdade.

2.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 é o instrumento normativo soberano do país, fonte formal de Direitos que ordena as demais normas de abrangência nacional. Dada importância de tal princípio, a dignidade da pessoa humana, sem exceções, foi posta em seu art. 1º fundamentando a base democrática da nação. Por óbvio, isso exclui penas degradantes e de morte como parte do ordenamento jurídico e inclui, por se tratar de um ser humano, a garantia de prisão digna ao acusado.³⁰

³⁴ SILVEIRA, Jamilli Fernanda Ramos da; HILLESHEIM, Jaime. **trabalho do preso: a estrutura prisional a serviço dos interesses produtivos.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/180022/101_00261.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 nov. 2019.

A busca por normas que abrangessem de forma satisfatória a questão penitenciária não foi apenas uma vontade repentina do país. Em 1930 ocorreu na República Tcheca o X Congresso Penitenciário Internacional, aguçando o debate e ocasionando inúmeras as tentativas do país para que se obtivesse uma legislação uníssona acerca do sistema prisional. À época, cada unidade carcerária possuía sua própria regulamentação e, muitas vezes, essa colidia com o trabalho realizado em outra unidade.¹⁷

Dez anos após o Congresso Penitenciário Internacional, o Decreto-Lei 2.848 foi sancionado integrando o Código Penal aos documentos normativos do país. Com tamanhas mudanças significativas, o projeto de um Código Penitenciário foi abortado, conforme será tratado a seguir, pois conflitava em alguns aspectos o novo Código. Apesar de não ter sido concretizado, o Código Penitenciário antecedeu o Código de Processo Penal de 1941, que entrou em vigor junto com o Código Penal e passou a regular: a execução da pena e a medida de segurança.¹⁷

O Código Penal também inovou ao incluir o judiciário na execução e dispor sobre a necessidade de preparo técnico dos agentes administrativos do sistema penitenciário

3.0 LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em específico para Execução Penal, existiram tentativas para a criação de um Código Penitenciário para o Brasil. A ideia inicial era acabar com a diversidade de formas gerenciais das unidades carcerárias. Muitas vezes o que ocorria em uma unidade prisional era completamente contrário do que ocorria em outra, sob o mesmo território nacional.

O projeto pioneiro foi elaborado por Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carvalho no ano de 1937, projeto posteriormente abandonado devido a instalação do Estado Novo e a suspensão das atividades parlamentares.

Em 1957 foi sancionada a Lei nº 3.274 que trazia regras gerais para o sistema penitenciário, mas foi considerada insuficiente para execução penal. Oscar Stevenson então apresentou um projeto ao Código Penitenciário, sucedido em sua ideia por Roberto de Lyra em 1963. O último dos projetos foi disposto no ano de 1970 por Benjamim Moraes Filho.

Nesse contexto, argumenta Roig:

As diferentes propostas refletem, de forma cristalina, as distintas orientações criminológicas de seus autores e de seu tempo e, muito embora não tenham sido postas em prática, logrando transformar-se em diplomas legais concretos, tiveram o condão de traçar muitos dos contornos da atual legislação penal executiva brasileira.²⁹

Em especial no período analisado, destaca-se o projeto de Roberto de Lyra. Um avanço técnico em relação ao que se tinha até o momento. Almeida nos diz: ¹⁷

O Anteprojeto de Roberto Lyra pode ser considerado a proposição legislativa mais técnica sobre o assunto feito em nosso país. O anteprojeto previa importantes postulados como a aplicação imediata da lei penal executiva e a retroatividade para beneficiar o condenado (art. 11), aplicação da analogia (art. 12), métodos de interpretação da lei executiva (art. 13), entre outros. O autor do projeto, preocupado com a necessidade de jurisdicionalização da execução, inseriu dispositivo segundo o qual as margens do critério administrativo serão preenchidas sempre com senso da dignidade e solidariedade humanas (art. 14). Assim, Lyra reuniu todos os poderes em sede de execução penal no Poder Judiciário, transformando o juízo da execução em universal, capaz de executar as sentenças em todos os seus termos e efeitos (art. 18), com competência sobre todos os presos e internados (art. 19).¹⁷

Para Roig²⁹, o Anteprojeto de Lyra visou “não apenas seguir o sentido da humanização da execução penal, mas também arrefecer o absolutismo das premissas positivistas e antropológicas, muito embora as tenha substituído por paradigmas igualmente etiológicos”.

No ano de 1984 chega-se até a Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), baseada no projeto do Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel.

Embora a Lei de Execuções Penais anteceda a Carta Magna vigente não se afastou desta em relação às garantias e direitos fundamentais. Não apenas o ordenamento jurídico ansiava por uma proposta mais humana, de acordo com o Estado democrático de direito e com responsabilidade, a sociedade também.

