



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ROSEMARI AMÉRICA DE OLIVEIRA

REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO

**Assis/SP
2018**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ROSEMARI AMÉRICA DE OLIVEIRA

REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientanda: Rosemari América de Oliveira
Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA, Rosemari América de
Reincidência e Ressocialização / Rosemari América de Oliveira.
– Assis, 2018.
84p.

Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito – Fundação Educacional do
Município de Assis – FEMA
Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

1. Reincidência. 2. Ressocialização.

CDD: 341.53321
Biblioteca da FEMA

REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO

ROSEMARI AMÉRICA DE OLIVEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: Profª Maria Angélica Lacerda Marin

Examinador: Profª Lenise Antunes Dias de Almeida

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao meu filho Fernando, ao meu neto Gabriel que foram à motivação para que eu concluísse esse curso eles sempre me incentivaram. São os amores da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter permitido eu estar aqui com saúde, me proporcionando força e determinação para poder concluir esse curso.

Agradeço a minha família em especial meu filho e meu neto, que muito me incentivaram e pelo amor que nos une. Por eles eu não desisti.

Agradeço as minhas amigas Tatiane Ferreira e Beatriz Yera Bedusque pela amizade, companheirismo e parceria nos momentos de dificuldades. Amizade que pretendo levar para a vida toda.

Agradeço ao professor Rubens Galdino da Silva pela sua dedicação e orientação sem qual não teria conseguido concluir esse estudo.

Agradeço a minha querida orientadora Professora Maria Angélica Lacerda Marin pela total atenção, orientação, dedicação, amizade, apoio técnico e confiança, sendo o norte em meus estudos com palavras incentivadoras.

Aos amigos e professores de classe da turma de Direito da Fema que contribuíram de alguma forma para eu chegar até aqui.

“A prisão é o único lugar onde o poder pode manifestar – se nu, nas suas dimensões mais excessivas, justificado como poder moral”.

Paul Michel Foucault

RESUMO

O presente estudo analisa os altos índices de reincidência criminal e questiona a ineficácia dos programas de ressocialização aplicados pelo Estado, bem como os princípios que orientam o Direito penal e a Lei de Execução Penal em consonância com a problemática do sistema carcerário brasileiro.

O sistema carcerário do brasileiro está a ponto de um colapso, pois a superlotação das prisões constitui-se talvez o maior problema a ser enfrentado na atualidade na área da Segurança Pública, e uma das causas, certamente é a questão da reincidência criminal, que faz agravar o problema.

Quando o preso é condenado à lei determina que durante o cumprimento de sua pena o Estado proporcione a ele condições de recuperação para que possa retornar ao convívio social e não volte a praticar o crime. O Estado não tem cumprido de forma eficaz o que a lei determina, existe grande dificuldade em lidar com as questões que se refere à ressocialização do preso por falta de uma política direcionada para o problema.

O sistema carcerário atual não visa à recuperação e sim apenas o isolamento social do preso, nas prisões não há estrutura real para que os condenados possam se recuperar e se preparar para o retorno a vida através da qualificação profissional, a população carcerária tem aumentado de forma acelerada, os programas que existem não atendem a todos que desejam e quando saem das prisões não estão qualificados, não recebem acompanhamento.

As prisões acabam por funcionar como verdadeiras escolas do crime. E por fim, a sociedade que tanto clama por segurança pública não participa desse processo e na maioria das vezes age de forma preconceituosa.

Palavras chaves: Reintegração - Ressocialização

ABSTRACT

. The present study analyzes the high rates of criminal recidivism and questions the ineffectiveness of the resocialization programs applied by the State, as well as the principles that guide criminal law and the Criminal Enforcement Law in line with the problems of the Brazilian prison system.

The prison system of the Brazilian is on the verge of collapse, as overcrowding of prisons is perhaps the biggest problem to be faced today in the area of Public Security, and one of the causes is certainly the question of criminal recidivism, which makes aggravate the problem.

When the prisoner is condemned to the law, he determines that during the fulfillment of his sentence the State provides him with conditions of recovery so that he can return to social life and do not re-commit the crime. The State has not effectively fulfilled what the law determines, there is great difficulty in dealing with issues concerning the re-socialization of the prisoner for lack of a policy directed to the problem.

The current prison system is not aimed at recovering, but only at the social isolation of the prisoner, in prisons there is no real structure for the condemned to recover and prepare for a return to life through professional qualification, the prison population has increased programs that exist do not serve everyone who wants and when they leave prisons are not qualified, they do not receive follow-up.

The prisons end up functioning like true schools of the crime. And finally, the society that cries out for public safety does not participate in this process and most of the time acts in a prejudiced way.

Key words: reintegration - resocialization

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Pena Privativa de Liberdade.....	53
Figura 2: Quantidade de presos no sistema carcerário.....	64

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCs	Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidações das Leis Trabalhistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COESPE	Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DISEP	Departamento Integrado de Segurança Pública
HC	Habeas Corpus
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LINDP	Lei de Introdução as Normas do Direito Penal
LEP	Lei de Execução Penal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	16
2.1 Conceitos e características do direito penal	16
2.2 Conceito de princípios.....	17
2.3 Os Princípios fundamentais do direito penal	18
2.3.1 Princípio da dignidade humana.....	18
2.3.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal	19
2.3.3 Princípio da proibição da analogia “<i>in malam partem</i>”.....	20
2.3.4 Princípio da anterioridade da lei penal	21
2.3.5 Princípio da limitação das penas	21
2.3.7 Princípio da responsabilidade pessoal.....	22
2.3.8 Princípio da intervenção mínima.....	23
2.3.9 Princípio da lesividade “<i>nullun crimen sine injuria</i>”	23
2.3.10 Princípio da culpabilidade “<i>nullun crimen sine culpa</i>”	24
2.3.11 Princípio da proporcionalidade	25
2.3.12 Princípio da individualização da pena	26
2.3.13 Princípio da insignificância	26
2.3.14 Princípio da adequação social	27
2.3.15 Princípio da fragmentalidade.....	28
3. DISPOSIÇÕES SOBRE LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SOBRE A PRISÃO	29
3.1 LEI nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal.....	29
3.1.1 Finalidade da execução penal	29
3.1.2 Finalidade da pena.....	30
3.1.3 Breve histórico sobre o surgimento da LEP	30
3.1.4 Natureza jurídica	31
3.1.5 Humanização, garantias processuais e princípios da LEP.....	32

3.1.6 Autonomia do direito de execução penal e competência	33
3.2 Prisão	34
3.2.1. Breve histórico sobre as penas de prisão	36
3.2.2 Espécies de prisão privativa de liberdade no Brasil	40
3.3 Pena privativa de liberdade	52
3.3.1 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade	53
3.3.2 Regras Para a fixação da pena	56
3.3.3 Trabalho do preso.....	57
3.3.4 Educação do preso.....	60
3.3.5 Remissão pelo estudo e trabalho.....	62
4. A REICENDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL	63
4.1 Conceito geral de reincidência criminal.....	65
4.2 Os índices de reincidência criminal no estado de São Paulo	67
4.3 Perfis do condenado	68
4.3.1 Migração	68
4.3.2 Cor.....	68
4.3.3 Ocupação	69
4.3.4 Escolaridade	69
4.3.5 Idade	69
4.3.6 Crime.....	69
4.3.7 Periculosidade	70
4.3.8 Instrução recebida dentro das unidades prisionais	70
4.3.9 Tempo de cumprimento da pena.....	70
4.4 Análises dos índices	71
4.5 Ações voltadas para reintegração do preso	72
4.6 O desafio da ressocialização	74
4.7 Conclusões da pesquisa realizada pelo Ipea.....	75
4.7.1 As assistências	75

4.7.2 O semiaberto.....	76
4.7.3 A separação por tipo penal.....	77
4.7.4 A família.....	77
4.7.5 A aproximação sociedade e cárcere.....	77
4.7.6 O direcionamento de uma política nacional.....	77
4.7.7 A geração de emprego e capacitação do preso.....	78
4.7.8 O acompanhamento dos egressos.....	78
4.7.9 Os servidores do sistema carcerário.....	79
4.7.10 As drogas.....	79
4.7.11 A juventude.....	79
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	82

1. INTRODUÇÃO

Cerca de 70% das pessoas que passam pelo sistema carcerário no Brasil voltam a praticar o crime. A LEI Nº 7210/84 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS) cita em seu Art. 1º, que a execução penal tem por objetivo, não só efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal como também proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A ressocialização deve possibilitar aos condenados o retorno ao convívio social com possibilidades reais de recuperação através do trabalho, do estudo e da reinserção familiar. A reincidência criminal tem se mostrado como um verdadeiro termômetro indicador da ineficiência do Poder Público em relação ao processo de recuperação dos apenados. Pesquisas apontam várias dificuldades que impossibilitam ao Estado fazer cumprir na íntegra o que determina a Lei de Execução Penal no que se refere à reintegração social do condenado.

Os programas de ressocialização existentes têm se mostrados ineficazes na recuperação do indivíduo. No Brasil não existe a prisão perpétua e nem se adota a pena de morte, a pena máxima a ser cumprida não ultrapassa os 30 anos, conforme determina o (Art. 75 do CP), portanto todo condenado um dia retornará ao convívio social.

Ao término de cumprimento de suas penas os ex - detentos não recebem um acompanhamento efetivo por parte dos órgãos responsáveis pelo egresso, conforme determina Art. 25 parágrafos 1º e 2º, da LEP. Além disso, a falta de qualificação profissional e o preconceito social decorrente dos antecedentes criminais configuram-se como um grande obstáculo para o retorno do indivíduo ao convívio social. O nosso sistema penal prioriza o isolamento social, não se preocupando com a questão da reeducação e ressocialização, indo na contra mão do que determina a lei.

Abordaremos nesse estudo os Princípios do Direito Penal que servem como base na construção das leis penais, a análise da Lei de Execuções Penais que normatiza o cumprimento da pena e a questão da ressocialização, os fatores que dificultam a aplicação correta da lei, bem como possíveis soluções e como a sociedade pode contribuir para a solução desse problema.

Para cumprir os objetivos da proposta inicialmente no primeiro capítulo vamos tratar dos Princípios e características do Direito Penal Brasileiro.

No segundo capítulo trataremos das Disposições sobre a Lei de Execuções Penais e sobre a Prisão.

No terceiro capítulo abordaremos a Reincidência Criminal no Brasil.

2. PRINCIPIOS DO DIREITO PENAL

2.1 Conceitos e características do direito penal

O fato social é o que dá início a formação da noção de Direito. A sociedade humana possui necessidades fundamentais, e o direito vem para regular tais necessidades para garantir a sobrevivência dessa sociedade. As normas jurídicas dão segurança e condições para que haja o mínimo de proteção à vida humana. O fato social que se mostra contrário à norma do Direito, significa um ato-fato ilícito ou um fato antijurídico, contrário a lei. Para esse fato o Estado estabelece sanções procurando tornar invioláveis os bens protegidos por ele. Além de estabelecer as sanções o Estado também cria medidas com finalidade de prevenir tais práticas ilícitas, proporcionando a proteção dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa sanção estabelecida pelo Estado é a pena, sendo que no campo da prevenção encontramos as medidas de segurança.

A esse conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, damos o nome de Direito Penal, e ao meio utilizado para punir o ato ilícito, dá-se o nome de pena, que tem a finalidade de constranger o autor do delito a não voltar a praticar o crime. Essa pena corresponderá à gravidade do dano causado ao bem jurídico de alguém. O Direito Penal tem como objetivo a proteção dos bens jurídicos. Para Damásio (2015 p.46): *“Bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um bem jurídico”*.

O Direito protege os bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade e só intervém em caso de lesão a esses bens. Para o Direito Penal a prevenção situa-se como uma característica fundamental que tem por finalidade evitar o crime antes de punir. Consiste em ser o meio neutralizador da atividade criminosa potencial ou caminho para a recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno ao convívio social.

Quando as sanções civis se mostram insuficientes para coibir a prática dos ilícitos jurídicos graves, que atingem não apenas os interesses individuais, mas também os bens jurídicos coletivos, se arma o Estado contra os respectivos autores desses fatos, aplicando-lhes e cominando sanções através de um conjunto de

normas jurídicas. Portanto é o Estado que define o que é ilícito através da legislação penal. Podemos denominar também o Direito Penal como uma Ciência Normativa, pois seu estudo e preocupação estão voltados para o estudo da lei, da norma e do Direito Positivo.

Embora o Direito Penal atue como um instrumento eficaz na prevenção do crime, não deve ser visto como a única alternativa de combater a criminalidade, pois o crime é um fenômeno social complexo que não será vencido apenas com armas jurídico-penais, pelo menos na luta preventiva contra o crime deveria estar envolvido cada um a seu modo, importantes setores da vida comunitária tais como família, escola, órgãos assistenciais e principalmente os de proteção ao menor.

