

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

**A FUNÇÃO (RES) SOCIALIZADORA DA PENA E SUA INEFICÁCIA NO SISTEMA
PENAL BRASILEIRO**

PEDRO REMUS MILEK

**Rio de Janeiro
2020 / SEGUNDO SEMESTRE**

PEDRO REMUS MILEK

**A FUNÇÃO (RES) SOCIALIZADORA DA PENA E SUA INEFICÁCIA
NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio José Teixeira Martins.

Rio de Janeiro
2020 / SEGUNDO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

RM642f Remus Milek, Pedro
A função (res)socializadora da pena e sua
ineficácia no sistema penal brasileiro / Pedro
Remus Milek. -- Rio de Janeiro, 2021.
85 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Pena. 2. Pena privativa de liberdade. 3.
Prisão. 4. Função ressocializadora. I. Teixeira
Martins, Antonio José, orient. II. Título.

PEDRO REMUS MILEK

**A FUNÇÃO (RES) SOCIALIZADORA DA PENA E SUA INEFICÁCIA
NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antonio José Teixeira Martins.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins – Orientador
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Prof. Dr. Tiago Joffily - Membro da Banca
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Prof. Ms. Rodrigo Machado Gonçalves - Membro da Banca
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

Rio de Janeiro
2020 / SEGUNDO SEMESTRE

Este trabalho é dedicado a toda a minha família,
que sempre esteve presente. E, em especial, aos
meus pais, a quem devo tudo que tenho e sou.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Evelize e Sandro, que desde o princípio fizeram de tudo que se possa imaginar para me oferecer sempre o melhor e, assim, tornaram esta conquista possível. Sem vocês eu não chegaria tão longe e espero retribuir todo amor e confiança que depositaram em mim, este é só o começo.

À minha família que, ainda que uma parte não sempre de maneira presencial, esteve comigo ininterruptamente durante toda a minha trajetória e nunca deixou que me faltasse apoio, carinho, risadas e ensinamentos. Aos meus primos Davi, Mônica e Tiago, que desde a nossa infância foram a minha fiel companhia – logo estaremos todos juntos novamente.

Aos meus camaradas André Gazzaneo e Andrey Garcia, que no decorrer dos últimos anos não desgrudaram de mim para nada, seja na Nacional, nos estágios, nas andanças pelo centro, seja durante provas ou em bares – os dois ao mesmo tempo, quem sabe? – vocês foram fundamentais na minha construção como pessoa e acadêmico. Ao meu amigo e irmão José Octávio, só tenho a te agradecer desde a época em que você não pegava o ônibus na frente do colégio, e por ter me apresentado coisas que hoje me definem como ser humano. É um prazer e uma honra dividir essa trajetória com vocês.

Aos meus amigos André Arbex e Allan Goldemberg, que fizeram a faculdade e a vida mais fáceis; obrigado pelas noites em que saímos de casa com o único propósito de estudar em grupo nas mesas da Moncorvo Filho. Aos demais amigos que fizeram parte dessa caminhada e me apoiaram em diversos momentos, não há palavras para agradecer o carinho que me deram.

Ao estimado professor Rodrigo Machado Gonçalves, responsável por instigar a área do tema desta pesquisa em mim e por lecionar algumas das melhores aulas que eu já tive. Ao meu orientador de monografia, Professor e Doutor Antonio José Teixeira Martins, por me fornecer conteúdo crítico e apresentar uma perspectiva sobre o assunto que eu não havia enxergado, mas que mudou o rumo deste trabalho e a minha forma de encarar a questão das penas e das prisões.

A todos os profissionais de saúde e demais envolvidos que verdadeiramente lutaram pela vida dos brasileiros contra a pandemia da Covid-19, seremos eternamente gratos.

*O departamento de polícia o perseguiu,
chamaram-no de Sr. Smith
Eles o pegaram por conspiração, mas nunca
souberam com quem
“Que horas são?” disse o juiz para Joey quando
se encontraram
“5 pra 10” disse Joey
E o juiz diz “essa é exatamente sua pena”
Ele cumpriu 10 anos em Attica, lendo Nietzsche e
Wilhelm Reich*

(Bob Dylan)

*Mas os senhores desejam condená-lo a um
castigo medonho e lamentável, ao mais terrível
castigo que se possa imaginar, ao mesmo tempo
salvando-o e levando a sua alma a renascer
eternamente? Se assim for, esmaguem-no com seu
perdão! Então, os senhores verão... os senhores
ouvirão a sua alma estremecer e exclamar,
tomada de horror: cabe a mim ser beneficiado
com esse perdão? Sou eu digno de tanto amor, de
tanto perdão?*

(Dostoiévski)

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo a análise da função ressocializadora da pena de prisão, com enfoque para sua aplicação no sistema penal brasileiro. Procura-se investigar a eficácia da ressocialização no âmbito da pena privativa de liberdade e também das condições oferecidas nas penitenciárias do país. Para tanto, realiza-se um breve estudo histórico e teórico sobre o desenvolvimento da pena, sua expansão e os sistemas penitenciários a que originou, bem como as suas formas adotadas na legislação vigente. A partir disso, examina-se as contradições internas existentes no ideal de ressocializar e as dificuldades encontradas na realidade prática dos cárceres, observando os efeitos que a punição possui nos detentos e como isso afeta uma possível ação pedagógica que se espera atingir. Por fim, ao constatar o cenário existente, demonstra-se a impossibilidade da realização de tal propósito e, de maneira breve, correntes alternativas que buscam solucionar o problema pelo fim da privação de liberdade como método principal de punição.

Palavras-chave: pena; pena privativa de liberdade; prisão; função ressocializadora.

ABSTRACT

The following study has as purpose the analysis of the resocializing goal of the prison sentence, focusing on it's application in the brazilian penal system. Searches to investigate the efficiency of this resocialization in the scope of the custodial sentence and also the conditions offered by the penitentiaries in the country. For that matter, briefly studies the history and theories about the development of the punishment, it's expansion and the penitentiary systems originated, as well as it's forms in the current legal system. From that, inspects the internal contradictions in the resocializing goal and the difficulties found in the reality of the prisons, noticing the effects that the punishment has in an inmate and how that affects a possible pedagogical action that is hoped to be achieved. Finally, when verifying the existing scenario, demonstrates the impossibility to achieve such purpose and, briefly, alternative theories that hope to solve the problem by the end of the custodial sentence as the primary method of punishment.

Keywords: penalty; custodial sentence; prison; resocializing goal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A PENA DE PRISÃO	12
1.1 Trajetória histórica da pena privativa de liberdade.....	12
1.1.1 A pena na Antiguidade.....	13
1.1.2 A pena na Idade Média.....	14
1.1.3 A pena na Idade Moderna.....	16
1.1.4 Período humanitário e os reformadores.....	18
1.2 Sistemas penitenciários.....	21
1.3 Teorias da pena.....	24
1.3.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	25
1.3.2 Teorias relativas ou preventivas.....	26
1.3.3 Teoria mista ou unificadora.....	28
2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO	30
2.1 Espécies de pena privativa de liberdade.....	31
2.2 Regimes penitenciários.....	35
2.2.1 Regime fechado.....	35
2.2.2 Regime semiaberto.....	37
2.2.3 Regime aberto.....	38
2.3 Lei de execução penal.....	40
3 DIFICULDADES DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA	42
3.1 Fins ocultos da pena.....	44
3.1.2 Contradições teóricas da pena e do ideal ressocializador.....	47
3.1.3 Consequências do ambiente sancionatório.....	48
3.1.4 Mazelas do processo penal.....	57
3.2 Realidade carcerária.....	61
3.2.1 Violência institucional.....	66
3.3 Problemática social.....	69
3.4 Alternativa abolicionista.....	75
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

A pena, enxergada pela imposição de um castigo como consequência a uma ação indesejada, assumiu diversas formas ao longo da história e, de mesma maneira, sempre despertou diversos questionamentos acerca de seus objetivos, seus métodos e suas consequências. Não diferente, os debates recentes sobre o tema cuidam cada vez mais da função declarada de ressocialização dos presos que foi assumida pela pena privativa de liberdade. O presente trabalho possui como objetivo uma análise dessa função dentro da ideia da punição em si e, não menos importante, com vistas à realidade carcerária brasileira.

De início, trata-se realizar um estudo sobre o desenvolvimento da pena de prisão desde a Antiguidade e suas mudanças de acordo com cada período histórico da humanidade para que, desse modo, seja possível entender seu conceito e sua dimensão atual. Não obstante, com a consolidação da pena privativa de liberdade, realiza-se uma análise dos sistemas carcerários que surgiram e das teorias formuladas para justificar tal punição.

Então, parte-se para a pena privativa de liberdade no contexto específico brasileiro, levando em consideração a legislação vigente no Brasil, em especial a Lei 7.210/1984, que dispõe sobre a execução penal no país e, portanto, possui grande influência na dinâmica das prisões brasileiras.

Na segunda parte do trabalho serão analisadas, enfim, as dificuldades que a ressocialização de um condenado enfrenta tendo em vista todo o processo histórico descrito e a configuração atual da pena e dos cárceres. Será tratado, para isso, desde as contradições teóricas da pena em sua forma moderna até os efeitos gerados nos detentos e os problemas práticos que se verificam tanto no processo penal quanto nas prisões em si.

Por fim, ao final da exposição, busca-se apresentar uma ótica da questão referente à realidade encontrada na sociedade que acaba por agravar e alimentar toda a problemática envolvendo a criminalidade e os cárceres do país, bem como demonstrar de maneira sucinta uma introdução ao pensamento teórico de doutrinas que propõem tratar do quadro por meio da abolição das prisões e assunção por parte do Estado dos problemas socioeconômicos que fomentam a crise carcerária.

Portanto, partindo do questionamento inicial acerca da eficácia da função ressocializadora da pena privativa de liberdade no Brasil, entendeu-se que a realização desse ideal é impossibilitada pelas características inerentes à própria pena, sendo que as condições fáticas do sistema brasileiro tampouco ajudam a melhorar as perspectivas e, em verdade, contribuem na degradação completa de quem passar por um estabelecimento penitenciário cumprindo pena por algum delito.

O método de pesquisa utilizado é o qualitativo em sua maioria, apresentando também dados estatísticos para melhor retratar a realidade carcerária. O estudo foi realizado a partir da pesquisa bibliográfica, em sua vasta maioria por livros que tratam do tema, contando também com legislações e pesquisa documental de pareceres e relatórios.

A PENA DE PRISÃO

1.1 Trajetória histórica da pena privativa de liberdade

Com o intuito de compreender o instituto da pena privativa de liberdade na sociedade contemporânea, bem como suas diversas facetas e, por fim, sua função declarada de ressocializar condenados, necessário se faz a realização de um breve estudo do seu desenrolar histórico e das ideias que permearam o conceito da prisão durante seu desenvolvimento.

Nesse sentido, importante salientar a distante e imprecisa origem da figura da pena dentro dos coletivos humanos, tendo em vista que a história do Direito Penal se confunde com a história do próprio homem. Nas palavras do professor Tiago Joffily:

A resposta social à prática de condutas lesivas aos interesses individuais e coletivos remonta aos primórdios da civilização. Mesmo nas primeiras sociedades primitivas, onde o poder ainda estava pulverizado entre os seus componentes, já existiam mecanismos de resposta àqueles que afrontavam as regras fundamentais de convívio pacífico e harmônico.¹

Assim, desde o início das relações humanas as penas tiveram como objetivo a solução remediação de algum mal praticado pelo infrator perante os demais, a fim de possibilitar uma convivência harmoniosa e preservar o interesse comum. Não significa dizer, entretanto, que a privação da liberdade sempre foi adotada pela humanidade como forma de castigo e repreensão.

Isso porque, conforme as sociedades foram evoluindo, os pensamentos e ideais de cada período foram se alterando e, com isso, aprimorando as ideias relativas ao Direito Penal. Dessa maneira, importante analisar o desenvolvimento da pena de acordo com os grandes períodos históricos do ser humano.

Nesse sentido, elucidada Cezar Roberto Bitencourt:

¹ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 27.

Por tudo isso, é imprescindível, para uma clara exposição que permita elucidar caminho tão intrincado, separar-se da cronologia que pode nos levar a equívocos. E então, considerando o homem delinquente – que desde Lombroso até hoje constitui o epicentro das elucubrações criminológicas e penitenciárias -, procurar elucidar as distintas formas em que seus atos foram puníveis, atendendo mais ou menos aos períodos da História da Humanidade.²

Portanto, partiremos para uma breve análise da pena de prisão de acordo com os mais importantes períodos do trajeto humano.

1.1.1 A Pena na Antiguidade

Na antiguidade, a privação de liberdade ainda não possuía os contornos de uma pena propriamente dita, como um castigo a uma infração, embora estivesse presente em determinados casos com fins específicos. De acordo com Bitencourt, apesar de não ser considerada sanção penal na época, a privação de liberdade existia e “serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados”.³

O encarceramento, então, era utilizado apenas como meio de contenção e custódia do criminoso até seu julgamento. À época, importante ressaltar que as penas em si comumente eram execuções e torturas diversas.

Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas.⁴

Assim, possível perceber que a privação da liberdade no período da Antiguidade não era vista como sanção para os infratores, mas apenas um método de custódia para o que, costumeiramente, viria a ser uma pena de morte.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 587.

³ Ibidem, p. 588.

⁴ Ibidem, p. 589.

Não obstante, mantinha-se presente na época uma ideia de justificativa divina para a aplicação de tais penas, longe de receber um apoio teórico-jurídico, que veio a se desenvolver apenas mais recentemente. Sobre o caráter religioso da pena, discorre Guilherme de Souza Nucci:

No Oriente Antigo, fundava-se a punição em caráter religioso, castigando-se o infrator duramente para aplacar a ira dos deuses. Notava-se o predomínio do talião, que, se mérito teve, consistiu em reduzir a extensão da punição e evitar a infundável onda de vingança privada. Na Grécia Antiga, como retrataram os filósofos da época, a punição mantinha seu caráter sacro e continuava a representar forte tendência expiatória e intimidativa. Em uma primeira fase, prevalecia a vingança de sangue, que terminou cedendo espaço ao talião e à composição.⁵

Tem-se, portanto, um quadro geral do Direito Penal que refletia os pensamentos atrasados da época em questão e que se transformaria apenas com o passar do tempo e com as transformações ideológicas que se seguiriam.

1.1.2 A pena na Idade Média

Apesar do avanço cronológico e com mudanças significativas nas sociedades humanas, no período da Idade Média a privação de liberdade continuou a existir predominantemente sem o caráter de sanção penal. A ideia de contenção e custódia de infratores ainda era aplicada e, com ela, penas de morte e as mais cruéis penalidades físicas. De acordo com Luís Garrido Guzman:

A privação de liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.⁶

Notável a presença de um aspecto mais cruel às sanções aplicadas, novamente correspondendo ao contexto histórico tratado. Entretanto, ainda na Idade Média surge a figura

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 54.