Nesse contexto, afirmam Aleilson Coelho, Iago Fernandes e Vinícius Pestana³⁰:

É imperioso reconhecer que a LEP trouxe consigo densa carga liberal, a exemplo das disposições nela estabelecidas acerca da progressão de regime e do trabalho do preso. Isto porque a preocupação do legislador ordinário com a integração social do condenado ou internado, visando a não reincidência, evidenciou-se como direcionamento substancial a ser seguido.³⁰

Observa-se essa intenção já em seu primeiro artigo. *In verbis*:

“Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”³⁵.

O art. 1º da Lei de Execuções Penais vai ao encontro do exposto no art. 5º do Pacto de San Jose da Costa Rica, ao tratar da integridade do preso: *In Verbis*:

“6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”³⁶.

³⁵ BRASIL, Código Penal, Constituição Federal. **Lei de Execução Penal** (LEP): Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

³⁶ BRASIL. decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

A LEP, então, ao instituir o objetivo da execução Penal, como meio para integração social e harmônica do condenado, claramente busca, por este ambiente “saudável”, a readaptação do preso, para sua reinserção social.

Nesse sentido expõe Gessé Marques Júnior³⁷:

A LEP traz comandos com alta densidade normativa que focalizam o quadro interpretativo, limitando a ação dos juízes e promotores. Se, por um lado, o “respeito à integridade física e moral” permite questionamentos e interpretações divergentes sobre os conceitos de respeito e integridade, por outro, “estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” limitam radicalmente o foco de interpretação e coíbem interpretações divergentes. Da mesma forma, afirmar que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade” é uma restrição explícita à ação da Justiça e do poder Executivo. Embora a noção de “respeito” e “integridade moral” possam ser moralmente relativizadas, torna-se mais difícil criar entendimentos divergentes quanto à “integridade física”.³⁷

Cabe salientar que a LEP abarca também o preso provisório além do direito do condenado e internado.

Expostos os motivos que levaram o legislador a apostarem em uma normativa judicializada para tratar das questões executórias da pena indo além de normas administrativas com o intuito de unificar e, principalmente, garantir a dignidade dos aprisionados; é necessária a observância real da situação carcerária no Brasil que vai de encontro com disposto em lei.

Ressalta Roig:

Analisando objetivamente o aparato normativo carcerário de nosso país, não nos resta outra opção senão refutar categoricamente a crença de que o Brasil dispõe de uma normatização executivo-penal irretocável. Há que se ressaltar que uma enunciação de direitos – a despeito de sua intenção moralizante e dos progressos que traz – que não esteja devidamente acompanhada dos meios necessários à sua instrumentalização corre o sério risco de se transformar em uma simples carta de intenções, repleta de dispositivos de ordem programática, mas sem a efetividade, quando não deturpados em favor do poder punitivo. Em certa medida, tal perspectiva assola a nossa normatização, contribuindo para que a execução penal no Brasil viva um protelado estado de anomia, um conveniente hiato entre modelos obscurantistas e humanistas.²⁹

³⁷ MARQUES JR, Gessé. **A lei de execuções penais e os limites da interpretação jurídica**. Revista de sociologia e política v. 17, nº 33 : 145-155 jun. 2009

4.0 O TRABALHO DO PRESO

Em relação a ser um método de ressocialização não há dúvidas de que o trabalho é eficaz. Está presente na LEP como um direito do preso:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

No inciso V do art. 39 da LEP o trabalho se apresenta como um dever:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a 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;

A Lei de Execuções Penais também prevê o trabalho como forma de aproveitamento do tempo durante a prisão e de modo educativo em seu art. 28 *in verbis*:

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

Essa forma de trabalho não se confunde com trabalho forçado, não aplicado no Brasil por vedação constitucional no inciso XLVII, alínea c, do art. 5º *in verbis*:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, 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;

Tal diferenciação entre o trabalho forçado e o trabalho obrigatório encontra suporte na Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho. A saber *in verbis*:

Art. 2 — 1. Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

2. Entretanto, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ não compreenderá, para os fins da presente convenção:

a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude das leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar;

b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país plenamente autônomo;

c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas;

Ainda, consideramos o Pacto de San José da Costa Rica, *in verbis*:

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

- a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
- b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
- c) o serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;
- d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

É dever do condenado o cumprimento do trabalho, que será avaliado e direcionado para a execução laboral de atividade compatível com seu estado geral, ciente de que recusa contará como falta grave. Conforme inciso V do art. 39 e inciso VI art. 50 *in verbis*:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a 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;

Art. 50. 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;

Há uma exceção em relação a obrigatoriedade de trabalho presente na LEP quando o tratar-se de apripionado político conforme art. 200 da Lei de Execuções Penais *in verbis*:

Art.200. O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho.

É sabido que a pena deve respeitar o princípio da proporcionalidade e não exceder em relação ao delito cometido no uso da força estatal e que o Brasil possui a cultura do encarceramento em massa.