O fenômeno criminal tem por efeito muitas causas, e a simples edição de leis podem colocar o Direito Penal em um círculo vicioso invencível, onde a própria lei opera como um importante fator crimenógeno, ou como um meio de opressão. Segundo Toledo (1994, p. 7, apud H. Mayer 1953, p.50) “O crime não só viola os bens jurídicos, mas também viola a ordem moral”. Portanto o direito penal se constitui como importante ordenamento de proteção e de paz para as mais diferentes relações humanas, sua tarefa é de proteção dos valores elementares da vida comunitária e a manutenção da paz social.

2.2 Conceito de princípios

Princípios são normas abstratas, mas que possuem um grande poder de concretização, porque inspiram a criação, a interpretação e aplicação do Direito. Por isso a sua importância no mundo jurídico, pois são eles que conferem uma lógica ao Direito fazendo preencher os espaços vazios e dando significado às regras já existentes. Os Princípios do Direito Penal tem como principal finalidade limitar o poder punitivo do Estado, e serve como garantia do cidadão para que se tenha respeitada a sua dignidade, que é o valor principal do direito. Esses princípios estão contemplados na Constituição Federal de 1988, no CAPITULO I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS – Art. 5º, e também no Código Penal.

2.3 Os Princípios fundamentais do direito penal

No direito penal temos dois tipos de normas a conhecer: as regras e os princípios. As regras são ligadas a uma determinada situação prevista que podem ser aplicadas aos fatos práticos, portanto são limitadas a esses fatos, sendo assim fica impossível que tais regras atinjam todos os fatos possíveis, pois os mesmos são infinitos e sempre haverá a inexistência de regra para determinados fatos. As ideias de liberdade e igualdade remanescentes do iluminismo trouxeram para o Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele instaurado pelo absolutismo, impondo limites para a intervenção do Estado nas liberdades individuais. Muitos desses princípios tornaram-se limitadores e passaram a integrar os Códigos Penais de muitos países democráticos, recebendo assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

2.3.1 Princípio da dignidade humana

A dignidade humana é o valor primeiro e absoluto, dentre os demais Princípios Gerais do Direito, e sua natureza é inviolável, goza de uma ordenação superior às constituições, por ser considerado a principal ideia do Estado Democrático de Direito. A dignidade humana impõe o respeito mútuo entre as pessoas e deve ser observada na imposição e na execução do Direito. A fonte ética desse princípio toma por base à dignidade da pessoa humana, os direitos, as liberdades, as garantias pessoais, os direitos econômicos, sociais e culturais que todas as pessoas possuem. Esse princípio encontra-se contemplado em várias passagens da Constituição Federal de 1988, art.1º, inciso III e ao longo do art. 5º e seus incisos. Segundo Santana (2010, p. 2 apud SARLET, 2001, p. 60):

(...) dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, as condições existenciais mínimas para a vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Todo Estado Democrático de Direito Brasileiro está fundamentado sobre esse princípio, que tem por finalidade assegurar ao homem o mínimo de direitos a serem respeitados pela sociedade e pelo poder público, valorizando o ser humano. O Princípio da Dignidade Humana como fundamento da República é a base para todo ordenamento jurídico brasileiro e não se pode atenuá-lo ou relativizá-lo, sob pena de criar uma instabilidade democrática, portanto seu fundamento classifica-se como absoluto.

Assim escreve Santana (2010, p. 3 apud PIOVESAN, 2004, p.92):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o interno.

Nesse sentido quando o indivíduo se encontrar em situação de vulnerabilidade diante da sociedade e do Poder Público, ele encontrará no ordenamento jurídico a proteção que necessita.

Para que o Princípio da Dignidade Humana não seja relativizado é fundamental que ele seja interpretado de forma mais ampla para que atinja também as relações individuais, onde indivíduos se contrapõem a indivíduos. Ocorrendo tais situações e houver conflitos entre os princípios, deve sempre prevalecer os Princípios Constitucionais sobre os infraconstitucionais e em caso de o Princípio da Dignidade Humana entrar em conflito com outros Princípios Constitucionais distintos, deve-se aplicar a ponderação, técnica utilizada para solucionar conflitos entre princípios. Portanto o limite de uma dignidade passa a ser a igual dignidade ou direito do outro. O valor absoluto contido no Princípio da Dignidade Humana, fundamentado na República, não pode ser afastado e muito menos renunciado, porque diz respeito à integridade do homem que sempre terá que ser levado em conta na construção de um Estado Democrático.

2.3.2 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Art. 5º, XXXIX da CF/88; art. 1º CP: não ha crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal.

O inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, nos afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, acentuando a ideia de um governo voltado para a vontade geral e não centrado na vontade e no capricho arbitrário de um governante. Portanto o princípio da legalidade se constitui como uma limitação ao poder do Estado, estabelecendo que não possa haver crime sem uma lei que defina uma determinada conduta como ilegal e que não se possa aplicar determinada pena sem que a mesma seja definida por lei.

Na maioria dos países com regimes democráticos, tem-se adotado esse princípio, a fim de proteger os direitos e as garantias fundamentais do ser humano. Por esse motivo o Princípio da Legalidade foi acolhido também pela Constituição de 1988, art. 5º, inciso XXXIX. Nesse caso percebemos que houve uma rigidez por parte do legislador na aplicação desse princípio, determinando que somente o poder legislativo, mediante lei formal poderá definir quais são os elementos necessários para a tipificação de determinada conduta como crime. Determinou também que a própria lei criadora do tipo penal já estabeleça a pena a ser cumprida, lembrando que no Brasil segundo o Art. 5º, incisos XLVII, CF/88: não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e penas cruéis.

2.3.3 Princípio da proibição da analogia “*in malam partem*”

No Direito Penal encontra – se proibido a aplicação da analogia em relação às normas penais em sentido estrito, as quais são aquelas que definem as infrações e cominam penas. (denominadas de normas penais incriminadoras). Sendo assim não pode o juiz criminal lançar mão do instituto da analogia, a fim estipular uma infração que não esteja definida na lei, sob pena de infringir o Princípio da Reserva Legal. Portanto, a analogia não pode ser usada para prejudicar o réu (*in malam partem*). Quanto à aplicação da analogia em favor do réu (*in bonam partem*) a doutrina se divide, sendo que no Brasil a maioria se manifesta a favor da admissão da analogia benéfica por dois motivos; primeiro porque as normas penais não incriminadoras não são excepcionais e segundo, o art. 4º da LINDB, determina que no caso de omissão da lei a lacuna deve ser coberta utilizando-se primeiramente o suplemento analógico. Sendo assim “a analogia é inadmissível em matéria penal para criar

delitos e cominar penas. Em se tratando, porém, de casos de leis penais não incriminadoras é perfeitamente permitido o procedimento analógico.” (DAMÁSIO, 2015, p.99).

2.3.4 Princípio da anterioridade da lei penal

O art.1º do CP determina que não haja crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa imposição legal (*nullum crimen, nulla pena*). Princípio este inteiramente ligado ao Princípio da Legalidade, acolhido pela Constituição de 1988, art. 5º inciso XXXIX. Neste princípio configura-se a regra geral da irretroatividade da lei penal, porém esse princípio só se aplica em caso de lei mais severa que a anterior, pois a lei mais benéfica (*lex mitior*), vai alcançar o fato praticado antes da sua vigência, é o que chamamos de retroatividade da lei mais benéfica, segundo o art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, entrando em vigor uma lei mais severa que a anterior (*lex gravior*), ela não vai alcançar os fatos praticados antes de sua vigência. Quando essa hipótese acontecer, será aplicada a lei anterior mais benéfica, é o que chamamos de ultratividade da lei penal mais benéfica. Havendo conflitos entre as leis penais, será sempre aplicada a lei mais favorável. Podemos dizer que a lei penal mais benéfica tem a extratividade o que significa ser retroativa e ultrativa, enquanto a lei penal mais severa não tem extratividade por não ser retroativa ou ultrativa.

2.3.5 Princípio da limitação das penas

O inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, visando impedir um retrocesso no campo da cominação das penas, decide que determinados tipos de penas, tais como a de morte, salvo em caso de guerra declarada (art.84, XIX, CP), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis, não serão aplicadas no Brasil. Esta proibição esta prevista também no art. 1º da Constituição Federal, que trata da dignidade da pessoa humana. Assim escreve Foucault (2016, p.74) (...) “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade”.

Para Greco (2014, p. 87, apud FERRAJOLI, 2002, p.318) (...) “o valor da dignidade humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade de pena, estando à dignidade humana acima de qualquer argumento utilitário”. É em cima desses valores que estão fundamentados a não aplicação das penas de morte, das penas corporais, das penas infames, a prisão perpétua e as penas excessivamente longas.

A adoção de penas brandas começou ser implantadas, entre o final do século XVIII e início do século XIX, com a modificação de postura adotada, no sentido de não castigar mais o corpo do condenado através dos suplícios e sim castiga-lo através da perda da liberdade. Contudo mesmo o condenado estando preso é dever do Estado sempre observar a humanidade da pessoa do condenado.

2.3.7 Princípio da responsabilidade pessoal

Contemplado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XLV, o Princípio da Responsabilidade Pessoal é também chamado de Princípio da Pessoalidade ou Intranscendência da Pena. Esse princípio determina que somente a pessoa do condenado seja submetida à sanção aplicada pelo Estado. Isto quer dizer que a responsabilidade penal do condenado não alcançara outras pessoas, somente ele e mais ninguém responderá pela infração cometida.

Assim escreve: Greco (2014, p.83 apud ZAFFARONE, 1996, p.138):

(...) nunca se pode interpretar uma lei no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou participe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.

A pena do condenado se caracteriza por seu caráter personalíssimo, não podendo, portanto, se estender a ninguém, somente o autor do delito será submetido às sanções penais aplicadas a ele. Embora no sentido formal a pena não possa alcançar outras pessoas, sabemos que informalmente ela transcende a pessoa do condenado atingindo de forma indireta as pessoas que o cercam, geralmente é a família do condenado que sofre as consequências, tais como perder o arrimo familiar, o contato dos filhos com o pai e muitas vezes passam a ser estigmatizadas como criminosos também.

2.3.8 Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal somente deve intervir em casos de ataques muito grave aos bens jurídicos mais importantes. O Princípio de Intervenção Mínima, considerado a *última ratio*, não só é responsável pela proteção dos bens de maior importância para o ser humano, como também para fazer acontecer à descriminalização. Com base nesse princípio os bens são selecionados para estarem sob a proteção e tutela do Direito Penal. É também com base nele que o legislador faz retirar do ordenamento jurídico penal, certos tipos incriminadores. Nesse sentido o Direito Penal deve interferir minimamente na vida da sociedade, devendo ser aclamado somente quando for impossível a proteção dos bens mais relevantes com os outros ramos do Direito. Por isso se aplica a pena como a *ultima ratio* a ser usada na política social, funcionando como uma proteção subsidiária dos bens jurídicos e impedindo o arbítrio do legislador e a imposição desnecessária de crimes e penas injustas, desumanas e cruéis. Conclui-se então que o Princípio da Intervenção Mínima está pautado em cima de duas grandes vertentes: a de orientar o legislador na escolha dos bens mais importantes e necessários ao convívio social, e retirar da proteção do Direito Penal alguns bens que já não fazem sentido estar protegidos por ele devido à evolução da sociedade.

2.3.9 Princípio da lesividade “*nullun crimen sine injuria*”

Princípio extraído do art. 98, inciso I da Constituição Federal, estabelece que ninguém poderá ser punido por conduta que não seja lesiva aos bens jurídicos de terceiros tutelados pelo Direito Penal. Esse princípio tem a função de limitar ainda mais o poder do legislador, no sentido de esclarecer quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela Lei Penal.

O Princípio da Lesividade possui três funções, a saber: primeiro proibir a autoincriminação de uma atitude interna, pois para haver a lesão é necessária a exteriorização do sentimento e não excede o âmbito do próprio autor; segundo, proibir a incriminação de estados e condições existenciais, pois ninguém pode ser punido pelo que ele é moralmente, socialmente etc.; e finalmente proibir a incriminação das condutas que não afetam os bens jurídicos, porque, embora algumas condutas sociais sejam desviadas e imorais não afetam os bens jurídicos

de terceiros. Portanto essas três funções acima citadas, representam a impossibilidade que o Direito Penal tem para atuar nos casos onde existe um bem jurídico de terceira pessoa sendo efetivamente atacado.