⁶ GARRIDO GUZMAN, Luís, 1983, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 590.

da prisão eclesiástica, representando um avanço no quesito ideológico do desenvolvimento da pena. Ainda de maneira severa, começou-se a colocar em prática a ideia de almejar o arrependimento de clérigos rebeldes, tendo em vista a forte influência da religião na sociedade da época e sua proximidade com o poder estatal. Explicita Bitencourt:

Recolhiam os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda. Por volta do ano 1000 descreve-se a prisão do mosteiro dos ‘clunienses’ como um aposento subterrâneo, sem portas nem janelas, ao qual se descia por uma escada. Tinha de ter luz para que os irmãos pecadores pudessem ler o breviário e os livros sagrados. A prisão canônica era mais humana que o regime secular, que era baseado em suplícios e mutilações, porém, é impossível equipará-la à prisão moderna.⁷

Ainda de acordo com Bitencourt, ‘o pensamento cristão, com algumas diferenças entre o protestantismo e o catolicismo, proporcionou, tanto no aspecto material como no ideológico, bom fundamento à pena privativa de liberdade’.⁸

Tiago Joffily, por sua vez, reforça que a confusão entre o direito e a moral é absoluta, instaurando uma visão maniqueísta do delito em que, ‘sendo a Igreja a única e legítima intérprete dos valores divinos e o soberano o próprio representante de Deus na terra, crime passa a ser tudo aquilo que estas instituições definem como demoníaco e perverso, em contraposição ao santo e puro’.⁹

É o início da ideia do encarceramento como uma pena propriamente dita, tendo como precursor desse movimento os pensamentos eclesiásticos. Importante virtude do direito penal canônico consiste, ainda, de acordo com Zaffaroni, em reivindicar o elemento subjetivo do delito em maior medida, trazendo um conceito penitencial que enxergava na pena a ideia de liberação.¹⁰

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 590.

⁸ Ibidem, p. 591.

⁹ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 30.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 173.

1.1.3 A pena na Idade Moderna

Na chamada Idade Moderna, imprescindível analisar a situação de dificuldade financeira e social que enfrentava a Europa, o que acabou influenciando no surgimento da pena privativa de liberdade de maneira definitiva. Assim descrevia o panorama De Groote, citado por Carlos García Valdés:

As guerras religiosas tinham arrancado da França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Estas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos. O parlamento tratou de enviá-los às províncias. No ano de 1525 foram ameaçados com o patíbulo, em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de dois em dois, em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez, em 1561 condenados às galés e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo expulsos da cidade.¹¹

Ainda, explica Bitencourt que o quadro descrito se espalhou por todo o continente europeu e ‘‘por razões de política criminal era evidente que, ante tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicá-la a tanta gente’’¹².

Dessa maneira, tornou-se necessário buscar uma pena alternativa à tradicional pena de morte, levando em consideração o grande número de pessoas que seriam afetadas pela aplicação de tais sanções. Importante notar, também, o aumento da criminalidade relacionado à extrema pobreza e crise socioeconômica da sociedade europeia, o que deixou parte da população à mercê da própria sorte.

No campo teórico, Tiago Joffily elucidava que a visão eclesiástica passa a ser superada por um novo paradigma que definiria a Idade Moderna e se pautaria principalmente no próprio ser humano, abandonando a explicação da realidade pela visão eclesiástica e adotando pensamento científico¹³. Dessa forma, ‘‘o exercício do poder punitivo – que já havia sido

¹¹ GARCÍA VALDES, Carlos, 1982, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 592.

¹² Idem.

¹³ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão:** discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 32.

monopolizado pelo Estado há séculos – passou a exigir justificação mais profunda do que a mera referência à violação da vontade divina”¹⁴.

Nesse mesmo diapasão, discorre a professora Angela Davis sobre o processo de consolidação do encarceramento como maneira primária de punição, estando esse intimamente relacionado à ascensão de uma classe burguesa como predominante e cujos interesses e aspirações patrocinaram novas ideias científicas e filosóficas.¹⁵

A partir disso, surge um novo pensamento aplicado à ideia da pena, qual seja a privação da liberdade do infrator com o intuito de buscar sua correção. De acordo com Bitencourt:

Os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até a metade do século XVI (1552), quando as condições socioeconômicas, especialmente, mudaram. Para fazer frente ao fenômeno sociocriminal, que preocupava as pequenas minorias e as cidades, dispuseram-se elas mesmas a defender-se, criando instituições de correção de grande valor histórico penitenciário [...] A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso.¹⁶

Há, portanto, a superação da visão simplista de vingança e das ideias eclesiásticas relacionadas à pena, surgindo um movimento que buscava atribuir à pena a função de, além de proteger a sociedade do criminoso, buscar a sua reforma por meio do trabalho.

Michel Foucault reforça o afrouxamento da severidade penal e o abandono do suplício corporal da pena são mudanças que “se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente”¹⁷.

¹⁴ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão**: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 33.

¹⁵ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 46.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 593.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão / Michel Foucault. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 21.

Ainda, conforme explicita Nucci, importante perceber que esse regime de imposição de trabalho forçado imposto aos condenados possuía também a finalidade de sustentar o capitalismo crescente por meio da mão de obra barata e sem as reivindicações dos trabalhadores livres.¹⁸

Corroborando com o pensamento Bitencourt ao afirmar que “não só interessa que o recluso aprenda a disciplina de produção capitalista, que se submeta ao sistema, mas que faça uma introspecção da cosmovisão e da ideologia da classe dominante (bloco hegemônico)”.¹⁹

Abre-se caminho, dessa maneira, para a consolidação da pena privativa de liberdade como método primário de sanção, tendo em vista sempre as necessidades socioeconômicas das classes dominantes de cada período histórico.

1.1.4 Período humanitário e os reformadores

Tendo em vista a transformação do conceito e da aplicação da pena até o período da Idade Moderna, com a construção de uma justiça punitivista, a forte presença de castigos físicos impostos aos infratores e posteriormente a consolidação inicial da privação de liberdade com objetivo de correção por meio de trabalho forçado, surge, em contrapartida, um movimento filosófico de ideias humanistas de pensadores inconformados com as crueldades até então aplicadas.

Sobre o assunto, discorre o professor Aníbal Bruno:

[...] nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel,

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 597.

assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação [...] as penas propriamente infamantes, e onde a pena privativa da liberdade, quando usada, se tornava hedionda pelas condições em que então se executava. [...] Esse era o quadro da prática penal nesses tempos. A razão da vingança social ou divina e o objetivo da intimidação e exemplaridade justificavam esses excessos, tudo à sombra de leis geralmente confusas e incertas, frequentemente contraditórias...²⁰

É esse cenário que propícia o surgimento da Escola Clássica liderada por Cesare Beccaria, trazendo ideias reformadoras do panorama do antigo sistema prisional. Dessa forma, influenciado por pensadores como Rousseau e John Locke, Beccaria²¹ baseava seu pensamento numa forte ideia de legalidade do delito e da pena, rejeitando a crueldade de sua época como a tortura e a pena de morte, acreditando na proporcionalidade da sanção ao dano causado. Nas palavras do autor:

Das simples considerações das verdades até aqui expostas resulta a evidência de que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. Como pode um corpo político que, longe de se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente em pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz, nos tormentos, retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida?²²

Além de sua forte noção de um contrato social, Beccaria também adotava uma concepção utilitarista da pena, defendendo uma noção de prevenção dos delitos acima do castigo puro. Defendia a pena como uma maneira do soberano, por meio das leis, reprimir uma vontade individual que configuraria um delito. Assim, o objetivo preventivo não deveria vir por meio do terror, mas sim pela eficácia e a certeza de punição para os infratores, afastando mais uma vez a ideia de vingança.²³

Nessa esteira, de acordo com o professor Tiago Joffily, tudo se resumia, em última instância, à análise dos benefícios práticos dos atos realizados. Dessa maneira, se o exercício

²⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral.** / Aníbal Bruno. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 88/90.

²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

²² *Ibidem*, p. 52/53.

²³ *Idem*.

do poder punitivo estatal tinha o propósito de garantir a segurança dos contratantes originários, a pena só seria legítima se conseguisse também prevenir a ocorrência de novas infrações.²⁴

Outros reformadores importantes da época foram John Howard e Jeremy Bentham, frequentemente mencionados dentro desse período humanitário tendo em vista a vertente de ambos relacionada ao descontentamento com os castigos desumanos e as condições precárias das prisões à época.

Howard e Bentham introduziram, de mesma forma, pensamentos sobre as condições físicas dos locais de encarceramento e também da própria arquitetura das prisões. Com efeito, de acordo com Nucci, Jeremy Bentham sugeriu a criação do “Panóptico”, que seria sua versão ideal de um presídio no qual todas as celas estariam voltadas para o centro e os condenados estariam sendo vigiados a todo momento. Traz o conceito da prevenção particular, aplicada individualmente ao infrator, e da prevenção geral, voltada para a sociedade.²⁵

Segundo Angela Davis, Jeremy Bentham acreditava que “os criminosos só poderiam internalizar hábitos de trabalho produtivos se estivessem sob constante supervisão. De acordo com seu modelo de Panóptico, os prisioneiros deveriam ficar em celas individuais em andares circulares, todas voltadas para uma torre de guarda de vários níveis”.²⁶

Quanto às condições do ambiente de uma prisão, John Howard demonstrou preocupação com o nível de precariedade encontrado na Inglaterra durante o século XVIII. Conforme Bitencourt:

Embora não tenha conseguido transformações substanciais na realidade penitenciária do seu país, é inquestionável que suas ideias foram muito avançadas para o seu tempo. Insistiu na necessidade de construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem ignorar que as prisões deveriam proporcionar ao

²⁴ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 39.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

²⁶ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 49.

apenado um regime higiênico, alimentar e assistência médica que permitissem cobrir as necessidades elementares.²⁷

Dessa maneira, iniciaram-se os primeiros debates com relação a diversos aspectos da pena privativa de liberdade que visavam combater as crueldades praticadas contra os infratores, adquirindo certo aspecto humanitário e, de mesma maneira, conciliando uma visão utilitarista para aperfeiçoar o trabalho realizado pelos encarcerados.

Sobre o assunto, esclarece Angela Davis:

Se combinarmos a ênfase dada por Howard à autorreflexão disciplinada com as ideias de Bentham no que diz respeito à tecnologia de internalização projetada para introduzir a vigilância e a disciplina na esfera de ação de cada prisioneiro, poderemos começar a enxergar como esse conceito da prisão tinha implicações abrangentes. As condições de possibilidade dessa nova forma de punição estavam fortemente ancoradas em uma época histórica durante a qual a classe trabalhadora precisava ser constituída como um exército de indivíduos autodisciplinados capazes de realizar o trabalho industrial necessário para o sistema capitalista em desenvolvimento.²⁸

Assim, possível perceber a construção do discurso utilitarista da pena para auxiliar no fomento do crescente sistema capitalista. Segundo o professor Juarez Cirino dos Santos, esse movimento histórico de exploração privada do trabalho carcerário se beneficiou “de gordas taxas de mais-valia da força de trabalho concentrada nas prisões, repetindo o mesmo discurso utilitário para encobrir o objetivo real de lucro puro e simples”.²⁹

1.2 Os sistemas penitenciários

Uma vez superada a ideia inicial da privação de liberdade como simples método de custódia e com a sua conseqüente transformação em um mecanismo de castigo em si, surgem os primeiros estabelecimentos destinados ao encarceramento de criminosos.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

²⁸ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 49/50.

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 477.

Com relação a esse movimento, observa Augusto Thompson que o uso generalizado da pena privativa de liberdade como método final de sanção teve como consequência a formação de comunidades nas quais convivem milhares de pessoas, o que deu origem a um sistema social próprio, com regimes internos próprios.³⁰

Nesse sentido, de acordo com Nucci, embora existam registros de modelos de prisão celular anteriores ao sistema americano, ‘‘criou-se, em 1818, a *Western Pennsylvania Penitentiary* e, na sequência, em 1829, a *Eastern State Penitentiary*, nos Estados Unidos. Era o denominado *sistema pensilvânico*, onde havia isolamento completo do condenado, que não podia receber visitas, a não ser dos funcionários’’.³¹

Assim, o chamado sistema pensilvânico possuía um modelo baseado no isolamento celular do infrator. Sobre o sistema, dispõe Juarez Cirino dos Santos:

O modelo filadelfiano de instituição penitenciária do final do século 18, inspirado na concepção religiosa Quaker, foi a alternativa para o trabalho carcerário no período da produção manufatureira: de um lado, o panótico de Bentham, como arquitetura disciplinar da instituição penal; de outro, o confinamento em celas individuais para oração e trabalho, como nova pedagogia da correção. A funcionalidade do panótico para instituições de controle – logo também para escolas, hospitais e fábricas – e a redução de custos administrativos explica a rápida difusão do modelo filadelfiano de prisão no capitalismo primitivo, de pequeno capital fixo e reduzida produtividade.³²

Posteriormente, visando o aperfeiçoamento do modelo existente, surge o chamado sistema auburniano. De acordo com Angela Davis, embora os dois sistemas fossem considerados antagônicos, as bases filosóficas em si não possuíam tantas divergências. Discorre a professora:³³

O modelo pensilvânico, que acabou por se cristalizar na penitenciária de Eastern State, em Cherry Hill – cujos planos de construção foram aprovados em 1821 –, enfatizava o isolamento completo, o silêncio e a solidão, enquanto o modelo auburniano preconizava celas individuais, mas trabalho em grupo. Esse modelo de trabalho

³⁰ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55.

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 472.

³³ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 50.

prisional, chamado de empregado, deveria ser realizado no mais completo silêncio. Os prisioneiros podiam permanecer juntos enquanto trabalhavam, mas com a condição de não se comunicarem. Por causa de suas práticas de trabalho mais eficientes, o modelo auburniano acabou se tornando dominante, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa.³⁴

Consolida-se, mais uma vez, um modelo prisional que se configura, em verdade, instrumento de poder buscando atender aos interesses da classe dominante também no sentido de continuar a oferecer a mão de obra barata dos apenados. Nesse sentido, discorre o professor Tiago Joffily que é possível perceber a concentração de poder nas mãos de determinada classe como instrumento para governos que atuam apenas de maneira a aumentar e conservar seu próprio poder.³⁵

De qualquer sorte, assim discorre Juarez Cirino dos Santos sobre os modelos penitenciários supracitados:

O modelo auburniano de penitenciária, conhecido como o sistema penal americano, introduz a exploração capitalista da força de trabalho encarcerada e organiza o trabalho na prisão igual ao trabalho na fábrica: a) durante o dia, o trabalho coletivo em máquinas na prisão, com a lei do silêncio para garantir a disciplina do trabalho em comum; b) durante a noite, confinamento celular. A dependência do sistema penitenciário em relação aos processos econômicos do mercado de trabalho social determina novos parâmetros de execução penal, que orientam o modelo de Auburn menos para a correção pessoal e mais para o trabalho produtivo. Dessa maneira, se a manufatura determina o confinamento solitário do modelo de Filadélfia, a indústria produz o trabalho comum do modelo de Auburn, com o *silente system* garantindo a disciplina da fábrica dentro do cárcere e permitindo a introdução de máquinas para o trabalho coletivo na prisão, abrindo novas possibilidades de exploração do trabalho carcerário por empresários privados.³⁶

Por fim, dentre os modelos destacáveis, cabe analisar o importante surgimento do regime progressivo, tendo como contexto uma consolidação cada vez maior da pena privativa de liberdade no sistema penal. De acordo com Bitencourt, esse apogeu da pena privativa coincide com o abandono dos dois sistemas penitenciários mencionados, quais sejam o

³⁴ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 50.