O problema é que o método atualmente aplicado notoriamente não resolve a questão do preso, pode até retirar do convívio social por algum tempo aquele indivíduo que cometeu o ato delituoso, mas em nada o ajuda no fator ressocialização.³⁸

Como se não bastasse à dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, como exemplo de ressocialização do preso condicional ou que já cumpriu sua pena, os índices de crescimento de crimes praticados reincidência têm se elevado constantemente.

Sobre o tema, discorre Xisto:

A pena de prisão está falida e, após alguns séculos, instituída como meio de humanização do sistema repressivo, em substituição às penas de morte e cruéis, é possível perceber que a intenção de prevenção, geral e especial e de tratamento do criminoso, não funcionou e o sistema sucumbiu.

No mesmo sentido, reforça Julião³⁹:

A perspectivada que se compreende por tratamento penitenciário atualmente tem sido questionada, principalmente sobre a responsabilidade do Estado para mudar coativamente as atitudes e o comportamento humanos. Questiona-se ainda que a experiência tem demonstrado que nenhuma espécie de tratamento tem produzido os efeitos esperados quando à readaptação do condenado. Pelo contrário, tem servido apenas para reforçar valores negativos, falhando no seu propósito de modificar as pessoas.³⁹

No cenário atual a prisão não provoca a diminuição dos índices de criminalidade, mas coopera para a reincidência e a não ressocialização do preso.

³⁸ MATTOS, Xisto. **Uma breve crítica ao sistema penal e carcerário brasileiro** / Xisto Mattos. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

³⁹ JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema penitenciário brasileiro: política de execução penal/ Elionaldo Fernandes Julião**. Petrópolis: De Petrus et Alii; Rio de Janeiro: Faperj, 2012

Apesar de a LEP considerar o trabalho do preso como um direito e um dever, poucos estabelecimentos prisionais ofertam aos seus detentos atividades de trabalho. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>) apontam que apenas cerca 13% dos presos no Brasil estão em alguma atividade laboral, num cenário de super encarceramento em tendência de alta exponencial.

Agravando o cenário com o avanço tecnológico a carga humana para o desenvolvimento de muitos trabalhos tornou-se desprezível aumentando a competitividade. Naturalmente, dessa forma, a prisão – ou no caso, o ex presidiário – acaba por se tornar parte de uma seleção prévia, rejeitada.

4.1 MODALIDADES DE TRABALHO

Existem duas modalidades de trabalho que podem ser realizadas no âmbito prisional, o trabalho interno e o externo. O primeiro destina-se aos cumpridores do regime fechado e é realizado dentro das dependências do estabelecimento penitenciário consistindo no desempenho de atividades como: auxiliar de cozinha, enfermagem, ajudante em reformas, lavanderia etc. O trabalho é remunerado conforme disposto no art. 29 da LEP, *in verbis*:

Art. 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.

A atividade laboral pode ser fruto de convênios entre os setores público e privado que acontecem por meio de incentivos fiscais. Nesse caso, a remuneração do trabalho é feita pela empresa conveniada.

Embora não haja dispositivo legal expresso em relação a matéria, subtende-se que a o Diretor da unidade prisional é a pessoa imbuída de autoridade para autorizar caso a caso o trabalho dentro dos ditames jurídicos.

No caso de aprisionado idoso, por exemplo, além das regras laborais deve-se estar em consonância com o Estatuto do Idoso. Haverá regras especiais também quando se tratar de doentes e portadores de necessidades especiais.

A jornada de trabalho respeita o mínimo de 6 horas e o máximo de 8 horas diárias com descanso semanal aos domingos e feriados. havendo divergência doutrinária sobre as horas a mais e a menos trabalhadas. Majoritariamente, o Superior Tribunal de Justiça afirma que não pode ser desprezado o trabalho e deve-se unir 6 horas e contabilizar como um dia de trabalho.

Em relação a gerência do trabalho realizado, o art. 34 da LEP menciona que tanto fundações, empresas públicas e a iniciativa privada através de convênios, pode ser responsável por essa coordenação.

Por força do art. 35 da Lei de Execuções Penais, o fruto do trabalho dos encarcerados será destinado à comercialização na iniciativa privada. Na hipótese dessa comercialização não ser possível, caberá a Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios deverão adquirir o fruto do trabalho dos aprisionados por meio de concorrência pública. A renda arrecadada desta compra será revertida para a fundação ou empresa pública que emprega os detentos ou, se não houver, para o próprio estabelecimento penitenciário.

Tratando-se do trabalho externo, por contar com a saída do preso do local em que deve cumprir a pena, não poderá ser concedido a quem cumpre pena sob o regime fechado, com algumas exceções específicas. Poderá ocorrer do trabalhador estar cumprindo pena em regime fechado caso seu trabalho se dê em serviços ou obras públicas das Administrações Direta e Indireta ou entidades provadas cabendo ao sistema o dever de prezar pelo cumprimento penal, tomando medidas para evitar que algum aprisionado possa fugir.