2.3.10 Princípio da culpabilidade “*nullun crimen sine culpa*”

Para esse princípio alguém só pode ser submetido a uma sanção se agindo com dolo ou culpa cometeu um fato atípico e antijurídico. A culpabilidade recai sobre o sujeito imputável, que podendo agir de outro modo, tendo condições de entender a ilicitude do fato, não o fez. Segundo Greco (2014, p. 93 apud REALE, 1998, p.85-86): (...) “reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei”.

A culpabilidade não é um elemento do crime e sim um pressuposto para a imposição da pena, por se exigir um juízo de reprovação jurídica, onde é dada ao sujeito a possibilidade de em certas circunstâncias agir de outro modo, mas não o faz.

O Princípio da Culpabilidade possui três sentidos a serem observados: o primeiro como elemento integrante do conceito analítico de um crime, quando após a análise do fato típico e da ilicitude, conclui-se que o agente praticou um injusto penal, ou seja, uma conduta típica e antijurídica; o segundo como elemento medidor da pena, depois de concluído que o agente praticou um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, infração penal, nesse caso em tese, o agente estará condenado e o julgador após a condenação deverá encontrar uma pena que vai corresponder a tal infração penal praticada, usando a culpabilidade do próprio agente como meio regulador da pena; e em terceiro e último sentido o Princípio da Culpabilidade atua como impedidor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, para se atribuir um determinado resultado ao agente é necessário que sua conduta tenha sido dolosa ou culposa, atuando assim como o oposto da responsabilidade pelo resultado.

2.3.11 Princípio da proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade significa que deve haver uma relação entre o bem que é lesionado ou colocado em perigo e o bem no qual alguém pode ser privado, ou seja, a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato. Quando houver uma relação de desequilíbrio entre gravidade do fato e gravidade da pena, estaremos desrespeitando o Princípio da Proporcionalidade, pois a pena não pode se configurar como um ato de violência contra o ser humano.

O Princípio da Proporcionalidade possui um duplo destinatário, o poder legislativo que deverá estabelecer as penas proporcionadas em abstrato (que é o dever que o Estado tem de estabelecer uma pena a aquele que violou uma regra da sociedade, ou seja, praticou um ato ilícito e antijurídico) e o juiz que vai estabelecer as penas proporcionadas em concreto (pena estabelecida pelo juiz usando o critério trifásico estabelecido no art. 68 do CP), observando a gravidade do fato e considerando em seu aspecto global.

No plano abstrato o legislador deve estar atento ao princípio e procurar encontrar a proporcionalidade, já no plano concreto, os juízes possui em seu favor as regras do art. 68 do Código Penal que adota o critério trifásico de aplicação da pena e fornece meios para no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando assim a pena proporcional ao fato cometido.

O Princípio da Proporcionalidade é orientado por duas vertentes: a primeira diz respeito à proibição do excesso; quando o julgador procura proteger o direito do cidadão, evitando assim a punição desnecessária em situações que não possui relevância para o Direito Penal, ou comportamentos relevantes, mas que foi excessivamente valorado, o que pode levar o legislador a aplicar uma pena desproporcional à lesão do bem. Já a segunda vertente diz respeito à proibição de proteção deficiente; da mesma forma que não se admite o excesso, também não se permite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, eliminando figuras típicas, ou seja, a proibição deficiente não pode permitir uma deficiência na prestação legislativa a ponto de desproteger os bens jurídicos fundamentais.

2.3.12 Princípio da individualização da pena

Princípio estabelecido pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XLVI, que determina que a lei deva regular a individualização da pena e os tipos de penas a ser adotado no Brasil. Essa individualização começa ocorrer, quando o legislador escolhe as condutas negativas e positivas que o Direito Penal irá abranger e classificar como ilícito penal. A cada conduta valorada pelo legislador cominará uma pena que pode variar de acordo com a importância do bem a ser tutelado.

Cominar refere se a fase seletiva realizada pelos tipos penais no plano abstrato, ou seja, o legislador de acordo com um critério político valora os bens que serão protegidos pelo Direito Penal, individualizando a pena de acordo com cada infração penal, levando em consideração sua importância e gravidade. Após concluir que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, se chegará ao tipo de infração penal praticada pelo agente, e conseqüentemente começará a individualização da pena de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal. Esta fase é chamada de aplicação da pena e compete ao julgador. É nesse momento que a individualização da pena passe do plano abstrato (cominação/legislador) para o plano concreto (aplicação/julgador). E por último ocorre a individualização na fase de execução penal conforme determina o art. 5º da Lei 7.210/84 da Lei de Execuções Penais, onde diz que “os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

2.3.13 Princípio da insignificância

O princípio da insignificância diz respeito aos delitos de lesão mínima, recomenda-se que o Direito Penal, pela sua adequação típica, somente intervenha em casos com lesão jurídica de certa gravidade e reconheça a atipicidade em fatos de perturbações jurídicas mais leves, ou seja, de pequena relevância material.

Para ser aplicado o Princípio da Insignificância é necessário que a conduta do agente esteja tipificada como ilícita e antijurídica, além disso, é necessário também que seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto da tutela do Estado. Quando o legislador cria os tipos penais, ele apenas tem em mente os prejuízos relevantes causados pelos comportamentos criminosos na ordem

jurídica social. Todavia não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos mais leves. Nesses casos o Princípio da Insignificância tem atuado para evitar situações dessa espécie servindo como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, fazendo excluir do âmbito de incidência da lei, situações consideradas como bagatela.

O Princípio da Insignificância, fara afastar a injustiça do caso concreto em algumas infrações em que há condenação do agente simplesmente pela adequação formal do seu comportamento a determinado tipo penal, importando assim em uma grande injustiça. Para alguns é muito subjetivo o critério para se concluir que o bem atacado seja insignificante ou não. Mas é necessário também fazer uso da razoabilidade para chegar à conclusão que determinado bem não mereça a proteção do Estado, por se tratar de um bem inexpressivo.

A nossa jurisprudência, vem adotando esse princípio em alguns casos de crimes onde a lesão ao bem jurídico tutelado se apresenta de maneira mínima, não causando prejuízo relevante para as vítimas, principalmente em delitos patrimoniais cometidos sem violência, seguindo critérios da mínima ofensividade de conduta do agente, nenhuma periculosidade social na ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica comprovada.

2.3.14 Princípio da adequação social

O Princípio da Adequação Social é um instrumento utilizado, na interpretação das leis. É através dele que determinadas condutas que são formalmente típicas, ou seja, que estão escritas na lei penal e não são consideradas crime porque são socialmente aceitas pela sociedade e não atentam contra a Constituição Federal. São condutas determinadas pelos costumes, folclore ou cultura, portanto foram excluídas da esfera criminal.

O inverso também pode ocorrer, quando determinadas condutas consideradas atípicas deixam de ser toleradas pela sociedade, por isso se diz adequação social, as normas penais vão se adequando as necessidades e ao contexto histórico da sociedade. Podemos dizer então que o Princípio da Adequação Social possui duas funções básicas: primeira a de restringir o âmbito da abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação e excluindo as condutas socialmente

adequadas e aceitas pela sociedade; segunda a de orientar o legislador para selecionar as condutas que serão impostas ou proibidas na lei penal, atuando como um norte a ser seguido na condução da ordem pública.

Apesar de tudo o Princípio da Adequação Social não possui o poder de revogar tipos penais incriminadores, uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o caput do art. 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. (Decreto Lei nº 4.657/42).

2.3.15 Princípio da fragmentalidade

O Princípio da Fragmentalidade é uma consequência dos Princípios da Intervenção Mínima, da Lesividade e Adequação Social. Uma vez escolhidos os bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela de bens que serão tutelados pelo Estado, ou seja, um fragmento que será protegido pelo Direito Penal.

Ao Direito Penal cabe proteger e punir somente as condutas mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí o seu caráter fragmentário, se ocupando apenas com fragmento, mas que possua a maior importância para o ser humano. Para o Direito Penal cabe a menor parcela no que se refere à proteção dos bens tutelados pelo Estado, parcela esta em tese mais importante, porém necessária ao convívio social.

3. DISPOSIÇÕES SOBRE LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SOBRE A PRISÃO

3.1 LEI nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal

Não podemos falar de ressocialização sem antes falar da Lei de nº 7.210/84, da LEI DE EXECUÇÃO PENAL, bem como os princípios que nortearam a sua criação.

Após o trânsito e julgado a sentença torna se um título executivo judicial que será cumprida na execução, ou seja, a pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou pecuniária serão executadas. Nesse caso não será necessária a citação do condenado, pois o mesmo já tem ciência da ação ajuizada, com exceção da pena de multa, pois fica a cargo do sentenciado o início do cumprimento da pena, que deverá cumprir – lá no prazo de até dez dias depois de transitada e julgada a sentença, conforme determina o art. 50 do Código Penal.

3.1.1 Finalidade da execução penal

A Execução Penal possui duas finalidades que estão descritas em seu artigo primeiro, que é de propiciar meios para que a sentença seja integralmente cumprida e a reintegração do sentenciado ao convívio social. Assim descreve o art.1º da LEP: “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”.

Propiciar meios para que sentença seja integralmente cumprida, significa efetivar os mandamentos contidos na sentença ou em outra decisão criminal, que são destinados a reprimir os delitos. O Estado exerce seu direito de punir, castigando o criminoso, inibindo - o para que ele não pratique novos delitos. Proporcionar a recuperação e reintegração do condenado ao convívio social significa apresentar condições para que o sentenciado se integre na sociedade de maneira harmônica e efetiva, oferecer meios para que os apenados possam participar construtivamente da comunhão social e que essa recuperação aconteça de fato.

3.1.2 Finalidade da pena

A finalidade da pena esta explicitada em três teorias:

- a) Absolutas (retribucionistas ou de retribuição); para essa teoria a pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado, reparando a moral, sendo uma exigência ética, desvinculada de qualquer conotação ideológica, não havendo preocupação com a pessoa do condenado porque a sanção visa apenas o restabelecimento da ordem pública. (BITENCOURT, 2004, p.105).
- b) Relativas (utilitárias ou utilitaristas); para essa teoria da se a pena um fim exclusivamente prático com a finalidade de prevenção geral em relação a todos ou especial com relação ao condenado. A pena não é vista como castigo, mas um meio de ressocializar o criminoso e a sua segregação é vista como forma de proteger a sociedade tendo em vista sua periculosidade. (BITENCOURT, 2004, p. 121).
- c) Mistas (eccléticas ou intermediárias); nas teorias mistas a pena por sua natureza é retributiva tendo uma conotação moral, mas sua finalidade não se restringe apenas a prevenção, mas uma mistura de educação e correção. (BITENCOURT, 2004, p.144).

3.1.3 Breve histórico sobre o surgimento da LEP

A primeira tentativa de codificação a respeito das Normas da Execução Penal no Brasil. Ocorreu em 1933, pois desde essa época já se percebia a necessidade de uma Lei de Execução Penal em nosso ordenamento jurídico, por não constituírem o Código Penal e Código de Processo Penal, lugares adequados para o regulamento da execução das penas e das medidas privativas de liberdade. Em 1957 foi aprovada a Lei nº 3.274, que dispôs sobre as Normas Gerais do Regime Penitenciário, que por não prever ações para o descumprimento dos princípios e regras contidas na lei, tornou-se ineficaz no ordenamento jurídico do país. Foram apresentados vários Projetos de Lei na tentativa de se instituir uma legislação adequada e eficaz que tratasse exclusivamente da Execução da Pena e não tiveram êxito em sua aprovação, até que em 1981, uma comissão composta de vários juristas apresentou o anteprojeto da nova Lei de Execução Penal, que recebeu a

colaboração de outros juristas, sendo aprovada em 1984 após o tramite legal sem qualquer alteração vultosa, sob o nº 7.210 e entrando em vigor no ano de 1985. (MIRABETE, 1999, p.21).

A Lei de Execução Penal foi editada em consonância com o art. 8º, XVII, c, da Constituição Federal anterior que dizia ser de competência da União legislar a respeito de normas gerais de regime penitenciário. Já a atual Constituição Federal em seu art. 24, inciso I, prevê a competência concorrente da União, Estados e do Distrito Federal para legislar sobre o direito penitenciário, dispondo em seu paragrafo primeiro, que cabe a União apenas estabelecer normas gerais, não excluindo assim a competência suplementar dos Estados (paragrafo segundo da CF/88). Nesse sentido prevê o art. 203 da Lei de Execução Penal, a edição de normas complementares ou regulamentares necessárias à eficácia dos dispositivos não autoaplicáveis. Cabendo aos Estados a edição de normas que regulem o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, faltas disciplinares leves e médias, respectivas sanções e procedimento para sua apuração, natureza e forma de concessão de regalias, procedimento disciplinar, organização dos Patronatos e Conselhos da comunidade etc. Surge então uma legislação aberta que se sujeita as condições específicas de cada Estado da Federação em atendimento a um apelo real pela eficácia, tão presente em nossa época almejando uma efetiva Política Criminal Crítica. (MIRABETE, 1999, p.21).