³⁵ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 28.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 474.

pensilvânico e o auburniano, com a adoção do sistema progressivo³⁷. Sobre o regime progressivo:

A essência do regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, do outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.³⁸

Nota-se, enfim, uma maior presença da ideia de reinserção do condenado à sociedade após o final de sua pena, representando o sistema progressivo um avanço ideológico nesse quesito. Afirma Nucci³⁹ que o modelo progressivo até hoje exerce influência nas legislações penais, tendo imposto na época um regime que buscava alterar positivamente a condição do condenado de acordo com seu comportamento e rendimento no trabalho.

Portanto, trata-se de um marco importante no desenvolvimento histórico da pena, representando um momento filosófico que introduzia uma visão diferente da pena privativa de liberdade, conferindo a ela um propósito maior de prevenção futura de delitos e reinserção no futuro dos já apenados. De acordo com Bitencourt, o regime progressivo significou um avanço penitenciário considerável, diminuindo o rigor das aplicações de pena e dando importância finalmente à vontade do recluso.⁴⁰

1.3 As teorias da pena

Ante o exposto, com vistas a prosseguir o estudo do instituto da pena privativa de liberdade, imprescindível analisar, de maneira sucinta, as chamadas Teorias da Pena que

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 179.

³⁸ Idem.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 179.

buscaram justificar a própria existência de uma punição aplicável a infratores, atribuindo ao poder punitivo uma função específica para tentar legitimá-lo.

Conforme elucida Tiago Joffily em seu estudo sobre a legitimidade do Direito Penal e do poder punitivo, em verificando-se a tentativa de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, “caso, para tal finalidade, o Estado passe a se valer de instrumentos repressivos que atinjam direitos fundamentais de terceiros, caberá a ele demonstrar a legitimidade de tal proposta, apresentando as razões éticas ou utilitárias dessa decisão política”.⁴¹

Dessa maneira, para fins de análise, costuma a doutrina separar tais teorias legitimadoras em três principais, quais sejam; as teorias absolutas/retributivas, teorias relativas/preventivas e teoria mista/unificadora da pena.

1.3.1 Teorias absolutas ou retributivas

Inicialmente, as teorias absolutas da pena são aquelas que, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, “sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores”⁴². Trata-se, portanto, apenas de um castigo imposto a um infrator tendo em vista o delito praticado.

Destacam-se, entre as teorias absolutistas, as correntes de Kant e Hegel que, apesar de possuírem o mesmo viés de legitimação da pena no próprio delito praticado, divergem quanto as concepções dessa justificativa.

De acordo com Salo de Carvalho, o modelo penalista de Kant rejeita a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, rejeita seu fim utilitário e possui como meta a simples imposição

⁴¹ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão**: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 112.

de um mal decorrente da violação de um dever jurídico, encontrando nesse mal sua exata proporção.⁴³

Já de acordo com o professor Tiago Joffily:

Ao tratar do direito penal mais especificamente, no entanto, Kant parece confundir a distinção entre direito e moral que ele mesmo convencionou [...]. Equiparando a lei penal ao imperativo categórico, Kant acaba reconhecendo que a pena é algo “ilimitadamente bom”, válido para todos os homens em todos os tempos, e que deve ser aplicada independentemente de qualquer benefício prático que se possa atingir, por simples constatação racional.⁴⁴

Por sua vez, Hegel partia de uma visão mais racional da aplicação da sanção justificada no próprio delito, sendo que, segundo Zaffaroni, a pena seria imposta como uma premissa lógica com caráter retributivo talional, sendo mero castigo a uma violação do contrato social. Sendo o delito uma negação do direito, a pena seria a afirmação desse direito, necessária pela afirmação do mesmo.⁴⁵

Conclui-se que, de maneira geral, para os adeptos das teorias absolutistas, a função única e legitimadora da pena seria retribuir um mal praticado por meio de um delito com outro mal, qual seja a pena, esgotando-se em si mesma.

Ora, não difícil se chega à mesma conclusão exposta por Tiago Joffily de que “se a finalidade de um direito penal constitucionalmente vinculado é de proteger, ainda que de forma subsidiária, os bens jurídicos fundamentais, então ele não pode utilizar um modelo punitivo que prescindia, de forma expressa, de todo e qualquer efeito social”.⁴⁶

1.3.2 Teorias relativas ou preventivas

⁴³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 120.

⁴⁴ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 46.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 252.

⁴⁶ JOFFILY, Tiago. op. cit., p. 108.

Representando um avanço teórico, as teorias relativas ou preventivas buscavam, como indica sua alcunha, prevenir a prática de novos delitos, em contraposição à teoria absoluta.

De acordo com Bitencourt:

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos.⁴⁷

Isto posto, importante apontar que a tese preventiva se subdivide em duas categorias, quais sejam a da prevenção geral e prevenção especial. Por sua vez, cada modalidade se divide, ainda, em positiva e negativa.

Nesse diapasão, de maneira sucinta, Zaffaroni discorre que a teoria preventiva geral tem como objeto os membros da comunidade jurídica em sua totalidade, enquanto a tese preventiva especial se volta, de maneira mais específica, para a figura daquele que cometeu um delito.⁴⁸

Assim, o meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo, assumindo, de acordo com o professor Juarez Cirino dos Santos a tradicional forma de intimidação penal para desestímulo dos novos delitos no seu viés negativo e apelando para a ideia de ordem social, orientação de ações e institucionalização de expectativas normativas no viés positivo.⁴⁹

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 112.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 430.

Do outro lado, a teoria da prevenção especial demonstra uma faceta voltada àquele que cometeu o delito, com ideais voltados para a ressocialização desses indivíduos. Assim, dispõe Juarez Cirino dos Santos:

A execução do programa de prevenção especial ocorre em dois processos simultâneos, pelos quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: por um lado, a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou ressocialização) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário.⁵⁰

Percebe-se que a função ressocializadora da pena começa a aparecer dentro desse viés positivo da teoria preventiva especial, uma vez que, nela, se busca que o indivíduo que cometeu o delito não volte a delinquir, utilizando como meio para tal objetivo ações de correção da sua personalidade. Tal ideal será analisado mais adiante, juntamente com as dificuldades práticas e teóricas que enfrenta, bem como suas contradições internas.

1.3.3 Teoria mista ou unificadora

Por fim, conforme sugere seu nome, a teoria mista busca agrupar os conceitos anteriores da pena de modo a ampliar seus resultados. Dessa maneira, segundo Juarez Cirino dos Santos, age para retribuir um mal praticado mediante compensação ou expiação da culpabilidade e, ao mesmo tempo, busca a prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica, além de intimidar novos criminosos pela ameaça, elemento da teoria preventiva geral negativa, bem como reforçar a confiança no sistema, configurando, por fim, característica da prevenção geral positiva.⁵¹

Sobre as teorias mistas, Zaffaroni discorre que “quase sempre partem das teorias absolutas, e tratam de cobrir suas falhas acudindo a teorias relativas. São as mais usualmente

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 428.

⁵¹ *Ibidem*, p. 432.

difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de outro, não se animam a aderir à prevenção especial”.⁵²

No entanto, realizando uma análise das teorias da pena como um todo, Luigi Ferrajoli⁵³ afirma que todas essas teorias são informadas unicamente pela máxima utilidade àqueles não desviantes, enquanto ignoram a perspectiva do desviante em si, que se torna um objeto de práticas correccionais ou de integração coagida.

Uma vez realizado o apanhado histórico da trajetória da pena privativa de liberdade, sua consolidação e conseqüente origem de sistemas propriamente penitenciários, voltados ao encarceramento como castigo ao delito, bem como a análise das teorias que buscam legitimar a aplicação de tais penas, cabe o estudo da pena privativa de liberdade inserida no ordenamento jurídico brasileiro atual.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 112.

⁵³ Ferrajoli, 1993, apud CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Tendo em vista a transformação e toda a construção feita ao redor da figura da pena, com influência de diversos pensadores e correntes filosóficas diferentes, possível estabelecer um estágio atual de falência teórica e prática da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, Bitencourt afirma que “atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional”.⁵⁴

Diante disso, cabe uma análise da sua estruturação no sistema jurídico brasileiro, encontrando-se, de início, prevista no artigo 32 do Código Penal de 1940:

Art. 32. As penas são:

I – privativas de liberdade;

II – restritivas de direitos;

III – de multa.⁵⁵

Destaca-se que o caráter perpétuo não é permitido pela legislação brasileira, segundo determinação constitucional prevista no artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição de 1988⁵⁶, sendo que o período máximo de aplicação da pena privativa de liberdade, anteriormente de 30 (trinta) anos passou para 40 (quarenta) com a redação da Lei 13.964/2019.⁵⁷

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.⁵⁸

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 622.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 32.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁵⁷ BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019.

⁵⁸ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 75.

René Ariel Dotti, por sua vez, enxerga a pena privativa de liberdade brasileira como a modalidade de sanção mais grave aplicada pelo ordenamento, sendo um reconhecimento de que, para determinados delitos, não reconheceu o legislador outra medida punitiva mais adequada para a repressão da criminalidade.⁵⁹

2.1 Espécies de pena privativa de liberdade

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a pena privativa de liberdade pode ser dividida entre reclusão e detenção, além da possibilidade da prisão simples em caso de contravenção penal.

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.⁶⁰

Sobre a distinção de ambas as modalidades, define Juarez Cirino dos Santos:

A diferença principal entre reclusão e detenção refere-se aos regimes de execução: a pena de reclusão, cominada em crimes mais graves, é executada nos regimes fechado, semiaberto e aberto; a pena de detenção, cominada em crimes menos graves, é executada nos regimes semiaberto e aberto – o regime fechado é exceção determinada pela necessidade (art. 33, caput, CP). Diferenças secundárias significativas são as seguintes: a) a medida de segurança aplicada em crimes de reclusão é a de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátricos; em crimes de detenção, é a de tratamento ambulatorial; b) a fiança em crimes de reclusão somente pode ser concedida pelo juiz; em crimes de detenção, pode ser concedida também pela autoridade policial.⁶¹

Dessa maneira, Bitencourt afirma que, apesar da percepção geral de que ambas não possuem diferenças acentuadas, as consequências que decorrem de cada uma não se confundem.⁶² Assim, tendo em vista que a pena de reclusão é aplicada aos delitos mais graves e a detenção aos menos graves, ‘a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime

⁵⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 488.

⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 33.

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 483.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 626.

fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado”⁶³.

Com efeito, sobre a detenção, a pena deve ser cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto, conforme se depreende do supracitado caput do artigo 33, Código Penal, sendo possível a regressão para o regime fechado.

A pena de reclusão, por sua vez, deve ser cumprida de início em regime fechado, semiaberto ou aberto, conforme disposição do mesmo artigo. De acordo com Cleber Masson, os critérios para a determinação do regime são os seguintes:

- a) O reincidente inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada. Para amenizar essa regra o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 269: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”;
- b) O primário, cuja pena seja superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la no regime fechado;
- c) O primário, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; e
- d) O primário, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.⁶⁴

Por fim, dispõe o Código Penal que a “determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.⁶⁵

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 626.

⁶⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – vol. 1 / Cleber Masson. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 806.

⁶⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 33, § 3º e artigo 59.

Da aplicação do artigo, entretanto, de acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig, adotando uma nova visão penal-constitucional, há de ser refutado o emprego das circunstâncias previstas em prejuízo do acusado, tendo que a fixação do regime inicial deve ser efetivada observando a necessidade de arrefecer os efeitos deletérios do encarceramento.⁶⁶

Sobre a possibilidade de regressão, entendida como a transferência de um regime para outro mais rigoroso, o condenado que estiver cumprindo pena em regime aberto pode ser transferido para o semiaberto ou fechado, enquanto o que cumpre em regime semiaberto pode ser realocado no regime fechado, estando prevista essas hipóteses quando o sentenciado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, ou ainda sofrer condenação por crime anterior cuja pena não se encaixa no regime atual, nos termos do artigo 118 da Lei 7.210/1984.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.⁶⁷

Quanto à regressão, afirma Roig que a ideia da regressão como forma de castigo é ontologicamente oposta à concepção democrática e moderna de execução penal, que por sua vez deveria primar pela redução da distância entre o encarceramento e a liberdade. De acordo com o autor, ‘‘para a psique humana, qualquer forma de regressão é intimamente associada ao fracasso ou à involução, ambos devastadores para a individualidade e autoestima da pessoa presa’’.⁶⁸

⁶⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 159.

⁶⁷ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigo 118.

⁶⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op. cit., p. 186.

Assim, no que toca à progressão, desde a reforma penal de 1984, a Lei de Execução Penal brasileira dispõe que a pena privativa de liberdade será executada de maneira progressiva, com a transferência de um regime para outro menos rigoroso a ser determinada pelo juiz, seguindo alguns requisitos necessários.⁶⁹

Entretanto, sobre o sistema progressivo adotado pela LEP (Lei 7.210/1984), discorre Bitencourt sobre o retrocesso sofrido em decorrência da Lei 10.792/2003 que:

dentre tantas outras, exclui expressamente o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico, além de criar o denominado regime disciplinar diferenciado. Para progredir, teoricamente, o condenado deverá cumprir, pelo menos, um sexto da condenação, e “merecer” o “benefício” evolutivo. Esse merecimento, contudo, será valorado pelo “bom comportamento carcerário” certificado pelo diretor do estabelecimento penitenciário. Não definiu, contudo, o novo diploma legal o que seja esse bom comportamento, lacuna que, certamente, será fonte de profundas divergências.⁷⁰

Importante notar que a regra para a progressão de regime sofre mudanças tendo em vista o caráter de alguns delitos cometidos. Segundo Juarez Cirino dos Santos, os condenados por crimes contra a administração pública terão a progressão condicionada à reparação do dano causado ou devolução do produto ilícito praticado (artigo 33, § 4º, CP), enquanto aquele condenado por crime hediondo ou equiparado poderá progredir de regime após o cumprimento de 2/5 da pena sendo réu primário e 3/5 sendo reincidente (artigo 2, § 1º, Lei 8.072/90), o que, segundo o autor, constitui “violação ao princípio constitucional de igualdade perante a lei (art. 5º, I, CR), porque representa discriminação fundada no tipo de autor”.⁷¹

Diante do quadro geral da pena privativa de liberdade brasileira, faz-se mister uma breve análise das principais características dos regimes penais previstos no ordenamento vigente no sistema brasileiro.

⁶⁹ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 639.

⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 485/486.

2.2 Regimes penitenciários

Conforme visto acima, aplicando os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal de 1940, nunca de maneira a causar prejuízo ao condenado, há que se estabelecer um regime inicial específico para concretizar o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Dentre os regimes possíveis no sistema penal brasileiro temos o regime fechado, semiaberto e aberto, de acordo com o disposto no artigo 33, §1º, Código Penal.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.⁷²

De acordo com Bitencourt, a escolha do regime apropriado é feita fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena, reincidência e mérito do condenado, dentro de um sistema progressivo.⁷³

2.2.1 Regime fechado

Inicialmente, conforme previsão legislativa, o regime fechado se configura como o processo mais rigoroso possível, devendo ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média. Dessa maneira, prevê o Código Penal sobre o regime fechado:

⁷² BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 33.

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 627.