Neste caso a Lei de Execuções Penais onera o órgão da administração ou empresa empreiteira arcar com o valor a ser recebido pelo encarcerado. Do total de funcionários, apenas dez por cento podem ser compostos de aprisionados.

A contrário do senso do trabalho interno, no externo há previsão na LEP sobre a autorização do exercício laboral, que deve ser emitida pela direção do estabelecimento penitenciário, respeitados os mesmos limites do trabalho interno e requisitos específicos como já ter cumprido o mínimo de um sexto da pena em regime fechado. Ao passo que o benefício é concedido, pode ser revogado no cometimento de crime ou comportamento divergente das leis e normas ou por ter sido punido por falta grave.

Em relação ao vínculo de trabalhista construído pela empresa e o condado o parágrafo 2º do art. 28 da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe, *in verbis*:

Art. 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.

Isso ocorre devido ao preso exercer labor que constitui vínculo de direito público, logo, não é possível aplicar dois regimes jurídicos de maneira simultânea independentemente se estão sob o regime fechado realizando internos ou semiaberto, realizando trabalhos externos.

Se não há vínculo empregatício que configura essa relação empregado-empregador infere-se que não há o recolhimento de encargos sociais como férias, 13º salário e repouso semanal remunerado.

A relação trabalhista é configurada apenas para o encarcerado que cumpre pena no regime semiaberto, mesmo assim ainda sob divergências jurisprudenciais. Os Tribunais vêm decidindo por reconhecer o vínculo empregatício.

4.2 REMUNERAÇÃO

A base legal da remuneração da pessoa em cumprimento penal está disposta no art. 29 da Lei de Execuções Penais. Neste caso não se diferencia trabalho interno ou externo devendo ambos serem remunerados baseados em uma tabela prévia, vedada a disposição gratuita do serviço prestado e não deve ser inferior a três quartos do salário mínimo.

Do dinheiro recebido pelo exercício laboral a LEP dispõe alguns descontos que podem ser contabilizados. Como exemplo há a indenização devida por ação *ex delicto*, assistência familiar, alguns gastos de cunho pessoal incluindo o ressarcimento dos gastos obtidos com a manutenção do encarcerado pelo Estado.

Cabe ressaltar que o ressarcimento mencionado ocorrerá eventualmente, de forma subsidiária, apenas ao final de todos os outros descontos. Se, ainda assim, houver valor disponível a ser recebido, será depositado em conta poupança no nome do aprisionado, que só terá acesso a conta e conseqüentemente aos valores nela dispostos ao final do cumprimento penal.⁴⁰

O que se infere do exposto o que será tratado a seguir, a legislação existente, em tese, consegue suprir a necessidade básica de regulamentação para fundamentar o trabalho do aprisionado. A causa dos problemas não está na teoria ou disposta em normas, o sistema não abarca a demanda necessária, a estrutura prisional é ínfima em relação ao volume de presos. Não obstante a falta de vagas para os encarcerados, esses quando postos em liberdade competem com pessoas sem antecedentes criminais e até mais bem qualificadas.

4.3. TRABALHO DO PRESO – DIREITO OU DEVER ?

No topo das alternativas penais para a ressocialização do preso está o trabalho prisional, como já afirmado constitui-se em direito e dever do preso. No começo do século XIX parte da Europa e América do Norte investiu em penitenciárias industriais agrícolas, que visavam o trabalho do preso como meio de reeducação pessoal e pagamento da pena a ele cominada.

⁴⁰ PRADO. **Do trabalho do preso no âmbito da Lei de Execução Penal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/trabalho-presos-lei-execucao-penal/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Dessa maneira havia ganho para quem cumpria a pena, para a própria penitenciária e até mesmo para o governo além de melhor preparar o detento para a volta da vida em liberdade.

Tal medida visava mostrar alternativas para o apenado, para que, ao completar sua pena, pudesse visualizar um outro contexto de vida não cometendo outro ato criminoso.

Historicamente, como já afirmado neste trabalho o modelo foi adaptado e adotado no Brasil. Na forma e não constitui na prática. O problema ocorre quando a legislação não caminha com a realidade, como menciona Zaffaroni⁴¹:

Quando se desconhece que Constituição, realidade constitucional e grau de realização constitucional são diferentes esferas, cai-se em extremos reducionistas, sejam normativistas ou sociologistas, nenhum dos quais é útil para os juízes cuja função é sentenciar, ou seja, realizar atos de poder, de governo, políticos, conforme os valores e a antropologia constitucional: a lógica não é ontologia e nem do ser sai o dever ser.⁴¹

Trata-se da defesa incondicional de direitos e garantias fundamentais e a manutenção do estado democrático. A aniquilação desses direitos não significa apenas que um apenado terá vetado seu direito ao trabalho, que o Estado deixará de lucrar, que a empresa poderá perder um excelente profissional ou que será menos um reincidente a voltar para a prisão.