3.1.4 Natureza jurídica

A LEI DE EXECUÇÃO PENAL possui duas naturezas, a judiciária e a administrativa; primeira afirma que em todo procedimento executório da pena haverá a presença continua do Poder Judiciário, solucionando os conflitos que surgirão entre Ministério Público que defende os interesses da sociedade e o sentenciado. Com esse posicionamento podemos presumir que haverá a existência dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório. (art. 5º, incisos LIV e LV CF/88). A segunda refere-se à natureza administrativa, onde não há processo, nem aplicação da jurisdição, essa parte fica a cargo das autoridades penitenciárias. No Brasil predomina-se a natureza jurisdicional na execução penal, e existindo como regra momentos jurisdicional e episódios administrativos. Segundo Moraes (2001, p.

156 apud GRINOVER,1987) “a execução penal é uma atividade complexa que se desenvolve entrosadamente nos planos administrativo e jurisdicional”, sempre presando o acesso ao Judiciário.

A Execução Penal possui caráter de processo judicial contraditório, porque deve sempre observar os princípios que lhes são próprios, inclusive o princípio do contraditório, assegurando aos presos todos os seus direitos garantidos pelo Poder Judiciário. Portanto a Execução Penal é um processo penal executório autônomo, que se inicia logo após a aplicação da sentença condenatória ou absolutória imprópria, com o trânsito em julgado.

3.1.5 Humanização, garantias processuais e princípios da LEP.

Além da total incidência dos Princípios do Devido Processo Legal e Penal, do Contraditório e da Ampla Defesa, garantidos constitucionalmente, temos ainda alguns princípios básicos que norteiam a Execução da Penal e estão contidos ao longo do texto da lei, que visam assegurar aos presos o respeito a integridade física e moral, assim descritos:

- a) Princípio da legalidade na Execução Penal (art. 3º da LEP); diz que os condenados terão garantidos todos os seus direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, quer dizer que todo condenado não poderá ser submetido às arbitrariedades discricionárias do poder da autoridade administrativa. Ficando a cargo do Ministério Público e o Poder Judiciário a responsabilidade de realizar a fiscalização. (MORAES, 2001, p. 159).
- b) Princípio da Isonomia (art. 5º, “caput” da CF e art. 3º, paragrafo único da LEP); esse princípio proíbe qualquer tipo de distinção entre os condenados. Assim de acordo com o princípio, os méritos iguais devem ser tratados de modo igual, e as situações desiguais, desigualmente, não havendo distinção de classe, grau ou poder econômico entre os homens. (MORAES, 2001, p. 159).
- c) Princípio da Personalização da Pena (art. 5º e 6º da LEP); indica que os condenados devem se classificados visando individualizar o tratamento reeducativo, baseados em seus antecedentes e personalidade, para que se evite a massificação

da execução, esse princípio visa cumprir o princípio maior contido na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLVI que é o Princípio da Individualização da Pena, onde se pressupõe que cada sentenciado terá um tipo diferente de execução da pena. Cabendo ao Estado fazer essa classificação bem como proporcionar as condições para que os estabelecimentos prisionais possam fazer cumprir o que determina a lei. (MORAES, 2001, p. 159).

d) Princípio da Jurisdicionalidade; afirma que a jurisdição esta garantida em todos os momentos da execução, não se esgotando após o trânsito em julgado, todos os incidentes ocorridos durante a execução serão decididos e atendidos pelo Poder Judiciário, restando para as autoridades administrativas os julgamentos de pontos secundários da execução da pena. (MORAES, 2001, p. 159).

e) Princípio Reedutivo; toda a execução penal deve estar voltada para a tentativa de ressocialização do condenado, possibilitando a ele a volta ao convívio social. (MORAES, 2001, p. 159).

3.1.6 Autonomia do direito de execução penal e competência

O Direito de Execução Penal é um ramo independente que possui princípios próprios, que cuida da execução da pena e da aplicabilidade do direito de punir do Estado. Sendo assim além de tratar da vida carcerária dos condenados à pena privativa de liberdade, trata também de assuntos que vão além do cárcere.

A execução é uma atividade jurisdicional exercida de maneira coativa, pois a aplicação da sentença condenatória é executada de maneira forçada e necessária. Ela transcorre em um juizado penal diferente daquele no qual o réu foi processado e condenado, conhecido previamente por meio das regras de competência, respeitando-se a Constituição Federal e o Princípio do Juiz Natural, garantindo se assim o direito a um juiz imparcial. Essa competência do Juiz de Execução se inicia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, em regra é exercida por um juízo especializado de acordo com a Lei de Organização Judiciária, exceto em se tratando de Vara Única, que será do próprio juiz que prolatou a sentença. Nesse sentido, a LEP institui no art. 65: “A execução penal competirá ao juiz indicado na Lei local de Organização Judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”. Portando

aos condenados a penas privativas de liberdade, em regra, a competência será da comarca correspondente ao local em que estiver preso, conforme prescreve a Súmula 192 do STJ: “Compete ao juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

3.2 Prisão

A palavra prisão tem sua origem no termo latino “*prehensione*” que significa ato de prender ou capturar alguém.

Segundo Fernando Capez (CAPEZ, 2002, p. 224).

(...) prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade policial competente ou em caso de flagrante delito, é um “castigo” que o Estado impõe ao condenado pela prática de um delito, para que o condenado possa reabilitar – se, visando o restabelecimento da ordem pública. (CAPEZ, 2002, p. 224).

A prisão pode ocorrer também através de uma ordem judicial escrita e fundamentada do juiz, denominada mandado (art. 5º, LXI da CF/88) Apesar de a prisão configurar – se como uma experiência amarga, ela se faz necessária e é peça essencial no conjunto das punições, é função geral da sociedade, é a pena das sociedades civilizadas e vem através dos tempos, sofrendo reformas, com o objetivo encontrar um ponto de equilíbrio entre o ato de punir como resposta do Estado e a sociedade, a proteção da dignidade humana do apenado e a recuperação do delinquente.

Segundo TÁVORA (2009, p. 1):

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada Prisão Pena ou, ainda, ocorrer no curso da persecução processual penal, dando ensejo à Prisão sem Pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual.

Para FOUCAULT (2014, p. 223):

Ela constitui-se fora do aparelho judiciário, quando se elaboram por toda sociedade, quando os processos de separar os indivíduos fixa-los e distribuí-los espacialmente, classificando – os e tirando deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinando seus corpos, codificando seus comportamentos mantendo – os visíveis, formando em torno deles um aparelho de observação, registro e notações constituindo sobre eles um saber que se acumula e centraliza.

Para os autores citados a prisão constitui-se como um cerceamento da liberdade de ir e vir, uma forma de castigo imposta ao indivíduo que praticou um delito criminoso, retirando esse indivíduo do meio social e isolando, com o objetivo de puni-lo pelo mal causado.

Propostas reformadoras caminham na direção de um aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade quando necessária e a substituição quando possível e recomendável. Contudo as reformas implantadas em nossos ordenamentos evidenciam o descredito na esperança da pena de prisão como meio exclusivo do controle social formalizado, no entanto podemos constatar a sua falência como medida retributiva e preventiva. Embora se saiba de todo o inconveniente da prisão e sua periculosidade e inutilidade, não se vislumbra o que se deve colocar em seu lugar, é uma desprezível solução, de que não se pode abrir mão.

A liberdade é um bem que pertence a todos, e a sua perda tem o mesmo preço para todos, portando a prisão configura – se como um castigo igualitário, que permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo e permite que ela pareça como uma reparação, retirando tempo do condenado, traduzindo a ideia de que a infração lesou além da vítima, a sociedade inteira. Sabe se hoje que a prisão reforça os valores negativos dos condenados, ou seja, o condenado em vez de se tornar uma pessoa melhor acaba se tornando pior, portanto é recomendável que as penas privativas de liberdade limitem – se às penas de longa duração e que sejam aplicadas àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Busca – se, portanto alternativas para a pena de prisão, limitando-as a situações de reconhecida necessidade como meio de impedir a sua ação criminógena.

Assim descreve FOUCAUT (2014, p. 225):

A prisão: um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas, levando ao fundo, nada de qualitativamente diferente. Esse duplo fundamento – jurídico – econômico por um lado, técnico – disciplinar por outro – fez a prisão aparecer como forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. E foi esse duplo funcionamento que lhe deu imediata solidez. Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeira uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal.

Contudo, conclui – se que a prisão como ela é apresentada não representa possibilidade nenhuma de recuperação para o indivíduo, servindo apenas como resposta imediata do Estado à sociedade que clama por justiça ou vingança e que espera ver o criminoso ser punido como forma de recompensar o mal causado. A prisão busca através da segregação e da disciplina a correção do indivíduo, a modelagem de seu caráter, na tentativa de transformar o criminoso em alguém capaz de conviver na sociedade sem delinquir.

3.2.1. Breve histórico sobre as penas de prisão

A origem da pena de prisão é muito remota, sendo tão antiga como a própria humanidade e seria muito difícil situá-las em suas origens, portanto o que se pretende nesse capítulo é fazer um breve relato de como se deu a origem das prisões com objetivo de contextualizar o tema.

2.2.1.1 Antiguidade

Na Antiguidade as penas aplicadas eram as de morte, as corporais (mutilações e açoites) e às infames, desconhecendo totalmente a privação de liberdade como sanção penal, não havia o caráter de pena. Até o século XVII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados e executados. Fazendo um retrospecto da história em suas diferentes etapas até o século XVII, podem – se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade, porém durante vários

séculos, a prisão serviu de depósito para contenção e custódia da pessoa física do réu, que esperava a celebração de sua execução. (BITENCOURT, 2004)

Platão propunha três tipos de prisão: uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra, denominada sofonisterium, situada dentro da cidade que servia de correção, e uma terceira destinada ao suplício, com finalidade de amedrontar e que deveria estar o mais distante possível da cidade. Bitencourt (2004, p.6 apud GARRIDO GUZMAN, 1983, p.75)

A Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem suas dívidas, ficando o devedor a mercê do credor como seu escravo a fim de garantir o crédito. Já os Romanos só conheceram o encarceramento com fins de custódia, assim como na Grécia em Roma também existia a chamada prisão por dívida e as penalidades eram aplicadas aos escravos e também aos indivíduos de classes inferiores. Também o Direito Germânico não conheceu a prisão com caráter de pena, uma vez que nele em regra predominavam a pena capital e as penas corporais. (BITENCOURT, 2004)

3.2.1.2 Idade média

A lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo o medo coletivo, a noção de liberdade e respeito à individualidade humana não existia e as pessoas ficavam à mercê dos arbítrios dos detentores do poder, não importando a pessoa do réu, sua sorte ou forma em que ficavam encarcerados, ficavam espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou calabouços de palácios e fortalezas, esperando o suplício e a morte. Portanto no período da Idade Média a ideia de pena privativa de liberdade não existia. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo insaciável de distrações bárbaras e sangrentas. (BITENCOURT, 2004)

As sanções na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes e poderiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a pena de mutilação. Nessa época surgem à

prisão de Estado e a prisão Eclesiástica, na prisão de Estado somente poderia ser recolhida os inimigos do poder real ou senhorial, que tivessem cometidos delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes. (BITENCOURT, 2004)

A prisão Estado apresenta duas modalidades: a custódia; onde o réu espera a execução da pena, ou a detenção temporal ou perpétua, ou ainda receber o perdão real. A prisão Eclesiástica destinava-se aos clérigos rebeldes e apresentava ideia de caridade, redenção e fraternidade da igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação, os infratores eram recolhidos em uma ala do mosteiro, onde por meio de penitência e oração se arrependessem do mal causado. (BITENCOURT, 2004)

Vimos à influência da religião na evolução das penas, através do pensamento cristão calvinista, baseado em uma sociedade orientada para a consecução da felicidade, que proporcionou tanto no aspecto material como ideológico, bom fundamento para a pena privativa de liberdade. Nessa direção surge a prisão canônica que representava uma exceção à prisão custódia da época. Tratava – se de uma reclusão que só era aplicada em casos muito especiais e a alguns membros do clero, era uma instituição que continha certos pontos que serviriam para justificar e inspirar a prisão moderna. A influência penitencial canônica deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso, que se constituem inegavelmente como um antecedente da prisão moderna. Portanto o Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, principalmente ao que se refere às ideias sobre a reabilitação do delinquente. (BITENCOURT, 2004)

3.2.1.3 Idade moderna

Durante os séculos XVI e XVII a Europa se vê abatida pela pobreza e essas vítimas da escassez subsistem de esmolas, roubos e assassinatos, aumentando consideravelmente a criminalidade. Diante de tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, pois não se podia aplicá-la a tanta gente. Havia um exército de vagabundos e mendigos e era preciso defender-se desse perigo social. (BITENCOURT, 2004)

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. Foram criadas na Inglaterra instituições de correção para fazer frente ao fenômeno sócio criminal que preocupava as pequenas minorias. Eram instituições dirigidas com mão de ferro, destinadas a reformar os delinquentes por meio do trabalho e da disciplina, além disso, a instituição tinha como objetivo a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros para a vadiagem e a ociosidade; outro objetivo era conseguir que o preso, com as suas atividades, pudesse autofinanciar-se alçando alguma vantagem econômica. (BITENCOURT, 2004)

Essa experiência alcançou notável êxito, já que em pouco tempo surgiram outras casas de correção, em fins do século XVII, já eram vinte e seis. O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho acabaram por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem no que refere as suas origens, entre a prisão e a utilização da mão-de-obra do recluso. Contudo, não se pode negar que as casas de trabalho ou correção, embora destinadas à pequena delinquência, já assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna. As prisões em Amsterdam também alcançaram grande êxito sendo imitadas por diversos países europeus por serem semelhantes às prisões inglesas. Passaram-se mais de dois séculos para que as prisões fossem consideradas um lugar de correção e não de simples custódia do delinquente a espera do julgamento. (BITENCOURT, 2004).