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.⁷⁴

Sobre as características do regime, Juarez Cirino dos Santos retrata que o regime fechado se destina aos condenados a penas superiores a 8 anos e se caracteriza pelo trabalho comum interno ou em obras públicas externas durante o dia (exceção), além do isolamento durante o repouso noturno⁷⁵. Ainda, sobre a realidade prática, esclarece:

A realidade carcerária do regime fechado constitui negação absoluta do programa do legislador: o trabalho interno comum é privilégio de poucos condenados, o trabalho externo em obras públicas é raríssimo e o isolamento durante o repouso noturno é excluído pela superpopulação carcerária.⁷⁶

Com relação ao estabelecimento a ser cumprida a pena, o regime fechado prevê que seja a penitenciária, que, por sua vez, de acordo com a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), terá as seguintes características:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).⁷⁷

Ainda, no que tange ao local de construção dos presídios, elucida Roig que a previsão da LEP (art. 90) de que será realizada em local afastado do centro urbano, a distância que não

⁷⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 34.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 488.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigo 88.

restringa visitação, configura-se parte de uma política segregacionista que, na prática, acaba impondo dificuldades às visitas e restringindo a manutenção de laços familiares. Refere-se ainda ao mais danoso artigo 86, §1º, também da LEP (1984), que permite à União a construção de estabelecimento penal distante da condenação quando justificar-se no interesse público.⁷⁸

Importante notar também que, segundo Bitencourt, aquele que cumpre pena em regime fechado não tem direito a frequentar cursos profissionalizantes ou de instrução, da mesma maneira que o trabalho externo só é permitido após a satisfação de um sexto da pena.⁷⁹

2.2.2 Regime semiaberto

O regime semiaberto, por sua vez, é entendido como um meio termo quanto à rigurosidade da pena privativa de liberdade, estando previsto no artigo 35, Código Penal.

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

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

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.⁸⁰

Possível perceber, tão somente do caput do artigo supracitado, que, com relação ao regime fechado, os cursos profissionalizantes já são permitidos, bem como o trabalho externo, e o estabelecimento penal passa a ser colônia agrícola, industrial ou similar.

⁷⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 153.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 627.

⁸⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 35.

Conforme explicita Roig, nesses locais o condenado contará com alojamento coletivo que deverá possuir salubridade, alocação adequada dos presos e limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos da individualização da pena.⁸¹

Aspecto importante do regime, também, é a possibilidade das saídas temporárias e da permissão de saída, tendo em vista previsão dos artigos 120 e 122 da LEP (Lei 7.210/84).

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.⁸²

Assim, diminui-se o aspecto de encarceramento total daquele que cumpre a pena privativa de liberdade no regime semiaberto e aplicam-se institutos como os cursos profissionalizantes que visariam a questão reintegradora do preso.

2.2.3 Regime aberto

Por fim, temos no artigo 36 do Código Penal a previsão do regime aberto, baseando-se na ideia de autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

⁸¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 154.

⁸² BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigos 120 e 122.

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

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

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.⁸³

Assim, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, o ingresso no regime aberto pressupõe que o condenado trabalhe ou esteja em condições de trabalhar, tenha possibilidade de ajustamento ao regime e a prévia aceitação do programa e condições impostas pelo juiz, quais sejam; a permanência no local obrigatório durante a noite e dia de folga, respeito aos horários de entrada e saída, proibição de se ausentar da cidade sem autorização e comparecimento em juízo para reportar atividades.⁸⁴

Quanto ao estabelecimento em que deve ser cumprido o regime aberto, trata-se da Casa do Albergado (artigo 93, Lei 7.210/84)⁸⁵ e, de acordo com Roig, o prédio deve estar localizado em um centro urbano e ser caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, possuindo local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para serviços de fiscalização e orientação dos condenados.⁸⁶

Nas palavras de Bitencourt, “o maior mérito do regime aberto é manter o condenado em contato com a sua família e com a sociedade, permitindo que, dessa maneira, leve uma vida útil e prestante”.⁸⁷

Trata-se, dessa maneira, do regime em que o condenado terá mais contato com a sociedade e passará menos tempo encarcerado, realizando atividades como trabalho, realização

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 36.

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 490.

⁸⁵ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigo 93.

⁸⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 154.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 631.

de palestras e cursos, além de conseguir a manutenção regular do contato com pessoas de fora dos estabelecimentos penais.

2.3 Lei de Execução Penal

Com o intuito de materializar o cumprimento das penas no sistema penal brasileiro, a Lei de Execução Penal dispõe, logo em seu artigo 1º, o seguinte:

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.⁸⁸

Possível observar o objetivo da legislação penal de proporcionar ao condenado condições para integração social. Quanto a essa disposição, Roig afirma que a LEP traçou duas finalidades para a pena, quais sejam a efetivação de sentenças penais, destinadas a reprimir e prevenir delitos, e oferta de meios para que os apenados possam participar da comunhão social, aproximando-se das teorias de retribuição e prevenção especial da pena.⁸⁹

Entretanto, sobre esse viés teórico, dispõe o autor:

A prevenção especial positiva também padece de absoluta irrealizabilidade, pela própria essência do encarceramento, em especial em nosso país. Em primeiro lugar, o Estado não dispõe de políticas públicas efetivas e duradouras no sentido de integrar socialmente os egressos. Além disso, por si só, o encarceramento é fator de desagregação familiar, repúdio social, rotulação e dessocialização do indivíduo, sendo tais características ontologicamente incongruentes com a pretendida finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.⁹⁰

Augusto Thompson, por sua vez, ressalta que, apesar dos esforços legislativos no sentido de reforçar o objetivo de reabilitação dos condenados, os fins primários da pena de punição e intimidação permanecem intactos e prevalecendo, em caso de conflito, sobre a

⁸⁸ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigo 1.

⁸⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica** / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 12.

⁹⁰ Idem.

finalidade ressocializadora. Com efeito, completa o autor que “oficialmente, tem prevalência o alvo recuperação, mas não se autoriza seja obtido à custa do sacrifício dos objetivos punição e intimidação”.⁹¹

Na mesma direção aponta Roig, ao realizar um estudo sobre a Lei de Execução Penal (LEP), afirmando que as tipificações de faltas disciplinares e suas sanções remontam à sociedade escravista brasileira, diagnosticando uma dissociação entre a existência formal e material de axiomas constitucionais que se deve, segundo o autor, à “inarrredável e histórica visão segregacionista e retributivista da pena, encarada como legítimo instrumento de demarcação social, a despeito da falácia pseudo-humanista da ressocialização”.⁹²

Não menos importante, Tiago Joffily ressalta que, ainda que inicialmente seja possível conferir legitimidade às teorias preventivas da pena, uma vez que pautadas no valor maior da dignidade da pessoa humana, seria imprescindível a verificação de que as funções atribuídas encontram espaço na realidade fática.⁹³

Dessa maneira, cabe finalmente o estudo da função ressocializadora da pena privativa de liberdade, suas contradições teóricas e as dificuldades práticas que encontra no sistema penal brasileiro, resultando em um quadro geral que a impede de materializar seus objetivos, tendo em vista suas próprias características intrínsecas.

⁹¹ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4.

⁹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005, p. 15.

⁹³ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 88.

DIFICULDADES DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

Tendo em vista o exposto, a função da pena de reintegrar os presos à sociedade é vista inicialmente, em campos abstratos, com as teorias de prevenção especial positiva que buscam, por sua vez, evitar delitos futuros ao readaptar os detentos à vida social. Sobre as diversas facetas do discurso em volta do ideal em questão, Augusto Thompson elucida:

A ação que se pretende apropriada para transformar o criminoso em não-criminoso suporta vários nomes: recuperação, ressocialização, cura, educação, reeducação, reabilitação, regeneração, emenda e outras tantas, o que parece indicar, por um lado, que ninguém sabe precisar exatamente aquilo que se visa a conseguir, e, de outro lado, que o verdadeiro desígnio a ser alcançado se oculta sob o véu dessa rica proximidade.⁹⁴

Dessa maneira, com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, Juarez Tavares constatou que, normativamente, a prevenção especial positiva, amplamente prevista na jurisprudência, legislação e doutrina nacional, deve ser a referência para a análise do sistema prisional do país.⁹⁵

Entretanto, mesmo levando em consideração os esforços idealistas feitos no sentido de imputar um fim de reintegração social a uma ação que por si só se caracteriza como um castigo, o que se verifica é o conseqüente fracasso de tais premissas.

Ainda, corrobora com o pensamento a criminóloga Lola Aniyar de Castro ao afirmar que o fracasso, posto que existente, se configura somente em referência aos fins explícitos da pena e do tratamento⁹⁶, uma vez que, segundo a autora:

A reabilitação (ou ressocialização, reeducação, reinserção, readaptação etc., são centenas os qualificativos similares) constitui o mais refinado instrumento ideológico, mas também violento, de dominação. Através desses conceitos, que têm como pressuposto básico a inquestionabilidade dos valores representados no código ou, ao menos, a presunção e um consenso em torno deles, os indivíduos de conduta

⁹⁴ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 97.

⁹⁵ TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 13/14.

⁹⁶ DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação** / Lola Aniyar de Castro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 48.

dissonante (delinquentes) serão forçados a aceitar de novo os valores rejeitados. Forçados no seu nível mais íntimo – e, portanto, mais refinadamente violento –, o do convencimento, o da aceitação profunda do sistema.⁹⁷

No mesmo sentido caminha Zaffaroni ao dizer que a pena, como instrumento irracional, “há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder”.⁹⁸

Por sua vez, Augusto Thompson reforça que “numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder. E, obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes”⁹⁹. Sobre a importância das relações de poder e controle social por meio das leis, elucida Lola Aniyar de Castro:

[...] as relações de poder têm um peso específico. De modo que, se uma norma é criada, seu conteúdo se faz verdadeiro (por isso, pode-se compreender que o Direito tenha uma função performativa, isto é, “que realize algo com palavras”). É desta forma que as instituições nos aparecem, como se fossem objetivas, mesmo que não sejam mais que um ponto de vista sobre a realidade.¹⁰⁰

Em contrapartida, discorre Francesco Carnelutti que a pena deve servir não para tirar, mas para devolver a liberdade ao condenado. Defende o jurista italiano que “para responder à sua função, a pena deve resolver-se na imposição, ao réu, de um modo de viver, pelo qual ele possa, o mais rápido possível e o mais seguramente possível, alcançar o arrependimento e, com isso, readquirir a liberdade”.¹⁰¹

Assim, uma vez que traduzida em uma forma de expressão do poder e com fins próprios que conflituam entre si, cabe uma análise das características conceituais da pena em forma da privação de liberdade e todas as dificuldades da função de ressocialização.

⁹⁷ DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação** / Lola Aniyar de Castro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 48.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 106.

⁹⁹ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos** / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 47.

¹⁰⁰ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 212

¹⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** / Francesco Carnelutti. São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 62.

3.1 Fins ocultos da pena

Antes de entrar especificamente na problemática do ideal ressocializador dentro do campo teórico do instituto da pena, faz-se mister lembrar brevemente o movimento histórico da Idade Moderna que impulsionou a consolidação da pena privativa de liberdade nas sociedades ao redor do mundo.

Nesse diapasão, Lola Aniyar de Castro faz um apanhado histórico e remonta ao início do século XVII, quando a força de trabalho, por determinados motivos, acabou se tornando escassa e a economia estava decaindo, sobrando como alternativa ao problema a coerção¹⁰². Cita, para isso, o economista político Georg Rusche na ideia de que “teria sido uma crueldade economicamente insensata continuar acabando com os delinquentes [...] a pena privativa de liberdade substitui assim, as penas corporais e capitais. A ‘humanidade’ substitui a crueldade”¹⁰³.

De acordo com Pavarini, o antigo excesso de mão de força de trabalho que permitia a prisão ter uma função “destrutiva” deu lugar a escassez da mão de obra e resultou na função “produtiva” e o surgimento dos ideais reeducativos e de reinserção dos detentos para o mundo da produção.¹⁰⁴

Mantendo diálogo com esse pensamento, Tiago Joffily acrescenta que a realidade é produto de uma construção social realizada por meio de tipificações específicas¹⁰⁵. Dessa maneira:

¹⁰² ANIYAR DE CASRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 54/55.

¹⁰³ RUSCHE, Georg, 1976, apud ANIYAR DE CASRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 54/55

¹⁰⁴ PAVARINI, Massimo, 1976, apud ANIYAR DE CASRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 59.

¹⁰⁵ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 129.

A criminalidade não é uma realidade ontológica, pré-constituída ao direito penal, cabendo ao legislador apenas reconhecê-la e positivá-la. Na verdade, a criminalidade é produto de um processo de definição e tipificação de condutas como criminosas e de pessoas como delinquentes, variando de acordo com os interesses daqueles que detêm o poder de estabelecer rótulos.¹⁰⁶

É nesse contexto que a sanção ao crime se remodela e passa a contar com novos objetivos e, para atingi-los, novas diretrizes internas. A pena de morte deu espaço para a privação de liberdade e, nesse âmbito, criaram-se sistemas penitenciários voltados especificamente para a readaptação de delinquentes ao mercado de trabalho do universo capitalista.

Nas palavras de Angela Davis, “a prisão se tornou um buraco negro no qual são depositados os detritos do capitalismo contemporâneo. O encarceramento em massa gera lucros enquanto devora a riqueza social, tendendo, dessa forma, a reproduzir justamente as condições que levaram as pessoas à prisão”.¹⁰⁷

Ainda de acordo com a autora, importante notar que esse processo de normalização da prisão foi construído com o tempo no imaginário popular, com grande destaque para o papel da mídia nessa construção, seja por intermédio de filmes, documentários ou outros meios de comunicação. Como resultado, atualmente as prisões estão completamente naturalizadas na consciência coletiva que já adota essa estratégia como a única resposta possível a um crime, que nada mais é do que um ato que foi classificado legislativamente como desviante.¹⁰⁸

Não menos importante para o debate, o funcionamento das prisões adotou uma sistemática específica também, levando em consideração seus novos objetivos. Dessa forma, de acordo com Foucault, a forma disciplinar das prisões possui como modelos de referência aspectos de instituições como a família, o exército, oficina e a escola¹⁰⁹. Segundo o autor, “essa

¹⁰⁶ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 129/130.

¹⁰⁷ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 17.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 18.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão** / Michel Foucault. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 289.

superposição de modelos diferentes permite determinar a função de ‘adestramento’ no que ela tem de específico’’, criando ao mesmo tempo corpos dóceis e capazes.¹¹⁰

Entretanto, cabe vincular esse novo *modus operandi* ao objetivo não anunciado de defesa dos ideais capitalistas e industriais dominantes, sendo imprescindível que não o atrelem ao disseminado fim humanitário de ressocializar, tendo em vista que, inicialmente, os indivíduos que serão colocados nas prisões em sua maioria já não haviam sido integrados harmoniosamente com o resto da sociedade.

Nas palavras da professora Michelle Perrot, “o sistema penitenciário longe de reintegrar, ele expulsa, evacua, suprime os irrecuperáveis. Mas ao mesmo tempo revela talvez sua finalidade oculta e verdadeira: defender a sociedade industrial burguesa fundada sobre a propriedade e o trabalho”.¹¹¹

Ainda, trazendo uma visão ampla da exploração econômica que é feita sobre as prisões, e que nada se relaciona com a ressocialização de um detento, Angela Davis relaciona o complexo prisional ao complexo industrial militar, no sentido de quem ambos obtêm lucro enquanto produzem meios de matar e mutilar seres humanos e devorar recursos públicos¹¹². Nesse sentido:

Podem-se detectar tendências similares no complexo industrial-prisional. Ele não é mais um nicho menor para algumas empresas; a indústria da punição está no radar de incontáveis corporações nas indústrias de manufatura de serviços. Os presídios são identificados por seu potencial de consumidores e de mão de obra barata.¹¹³

É com base nessas ideias que Davis levanta o questionamento sobre a possibilidade de o castigo ser a consequência de outras forças e não a inevitável sanção a um crime. Argumenta

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão** / Michel Foucault. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 290.