A falta de garantia desses direitos provoca um verdadeiro colapso no sistema legal, fere o pacto federativo aniquilando o sistema jurídico e abrindo margem para a instalação de um estado de exceção.

Sob uma outra óptica Roig pontua:

As normas penitenciárias brasileiras são também historicamente impregnadas pelo viés positivista, na eterna, hipócrita e irrealizável esperança de correção da pessoa do preso, tornando-o verdadeiro objeto da execução penal, de fácil manipulação pelo cientificismo criminológico. Esta orientação se insere em uma importante vertente do defensivismo social, em âmbito penitenciário. O “defensivismo carcerário” prima pela prevalência dos ideários de ordem e segurança, reforça a eliminação da individualidade e confirma o caráter totalitário veementemente refutado pelas autoridades públicas.²⁹

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Humano ou Inumano?** Rev. secr. Trib. perm. revis. ISSN 2304-7887 (en línea) ISSN 2307-5163 (impreso) Ano 3, Nº 6; agosto 2015; Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

O autor ressalta que pode existir um equívoco em relação ao foco principal da existência do direito prisional que insiste na tentativa de correção do preso como forma de punição e ressarcimento à sociedade pouco se importando com sua recuperação enquanto cidadão. Assim haveria uma falsa impressão de “problema resolvido”.

Há uma demanda histórica problemática enraizada na mentalidade e nos próprios apositos do sistema carcerário. Roig²⁹ salienta que as primeiras prisões do Rio de Janeiro até meados da metade do século XIX eram, em sua maioria, espaços improvisados, mal construídos e insalubres, resquícios da fase colonial.

Tal reflexão permite inferir mais uma contribuição possível para o resultado visível do colapso penitenciário. Estruturas foram reaproveitadas quando deveriam ter sido descontinuadas dando lugar a espaços com tecnologia pertinente à época além de já imbuída das questões humanitárias.

Portando, a proteção é dever a ser garantido pela legislação nacional. Excede o patamar de decidir se o empregado pode se ausentar mais cedo do local de trabalho, horas diárias de atividade laboral ou mesmo mais específicas como a pena a ser cumprida antes da concessão para o trabalho externo. É uma questão de Direito Fundamental e garantia de princípios inerentes ao ser humano evidenciada após o cenário mundial atravessar um período de barbárie. A motivação ao trabalho significa estar inserido na sociedade, ser visto, existir.

A manutenção do contrato social depende dessa garantia de que os indivíduos daquela sociedade podem almejar crescimento pessoal e terão segurança para isso. No caso do trabalho dos aprisionados têm-se a união desses dois fatores. Acusados de cometerem crimes, a volta para o mercado de trabalho representa o papel do Estado sendo feito, garante a dignidade da pessoa e justifica seu período de detenção ou reclusão.

Significa que o propósito foi atendido e não apenas que o elemento com desvio social foi “retirado de circulação” sem que sua volta uma vez que a pena máxima não ultrapassa os 40 anos – também seja atendida pelos anseios sociais.

Portanto, a ressocialização penal como meio de resolução do problema prisional e além, do problema social e manutenção dessa sociedade na condição de legitimados e subordinados as determinações do legislador. A problemática expande e, embora seja usado o termo ressocialização, é muito mais complexo do que a nomenclatura impõe.

Sobre o termo ressocialização³⁹:

Diante das questões teóricas evidenciadas até aqui, principalmente sobre o conceito de ressocialização como eixo central que fundamenta a ação educativa/pedagógica do sistema penitenciário moderno, alguns pontos devem ser destacados: *primeiro*, para que o conceito tenha fundamento, é necessário admitirmos a hipótese de que o indivíduo, interno penitenciário, estava totalmente fora da sociedade, ou seja, que se trata de um indivíduo (des)socializado ou (a)social, ou que tenha se socializado em um conjunto de valores ilegais (do mundo do crime); *segundo*, que no seu retorno para a referida sociedade viesse, realmente, a participar socialmente das práticas e atividades que lhe conferem a condição de cidadão, tendo não só deveres, mas também direitos.

Julião³⁹, ao citar Bitencourt, expõe:

Sobre a abolição da prisão nos chama atenção para o fato que, diante das atuais condições sociopolíticas prevalentes, a pena privativa de liberdade é um meio de controle social do qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão. A pena privativa de liberdade não pode ter execução aberta, pois sempre existirá uma camada (os violentos) que a sociedade terá que encerrar em prisões.³⁹

Para que seja possível mudar os aspectos negativos ou mesmo conferir se a reclamação vinda das unidades prisionais e estatísticas conferem, é preciso uma verossímil. A pena em si não revela grandes chances de reeducação dos encarcerados, são as políticas voltadas a essa parcela da sociedade que definirão o grau lograda de êxito na proposta. Deve-se atentar que o princípio da dignidade humana e outros abarcados pelo direito ao trabalho não fazem distinções de qualquer espécie conforme consta na Carta Magna.