Uma das mais duras modalidades de penas de prisão surgidas no século XVI foi a pena de galés, que era uma espécie de prisão flutuante. Era caracterizada pelo grande número de condenados a penas graves e de prisioneiros de guerra que eram tratados como escravos e estavam a serviço das galés militares, eram acorrentados a um banco e permaneciam, sob ameaça de um chicote, obrigados a remar. Alguns países da Europa mantiveram essas penas até o século XVII, até que surgiu na Europa o famoso Hospício de San Felipe Neri fundado em Florença pelo sacerdote Felippo Franci, que se tornou uma obra importante sob o ponto de vista penitenciário, deixando ideias positivistas nesse campo, a instituição destinava-se, inicialmente, à reforma de crianças errantes, embora mais tarde tenha se admitido jovens rebeldes e desencaminhados, era aplicado o regime celular estrito. Tais ideias posteriormente seriam incorporadas pelo regime celular do século XIX. Franci

defendia a proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido e a força física e espiritual do réu, dava grande importância à questão da reintegração do apenado na comunidade, foi considerado um dos primeiros defensores da ideia de ressocialização. (BITENCOURT, 2004).

Podemos citar também a obra de Jean Mabillon, um monge beneditino francês, "*Reflexões sobre as prisões monásticas*" como sendo a precursora das ideias que deu origem ao primeiro sistema penitenciário norte-americano, o Sistema Filadélfico. Outro importante iniciador das reformas carcerárias e do sentido reabilitador e educativo da pena privativa de liberdade foi Clemente XI, suas ideias foram colocadas em prática na Casa de Correção de São Miguel em Roma, que consistia em abrigar jovens delinquentes, órfãos e anciãos e mais tarde serviu para alojar jovens menores de vinte e um anos que se mostravam renitentes a disciplina paterna. Era um regime misto, onde se trabalhava durante o dia e a noite se mantinham isolados, era um regime disciplinar mantido à custa de fortes sanções com finalidade corretiva. Esta instituição teve grande êxito e serviu de modelo a outros grandes números de prisões fundadas especialmente na Itália e deve ser considerado um importante antecedente do que atualmente qualificamos de tratamento institucional do delinquente. (BITENCOURT, 2004)

3.2.2 Espécies de prisão privativa de liberdade no Brasil

No Brasil existem diferentes tipos de prisões, ou seja, diferentes formas pelas quais uma pessoa pode estar presa, que vai depender das circunstâncias de cada caso. Temos as denominadas prisões sem penas, também conhecidas como prisões cautelares, provisórias ou processuais, e a prisão – pena ou Prisão Penal, aquelas advindas após uma decisão condenatória transitada em julgado. Entre as prisões sem penas temos a Prisão em Flagrante (art. 301, caput do CPP), Prisão Temporária, a Prisão Preventiva (art. 312, caput, CPP) e a Prisão Preventiva para fins de Extradicação.

Para ser realizada uma prisão existem algumas formalidades em sua execução, a primeira delas é que sempre se fará necessário o mandado de prisão (art. 285, parágrafo único e art. 288, caput do CPP), trata-se de um título que em regra, viabiliza a realização da prisão, e deve ser lavrado pelo escrivão e assinado

pela autoridade competente (art. 285, parágrafo único e alíneas do CPP). Considera-se realizada a prisão em virtude de mandado quando o executor, identificando-se apresenta o mandado e intima a pessoa a acompanhá-la. Em se tratando de infração inafiançável, a prisão pode ser realizada sem a apresentação de mandado, sendo preso imediatamente e apresentado à autoridade que tenha expedido a ordem (art. 287, caput do CPP). A prisão poderá ser realizada durante o dia ou à noite, respeitando as restrições relativas à inviolabilidade domiciliar.

3.2.2.1 Prisões sem penas

Prisão sem pena ou processual é aquela que possui a natureza processual, e tem como função assegurar o bom andamento das investigações e do processo penal, evitando que o réu volte a cometer crimes, se solto. Esses tipos de prisões devem satisfazer determinados requisitos do “*fumus bonis juris*” (fumaça do bom direito) e do “*peiculum in mora*” (perigo da demora). Nelas estão incluídas as Prisões em Flagrante, às Prisões Preventivas e as Prisões Temporárias.

3.2.2.2 Prisão em flagrante

É aquela que resulta no momento e no local do crime e está prevista na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII e no Código de Processo Penal em seus art. 301 até 310. A palavra flagrante vem do latim *flagrans, flagrantes*, que significa “ardente, brilhante e resplandecente”. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter administrativo, que não exige ordem escrita do juiz por que o fato ocorre de maneira súbita. Para Delmanto Junior (2001, p. 96, apud BENTO FARIA, 1942, p. 358) flagrante “é a certeza visual do crime” no qual uma pessoa pode comprovar diretamente o crime, constituindo - se prova de si mesmo.

A primeira impressão quando alguém é apanhado em flagrante cometendo um crime, é a da certeza de sua existência e autoria, é a prova do delito, sendo muito pequeno o risco de injustiça na prisão daquele que foi flagrado ao cometer o crime. Segundo o art. 301 do CPP, a prisão em flagrante acontece quando uma pessoa é encontrada “em flagrante delito”, ou seja, praticando o delito ou logo após

praticar o delito, mas em alguns casos pode até levar mais tempo. Como determina a lei esse flagrante pode ser caracterizado quando a pessoa esta cometendo o crime, quando acabou de cometer o crime (flagrante próprio, art. 302, I e II, CPP), quando é perseguida logo após cometer o crime, pela autoridade policial, pela vítima ou qualquer outra pessoa (flagrante impróprio, art. 302, III, CPP), ou quando é encontrada logo após a prática de um crime com objetos que façam acreditar que ela foi à autora do crime (flagrante presumido, art. 302, IV, CPP).

Qualquer autoridade policial tem o dever de efetuar o flagrante, sempre que a hipótese se apresente (flagrante compulsório ou obrigatório art. 301 *in fine*, CPP), também se caracteriza como flagrante, quando ocorre antecipação da autoridade policial após a ciência que ocorrerá um delito, saindo à frente e fazendo campana e realizando a prisão durante os atos de execução (flagrante esperado), ou quando qualquer pessoa do povo faz uso de sua faculdade legal que autoriza a efetuar ou não a prisão em flagrante (flagrante facultativo art. 301 CPP), também se constitui o flagrante quando a autoridade policial faz uso de sua faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação, o momento adequado para realizar a prisão, tem se nesse caso, o flagrante prorrogado, mas quando a situação é armada, fabricada, a fim de incriminar pessoa inocente, temos o que chamamos de flagrante forjado, sendo esse tipo de flagrante considerado ilícito, e pode configurar – se como abuso de autoridade se for praticado pelo agente público; e finalmente nos casos onde a pessoa que se entrega a polícia não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais anteriores autorizadoras, temos o flagrante de apresentação.

A expressão logo após e logo depois permitem que o flagrante se estenda por vários dias, isto porque a perseguição pode durar por vários dias até que resulte a prisão, essa perseguição deve começar logo após a ocorrência do delito e continuar ininterrompidamente até o momento da prisão.

Após a prisão o indivíduo é levado até o juiz para uma audiência de custódia que deverá tomar as seguintes decisões; se a prisão for considerada ilegal haverá o relaxamento, ou seja, o preso será solto; se a prisão for considerada legal, o indivíduo pode passar para a prisão preventiva ou temporária, (desde que atendam aos requisitos exigidos nesses tipos de prisões), ou ainda o preso pode receber a liberdade provisória, quando não houver motivo para mantê-lo preso, podendo

responder o processo em liberdade aguardando o julgamento, onde poderá ser absolvido ou condenado e ter que cumprir a pena.

3.2.2.2.1 Flagrante em várias espécies de crime

Nos Crimes Permanentes, o flagrante pode ser realizado a qualquer tempo enquanto não cessar a permanência, inclusive podendo haver o ingresso domiciliar se for necessário (art. 303, CPP); nos Crimes Habituais, devido à dificuldade no caso concreto de se aferir a reiteração dos atos, considera - se não ser possível à aplicação do flagrante; nos Crimes de Ação Penal Privada e Pública Condicionada, para se lavrar a prisão em flagrante, deverá haver a manifestação da vontade da vítima; nos Crimes Continuados, por envolver várias ações independentes, irá incidir, isoladamente, a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante por cada uma delas, ou seja, o flagrante fracionado e nas Infrações de Menor Potencial Ofensivo, pode se lavrar um Termo Circunstanciado, encaminhando imediatamente ao juizado especial criminal ou em caso de o infrator assumir o compromisso de comparecer quando notificado. Não havendo essa situação o flagrante será lavrado normalmente, salvo em caso de infração que admita a fiança, ou se puder livrar - se solto baseado no art. 321 do CPP.

3.2.2.2.2 Sujeitos do flagrante

Sujeito Ativo é aquele que efetua o flagrante, em regra alguém da força policial, mas pode ser qualquer pessoa, já o condutor é aquele que apresenta o preso à autoridade policial. Sujeito passivo é aquele surpreendido na situação de flagrância, em regra qualquer pessoa, mas existem exceções tais como: o Presidente da República; os Diplomatas Estrangeiros, dependendo dos Tratados Internacionais; os Membros do Congresso Nacional, salvo nos crimes inafiançáveis e nos casos da súmula n. 135 do STF; os Magistrados, salvo nos crimes inafiançáveis; os advogados, salvo nos crimes inafiançáveis relacionados ao exercício profissional, com a presença de um representante da OAB; os menores de 18 anos, salvo, em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art.106, Lei nº 8.069/90); o motorista que presta pronto e integral socorro à vítima de acidente de trânsito. (art.301, CTB).

O ato de prender uma pessoa em flagrante delito é um ato exercido pelo Estado através da autoridade policial, esse ato pode ser exercido também por qualquer pessoa (art.301, CPP), mas é a autoridade policial que tem o dever de exercer – lo. O poder de prender em flagrante está contido no poder Estatal, sendo obrigatório para a autoridade policial e facultativo para os demais membros da comunidade.

Por ser a Prisão em Flagrante à única que não resulta do provimento jurisdicional, é importante que se observe rigorosamente os seus requisitos legais, pois são eles que irão garantir ao acusado a proteção a sua segurança social, a liberdade individual e ao direito a defesa, garantias estas encontradas nas prisões jurisdicionais onde o devido processo legal é garantia de proteção ao cidadão. Portanto ao efetuar a prisão em flagrante deve se observar os limites legais, ou seja, estar ineto de abusos, sob pena de responsabilização penal e administrativa.

A constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso III, determina que o preso não deva ser exposto desnecessariamente a vexame ou ridículo, o art. 284 do CPP, dispõe que não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso, bem como o uso abusivo de algemas. Nesse sentido os magistrados devem dar toda atenção aos presos em suas manifestações, determinando a imediata realização do exame de corpo de delito, bem como a apuração e responsabilização pela possível pratica do crime de tortura ou abuso de autoridade, lembrando que os fins não justificam os meios.

O preso deve ser encaminhado imediatamente à presença da autoridade policial mais próxima do local da prisão evitando-se os interrogatórios efetuados por policiais no exato momento da prisão e também durante a condução do preso à autoridade policial, devendo se dar ao preso o direito ao silêncio e o direito à assistência de um advogado e da família (art. 5º, LXIII CF/88), a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e a sua família ou a quem ele indicar (art. 5º, LXII CF/88), o preso também deve ser informado por qual motivo esta sendo efetuada a prisão e todos os requisitos legais a qual o preso tem direito deve ser registrado no Auto de Prisão em Flagrante, que é o documento pelo qual se formaliza a prisão, que deve ser feito imediatamente logo após a prisão. Em suma, a liberdade moral da pessoa deve ser respeitada.