¹¹¹ PERROT, Michelle. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros** / Michelle Perrot. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 265/266.

¹¹² DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura** / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 37.

¹¹³ Idem.

que a punição, em síntese, pode ser vista mais como consequência da vigilância racial e do fornecimento de indivíduos para a indústria da punição.¹¹⁴

Ao analisar o “fracasso” do instituto da prisão, Michel Foucault, por sua vez, elucida:

Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas. [...] Temos que nos admirar de que há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanhe sempre de sua manutenção.¹¹⁵

3.1.2 Contradições teóricas da pena e do ideal ressocializador

Levando em consideração o que foi previamente exposto, tem-se que a prisão possui suas origens voltadas exclusivamente para a satisfação das demandas de mão de obra das sociedades industriais e capitalistas que se desenvolveram. Inevitavelmente, o fim humanitário propagado de ressocialização que tenta servir de justificativa para as penas há de encontrar alguns obstáculos no seu caminho.

Inicialmente, Augusto Thompson afirma que, além do tratamento penitenciário, a pena possui como objetivos a punição retributiva por um mal causado, a prevenção da prática de novas infrações por meio de intimidação e a separação dos indivíduos da comunidade em geral. Trata-se, sem dúvidas, de imposição de um castigo indesejável que será aplicado como consequência de um ato praticado.¹¹⁶

A questão natural que se formula, conseqüentemente, é sobre a compatibilidade dessa repressão e intimidação com os preceitos da reforma e ressocialização de um detento. Rupert Cross sustenta que “obviamente faz sentido falar de intimidação individual como oposta à

¹¹⁴ DAVIS, Angela. **A democracia da abolição**: para além do império das prisões e da tortura / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 38.

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão / Michel Foucault. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 266/267.

¹¹⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 97.

reforma e falar que o Estado pune devidamente um ladrão condenado na esperança de que o medo de uma punição futura o impeça de cometer o crime novamente”.¹¹⁷

Assim, nas palavras de Bernard Shaw, “para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias”.¹¹⁸

Salienta Thompson que, tendo em vista as limitações presentes, uma reforma exclusivamente penitenciária, por mais fundos que se destinem, não seria suficiente para resolver os problemas sociais que se visam combater¹¹⁹. Segundo o autor:

Punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica. Daí fica extremamente difícil estabelecer uma teoria da punição reformadora.¹²⁰

Dessa feita, vejamos algumas condições propiciadas pelo ambiente do cárcere para aqueles que se buscam ressocializar, reintegrar à sociedade. Note-se, entretanto, que em um primeiro momento não se tratará das condições precárias originadas da falta de investimento ou superlotação, mas sim das simples consequências que a própria figura punitiva, no estado em que se encontra, impõe aos detentos.

3.1.3 Consequências do ambiente sancionatório

Saindo novamente do campo teórico, temos que os ambientes carcerários, conforme supracitado, para confirmar seus objetivos, são dotados de características próprias como, de

¹¹⁷ “Obviously it makes sense to speak of individual deterrence as opposed to reform, and to say that the State properly punishes a convicted thief in the hope that the fear of further punishment will stop him from offending again”. CROSS, Rupert. **Punishment, Prison and the Public** / Rupert Cross. Londres: Steves and Sons, 1971, p. 46, tradução minha.

¹¹⁸ SHAW, Bernard, 1971, apud: THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 98.

¹¹⁹ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

¹²⁰ Idem.

acordo com Augusto Thompson, a disciplina e a submissão a um regime de controle total, seja por meio de regulações excessivas, vigilância constante ou concentração de poder máxima, tratando-se sem dúvidas de um regime totalitário.¹²¹

É nesse sentido que Salo de Carvalho afirma que as instituições de controle, principalmente o cárcere, configuram modelos totalitários, sendo o cárcere, ainda, um sistema social anômalo em que relações doentias de poder se reproduzem e geram uma completa incapacidade de garantia de direitos.¹²²

Com relação às instituições totalitárias, Erving Goffman as definiu de tal maneira:

Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a sequência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição.¹²³

Ainda de acordo com o Goffman, existe nesses locais um controle de muitas das necessidades humanas por uma organização burocrática de grupos completos de pessoas, sendo no caso das prisões os detentos, que estariam, dessa maneira, sempre vigiados.¹²⁴

Todo esse controle constatado nas prisões se deve pois, segundo Thompson, “oficialmente, tem prevalência o alvo recuperação, mas não se autoriza seja obtido à custa do sacrifício dos objetivos punição e intimidação”¹²⁵. Assim, além dessas funções formais admitidas, o que se verifica, na prática, é a imposição de alguns objetivos informais, quais

¹²¹ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

¹²² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

¹²³ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos** / Erving Goffman. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p. 17/18.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ THOMPSON, Augusto. op. cit., p. 4.

sejam; impedir que os presos fujam e fazer com que a ordem seja mantida a qualquer custo na rotina intramuros¹²⁶. Elucida o autor:

Em geral esquecidos nas exposições doutrinárias, tais objetivos informais são cobrados com severo rigor pela sociedade, razão que os leva a se transformar, em verdade, na finalidade central dos estabelecimentos carcerários. Para eles dirigem-se, predominantemente, os controles do mundo livre, no sentido de fiscalizar lhes uma exata consecução, no mesmo passo em que aqueles controles demonstram frouxa vigilância no que respeita aos objetivos formais. [...] A reincidência presume-se que atinja os 70% entre nós, do que não há certeza por falta de estatísticas confiáveis, número, porém, que se pode considerar como muito provável em face dos dados precisos de outros países [...]. A recidiva implica a prova incontestável de que a instituição falhou no objetivo regeneração.¹²⁷

Nessa esteira, explica Augusto Thompson que, a despeito dos índices de reincidência elevados no Brasil, o fracasso de tal premissa não gera reações ostensivas ou manifestações vigorosas por parte da sociedade que, por outro lado, enxerga como escândalo público uma fuga de presos, um motim, homicídios intramuros ou notícias de caos relacionadas ao ambiente do cárcere.¹²⁸

De tal maneira, explica-se a preferência das penitenciárias por buscar otimizar o objetivo de manter a ordem e disciplina dentro das prisões, o que resulta na construção de um regime totalitário e controlador que, por sua vez, também gera suas consequências particulares em cada um dos detentos.

Com base nessa sistemática, Rodrigo Roig observou que a preservação da instituição prisão frente a atos considerados ameaçadores ou lesivos à ordem ou segurança se tornou viável por meio de normas penitenciárias que sempre refletiram as visões retribucionistas e preventivas acerca da função da própria pena, sendo utilizada de forma utilitária aos escopos de controle social.¹²⁹

¹²⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 98.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005, p. 11.

Adentrando nas disposições da legislação brasileira, Roig¹³⁰ faz menção a uma das faltas disciplinares instituídas na Lei 7.210/1984 (LEP), com relação à inobservância, por parte do encarcerado, do dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com que se relacione. Segundo o autor:

Tal norma evidencia, mais uma vez, o autoritarismo de nossas unidades prisionais e a subserviência irrestrita do apenado frente ao Estado. Prova cabal dessa 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 79).¹³¹

Fez referência ao Capítulo IV, “Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina”, da Lei de Execução Penal brasileira de 1984, que, assim como mencionado, prevê a obrigação dos detentos de serem obedientes, respeitosos e submissos à ordem carcerária.

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;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta; [...]¹³²

Cria-se, portanto, um ambiente extremamente hostil e controlador que, segundo Cezar Roberto Bitencourt, transforma o detento em uma pessoa passiva, uma vez que todas as suas necessidades dependem e são gerenciadas pela instituição¹³³. Assim, corrobora:

Na instituição total, geralmente, não se permite que o interno seja responsável por alguma iniciativa, e o que interessa efetivamente é a sua adesão às regras do sistema penitenciário. A passividade do interno, convertida em “pautas” normais de

¹³⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005, p. 151.

¹³¹ Idem.

¹³² BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigo 39.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / Cezar Roberto Bitencourt. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

comportamento, é o resultado natural que a instituição total produz. É mais uma razão a demonstrar a impossibilidade da ressocialização do delinquente pelo internamento.
134

No mesmo diapasão, Roig explica que cada um dos detentos é submetido a um processo de aculturação para se tornar um preso dócil e disposto a cumprir sem questionamentos as determinações das autoridades carcerárias¹³⁵. Em suas palavras:

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 criminológico “científicos” de cessação de periculosidade e de possibilidade de reinserção social, legítimos instrumentos lombrosianos baseados em meros juízos de probabilidade, que se protegem sob o manto ideológico de uma pretensa “humanização” do sistema penal. [...] Prova cabal da falência deste modelo de tratamento reside na dura realidade da reincidência da maioria dos apenados anteriormente contemplados com o benefício do Livramento Condicional. Estes mesmos apenados foram tidos, pelos especialistas em prognose criminal, como plenamente ressocializados e aptos ao retorno ao convívio social.¹³⁶

Na contramão desse processo indiscriminado de aculturação, Nilo Batista e Zaffaroni reforçam que a execução de uma sentença condenatória no âmbito penal implica “a gestão concreta de uma pessoa que tem necessidades fisiológicas, afetivas, intelectuais e sociais próprias, de acordo com suas reais características e que se vivenciam em um projeto existencial que envolve o tempo como essência”.¹³⁷

A despeito disso, conforme mencionado, o que se verifica é, de acordo com Rodrigo Roig, um “defensivismo carcerário” que “prima pela prevalência dos ideários de ordem e segurança, reforça a eliminação da individualidade e confirma o caráter autoritário impetuosamente refutado por muitas autoridades públicas”.¹³⁸

Logo, o que ocorre na prática é um controle ilimitado sobre a figura do detento que sacrifica completamente sua autonomia, uma vez que não lhe é permitido fazer escolhas

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / Cezar Roberto Bitencourt. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

¹³⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005, p. 141.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, Eugenio Raul, 1978, apud ROIG, Rodrigo Duque Estrada. op. cit., p. 22.

¹³⁸ Ibidem, p. 20.

mínimas, sendo todas as suas opções regradas e escolhidas pelos funcionários da penitenciária; tais escolhas, por sua vez, não possuem a preocupação de serem justificadas ou explicadas, tratando-se de um regime totalitário como o da prisão.¹³⁹

Ora, sendo assim, não se contesta o fato de que os ambientes intramuros disponibilizam aos detentos uma sistemática social que em nenhum aspecto se assemelha à vida em sociedade que as demais pessoas fora das prisões vivem.

Dennis Chapman ilustra aspectos dessa discrepância da seguinte forma:

Na vida civil, o cidadão é, geralmente, membro de uma família, de um grupo laboral, de um grupo de vizinhança, de uma comunidade local, que apresentam grande variação de interesses grupais, uma variação completa de idade e uma variedade infinita de ligações sociais. A maioria dos adultos tem relações sócio-sexuais de um padrão permanente, contínuo e, usualmente, heterossexuais. Na prisão, em contraste, as relações sociais são temporárias (pela duração da sentença) e compulsórias (geralmente, baseadas na residência em uma cela, bloco de celas ou pátio e no local de trabalho, embora algumas prisões os interesses grupais possam desenvolver-se). A variação de idade é estreita e as relações sócio-sexuais são, exclusivamente, homossexuais.¹⁴⁰

Portanto, para que sobrevivam nesses ambientes e, indo um pouco mais adiante, em tópico que será analisado posteriormente, para que consigam usufruir de seus direitos e privilégios dispostos em lei, os detentos devem passar por um processo específico de adaptação a um novo contexto social.

É nesse sentido que Augusto Thompson escreveu sobre uma sociedade *sui generis*, aquela desenvolvida dentro de outra sociedade, referindo-se à prisão e se baseando no fato de que, dentro dos muros, foram alteradas drasticamente várias características da comunidade livre.¹⁴¹

¹³⁹ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 60.

¹⁴⁰ CHAPMAN, Dennis, 1978, apud THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12.

¹⁴¹ THOMPSON, Augusto. op. cit., p. 22.

Utiliza-se, para isso, o conceito de ‘‘prisonização’’ que, de acordo com Donald Clemmer, consiste na assimilação de uma pessoa à cultura da unidade social do cárcere, adotando, em graus diferentes, o modo de pensar, os costumes e hábitos gerais¹⁴². Para o autor:

Transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traja as roupas dos membros deste grupo; é interrogado e admoestado; logo descobre que os custodiadores são todo-poderosos; [...] e, usando ou não usando a gíria da cadeia, ele vem a conhecer seu significado; acostuma-se a comer apressadamente e a obter alimento através dos truques usados pelos que lhe estão próximos. De várias outras maneiras, o preso novo desliza para dentro dos padrões existentes; [...] desconfia de todos, olha com rancor os guardas e, até os companheiros etc. Em suma: vem a aceitar os dogmas da comunidade.¹⁴³

Por óbvio, o chamado processo de ‘‘prisonização’’ implica, conforme elucida Bitencourt, na dessocialização do detento, que recebe um estímulo forte para rejeitar, de forma definitiva, as normas admitidas pela sociedade exterior¹⁴⁴. De acordo com Francisco Muñoz Conde:

Ocorre aqui um fenômeno criminológico comum a todas as instituições fechadas, que Clemmer chama de prisionalização e Goffman, por sua vez, denomina aculturação. O recluso adapta-se às formas de vida, usos e costumes impostos pelos próprios internos no estabelecimento penitenciário, porque não tem outra alternativa. [...] A prisionalização, enfim, tem efeitos negativos à ressocialização que o tratamento dificilmente poderá evitar.¹⁴⁵

No mesmo caminho, Thompson argumenta que, na medida em que ocorre a adaptação a um ambiente tão diferente, ocorre também a desadaptação à sociedade livre, sendo esse um dos motivos para boa parte dos egressos dos estabelecimentos carcerários voltarem a eles, pois se tornam uma espécie de clientela crônica das instituições.¹⁴⁶

¹⁴² CLEMMER, Donald, 1970, apud THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

¹⁴³ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / Cezar Roberto Bitencourt. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

¹⁴⁵ MUNOZ CONDE, Francisco, 1978 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 191.

¹⁴⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 103.

Para Marcos Rolim, o sistema penitenciário sustenta uma moralidade avessa àquela que é socialmente conhecida pelos demais cidadãos e tida como desejável no mundo fora das grades¹⁴⁷, isso por quê:

se os cidadãos imaginam que a disciplina seja um valor formado pelo autocontrole e pela dedicação autônoma, no mundo prisional a disciplina é concebida como a realidade da imposição de regras, por mais humilhantes ou absurdas que sejam. O preso ‘disciplinado’, então, não é aquele que alcançou o autocontrole, mas aquele que, submetendo-se, revela-se dócil e manipulável. A solidariedade, por certo, é um valor que todos estimam. Nas prisões, entretanto, o preso solidário com seus companheiros deve ser punido. Merecedor da confiança do sistema é o preso que delata. A coragem e a altivez, virtudes respeitadas por todas as civilizações, são sinônimos de mau comportamento nas prisões e assim sucessivamente.¹⁴⁸

Abrindo a discussão para uma outra área, Goffman destaca que alguns dos papéis sociais anteriormente exercidos pelo detento serão irrecuperáveis quando da sua saída da prisão. Assim, pode não ser possível, em ciclo vital posterior, recuperar o tempo empregado em empreitadas educacionais ou profissionais, em relacionamentos afetivos ou familiares.¹⁴⁹

Trata-se de uma dinâmica extremamente específica, distinta daquela encontrada do lado de fora dos muros e que oferece diariamente estímulos repressivos e controladores. Conforme explicita Thompson, a população carcerária fica comprimida em um espaço apertado, forçada a viver em conjunto e sem nenhuma privacidade individual.¹⁵⁰

Não obstante, note-se que todos os objetos que o preso necessita são oferecidos pela instituição, que se encarrega de fornecer materiais impessoais e idênticos, sendo certo que a alimentação, também a cargo da administração, é calculada para prover ao detento o mínimo possível para que sobreviva.¹⁵¹

¹⁴⁷ ROLIM, Marcos, 1998, apud CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 190.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos** / Erving Goffman. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974, p. 25.