O trabalho do preso com propósito educativo e produtivo não é mera utopia, está presente n LEP em seus arts. 28, 29 e 30 que dispõem sobre o trabalho do condenado, seu dever social e reforça a dignidade humana.

Ressalta Roig:

Disciplina e segurança são, portanto, os “bens jurídicos” basilares do projeto de domínio hierárquico desenvolvido em âmbito penitenciário. Assim, no “cálculo entre custos (garantia dos direitos) e benefícios (segurança e disciplina), estes são privilegiados em detrimento daqueles, pois, num espaço físico regido por ilegalidades, a manutenção de direitos pode corresponder à minimização das disciplinas (desordem)”²⁹

A Constituição Federal não discrimina o trabalho realizado por pessoa que detém ou não seu direito de liberdade, ao contrário, a LEP garante expressamente no inciso II do art. 41 o trabalho como direito garantido ao presidiário.

O trabalho forçado é constitucionalmente vedado como já explicitado anteriormente. O que ocorre na LEP é coerente com a Constituição Federal, não se enquadra em trabalho danoso ou penoso que prejudique o presidiário. O trabalho a partir das penitenciárias traz diversos benefícios incluindo a dignidade tão mencionada a partir do princípio de mesmo nome. O preso tem seu tempo ocioso ocupado e o Estado lucra com o fruto de seu trabalho e empenho.

Mesmo cometendo ato reprovável e passível sanção penal, os mesmos mecanismos de socialização um cidadão “comum” podem ser aplicados ao preso como formação acadêmica, profissional e acesso à religião.

Nesse aspecto há claro descaso estatal, a legislação existe, mas falta o poder público efetivar tal medida, fazer a lei ser cumprida e, além disso, garantir os direitos básicos inerentes ao ser humano. Não há estímulo suficiente em relação ao trabalho a ser cumprido como forma de pena alternativa e muito menos após o cumprimento da pena, quando o preso é posto em liberdade, mas não consegue, de fato, se reinserido na sociedade. As empresas conveniadas a programas de contratação de ex presidiários não dão conta de suprir a demanda oferecendo a um número muito reduzido essa oportunidade.⁴²

Sobre a nomenclatura utilizada explicita Carolina:

⁴² SILVA, Amanda Mendes da. **O trabalho como forma de ressocialização do preso**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 nov 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50269/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 20 nov 2019.

A ideia de “ressocializar”, portanto, pressupõe que o criminoso, ao cometer um ilícito, perde sua identidade social, marginalizando-se, tendo a pena a função de resgatar a sua *amabilidade* e *cortesia*, tornando-o social novamente. Isso implica concluir que o criminoso, em algum momento, esteve inserido na sociedade, o que nega, por conseguinte, uma das consequências da pena, a criação de estereótipo para àquele indivíduo criminoso, estigmatizando-o – consequência que será posteriormente abordada. Por mais que a nomenclatura ressocialização seja, por muitos, entendida como abstrata, o seu significado é direto e objetivo: reinserir na sociedade alguém que, como decorrência de um crime cometido, foi privado da convivência no seio social a fim de ser punido.⁴³

Esse instrumento é direito do preso que o possibilita também a redução do tempo devido em qual regime for.

Por outra vertente, Roig aduz que o preso no processo de ressocialização como é feito atualmente, não possui vontade própria e é submetido a critérios impessoais, sem dar verdadeiramente ao aprisionado a chance de escolher seu futuro.²⁹

Para o autor, a questão da ressocialização frente ao trabalho realizado pelo encarcerado transformou-se em um projeto de recuperação humana frio e calculado, que serve para mostrar uma falsa premissa de preocupação com aquele indivíduo e sua vida após o cárcere. Um plano traçado que generaliza as pessoas de modo que todas devem entrar, trabalhar, estudar e então tornarem-se necessariamente pessoas melhores e dóceis, aduz o autor:

A conclusão a que podemos chegar no tocante à disciplina no interior das prisões nos conduz à assertiva de que o indivíduo é submetido a um autêntico processo de aculturação, para que se torne um preso dócil e disposto a cumprir, acriticamente, todas as determinações das autoridades carcerárias, elevadas pelo sistema penitenciário à metafórica condição de patriarcas onipotentes, que elegem o que é bom ou ruim para os apenados, se os mesmo desejarem a ressocialização. Assim, o preso é reduzido a verdadeiro objeto nas mãos das autoridades técnicas e judiciais, que continuam a decidir o seu futuro a partir de exames criminológicos científicos de cessação de periculosidade e de possibilidade de reinserção social, legítimos instrumentos lombrosianos baseados em meros juízos de “humanização” do sistema penal.

A teoria ordenatória jurídica não pressupõe a realidade fática pois na atualidade o maior problema prisional é, sem dúvida, a superlotação dos presídios não sendo possível sequer

⁴³ ARGÔLO, Caroline. Sistema penitenciário atual: incompatibilidade com a lei de execução penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/41175/sistema-penitenciario-atual-incompatibilidade-com-a-lei-de-execucao-penal>>

garantir a saúde dos aprisionados, quiçá garantir-lhes que seu direito ao trabalho e eventual formação superior poderá ser realizado.