3.2.2.3 A função cautelar da prisão em flagrante

A prisão em flagrante seria cautelar porque expressa uma precaução (cautela) do Estado para evitar o perecimento de seus interesses, é uma saudável providência acautelatória da prova, da materialidade do fato e da autoria do crime. Portanto a doutrina justifica esta prisão, não só pela atualidade e evidencia do delito, como também pelo temor da fuga e perigo de sucessivas desordens, protegendo as provas bem como a vítima e seus familiares. Nesse sentido a prisão se apresenta com várias funções: a de exprimir maior segurança jurídica; de garantir um interesse social, sendo meio de coação imediata dando resposta ao clamor social, que deseja ver sendo punido o autor do delito e a de tornar possível o interrogatório e a qualificação do indiciado, ocupando uma função cautelar indireta durante a investigação.

3.2.2.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva é modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que contemplem os pressupostos que autorizam e as hipóteses que as admitem, elencadas no art. 312, CPP, tais como; a garantia da ordem pública e da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal; quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Também dão causas à prisão preventiva os pressupostos do art. 313 do CPP e seus incisos I, II, III e IV. Sua natureza é cautelar, já que tem por objetivo a proteção da sociedade, das investigações criminais e processuais e da aplicação da pena.

Como qualquer medida cautelar e preventiva, pressupõe-se a existência de “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”, o primeiro significando o risco de que a liberdade do agente venha a causar prejuízo à segurança da sociedade, o segundo significando à eficácia das investigações policiais e apurações criminais e à execução de eventual sentença condenatória. Sua decretação deve ser excepcional justificando-se apenas em hipóteses nas quais a permanência do indivíduo em liberdade possa efetivamente dificultar a realização da prestação jurisdicional, não obstante ela pode ser aplicada sem que haja a violação do direito à garantia constitucional da presunção de inocência, já que não se trata de pena e sim de uma

segregação com os objetivos nitidamente processuais, além disso, a própria Constituição Federal, implicitamente, admite a prisão do indivíduo antes da sentença condenatória definitiva (art. 5º, LXI, CF/88), não condicionando esta restrição da liberdade ao prévio trânsito e julgado de sentença condenatória. Temos então no art. 5º, inciso LXVI, CF/88, interpretado a contrário senso, sugerindo a possibilidade de o legislador ordinariamente, em determinados casos ou diante de certas circunstâncias, não admitir a liberdade provisória ao indivíduo, viabilizando assim sua permanência na prisão antes da condenação.

As modificações introduzidas pela Lei 12.403/2011 passaram a incorporar o Código de Processo penal, dispondo em seu art. 282, parágrafo 6º, que a prisão preventiva será determinada, quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (entre as estipuladas nos arts. 319 e 320 do CPP). Sendo assim as condições pessoais do indivíduo, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa etc. e a gravidade do crime não de interferir na possibilidade ou não de ser decretada a prisão preventiva, desde que estejam conjugados com os demais fundamentos do art. 312 do CPP.

3.2.2.3.1. Infrações e admissibilidade que comportam a medida

Estabelece o art. 313 do CPP (alterado pela Lei 12.403/2011) que a prisão preventiva, presentes os pressupostos e fundamentos que a autorizam em regra, têm cabimento na apuração dos crimes dolosos aos apenados com penas privativas de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP); aos indivíduos reincidentes em crime doloso (art. 313, II, do CPP); aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou portador de deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência (art. 313, III do CPP) e em caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Em razão das mudanças advindas da Lei 12.403/2011, outras duas situações concorrem para imposição da restrição cautelar: uma que respeita às previsões dos arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, que autoriza a segregação do indivíduo em caso de descumprimento das medidas acautelatórias diversa da prisão estipuladas

no art. 319, e outra à prisão preventiva consequente da prisão em flagrante, conforme determina o art. 310, II do CPP.

3.2.2.3.2 Decretação e inadmissibilidade da prisão preventiva.

O art. 282, § 2º, do CPP (introduzido pela Lei 12.403/2011), prescreve “que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério público”. Nos tribunais a medida poderá ser interposta pelo relator em casos de crimes de competência originária. A prisão preventiva terá cabimento durante todo o processo criminal, tanto nos crimes de ação pública, quanto nos crimes de ação penal privada, desde que atenda os requisitos legais. Sendo que não poderá ser proposta em até cinco dias antes e quarenta e oito horas depois das eleições.

A Lei 12.403/2011, incorporada ao Código de Processo Penal, conclui que não será admitida a decretação judicial da prisão temporária nas Contravenções Penais, já que o próprio art. 312 do CPP, condiciona a decretação da mesma à existência de prova da existência de crime, tornando implícita, a proibição da medida quando se tratar de contravenções penais. A referida lei também proíbe a decretação da prisão temporária quando houver provas de ter o agente praticado o fato sob o amparo do art. 314 do CPP, que determina que “a prisão preventiva em nenhuma hipótese será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos, ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II, III do caput do art. 23 do CP”, que excluem a ilicitude do fato. Também quando se tratar de excludente de culpabilidade, não incluídas no art. 314 do CPP, nos casos de embriagues completa, coação moral irresistível, erro de proibição, inexigibilidade de conduta diversa etc., por analogia não tem se justificado a decretação da preventiva pelo juiz.

3.2.2.3.3 Fundamentação da prisão preventiva

O art. 315 do CPP e também por decorrência do art. 93, inciso IX, da CF/88, determina que o magistrado, sob pena de nulidade, ao decretar a prisão preventiva

deve fundamentá-la de acordo com os pressupostos e motivos ensejados e conforme o art. 282, § 6º do CPP, determinando que só se recorra à prisão preventiva naqueles casos em que não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão. Nesse caso pode o juiz motivá-la objetivamente, desde que externar as razões de seu convencimento, de forma a permitir que a defesa possa apresentar argumentos contrários em eventual impugnação.

O magistrado também pode limitar-se a acolher os fundamentos constantes do parecer do Ministério Público, opinando pela decretação da prisão cautelar do acusado. (fundamentação per “*relationem*”). Nesse sentido o STF já se manifestou compreendendo que “a adoção do Ministério Público como razão de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa”. Faltando a fundamentação e uma vez impetrado o “*habeas corpus*”, não haverá a convalidação da preventiva.

3.2.2.3.4 Revogação da prisão preventiva

Conforme arts. 316 e 282, §5º do CPP, o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a falta de motivação para que se mantenha, bem como uma nova decretação sem que se sobrevenham motivos que a justifiquem. A referência, inseridas nos referidos artigos pressupõe – se inapropriada, não se tratando nesse caso de uma faculdade e sim um dever judicial, já que uma vez ausentes os fundamentos que a sustentam não mais subsistem a necessidade de constituir execução antecipada da pena, gerando constrangimento ilegal ao preso.

A prisão preventiva é movida pela cláusula “*rebus sic stantibus*” que significa “enquanto as coisas estiverem assim”, portanto, se a situação das coisas se alterar, revelando que a medida não mais se faz necessária, a revogação é obrigatória, devendo o magistrado revogar a medida de ofício ou por provocação, sem a necessidade de oitiva prévia do Ministério Público, sendo este, intimado apenas para tomar ciência da decisão judicial a qual poderá apresentar o recurso cabível. Todavia se a situação anterior se restabelecer nada impede que o magistrado volte a impetrá-la novamente, quantas vezes se apresentarem necessárias.

3.2.2.4 Prisão temporária

A Prisão Temporária é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual, que possui prazo preestabelecido de duração esta prevista na Lei 7.960/1989. É cabível exclusivamente na fase de Inquérito Policial, destinada a possibilitar as investigações, autorizando que o encarceramento deverá ocorrer em razão das infrações seletivamente indicadas na legislação.

3.2.2.4.1 Infrações e admissibilidade que comportam a medida

A Lei 7.690/89, art. 1º, incisos I, II, III, prevê três hipóteses para seu cabimento; quando imprescindível para a investigação policial; quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade ou quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida por lei penal, a autoria ou participação do indiciado, nos crimes de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou alimentos ou medicamentos com resultado morte, associação criminosa (art. 288 do CP, com a alteração determinada pela Lei 12.850/2013), genocídio, tráfico de drogas e nos crimes contra o sistema financeiro.

Segundo Capez (2002, p. 243 apud DAMASIO DE JESUS e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO):

(...) a prisão temporária só pode ser decretada naqueles crimes apontados pela lei. Nestes crimes, desde que concorra qualquer uma das duas primeiras situações, caberá a prisão temporária. Assim, se a medida for imprescindível para as investigações ou se o endereço ou identificação do indiciado forem incertos, caberá a prisão cautelar, mas desde que o crime seja um dos indicados por lei;

Apesar de à lei ser objetiva com relação aos requisitos que autorizam a prisão temporária, a doutrina e jurisprudência não estão inteiramente pacificadas respeito do tema, sendo que a posição majoritária é de que a prisão temporária é cabível somente em relação aos crimes referidos no art. 1º, III, e desde que concorra pelo menos uma das hipóteses citadas nos incisos I e II. Sendo essencial o “*fumus comissi delicti*” e o “*periculum libertatis*” para que a medida seja decretada.

3.2.2.4.2. Decretação e prazo das prisões temporárias

Segundo o art. 2º da Lei 7.960/89, a prisão temporária será decretada pelo juiz mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, a lei não prevê legitimidade para o ofendido require-la durante as investigações policiais, não podendo ser decretada de ofício pelo magistrado, pressupondo que existe a necessidade de provocação. Como regra, a custódia terá o prazo de cinco dias, podendo este lapso ser prorrogado por igual período, em caso de excepcional necessidade (art. 2º, caput). Nos casos de crimes hediondos e equiparados, dispõe o art. 2º, § 4º da Lei 8.072/90 (com alteração da Lei 11.464/2007) que o prazo será de trinta dias, prorrogáveis por tempo igual, desde que se comprove a extrema necessidade da prisão temporária.

3.2.2.4.3 Procedimento para a decretação da prisão temporária

Pela provocação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, o juiz de direito terá o prazo de vinte e quatro horas para decidir fundamentadamente sobre a prisão, ouvindo para tanto o Ministério Público, nos pedidos originários da autoridade policial. Por ser uma modalidade de segregação cautelar a prisão temporária só poderá ser decretado por meio de decisão fundamentada, onde o magistrado deve demonstrar efetivamente quais obstáculos pretende impedir que o imputado, possa causar ao trabalho da autoridade policial, afim de que a prisão temporária não venha causar constrangimento ilegal e conseqüentemente a sua revogação.

Depois de deferida a prisão temporária, será expedido o mandado de prisão em duas vias, sendo uma entregue ao preso, a qual servirá de nota de culpa. Poderá o magistrado de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do advogado determinar que o preso lhe seja apresentado para solicitar informações sobre a autoridade policial ao qual será submetido ao exame de corpo de delito, devendo a autoridade policial alertar o preso sobre seus direitos constitucionais. Terminado o prazo legal (decorrente ou não de prorrogação), deverá o detido ser colocado imediatamente em liberdade, salvo se houver decretação de prisão preventiva no curso do processo.

3.2.2.5 Prisão pena ou prisão penal

É aquela advinda de sentença condenatória transitada em julgada, ou seja, é a privação da liberdade determinada com a finalidade de executar a decisão judicial, após o devido processo legal, pelo qual foi determinado o cumprimento da pena privativa de liberdade. A prisão pena possui natureza executória e condenatória, já que visa à satisfação da pretensão executória do Estado.

3.2.2.6 Prisão da sentença condenatória recorrível

É aquela que decorre de sentença condenatória prolatada pelo juiz “*a quo*”, ou seja, o juiz de primeira instância (art. 387, § 1º do CPP) e que permite ao réu solto apelar sem se recolher à prisão ou prestar fiança (se afiançável o delito) A Lei 12.403/2011, em seu art. 4º revogou expressamente o art. 393 do CPP.

Nesse sentido escreve AVENA (2015, p. 1059):

(...) a única prisão que poderá ser determinada ao réu solto após a prolação da sentença penal condenatória e antes de seu trânsito em julgado é a preventiva, condicionada, obviamente, a que estejam presentes seus requisitos autorizadores, e, ainda, que não sejam cabíveis as medidas alternativas do art. 319 (282, § 6º), não mais subsistindo, pois, a prisão da sentença condenatória recorrível como uma forma própria e autônoma de prisão preventiva.