¹⁵⁰ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

¹⁵¹ Ibidem, p. 64.

Não possuí, portanto, nenhum objeto ou roupa que possa identificar como pessoal, não se alimenta como quer ou, ao menos, de maneira respeitável e, por fim, age de maneira rotineiramente controlada e não é capaz de tomar decisões significativas por si próprio. Tudo isso ocorre, não se pode olvidar, sob constante vigilância.

Assim, analisando o processo de “desculturação” descrito, Tiago Joffily sustenta que:

qualquer pessoa que se ajuste a essa rotina não tem mais qualquer condição de agir como um homem livre. A pretensa função neutralizadora, que se prestaria à simples tarefa de impedir que o condenado pratique novos delitos enquanto estiver preso, se revela, na prática, um eficiente instrumento de desumanização, garantindo que o indivíduo devolvido ao convívio social, após o cumprimento da pena, estará muito mais propenso à prática de novos delitos do que quando foi privado de sua liberdade.¹⁵²

Para Juarez Tavares, “independentemente de qualquer regime ou de qualquer efeito supostamente benéfico que essa tarefa possa produzir no comportamento do condenado, a pena constitui sempre uma humilhação, que não desaparece nunca de sua vida futura”.¹⁵³

Corroborando com o pensamento, Michelle Perrot afirma que o discurso ideal das prisões não encontra verificação na realidade e, “em lugar desse indivíduo regenerado, sóbrio, submisso, trabalhador, com que sonham os textos, é um homem destroçado em seus mecanismos físicos e morais, profundamente desadaptado, que sai da prisão, isto quando ela não o destrói”.¹⁵⁴

Mais adiante, Jacqueline Bernat de Celis, de encontro com os pensamentos de Louk Hulsman, afirma que há casos em que a experiência penitenciária produz nos condenados um estigma profundo, sendo que as determinações legais decorrentes da condenação e a rejeição social podem acarretar na percepção da própria pessoa como desviante. Sintetiza que “nos

¹⁵² JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 144.

¹⁵³ TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 9.

¹⁵⁴ PERROT, Michelle. **Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros** / Michelle Perrot. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 269.

vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social”.¹⁵⁵

Em um estudo sobre os efeitos psicológicos que o ambiente pode desencadear nos presos, Bitencourt sustenta que:

A ausência de verdadeiras relações humanas, a insuficiência ou mesmo ausência de trabalho, o trato frio e impessoal dos funcionários penitenciários, todos esses fatores contribuem para que a prisão converta-se em meio de isolamento crônico e odioso. As prisões que atualmente adotam o regime fechado, dito de segurança máxima, com total desvinculação da sociedade, produzem graves perturbações psíquicas aos reclusos, que não se adaptam ao desumano isolamento. A prisão violenta o estado emocional, e, apesar das diferenças psicológicas entre as pessoas, pode-se afirmar que todos que entram na prisão – em maior ou menor grau – encontram-se propensos a algum tipo de reação carcerária.¹⁵⁶

Assim, sobre a lógica da ressocialização de um detento dentro do submundo do cárcere e das penas privativas de liberdade, não raramente se chega à mesma conclusão de Augusto Thompson de que, “treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas”.¹⁵⁷

3.1.4 Mazelas do processo penal

Nesta seção, importante salientar que não se objetiva realizar uma análise de todo o processo penal brasileiro e todas as suas questões controversas, visto que são demasiadas. Do contrário, realizar-se-á um breve apanhado de algumas características que se mostram cabíveis dentro do propósito do trabalho.

¹⁵⁵ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão** / Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993, p. 69.

¹⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / Cezar Roberto Bitencourt. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

¹⁵⁷ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12/13.

De início, vale perceber o instituto da individualização da pena, consagrado na Constituição Federal e presente tanto na aplicação da pena quanto no momento da execução penal. Confira-se:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;¹⁵⁸

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.¹⁵⁹

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.¹⁶⁰

Percebe-se, dessa maneira, que grande parte do futuro de um detento será decidido com base nos critérios pré-selecionados que vão desde os seus antecedentes até sua conduta social e personalidade. Ora, trata-se de dinâmica amplamente subjetiva e que, não obstante, regula desde a opção pela pena mais rigorosa (privativa de liberdade) até o andamento da sua execução.

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988, artigo 5, XLVI.

¹⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, artigo 59.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigo 5.

Nesse sentido, Salo de Carvalho afirma que a categoria “periculosidade” rompe com qualquer possibilidade de construção de um modelo de garantias, uma vez que representa o extremo oposto do princípio da presunção de inocência¹⁶¹. Complementa que:

Não esporádico, porém, justifica inúmeros juízos de reprovação encontrados em precedentes judiciais decorrentes de suas noções abertas e anoréxicas. Quanto à pena, os juízos de periculosidade sustentam a discricionariedade e o arbítrio judicial na fixação quantitativa; estruturam o saber criminológico psiquatrizado dos órgãos da execução penal subordinados à administração carcerária; e determinam as regras e as possibilidades de alcance das garantias por parte do condenado.¹⁶²

Ferrajoli, por sua vez, endossa a crítica ao dizer que a subjetivação do delito e da pena confia em critérios arbitrários de avaliação de uma anormalidade ou periculosidade do réu e frustra a ideia de garantias no processo penal, uma vez que utiliza parâmetros não identificáveis em bases legais.¹⁶³

Dessa maneira, dentro do universo de direitos e privilégios do detento que podem ser afetados no decorrer de sua pena, cabe observar o movimento de administrativização dos conflitos carcerários que, segundo Salo de Carvalho, constitui um grande óbice aos direitos dos presos e se revela um sistema sancionatório autônomo e adicional à pena já aplicada.¹⁶⁴

Isso porque, institutos da legislação penal brasileira como o regime progressivo e a regressão de regime dependem e são avaliadas - pela administração carcerária - a partir de um critério de meritocracia que leva em consideração o bom comportamento dos presos e o não cometimento de faltas. Na letra da lei:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...]

¹⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 136.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 174.

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo de. op. cit., p. 226.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;¹⁶⁵

Nas palavras de Salo de Carvalho, “mais que um estatuto regulador do cotidiano do cárcere, o sistema meritocrático cria regime de (i)legalidades que se impõem e sobrepõe à sanção, transformando o apenado em objeto passível de ‘benefícios’ segundo a sua (in)adaptabilidade à instituição total”.¹⁶⁶

Não menos grave, note-se a adoção de tipos genéricos pela LEP (Lei 7.210/1984) que, de acordo com Rodrigo Roig, suscitam profundas incertezas e geram insegurança jurídica aos reclusos. Para o autor, com a adoção de tais termos, “estar-se-á inviabilizando a ocorrência do contraditório no processo de execução penal, já que os termos valorativos, por sua própria natureza, são impassíveis de contestação pelo apenado”.¹⁶⁷

A título de exemplo, dispõe o artigo 50 da Lei de Execução Penal que constitui falta grave a posse indevida de “instrumento capaz de ofender a integridade física” de outra pessoa.

Acerca de termos que acarretam juízo de valor, utilizados pelo legislador e por juízes, sustenta Luigi Ferrajoli que representam uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais dos indivíduos.¹⁶⁸

¹⁶⁵ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigos 112, p. 1º e 118, I.

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226/227.

¹⁶⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005, p. 149.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

No dispositivo em análise há, ainda, o agravante de que a falta disciplinar se dá antes de qualquer ação negativa por parte do detento, uma vez que a mera posse de um instrumento que seja capaz de ofender a integridade da outra pessoa já basta. Ou seja, a administração penitenciária invade a esfera íntima do recluso e pune a mera intenção contrária à norma, ainda que tal ato nunca viesse a se materializar em efetiva lesão.¹⁶⁹

Assim, de acordo com Roig, esse quadro normativo faz parte de uma estratégia de controle disciplinar que produz a supressão da intimidade, do autodiscernimento e da confiança dos detentos no que diz respeito às suas garantias legais, uma vez que a efetividade de seus direitos elementares depende do arbítrio exclusivo das autoridades carcerárias e não da potestade do comando normativo.¹⁷⁰

Para Salo de Carvalho, apesar do processo formal de jurisdicionalização instaurado pela LEP, as reivindicações dos presos tendem a ser ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias sob o pretexto de manutenção da ordem.¹⁷¹

Considerando o quadro exposto, sobre a função ressocializadora da pena, Ferrajoli defende que a pena, haja vista seu caráter aflitivo e coercitivo, é um mal incompatível com objetivos humanitários de ressocialização e que somente seria justificável ‘se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais’.¹⁷²

3.2 Realidade carcerária

Ultrapassadas as questões inerentes aos fundamentos da função punitiva da pena que impossibilitam a ressocialização de um detento, importante reparar que, não menos importante,

¹⁶⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005, p. 150.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 138.

¹⁷¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 153.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 272.

as condições práticas e de fato das penitenciárias brasileiras tampouco facilitam o trabalho. Trata-se, assim, de um quadro generalizado de superlotação carcerária e falta de recursos para resolver os problemas estruturais das cadeias brasileiras.

Nesse sentido, Juarez Tavares levanta o olhar para a questão da vulnerabilidade dos detentos com relação ao Estado que, por sua vez, encontra-se responsável pelo controle absoluto da população carcerária, seja em caráter cronológico, físico ou epistemológico. Dessa maneira, o Estado se torna responsável por zelar pela integridade física, moral e psíquica dos presos.¹⁷³

É o que dispõe a própria Lei de Execução Penal, inclusive:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.¹⁷⁴

A despeito da previsão legislativa, as condições materiais dos detentos brasileiros são cada vez mais degradantes. De início, verifica-se que, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)¹⁷⁵, o número total de presos em território nacional, no ano de 2016, era de 726.712 mil pessoas para um sistema carcerário que deveria abrigar no máximo 368.049 mil presos. Ou seja, a taxa de ocupação do cenário é de 197,4%. Para ilustração, a taxa de ocupação no estado do Amazonas era, à época, de 483,9%.

¹⁷³ TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 14.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984, artigos 10 e 11.

¹⁷⁵ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** / Infopen. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 7/8.

No que diz respeito ao exercício de atividades educacionais, sejam relativas àquelas escolares e de formação ou de cunho laborativo, o relatório¹⁷⁶ demonstrou que em 2016 apenas 12% da população prisional brasileira estava envolvida em atividades de ensino escolar ou complementar e 15% com atividades laborais internas e externas. Note-se que há uma enorme quantidade de presos que não realiza nenhum tipo das atividades que, de acordo com a Lei de Execução Penal brasileira, são destinadas à futura reintegração dos presos à sociedade.

Com relação às condições encontradas pelos detentos nos estabelecimentos penais, a CPI do Sistema Carcerário, realizada em 2009 pela Câmara dos Deputados, constatou que a realidade é a de um ambiente cruel, desumano, animalesco e ilegal, em que os presos são tratados como ‘lixo humano’.¹⁷⁷

Para tanto, analisou a CPI que muitos dos estabelecimentos penais não possuía água corrente e de boa qualidade, a maioria das unidades possuía condições insalubres e em quase todas elas os presos reclamavam da qualidade da comida disponibilizada. Ainda, demonstrou o relatório que, apesar das péssimas condições, a assistência médica apresentada também era falha, cobrindo, à época, apenas 20% do total de presos.¹⁷⁸

Apesar de a Comissão Parlamentar ter demonstrado a situação do sistema carcerário de 2009, a realidade mais recente não apresentou melhoras gerais. De acordo com o Ministério Público, 5 anos depois da referida CPI, com relação às condições mínimas de sobrevivência digna, 58% dos estabelecimentos penitenciários tiveram suas condições sanitárias consideradas regulares ou ruins, a alimentação de mesma maneira em 29% deles e 56% não apresentava enfermarias.¹⁷⁹

¹⁷⁶ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** / Infopen. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 53/56.

¹⁷⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 192.

¹⁷⁸ Ibidem, 2009, p. 194/207.

¹⁷⁹ Ministério Público apud TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 21/23.

Ao realizar um diagnóstico da pena privativa de liberdade no Brasil, Cezar Roberto Bitencourt expõe os seguintes problemas existentes:

Maus-tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato [...]; superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar [...]; falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas); condições deficientes de trabalho [...]; deficiência dos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva [...]; regime alimentar deficiente...¹⁸⁰

Ora, configura-se então um quadro do sistema carcerário brasileiro que não poderia ser mais distinto do que o previsto na Lei 7.210/1984, com vistas à ressocialização dos presos. Assim, no que tange as teorias da prevenção especial positiva, de acordo com Juarez Tavares, “o sistema prisional brasileiro não apresenta as condições mínimas para a realização do projeto técnico-corretivo de ressocialização, reeducação ou reinserção social do sentenciado”.¹⁸¹

Por fim, cabe ressaltar que, conforme demonstrado em tópicos anteriores, mesmo que as condições materiais não fossem precárias, as características intrínsecas da pena privativa de liberdade já demonstraram ser obstáculos limitantes a essa reintegração social dos detentos.

Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde esclarece que a ressocialização pressupõe um processo interativo do indivíduo com a sociedade para que se adapte às suas normas. Entretanto, segundo o autor, nem mesmo as normas sociais podem determinar o processo de ressocialização, haja vista que não são imutáveis e permanentes. Conclui o autor que questionar esse processo “sem questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que pretende incorporá-lo (detento) significa aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar nenhuma de suas estruturas”.¹⁸²

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / Cezar Roberto Bitencourt. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 163/164.

¹⁸¹ TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 29.

¹⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco, 1975, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 146/147.

Augusto Thompson, ao afirmar que ‘reformatar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio, grande ou imenso não vai modificar a verdade da assertiva’¹⁸³, argumenta também que:

Atentemos para o seguinte: até hoje, em nenhum lugar, em nenhum tempo, nem nos países mais ricos e nos momentos de maior fastígio, sistema penitenciário algum exibiu um conjunto de recursos que tivesse sido considerado como, pelo menos, satisfatório. O que parece algo inviável, mesmo porque jamais foram estabelecidos precisamente, especificamente, quais seriam, em qualidade e quantidade, tais recursos ideais. Essa indefinição garante perpetuidade à justificativa mencionada, pois permite seja aplicada ad aeternum: se um novo estabelecimento é inaugurado, com mais e melhores recursos do que os existentes, e vem a falhar, vale, quanto a ele, a mesma explicação usada para os outros: carência dos recursos necessários sem que ninguém se dê ao trabalho de fixar, em quadro definido, os limites de tal “necessidade.”¹⁸⁴

Ora, parece que, ao analisar a situação, é possível apenas chegar a mesma conclusão de Juarez Tavares de que, considerada a evidente falta de comprovação empírica da realização do objetivo ressocializador, a melhora dos ambientes carcerários, cumprindo requisitos mínimos de humanidade e civilidade, pode ao máximo oferecer ao condenado uma informação de como se comportar em sociedade¹⁸⁵. Sustenta Juarez Tavares que:

À medida que aumenta no espaço público a consciência de que a ideia de reeducação ou de tratamento dos condenados por meio da pena de prisão possui um caráter ilusório, senão mesmo fraudulento pode-se valer da norma convencional que estabelece como função da pena a reforma e readaptação social do condenado como uma ideia capaz de opor um freio – certamente insuficiente, mas útil – à situação de total incivilidade jurídica do sistema carcerário brasileiro [...] é evidente que o respeito da dignidade do condenado implica per se a exigência de respeito às condições básicas de privacidade, higiene, integridade física e segurança.¹⁸⁶

Assim, ainda que não se atinja o objetivo final, a disponibilização de recursos para resolver os diversos problemas estruturais que assolam a realidade carcerária do país é capaz de, ao menos, permitir que os detentos cumpram seu tempo nas cadeias de maneira digna e de

¹⁸³ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16/17.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 30/31.