Sobre o problema enfrentado, destaca-se:

Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente de boa vontade individual de cada sentenciado.⁴⁴

Também criticando a situação real encontrada nas penitenciárias, expõe Julião:

Embora não possamos generalizar, o sistema penitenciário latino-americano é considerado por organismos internacionais como um dos mais sensíveis e críticos do mundo, onde ainda os apenados sobrevivem de forma desumana, em ambientes precários, com ausência de políticas básicas de assistência jurídica, saúde, educação, trabalho, etc., onde se convive internamente com constantes motins e incidentes violentos com um número considerável de vítimas.³⁹

São inúmeras as críticas, a respeito da aplicação da LEP, além da falta de capacitação de pessoal preparados para atuar neste ambiente e superlotação, como exemplos, encontra-se na deficiência de comunicação, por assim dizer, entre os aprisionados e os servidores do sistema carcerário, faz parte da organização habitual e dentro de qualquer trabalho a subordinação a chefias imediatas. Mesmo que no caso do serviço prisional a situação não seja de empregado *versus* empregador, há orientações a serem repassadas e obedecidas para a garantia da ordem e execução da tarefa.

Isso posto, aduz o Roig:

Outra falha disciplinar disposta na LEP refere-se à inobservância, por parte do encarcerado, do dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e o dever de execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. Tal norma evidencia, mais uma vez, o autoritarismo de nossas unidades prisionais e a subserviência irrestrita do apenado frente ao Estado. Prova cabal dessa

⁴⁴ Nucci, 2011 *apud* SILVA, Amanda Mendes da. **O trabalho como forma de ressocialização do preso.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 nov 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50269/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-preso>>. Acesso em: 20 nov 2019.

assertiva reside no fato de que as normas carcerárias em nosso país, lacunosas e manipuláveis, assemelham-se em muitos aspectos aos preceitos do malsinado regulamento carcerário fascista da Itália, de 1931, que estabelece, entre outros, o dever de pronta e respeitosa obediência (artigo 97).²⁹

Reafirma Julião a despeito da despreparação de locais e profissionais para lidar com a demanda oriunda do sistema prisional:

Em muitos casos, as atividades realizadas pelas escolas são desqualificadas e ameaçadas, dependendo quase que cotidianamente de consentimentos. Para se executar qualquer atividade extraclasse, fora da rotina do dia a dia da escola e principalmente do espaço físico, depende de prévia autorização e consentimento da gestão da unidade penal. O excesso de zelo pela segurança, como geralmente é explicitado pelos profissionais educadores, demonstrando pelos gestores das unidades, geralmente impede qualquer criatividade docente: passar filmes, convidar palestrantes, desenvolver pesquisas, atividades coletivas, etc.³⁹

Logo observa-se a necessidade de uma reformulação do sistema prisional:

Tais carências que denunciemos comprovam a necessidade imediata da reformulação de currículos dos cursos de pedagogia e licenciaturas, introduzindo temas diversos das ciências sociais e políticas sociais, bem como da pedagogia social que as universidades incentivem e invistam em projetos de extensão e pesquisas que possibilitem a maior compreensão destes espaços tão ainda, incredivelmente, invisíveis na nossa sociedade.³⁹

Posto isso, pode-se perceber a carência de organização política e entendimento que o sistema prisional não é um sistema à parte, por mais que não seja notado por muitos pois há a impressão de se tratar de algo à margem da sociedade, reflete no âmbito nacional, internacional e no desenvolvimento do país e evolução dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

A reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, daí a importância de regular a questão com foco na ressocialização do aprisionado. Ao conseguir que um encarcerado seja reabilitado, vislumbrando uma vida digna e um futuro promissor, o Estado demonstra ter cumprido seu papel como cuidador dos bens jurídicos mais importantes de seus entes federados e faz valer os Tratados sobre Direitos Humanos onde o país compromete-se em vários aspectos incluindo preservar a dignidade humana. Nota-se que não foi excluído nenhum grupo quando da ratificação do Tratado.

Atualmente, a legislação penal não está limitada a ressocialização do encarcerado, através da execução penal, o indivíduo é punido pelo delito cometido simultaneamente com sua reabilitação para a vida em sociedade. A determinação da pena não traz uma carga punitiva somente, mas reeduca o homem.

Essa reeducação deve ser entendida como ponto primordial da Divisão do Trabalho Social e interfere diretamente nos valores sociais de cooperação e moral. Transcende a seara do indivíduo para a garantia de manutenção das gerações. Deve fundamentar e acompanhar essas transformações pois ao mesmo tempo em que as provoca, muda conforme o resultado dessas provocações.