O art. 4º da Lei 12.403/11 se apresenta para dar solução legal ao tema, já que o Princípio Constitucional estabelecido no art. 5º inciso LVII estabelece em seu texto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, portanto a prisão da sentença condenatória recorrível não se apresenta como regra e sim como uma exceção aplicável quando se revela no caso concreto os requisitos expressamente consagrados em lei.

O julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292, ocorrido em fevereiro de 2016 no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) e prolatado pela maioria dos ministros, entendeu que o art. 283 do CPP, não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. Esse tema ainda não está pacificado, pois tem gerado grande controvérsia jurisprudencial acerca do Princípio

Constitucional da Presunção de Inocência, porque mesmo sem ter a força vinculante os tribunais de todo país passaram a adotar posicionamento idêntico, levando a decisões que ignoram o art. 283 do CPP deliberadamente.

3.3 Pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade é um meio de punição e ressocialização do condenado, ou seja, sempre que um indivíduo imputável praticar um crime estará sujeito a uma determinada pena por um determinado período previsto no tipo penal respectivo, lembrando que essa pena sempre será temporária, não podendo ultrapassar 30 anos já que no Brasil não se aplica a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada) e prisão perpétua (art. 5º, inciso XLVII, alíneas a, b, da CF/88). As penas existentes atualmente no Brasil limitam-se às privativas de liberdade (reclusão e detenção) e as restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição e limitação de fim de semana) e multa.

Assim descreve o art. 33, § 2º do Código Penal (VADE MECUM, 2015):

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

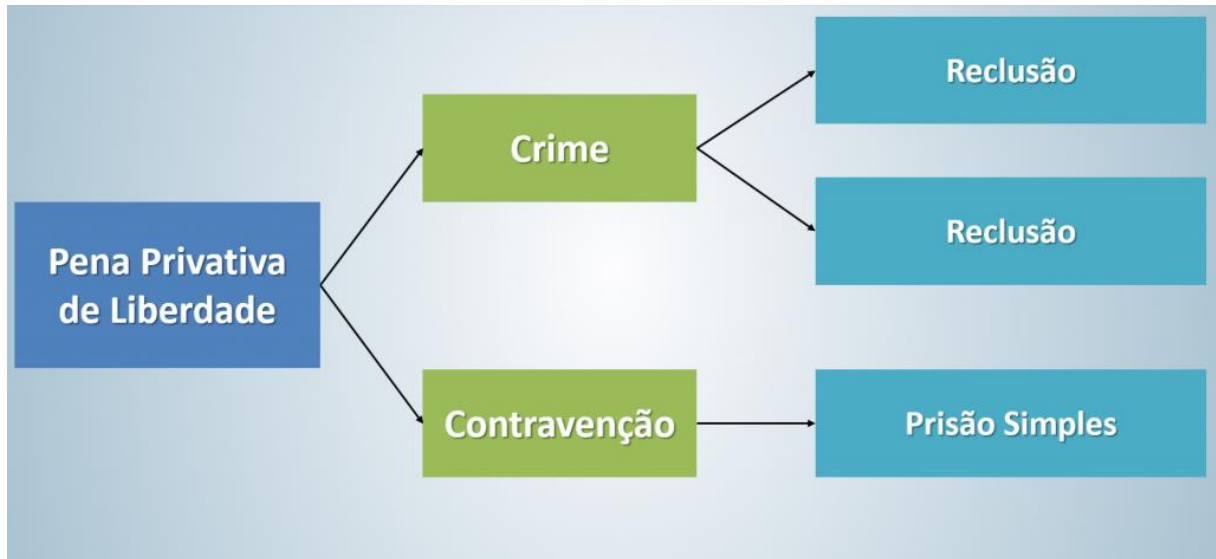
§ 2º As penas privativas de liberdade deverão se executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

Assim escreve Frediabraão Oliveira (2013, P. 1 apud SOLER, 1976):

(...) pena é uma sanção aflictiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

Nesse sentido podemos observar que a aplicação da pena privativa de liberdade tem com objetivo principal punir o indivíduo que cometeu uma infração penal, inibindo novas práticas e ao mesmo tempo dando uma resposta para a sociedade que espera ver o infrator punido.

Gráfico 1- Pena Privativa de Liberdade



Fonte: andrefontenelle.com.br (2018)

Na aplicação da pena ao condenado deve sempre se observar os princípios constitucionais: da *legalidade*, que determina que a pena deve ser cominada por lei anterior ao fato (art. 5º, XXXIX, da CF, art.1º, do CP); da *individualidade*, que determina que a pena, deve ser aplicada em cada caso concreto segundo a culpabilidade do infrator (art. 5º, XLVI, da CF); da *personalidade*, que descreve que nenhuma pena deverá passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF); da *proporcionalidade*, que determina que a pena deva ser proporcional ao crime e aos limites da culpa do condenado e da *humanidade*, onde determina que o Estado não deva aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lecionem a constituição física e psíquica do condenado.

A reforma penal de 1984 adotou como gênero às penas privativas de liberdade e manteve a reclusão e detenção como espécies. Penas de reclusão são aquelas destinadas aos crimes mais graves e pode ser iniciado em regime fechado, semiaberto, e aberto, já a detenção será aplicada para os crimes de menor gravidade, não podendo jamais se iniciar seu cumprimento em regime fechado (art. 33, caput, do CP), salvo necessidade de transferência ao regime fechado (regressão).

3.3.1 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade

A Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal estabelece que os regimes sejam determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela

reincidência, aliadas ao mérito do condenado, em um sistema progressivo. Dispõe ainda que o regime inicial da execução da pena privativa de liberdade seja estabelecido na sentença condenatória, com a observância do art. 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Após a condenação do agente, e fixado a pena – base (art. 59, III do CP), o juiz estabelece o regime inicial ao qual o condenado iniciará o cumprimento de sua pena (fechado, semiaberto ou regime aberto), não havendo recurso das partes, faz decisão a coisa julgada formal e material, em regra o juiz não poderá mais modificar sua decisão, entretanto, já se decidiu que ele pode, de ofício, modificar as condições estabelecidas quanto ao regime inicial, desde que as circunstâncias recomendem (art. 66, III, b, da LEP).

3.3.1.1 Regime fechado

O regime fechado é aquele onde a pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º e § 2º c.c. art. 34 do CP e ainda, arts. 87 a 90 da LEP), denominadas de Penitenciárias. Esse regime é caracterizado pela limitação das atividades comuns dos condenados e pelo maior controle de vigilância sobre eles. Esse tipo de regime é destinado aos presos de maiores periculosidade, assim valorados a partir de critérios objetivos, tais como quantidade de crimes, penas elevadas e presos reincidentes. A Lei de Execuções Penais ainda adota a regra de cela individual, ou seja, a cela deve conter requisitos mínimos quanto à insalubridade e área mínima, sendo que nessa cela deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP).

3.3.1.2 Regime semiaberto

O regime semiaberto é aplicado aos condenados com penas de média ou curta duração e que tenha desde logo aptidão para o regime semiaberto, não sendo necessário ser recolhido ao regime fechado. Normalmente o condenado nesse tipo de regime, cumpre sua pena em colônia agrícola, industrial ou similar (art. 91 da LEP). A preocupação com a segurança nesses regimes normalmente é menor que no regime fechado, baseada no senso de responsabilidade do condenado, e no

incentivo e valorização do cumprimento de seu dever, em especial o trabalho e em se submeter à disciplina em vez de fugir.

Nesse regime existe o mínimo de vigilância sendo que os condenados podem se movimentar com uma relativa liberdade e a guarda do Estabelecimento Penal não deve andar armada, agindo de forma discreta destacando a responsabilidade do preso. A lei prevê ainda que o regime semiaberto possa ser cumprido facultativamente em aposento coletivo para alojamento dos condenados, não havendo previsão para o isolamento durante o repouso noturno.

Assim escreve BITENCUORT (TJPR, HC 451.626 – 1, Rel. Marcos Vinicius de Lacerda Costa, j. 29 -11-2007, p.233):

Condenado que deverá cumprir sua pena em regime domiciliar até a sua remoção à colônia penal agrícola. Configura – se constrangimento ilegal o fato de o paciente estar cumprindo a sua pena em regime fechado quando lhe foi fixado regime para o semiaberto para o cumprimento da pena.

Nesse sentido a lei determina que quando não houver estabelecimento adequado para que o condenado no regime semiaberto possa cumprir sua pena, o mesmo deve cumpri-la em regime domiciliar, sob pena de configurar-se como constrangimento ilegal o cumprimento da pena em regime fechado.

2.3.1.3 Regime aberto

Em termos gerais o regime aberto fundamenta-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado e o mesmo 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. (36, § 1º do CP). O art. 93 da LEP, diz que a Casa do Albergado é destinada ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto, essa denominação refere – se aos estabelecimentos destinados aos condenados que cumprem pena no regime aberto, nesse caso o preso só se encontra preso no período noturno, podendo assim se dedicar a outras atividades lícitas fora do estabelecimento, durante o dia, sem escolta ou vigilância. Na ausência de Casa do Albergado, o condenado pode cumprir a pena em regime domiciliar, enquanto não houver vaga em estabelecimento

adequado, jamais sendo admissível que seja determinado seu cumprimento em regime mais grave.

Nesse sentido afirma BITENCOURT (STJ, HC 48.343/SP, Rel. Min. Dipp, j. 11-04-2006, p. 239):

Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias jurídicas favoráveis – como primariedade e ausência de maus antecedentes – na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semiaberto com fundamento exclusivo na periculosidade do agente.

Nesse caso o condenado deverá demonstrar que está preparado e que merece a adoção desse regime, sem frustrar os fins da execução, sob pena de ser transferido para outro regime mais rigoroso (art. 36, § 2º, do CP). Quando o condenado ingressa no regime aberto, pressupõe – se que o mesmo aceitou as condições impostas pelo juiz (art. 113 da LEP). Se o condenado praticar falta grave, crime doloso, não pagar a referida multa, frustrando os fins da execução, ou ser condenado por crime anterior a pena, o regime aberto pode tornar se incabível, regredindo assim para o regime mais severo.

3.3.2 Regras Para a fixação da pena

Após a condenação a lei determina para cada regime regras específicas a serem observadas pelo magistrado.

3.3.2.1 Regime fechado

A fixação da sentença em regime fechado pode ser obrigatória ou facultativa, vai depender da presença de certos requisitos. O regime inicial fechado obrigatório se aplica aos condenados com reclusão quando a pena for superior a oito anos, mesmo que o réu não seja reincidente, no caso do réu ser reincidente qualquer que seja a pena aplicada, o regime inicial obrigatoriamente será o fechado. O regime inicial facultativo é aplicado aos condenados com reclusão, quando o juiz entender pela necessidade de fixar a sentença após a análise das condições judiciais do art. 59, caput do Código Penal.

3.3.2.2 Regime semiaberto

O regime semiaberto é aplicado aos condenados com reclusão, nas seguintes situações; aos condenados não reincidentes e que a pena seja igual ou inferior a oito anos; a critério do juiz (art. 33, § 3º, 59 CP), mesmo que a pena seja inferior ou igual a quatro anos. Aos condenados com detenção ou prisão simples aplica – se obrigatoriamente o regime semiaberto aos reincidentes independente da quantidade de pena, e quando a pena privativa de liberdade for superior a quatro anos, independente da reincidência ou não. Poderá ainda ser aplicado de maneira facultativa pelo juiz (arts. 33, §º, 59 CP).

3.3.2.3 Regime aberto

A lei não prevê nenhuma situação em que, obrigatoriamente deva ser fixado o regime aberto como inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, mas em alguns casos o regime aberto pode ser fixado facultativamente quando o condenado a pena de reclusão, desde que não seja reincidente e a sua pena seja igual ou inferior a quatro anos, ou quando a pena de detenção ou prisão simples aos não reincidentes e sua pena seja igual ou inferior a quatro anos.

3.3.3 Trabalho do preso

O trabalho prisional é um direito e dever do condenado e será sempre remunerado, sendo que a jornada normal, não pode ser inferior a seis horas, nem superior a oito horas com descanso semanal nos domingos e feriados (art. 33, caput da LEP) e a remuneração nunca poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo (art. 29, caput da LEP). O trabalho do sentenciado possui a finalidade educativa e produtiva, contribuindo assim para manter ou aumentar a capacidade do preso para ganhar a vida honestamente quando solto, configurando – se como um dever do executado na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31, caput da LEP), sendo que o não cumprimento desse dever segundo o art. 50, VI e 39, V, da LEP pode se constituir falta disciplinar de natureza grave.