¹⁸⁶ Idem.

acordo com os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 impõe, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁸⁷

Por sua vez, ao realizar uma análise da legitimidade do direito penal e do poder punitivo com viés humanista, Tiago Joffily defende a fundamentalidade da persecução dos valores relacionados à dignidade humana, sendo que ambos – direito penal e poder punitivo – “só poderão ser considerados legítimos se forem empregados com a finalidade última de concretizar, na maior medida possível, os direitos fundamentais expressos na Constituição”.¹⁸⁸

3.2.1 Violência institucional

Não obstante seus problemas estruturais, verifica-se que o ambiente carcerário é caracterizado por diversas formas de violências institucionais que vão desde agressões físicas e verbais até abusos sexuais. Constitui, na prática, mais um fator agravante da impossibilidade de cumprimento da ação pedagógica sobre os presos, colaborando em verdade para a piora nos quadros psicológicos e físicos de cada um.

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988, artigos 1º, III e 3º, IV.

¹⁸⁸ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89.

De acordo com Rodrigo Roig, a execução penal no Brasil ainda é finalisticamente orientada para dar prioridade à proteção de aspectos como ordem, disciplina e segurança, o que acaba por justificar diversas atitudes que violam direitos fundamentais dos presos.¹⁸⁹

Nesse diapasão, faz-se mister analisar a questão sob a ótica dos próprios detentos, tendo em vista que tais questões, vivenciadas diariamente nas prisões, muitas vezes são escondidas do público em geral. Para tanto, imprescindível olhar para o Projeto Cartas do Cárcere, realizado pela Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais, órgão do DEPEN, que, durante o ano de 2016, compilou e analisou 8.818 cartas escritas por pessoas que se encontravam confinadas em estabelecimentos penais.¹⁹⁰

Com o intuito de mapear as demandas e denúncias dos presos brasileiros, o projeto expôs uma realidade dura que conta com os mais variados relatos de violências e abusos. Como consequência das condições encontradas dentro das grades, de acordo com Thula Pires, “irrompem gritos por afirmação de humanidade e de sua condição de sujeitos políticos que possibilitam externalizar os efeitos dessa engrenagem moderna/colonial de base escravista sobre todo o tecido social brasileiro”.¹⁹¹

Assim, conforme apresentado por Thula Pires, as cartas denunciam violências institucionais que vão desde a falta completa de assistência jurídica e aspectos como a não progressão de regime, até relatos de agressões físicas ou cobrança de propina de agentes penitenciários para proteção de detentos. Expõe a autora, por meio de um relato pessoal de um detento:¹⁹²

Aqui está acontecendo desvio de verbas, desvio de alimentação, abuso de poder, espancamento, negligência médica. (...) aqui, por exemplo, tá oito meses sem leite e o almoço é dois dedos de comida. (...) Será que não deram dinheiro o bastante pra ter comida nos fins de semana? (...) A cada dia que passa fica mais claro que o sistema penitenciário virou uma fábrica de faturar dinheiro” (SP 5-X).

¹⁸⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 96.

¹⁹⁰ PIRES, Thula et al. **Vozes do cárcere**: ecos da resistência política. Thula Pires, Felipe Freitas (orgs.). Rio de Janeiro: Kitabu, 2018, p. 19.

¹⁹¹ Ibidem, p. 207.

¹⁹² Ibidem, p. 274 e segs.

É possível perceber que as violências sofridas pelas pessoas confinadas em estabelecimentos penais brasileiros são várias e são constantes, deixando uma marca em todos os detentos no país. De acordo com outro relato divulgado, conta um recluso; ‘‘fui agredido física e verbalmente, socos e chutes e xingamentos como ‘seu negro sujo’ ‘seu negro’, nunca fui tão humilhado na minha vida’ (SPS-309)’’.¹⁹³

Não à toa, afirma Salo de Carvalho que ‘‘o sistema de controle penitenciário nacional está empiricamente voltado à penalização corporal; enquanto, normativamente, tem como norte a pedagogia disciplinar. Conforma, pois, um modelo otimizado de violação dos direitos fundamentais’’.¹⁹⁴

Ainda, não menos importante se mostra a questão da violência sexual e dos assédios sofridos por mulheres nas prisões ao redor do mundo, especialmente durante atividades como a revista íntima. Segundo Angela Davis, há uma violenta sexualização da vida prisional nas penitenciárias femininas, o que representa apenas uma continuidade do tratamento que mulheres recebem fora das grades¹⁹⁵. Explicita a autora:

O abuso sexual é incorporado às escondidas a um dos aspectos mais habituais do encarceramento feminino: a revista íntima. Como os ativistas e as próprias prisioneiras apontaram, o Estado está diretamente implicado nessa rotineirização do abuso sexual, tanto ao permitir as condições que tornam as mulheres vulneráveis à coerção sexual explícita imposta pelos guardas e por outros funcionários da prisão quanto ao incorporar, nas políticas de rotina, práticas como a revista corporal e o exame de cavidades corporais.¹⁹⁶

Com relação ao cenário exposto, Juarez Tavares alerta que, levando em consideração a falta de comprovação empírica da eficácia da função ressocializadora, a pena privativa de

¹⁹³ PIRES, Thula et al. **Vozes do cárcere: ecos da resistência política**. Thula Pires, Felipe Freitas (orgs.). Rio de Janeiro: Kitabu, 2018, p. 230.

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 220.

¹⁹⁵ DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 85/86.

¹⁹⁶ Idem.

liberdade deve oferecer um mínimo e civilidade para, eventualmente, fornecer ao condenado um parâmetro de como se comportar fora das grades.¹⁹⁷

A despeito disso, conforme verificado, a conclusão que se chega não poderia ser distinta da suscitada por Francesco Carrara de que ‘seduz os ânimos a perspectiva de um melhoramento da humanidade, mas quando para alcançar este fim se implementam meios violentos, sem a necessidade da defesa de outros, a aparente filantropia se degenera em um iníquo despotismo’.¹⁹⁸

3.3 Problemática Social

Outro prisma imprescindível para a análise das dificuldades do próprio conceito de uma função ressocializadora da pena diz respeito à questão dos problemas sociais que antecedem a condenação criminal de uma pessoa. De início, cabe salientar que também não se pretende esgotar a gama de problemas socioeconômicos que afetam nossa sociedade, todas as suas causas e consequências. Longe disso, trata-se de uma breve análise exemplificativa de questões que agravam a profunda irrealização do objetivo integrador.

Nesse sentido, importante notar que a população carcerária não diz respeito à totalidade de pessoas que cometem delitos previstos na legislação brasileira. Acerca do quadro, Augusto Thompson elucida que a maioria dos presos é constituída por pessoas com baixa condição financeira, das camadas sociais mais baixas da sociedade. Dessa maneira, define o autor que a pobreza é um traço pertencente ao encarceramento.¹⁹⁹

¹⁹⁷ TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro**, exarado aos 07 de abril de 2015, p. 30.

¹⁹⁸ ‘seduce los ánimos la perspectiva de un mejoramiento de la humanidad, pero cuando para alcanzar este fin se emplean medios violentos, sin que lo necesite la defensa ajena, la aparente filantropía degenera en un inicuo despotismo’. CARRARA, Francesco, 1996 apud CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 140, tradução minha.

¹⁹⁹ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 33.

Para compreender o cenário montado, faz-se mister aplicar ideias relativas aos estudos sobre crimes de colarinho branco, os delitos da classe alta. Assim, segundo o sociólogo Edwin Sutherland, por meio de suas pesquisas sobre o assunto, demonstra-se que o delito não se relaciona necessariamente com a pobreza ou condições associadas, sendo que as explicações criminológicas que tendem para essa narrativa negligenciam áreas de comportamento delitivo pertencentes, por exemplo, ao mundo dos negócios.²⁰⁰

Isso ocorre por alguns motivos, explica Lola Aniyar de Castro:

O crime de colarinho branco é um delito real, mas geralmente, não é chamado de delito. Em primeiro lugar, porque não se defendem tais condutas como delitivas nem recebem sentenças condenatórias no âmbito penal e ficam simplesmente sujeitas à jurisdição civil [...]. Em segundo lugar, porque não se inclui como delinquentes seus acobertadores, como se faz geralmente nos delitos comuns. Em terceiro lugar, porque os autores desses delitos gozam de imunidade pelo privilégio de classe dos tribunais e pelo poder que essa classe tem para influir na execução e administração da lei, o que os transforma em delinquentes privilegiados.²⁰¹

Dessa maneira, Thompson faz referência ao conceito de ‘cifra negra da criminalidade’, com relação à essa discrepância entre os crimes cometidos e os registrados. Segundo o autor, importante notar as estratégias e modelos de ações do Estado que ajudam no processo de criminalização das camadas sociais mais baixas, como por exemplo as denominadas ‘batidas policiais’, que consistem na invasão de áreas mais pobres por agentes policiais a procura de possíveis delitos; tal abordagem, entretanto, não é vista em zonas residenciais das classes médias e altas, cujas casas e atividades nelas praticadas permanecem em sigilo.²⁰²

Dessa maneira e de outras, criam-se mecanismos de controle social que auxiliam nos processos de criminalização. Elucida Lola Aniyar de Castro que ‘a reação social determinaria que a prática do controle selecionaria algumas pessoas, e não outras, para denominá-las

²⁰⁰ SUTHERLAND, Edwin, 1988, apud ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica**/ Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 186.

²⁰¹ ANIYAR DE CASRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 187.

²⁰² THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 3 e p. 64/67.

delinquentes, criando a delinquência também por essa via”. Trata-se do processo criminológico de “rotulação”.²⁰³

Acompanha-se dessa “rotulação” o que Max Weber chamou de “dominação legal” e se caracteriza pela expressão do poder da classe dominante por meio de estruturas jurídicas e procedimentos legislativos que formam um consenso em torno de um sistema.²⁰⁴

Não obstante, Michel Foucault defende que a penalidade seria, então:

Uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação.²⁰⁵

É nesse sentido que Thompson afirma que as causas do crime são, de maneira clara, a própria legislação penal e a atividade do mecanismo de repressão do Estado, sendo as demais explicações colocadas para justificar as violências contra as populações almejadas.²⁰⁶

Para traçar um cenário, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, 64% de toda a população carcerária é formada por negros e apenas 9% do total completaram o ensino médio de educação.²⁰⁷ Afirma Angela Davis que “o pânico moral que rodeia o crime não está relacionado a uma escalada do crime em nenhum sentido material. É sim a um problema de

²⁰³ DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação** / Lola Aniyar de Castro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 41.

²⁰⁴ Ibidem, p. 44.

²⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão** / Michel Foucault. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 267.

²⁰⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 42.

²⁰⁷ INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** / Infopen. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 32/33.

gerir grandes populações – especialmente de cor – que se tornam dispensáveis pelo sistema do capitalismo global”²⁰⁸.

Ao analisar o quadro, Tiago Joffily explicita que, na prática, os órgãos do sistema penal não possuem a capacidade e o interesse de agir de modo igualitário para todos no que diz respeito ao combate à criminalidade.²⁰⁹ Explica a dinâmica da seguinte maneira:

isso porque, ao lado das “regras gerais” (ou “superficiais”), que são as formalmente declaradas pelo ordenamento jurídico e pretensamente aplicadas pelos órgãos do sistema penal, existem “metarregras” (ou *basic rules*), que são regras de interpretação e aplicação das regras gerais, determinadas pelos estereótipos de criminalidade produzidos pela sociedade de acordo com um mecanismo de *feedback*, ou seja: os órgãos oficiais atuam de forma seletiva, transmitindo, assim, à opinião pública a sensação de que a criminalidade se identifica com determinado grupo social; essa mesma opinião pública, por sua vez, seguindo a definição corrente de criminalidade, influencia e orienta a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente seletiva.²¹⁰

Louk Hulsman, por sua vez, traz destaque para a questão do maniqueísmo que prevalece no âmbito da justiça penal, determinando que figuras como um juiz e um policial sejam vistos como “bons” e, automaticamente, se forme uma visão negativa da figura do “delinquente”²¹¹. Leciona o autor:

É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola. Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens.²¹²

²⁰⁸ DAVIS, Angela. **A democracia da abolição**: para além do império das prisões e da tortura / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 41.

²⁰⁹ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão**: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 134.

²¹⁰ Ibidem, p. 135.

²¹¹ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão / Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993, p. 57.

²¹² Idem.

Não menos importante, além desses movimentos de criminalização e rotulação, há que se observar a latente desigualdade econômica e social que configura a sociedade brasileira. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018 o rendimento médio mensal do 1% da população mais rica correspondia a 33,8 vezes mais que o rendimento mensal dos 50% com menos rendimentos. Na prática, um pequeno grupo de pessoas concentra grande parte da renda total nacional, enquanto a maioria da população possui renda baixa.²¹³

Sobre as consequências dessa dinâmica, Robert Merton alerta para a criação de uma cultura que define como meta para todos o sucesso monetário, dentro de uma sociedade capitalista que força essa visão, ao mesmo tempo que os meios para alcançar essa meta não são distribuídos de maneira igualitária. Dessa forma, surge uma tensão pela falta de meios legítimos para obter o sucesso monetário pregado.²¹⁴

Destaca Angela Davis o fato de que a lei não é capaz de analisar essas condições injustas que acarretam o cometimento de determinados delitos e fazem com que algumas comunidades possuam uma trajetória mais propensa às prisões²¹⁵. Argumenta a autora:

Para dar um exemplo mais concreto, um exemplo que se identifica com a formação do completo industrial-prisional, eu diria que, precisamente pelo fato de a lei ser incapaz de levar em consideração as condições sociais que tornam certas comunidades muito mais suscetíveis ao encarceramento do que outras, o mecanismo do devido processo formal justifica o caráter racista e de classe das populações carcerárias. A lei não se importa se esse indivíduo teve acesso a uma boa educação ou não, ou se ele/ela vive sob condições de pobreza [...] a chamada cegueira da justiça possibilita que o racismo latente e preconceitos de classe resolvam a questão de quem tem que ser preso ou não.²¹⁶

²¹³ IBGE. **PNAD Contínua 2018**: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>. Acesso em: 12 de fev. 2020.

²¹⁴ MERTON, Robert, 1957, apud ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 166.

²¹⁵ DAVIS, Angela. **A democracia da abolição**: para além do império das prisões e da tortura / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 88.

²¹⁶ Idem.