Houve uma mudança na modernidade e o objetivo é obter diversos resultados como a punição retribuindo o mal social causado, intimidar a prática de novos delitos por parte de criminosos e não criminoso, regenerar o preso e transformá-lo em não criminoso.

A Lei de Execuções Penais pode ser considerada compatível com a legislação Constitucional e o ordenamento internacional signatário. A indagação a ser feita é como isso é possível mediante a realidade encontrada nos estabelecimentos carcerários presentes no país e dadas as baixíssimas taxas de reinserção no mercado de trabalho dos ex presidiários.

Conclui-se que, o sistema prisional brasileiro não se encontra em conformidade com o disposto em lei e, por conseqüentemente, revela-se extremamente ineficaz. Não se trata da falta de um aparato legal que compreenda os anseios e demandas sociais, o déficit está na aplicação dessas medidas em âmbito real, no dia-a-dia.

A falta de investimentos é notória e o crescimento das prisões não acompanham o crescimento da população prisional que aponta na direção inversamente proporcional ao número de vagas disponíveis nas unidades penitenciárias.

Atenta-se para a política de super encarceramento e a falência do modelo de pena baseado em prisão, visto os índices de reincidência criminal em nosso país.

Neste sentido, urge levantar questões que envolvam cidadania, dignidade da pessoa humana e retorno do preso que deveria procurar fora da prisão a condição digna e oportunidades que deveria ter observado na vida com privação da liberdade.

REFERÊNCIAS

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 7 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

_____. Lei nº 11.464/2007, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que **dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.072/1990, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º**, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso: 18 nov. 2019.

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. Revista Liberdades. ISSN 2175-5280, São Paulo, nº 17, ano 2014. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasedicoes/outrasedicoes1_istar.php?redi_id=22> Acesso em: 07 nov. 2019.

ARGÔLO, Caroline. **Sistema penitenciário atual: incompatibilidade com a lei de execução penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/41175/sistema-penitenciario-atual-incompatibilidade-com-a-lei-de-execucao-penal>>

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1998

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Código Penal, Constituição Federal. **Lei de Execução Penal (LEP)**: Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), de 22 de novembro de 1969. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

COELHO, Aleilson; SILVA, Iago Fernandes Leite; RODRIGUES; Vinícius Pestana. **Princípios da lei de execução penal frente aos tratados internacionais**. 2016. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/52478/principios-da-lei-de-execucao-penal-frente-aos-tratados-internacionais>> Acesso: 18 nov. 2019.

Coletânea temática de jurisprudência, Brasília, STF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/DirPenal_ProcPenal.pdf> Acesso em: 09 nov. 2019

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/932>. Acesso em: 28 nov. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral, vol. 1. 17ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HERZ, Monica; Yamato, Roberto VILCHEZ. **As Transformações das Regras Internacionais sobre Violência na Ordem Mundial Contemporânea**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 61, no 1, 2018.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema penitenciário brasileiro: política de execução penal**/ Elionaldo Fernandes Julião. Petrópolis: De Petrus et Alii; Rio de Janeiro: Faperj, 2012

MARQUES JR, Gessé. **A lei de execuções penais e os limites da interpretação jurídica**. Rev.Sociol.Polit., Curitiba, v.17, n.33, p.145- Junho 2009.Disponívelem: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01044782009000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 nov. 2019.

MARQUES JR, Gessé. **A lei de execuções penais e os limites da interpretação jurídica**. Revista de sociologia e política v. 17, nº 33 : 145-155 jun. 2009

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**.v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MATTOS, Xisto. **Uma breve crítica ao sistema penal e carcerário brasileiro** / Xisto Mattos. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **O que são os direitos humanos?**. Brasil, BRA. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>, Acesso em: 20 set. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 9 nov. 2019.

PRADO. **Do trabalho do preso no âmbito da Lei de Execução Penal**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/trabalho-presolei-execucao-penal/amp/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Teoria da pena: análise didática e esquemática. Um salto de qualidade**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59001/teoria-da-pena-analise-didatica-e-esquematica-um-salto-de-qualidade/1> . Acesso em: 09 nov. 2019

REALE, M. 2004. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed., São Paulo, Saraiva.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil / Rodrigo Duque Estrada Roig**. Rio de Janeiro: Revan, 2005

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. tradução de Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. – 2ª edição – São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SILVA, Amanda Mendes da. **O trabalho como forma de ressocialização do preso**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 nov 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50269/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-presolei-execucao-penal/amp/>. Acesso em: 20 nov 2019.

SILVEIRA, Jamilli Fernanda Ramos da; HILLESHEIM, Jaime. **trabalho do preso: a estrutura prisional a serviço dos interesses produtivos**. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/180022/101_00261.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 10 nov. 2019.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru/** Drauzio Varella. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Humano ou Inumano?** Rev. secr. Trib. perm. revis. ISSN 2304-7887 (en línea) ISSN 2307-5163 (impreso) Ano 3, Nº 6; agosto 2015; Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n6.27>>. Acesso em: 17 nov. 2019