Demonstra-se, portanto, que a própria sociedade, à qual pretende-se realocar um detento após sua pena, é responsável por reproduzir as condições cruéis e desiguais que marginalizam grupos de pessoas e levam muitos à prisão.

Trata-se de um sistema desumano que se retroalimenta e, uma vez que um detento inicia sua jornada em um estabelecimento penitenciário, tende somente a assimilar padrões e, de acordo com as estatísticas analisadas, possui pouca chance de aproveitar um tratamento educacional/laborativo que poderia ajudá-lo de alguma maneira.

É o processo de prisonização descrito por Augusto Thompson que atinge os detentos e os força a se encaixarem nas duras rotinas penitenciárias. Segundo o autor, “adaptar-se à cadeia, destarte, significa, em regra, adquirir as qualificações e atitudes do criminoso habitual. Na prisão, pois, o interno mais desenvolverá a tendência criminosa que trouxe de fora do que a anulará ou suavizará”.²¹⁷

Não diferente foi o entendimento da Câmara dos Deputados ao realizar a CPI do sistema carcerário em 2009, dispondo no relatório final que:

O Estado que sonogou direitos elementares ao preso, sonoga a estes os mesmos direito no interior dos estabelecimentos. Dessa forma, após anos no cárcere, aquele que cumpriu sua obrigação legal é posto na rua sem instrução, sem capacitação, com idade avançada e o que é pior: com o atestado de preso. O resultado dessa combinação de omissões e ações irresponsáveis é a reincidência expressa em novos crimes.²¹⁸

Assim, fica evidente a ineficácia da prisão para com todos os seus fins pretendidos. Conforme sustenta Tiago Joffily, no que diz respeito à prevenção especial positiva, o processo de “desvio secundário” e de etiquetamento, bem como as consequências da dinâmica carcerária sobre os detentos, acabam por invalidá-la²¹⁹

²¹⁷ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95/96.

²¹⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 280/281.

²¹⁹ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 142.

A função preventiva especial negativa, por sua vez, também não se confirma na prática, seja porque os detentos continuam praticando crimes enquanto encarcerados, seja porque dentro das prisões não ficam alheios ao processo de desculturação latente²²⁰. Já quanto à função preventiva geral negativa:

Realmente, a se acreditar que a tipificação de condutas como crime tenha algum efeito na motivação do indivíduo, as “cifras negras” verificadas pelas investigações empíricas deveriam servir como um estímulo, e não como uma barreira, ao desvio, pois a constatação de que somente eventualmente algumas poucas infrações penais são, de fato, punidas reforçaria a certeza da impunidade, e não o medo de ser apanhado.²²¹

Diferentemente do anunciado por meio das funções manifestas da pena, afirma Davis que “a prisão é a solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais que não estão sendo tratados pelas instituições sociais que deveriam ajudar as pessoas na conquista de uma vida mais satisfatória”²²². Define-a, por fim, como uma maneira ilusória de esconder as pessoas na esperança de que, com elas, sumam os problemas sociais que elas enfrentam.

3.4 Alternativa abolicionista

Da mesma maneira que no tópico anterior, não se almeja esgotar o conteúdo teórico envolvendo as teorias abolicionistas, pretendendo-se apenas demonstrar a existência de pensamentos que objetivam uma proposta alternativa para o dilema do poder punitivo materializado na pena privativa de liberdade que, conforme exaustivamente se procurou ilustrar, não é capaz de atingir seus objetivos (expressos) e, do contrário, perpetua os problemas sociais existentes.

²²⁰ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 143.

²²¹ Ibidem, p. 145/146.

²²² DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura** / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 39.

Trata-se de uma discussão que objetiva introduzir o pensamento de uma sociedade em que a pena privativa de liberdade não seja encarada como a única, ou ainda como uma das soluções possíveis para a resolução de conflitos. Tendo em vista todo o contexto explorado, não se pode analisar as prisões sem levar em consideração os problemas estruturais da comunidade em geral.

Nesse sentido, afirma Augusto Thompson que:

A questão penitenciária não tem solução “em si”, porque não se trata de um problema “em si”, mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta qualquer autonomia. A seu turno, a questão criminal também nada mais é que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária.²²³

Entretanto, o imaginário popular não consegue se desvincular da tão dominante concepção de punição por meio da pena privativa de liberdade. Jacqueline Bernat de Celis, em obra conjunta com o abolicionista Louk Hulsman, afirma que o natural é pensar sobre a prisão de uma maneira puramente abstrata e a tratamos como necessária e suficiente, sem pensar no castigo em si²²⁴. Expõe, dessa maneira:

Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa à toa. [...] Mas, é também um castigo corporal. Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias onde predominam as féculas - não é por acaso que as cáries dentárias e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provações físicas que agridem o corpo, que o deterioram lentamente [...] A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril.²²⁵

²²³ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 110.

²²⁴ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão** / Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993, p. 61.

²²⁵ Idem.

A partir disso, Louk Hulsman sustenta que a apropriação dos conflitos pelo sistema penal não resolve a criminalidade. Do contrário, não consegue prover às vítimas justamente a ajuda que necessitam e se apropria do protagonismo na ação contra quem comete o crime. Em contrapartida, o autor reforça o modelo da justiça civil que permite a interação entre as partes verdadeiramente envolvidas.²²⁶

Em seu estudo sobre tal proposta abolicionista, Lola Aniyar de Castro esclarece que toda a situação conflitiva possui diversas respostas possíveis, enquanto o sistema penal, ao se apropriar da questão, oferece unicamente a saída da privação de liberdade para o considerado culpado²²⁷. De acordo com a autora:

Se o sistema penal é mau (pelas razões expostas, mas também pela constatação de que as pessoas conhecem pouco da lei; porque se sabe pouco sobre o efeito da intimidação [...] e menos ainda sobre a suposta educação moral que esse sistema proporcionaria [...]) por que não recorrer a outros sistemas legais? O sistema civil e o sistema administrativo, segundo Hulsman, também têm efeitos preventivos.²²⁸

Outra questão apontada nos estudos abolicionistas de Hulsman é sobre a necessidade de eliminação do conceito de ‘crime’, a renovação do discurso e, em conjunto, o questionamento sobre diversos comportamentos que poderiam ser de mesma maneira descriminalizados. Para isso, relembra debates sobre o homossexualismo, a prostituição e o consumo de bebidas alcoólicas que, em determinados períodos, eram ações penalmente condenáveis.²²⁹

Ao analisar a proposta de Hulsman, Zaffaroni destaca pontos de encontro com o abolicionismo de Nils Christie, mas observa que este demonstra uma linha de raciocínio baseada em referências históricas e modelos já existentes – experiência dinamarquesa, por

²²⁶ HULSMAN, Louk, 1984, apud ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 235e segs.

²²⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 238.

²²⁸ DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação** / Lola Aniyar de Castro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 141.

²²⁹ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão** / Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993, p. 97.

exemplo —, focando em aspectos como a dissolução das relações horizontais e comunitárias face ao direito penal e a verticalização corporativa.²³⁰

Cria-se, dessa maneira, um debate sobre algumas questões controvertidas do sistema penal que teoricamente encontram dificuldades de se sustentar, enquanto na prática já resta mais que evidenciada a falência de todo o sistema e, em específico, da pena privativa de liberdade.

Entretanto, a proposta abolicionista tampouco encontrou forte sustentação teórica a ponto de ser colocada em prática. Para Angela Davis, ao se propor a abolição das prisões, deve-se acompanhar da criação de uma série de instituições sociais com vistas a resolver os problemas mencionados das sociedades atuais e, dessa maneira, tornar as prisões naturalmente obsoletas²³¹. Explica a autora:

Existe uma conexão direta com a escravidão: quando a escravidão foi abolida, os negros foram libertos, mas lhes faltava acesso a recursos materiais que lhes possibilitariam moldar vidas novas, livres. As prisões prosperaram no último século precisamente por conta da falta dessas estruturas e pela permanência de algumas estruturas da escravidão. Elas não podem, portanto, ser eliminadas, a não ser que novas instituições e recursos estejam disponíveis para essas comunidades, que fornecem, em grande parte, os seres humanos que compõem a população carcerária.²³²

Eugenio Raúl Zaffaroni, por sua vez, aborda a questão das teorias abolicionistas reconhecendo suas limitações e defende uma proposta de direito penal mínimo, sendo este “de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos que deslegitimam o direito penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça”²³³.

²³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 100/101.

²³¹ DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura** / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020, p. 90/91.

²³² Idem.

²³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 106.

Dessa maneira, Tiago Joffily demonstra que, por meio de uma “doutrina negativa e agnóstica da pena”, Zaffaroni realoca o pensamento jurídico-penal para uma função realista baseada no respeito aos direitos fundamentais e com aplicabilidade imediata²³⁴. Explica:

Desta forma, propõe o ilustre professor argentino uma “doutrina negativa e agnóstica da pena”, a demonstrar que o direito penal não possui funções declaradas preventivas (porque inidôneas) e não compactua com as funções reais do poder punitivo (seja porque não as conhece, seja porque, quando precisadas, mostram-se contrárias ao objetivo de proteção dos direitos humanos). Nesse sentido, a pena, como expressão do poder punitivo, seria somente “uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”. O que se quer não é uma imediata abolição do direito penal, mas somente adequá-lo a uma função exclusivamente limitadora do poder punitivo, de maneira que, este sim, possa – ao menos tem termos ideais – vir a ser superado algum dia.²³⁵

Por fim, importante apenas ressaltar que, por mais que não sejam exatamente novos, tais movimentos e propostas abolicionistas se mostram crescentes e buscam questionar a legitimidade do poder punitivo materializado na pena privativa de liberdade e das prisões que, apesar de, atualmente, estarem revestidas de um objetivo final humanizado e com vistas à reintegração social, falham em todos os níveis anunciados e propagam um sistema cruel que estigmatiza e marginaliza um recorte específico da população.

²³⁴ JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal** / Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161.

²³⁵ Idem.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico buscou estudar a eficácia da função ressocializadora da pena no contexto do sistema penal brasileiro e verificar se tal princípio orientador, disposto explicitamente na legislação do país, consegue ser cumprido e produzir efeitos práticos reais. Nesse sentido, objetivou-se demonstrar, a princípio, a ineficácia da ressocialização dos detentos por meio da pena privativa de liberdade.

A importância do tema é autoexplicativa quando inserida para debate levando em consideração as condições sociais e econômicas do Brasil, tendo em vista, inclusive, que recentemente foi aprovada a Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, que, dentre outras alterações, aumentou o limite máximo de cumprimento de pena de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos.

Observa-se que a questão da criminalidade e do sistema penal continua sendo alvo de discussões, haja vista todo o cenário de desigualdade socioeconômica do país e as elevadas taxas de superlotação dos presídios brasileiros. A despeito do que foi tratado no trabalho, uma das recentes soluções legislativas adotadas foi justamente aumentar a quantidade limite de tempo que um condenado pode passar dentro de uma prisão.

Entretanto, em resposta ao questionamento proposto neste estudo, demonstrou-se que a pena privativa de liberdade não é capaz de atingir seus objetivos anunciados de ressocialização e, inclusive, conforme constatado, não consegue cumprir também com os demais objetivos também traçados de prevenção criminal.

Para isso, realizou-se de início um apanhado histórico do caminho percorrido pelo instituto da pena e todas as suas alterações sofridas de acordo com as mudanças nas estruturas das sociedades humanas. Transforma-se, portanto, do simples objetivo de infligir dor corporal, para a consolidada privação de liberdade como castigo.

Dessa maneira, mostrou-se necessário também a análise dos sistemas penitenciários que se formaram e das teorias que buscaram justificar a imposição dessas penas, o que serviu de base para a configuração do sistema penal da maneira em que se encontra atualmente. Analisou-se, então, a estrutura legislativa da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico vigente no Brasil, além de uma breve análise da Lei de Execução Penal.

Por fim, depois de oferecer suporte histórico e teórico, o trabalho pretendeu se voltar para as conseqüentes contradições da função ressocializadora da pena que apontam para a sua esperada ineficácia. Demonstrou-se que as próprias concepções teóricas da repressão e imposição de uma pena conflituam com a ação pedagógica de reintegrar um detento à sociedade, configurando um sistema de controle total que força o apenado a se inserir em uma dinâmica cruel e oposta à da sua vida fora das grades.

Nesse sentido, o ambiente carcerário tende a produzir efeitos contrários aos esperados em um condenado e moldá-lo, em verdade, para obedecer a estímulos que diferem dos esperados na vida em comunidade. Assim, o apenado tende a se desadaptar ao convívio externo e apenas se degradar dentro dos estabelecimentos penitenciários, perdendo sua identidade e sendo retirado de seu círculo social.

Agravando o quadro, as condições fáticas encontradas nos presídios brasileiros configuram um grave desrespeito aos direitos básicos do ser humano, desde a superlotação até a falta de higiene e atendimento hospitalar, bem como os diversos relatos de abusos e violências institucionais que predominam nas cadeias do país.

Além disso, o trabalho pretendeu mostrar que as condições da própria sociedade não são as ideais para receber um ex-presidiário que cumpriu sua pena, sendo que, em verdade, a própria desigualdade socioeconômica instaurada é responsável pela marginalização e conseqüente criminalização de determinadas camadas da sociedade. Trata-se, portanto, de um sistema de exclusão que se retroalimenta e impede que os marginalizados consigam de estabilizar na sociedade.

Tendo em vista as condições analisadas e a declarada ineficácia da função ressocializadora da pena, a parte final do estudo dedicou-se a apresentar uma visão abolicionista que recebe todas as críticas feitas à pena privativa de liberdade e ao sistema carcerário e entende que, para realmente resolver a questão criminal, as prisões deveriam deixar de existir como opção primária de poder punitivo e, ao mesmo tempo, o Estado deveria ser o responsável pela criação de instituições sociais que visem reparar os problemas socioeconômicos que desembocam e causam toda a deficiência do sistema penal, bem como por garantir a efetivação dos mandamentos constitucionais de um Estado Democrático de Direito atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Manual de Criminologia Sociopolítica** / Lola Aniyar de Castro, Rodrigo Codino. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** / Alessandro Baratta. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / Cezar Roberto Bitencourt. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984.
- BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. / Aníbal Bruno. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. / Salo de Carvalho. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. / Francesco Carnelutti. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CROSS, Rupert. **Punishment, Prison and the Public** / Rupert Cross. Londres: Steves and Sons, 1971.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura** / Angela Davis. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** / Angela Davis. 1 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação** / Lola Aniyar de Castro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão** / Michel Foucault. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos** / Erving Goffman. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão** / Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993.

IBGE. **PNAD Contínua 2018: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>. Acesso em: 12 de fev. 2020.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** / Infopen. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal**/Tiago Joffily. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1** / Cleber Masson. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERROT, Michelle. **Os excluídos da história:** operários, mulheres e prisioneiros / Michelle Perrot. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

PIRES, Thula et al. **Vozes do cárcere:** ecos da resistência política. Thula Pires, Felipe Freitas (orgs.). Rio de Janeiro: Kitabu, 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal:** teoria crítica / Rodrigo Duque Estrada Roig. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral** / Juarez Cirino dos Santos. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

TAVARES, Juarez. **Parecer sobre a situação concreta do funcionamento do sistema prisional brasileiro,** exarado aos 07 de abril de 2015.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária** / Augusto Thompson. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** – O crime e o criminoso: entes políticos / Augusto Thompson. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro:** volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.