O preso que trabalha tem direito aos benefícios da Previdência Social e em eventual possibilidade de não poder continuar trabalhando, por acidente, ele

continuará a se beneficiar com a remição. (art. 126, § 4º da LEP). O fruto da remuneração do preso deverá atender a indenização pelos danos causados pelo crime cometido, desde que verificado por ordem judicial e se não for reparado por outros meios; deve atender também a assistência de sua família e as pequenas despesas do próprio condenado, também serve para recompensar o Estado pelas despesas realizadas na manutenção do próprio preso no cárcere e o que sobra será depositada em caderneta de poupança em forma de pecúlio para ser entregue ao preso quando estiver em liberdade (art. 29, § 1º e § 2º).

O sentenciado não tem direito ao regime previsto na CLT, pois o seu trabalho é vinculado ao regime do Direito Público, tendo em vista ser decorrente da imposição da pena, não se tratando de um contrato livremente acordado entre as partes (art. 28, § 2º da LEP).

A organização do trabalho penitenciário no Brasil baseia – se no sistema misto, prevendo que além da Administração, pode o trabalho ser gerido por entidades paraestatais. As Empresas Públicas e Fundações instituídas pelo Poder Público, possuem autonomia para a organização das atividades laborais da prisão, com objetivo de imprimir aos trabalhos prisionais critérios e métodos empresariais para melhor aproveitamento da mão de obra, sem a subordinação hierárquica ou administrativa dos Departamentos Penitenciários, isso impede que entidades privadas, que tem a finalidade de lucrar, causem ao trabalho penitenciário um caráter que não seja de reinserção do condenado na sociedade.

O art. 34, parágrafo único, da Lei de Execuções Penal, determina que caberá à entidade gerenciadora supervisionar e comercializar a produção arcando com as despesas, inclusive com uma remuneração adequada do sentenciado. O trabalho penitenciário pode ser prestigiado como forma de “tratamento”, quando se verificar que a falta de qualificação profissional, a deficiente aptidão ou qualquer outra circunstância semelhante tenha sido fatores decisivos na prática do ilícito penal.

3.3.3.1. Trabalho externo

O trabalho externo é destinado aos sentenciados em regime fechado e semiaberto, bem como a frequência em cursos supletivos, profissionalizantes ou de

instrução de segundo grau ou superior (art. 36, § 1º, 2º e 3º da LEP e art. 35, § 2º do CP), devendo o preso preencher alguns requisitos tais como: aptidão para o trabalho, cumprimento de 1/6 da pena, autorização de saída, realização de obras e serviços públicos e limite máximo de 10% de presos no total de trabalhadores da obra.

Os condenados em regime semiaberto têm direito a frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno dentro do Estabelecimento Penal, sendo admissível o trabalho externo inclusive na iniciativa privada ou mesmo que tenha caráter autônomo. O juiz da condenação já poderá junto com a sentença condenatória conceder o benefício do trabalho externo ou posteriormente poderá ser concedido pelo juiz da execução da pena.

Aos condenados que cumprem pena em regime fechado, poderá ser admitido o trabalho externo desde que o seja em obras ou serviços públicos e desde que o condenado tenha cumprido pelo menos um sexto da pena, tomadas as devidas cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 37 LEP).

A atribuição do trabalho externo é feita de maneira gradativa inserida no regime de execução da pena em estabelecimento fechado, essa atribuição deve obedecer as regra de aptidão do preso para aquele determinado trabalho. A única diferença entre os dois regimes, no que se refere ao trabalho externo, é a desnecessidade de vigilância direta no caso do semiaberto.

O trabalho externo não se configura como uma delegação do poder de punir na execução da pena, que continuara a ser feita pelo órgão estatal competente, sempre inserido no regime cuja finalidade é a reintegração social do condenado. Ao contrario do que ocorre no trabalho interno, a prestação de serviço pelo preso, no caso de empresa privada que realiza obra pública, é condicionada ao consentimento do condenado (art. 36§ 3º), isto evita que o preso seja obrigado a trabalhar para empresa que vise o lucro passando uma ideia de exploração econômica do trabalho prisional.

A autorização de trabalho deverá ser revogada se o preso praticar fato definido como crime, for punido com falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos pela lei (art. 37, paragrafo único, da LEP), portanto a

além de ser revogada a autorização de trabalho externo o preso também terá a regressão para o regime mais severo. A revogação poderá ser renovada caso o preso seja absolvido cabendo à autoridade administrativa a revogação, já que é ela quem concede a autorização, se essa autorização for irregular, pode ser caçada pelo juiz da execução penal.

3.3.4 Educação do preso

O art. 17 da Lei de Execuções Penais determina que a assistência educacional, compreende toda instrução escolar e formação profissional. Esta escrita nas Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, que se devem tomar providências necessárias para que os condenados possam melhorar sua instrução e se aproveitar dela. A educação deve ser uma prestação básica para todos independentes da condição na qual ele se encontra. Para o preso isso se torna mais relevante, tendo em vista que a educação pode constituir – se como um elemento fundamental na sua reinserção social.

A Constituição federal de 1988, em seu artigo 205 diz que a “educação é um direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Ainda estabelece a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental e conceitua este como um direito público subjetivo (art. 208, § 1º da CF/88). Assim qualquer pessoa, independente de idade, condição social ou status jurídico tem o direito de receber educação e cabe ao Estado prover a educação aos presos que não tiveram condições de recebe – lá convenientemente no lar ou na escola.

O art. 18 da LEP determina a obrigatoriedade do ensino fundamental nas Unidades Prisionais integrado com sistema escolar da Unidade Federativa, afim de quando soltos, possam continuar sua preparação. A tarefa do Estado, não se restringe em propiciar instrução aos presos alfabetizando – os, mas em proporcionar toda a instrução fundamental, levando – se em conta as limitações decorrentes da pena aplicada a cada um.

É fundamental que haja escolas nos Estabelecimentos Penais ou algo que a substitua e que as aulas sejam ministradas por profissionais que possuam

capacidade técnica exigida de acordo com as normas jurídicas correspondentes ao ensino prestado na rede pública ou particular, habilitando o condenado a concluir seus estudos quando estiver fora do cárcere, ou quando isso não for possível, que ele possa dar prosseguimento em seus estudos mesmo na prisão. Já para aqueles presos que se encontram cumprindo pena no regime semiaberto a lei permite que o mesmo possa estudar, ou concluir curso profissionalizante fora do Estabelecimento Prisional, na comarca do Juízo da Execução, sem que haja necessidade de escolta ou vigilância (art. 122, II da LEP).

O ensino profissional é facultativo ao preso e tem por finalidade, a iniciação e aperfeiçoamento técnico, moral e cultural do preso, para facilitar a sua reinserção ao convívio familiar, comunitário social para que não volte à prática criminosa, assim se a demanda pela formação técnica for grande, a Unidade Prisional deverá manter em suas instalações o funcionamento de cursos profissionalizantes, em não sendo, deverá propiciar meios para que aqueles que se encontram no regime semiaberto ou aberto que queiram possam fazê-lo fora da Unidade.

Diante da dificuldade de se manter instalações de escolas ou unidades de cursos profissionalizantes dentro dos Estabelecimentos penais a lei possibilita a realização de convênios com entidades públicas que possam oferecê-los. É uma forma de possibilitar para que a sociedade contribua na tarefa de reintegração social do condenado.

A lei também obriga que os Estabelecimentos Prisionais possuam em suas instalações bibliotecas provida de livros instrutivos e didáticos para que os presos possam usar (art. 21 da LEP). Essa exigência se fundamenta como mais um meio de educação e pode auxiliar na disciplina do estabelecimento, além é claro da sua utilização como acompanhamento dos estudos e aprimoramento intelectual daqueles que gostam da leitura. As possibilidades de remissão de pena pelos estudos foram ampliadas pela lei 12.433/11, através da recomendação n. 44 de 26 /11/2013 do CNJ, que estabelece a remissão da pena por meio de atividades complementares nos casos dos presos que se dediquem a leitura.

3.3.5 Remissão pelo estudo e trabalho

Segundo o art. 126, caput da LEP o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou estudo, parte do tempo de execução da pena, e o paragrafo primeiro em seu inciso I, determina que a contagem seja de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar no ensino básico, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de qualificação profissional, divididas no mínimo em três dias, no caso de trabalho o inciso II, do referido artigo determina que a contagem seja de um dia de pena para cada três dias de trabalho. Sendo que as atividades de estudos a que se refere o § 1º poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou à distância (art. 126, § 2º da LEP).

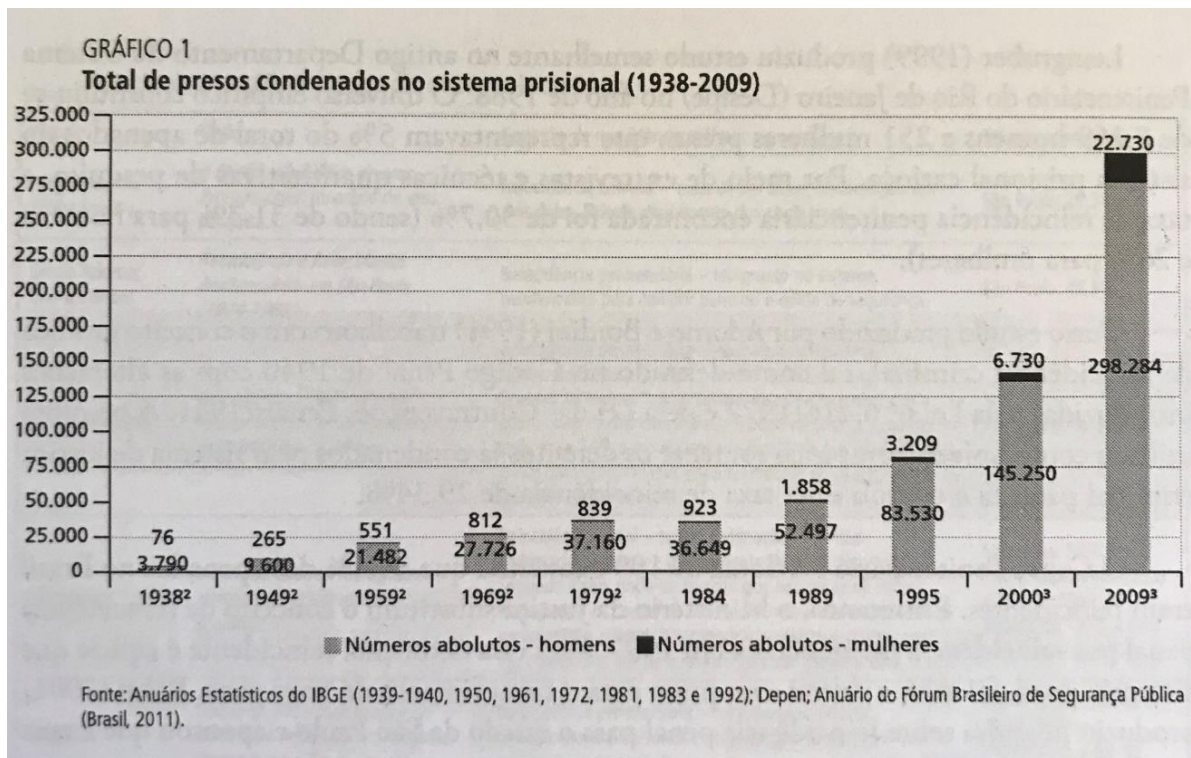
O preso impossibilitado de estudar ou trabalhar em decorrência de acidente, continuará a se beneficiar com a remição (art. 126, § 4º da LEP), também terá acrescido 1/3 ao tempo remido em função de estudos, no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificado por órgão competente do sistema de educação. Esse benefício também se aplica aos condenados que cumprem pena em regime aberto e semiaberto ou que usufrui de liberdade condicional, desde que seja observado no inciso I do § 1º do referido artigo.

4. A REICENDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL

Com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), conclui que a população carcerária do Brasil tem aumentado, tendo em setenta anos um crescimento de 83 vezes, passando de 3.866 para 321.014 pessoas condenadas no sistema prisional brasileiro, esses dados foram colhidos entre o ano 1938 até o ano de 2009.

Em pesquisa mais recente realizada em 2012, revelam ainda que o Brasil possui 515.482 pessoas presas para 303.741 vagas, tendo um *déficit*, de 211.741 vagas, sendo o quarto país no mundo que mais encarcera e mesmo assim possui um alto índice de criminalidade.

Figura – 2: Presos condenados no sistema prisional



Fonte: Relatório de pesquisa - Ipea, 2015.

Isto revela que existe uma enorme necessidade de que haja estudos mais profundos sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal, seus fatores determinantes, assim como a eficácia dos

dispositivos alternativos utilizados como meio para contornar esta crise do sistema brasileiro.

Existem poucas pesquisas a respeito da reincidência no Brasil, por esse motivo os dados obtidos não são tão precisos, alguns órgãos revelam sem precisão ou fundamento que o índice de reincidência no Brasil gira em torno de 70%, referindo-se a um conceito muito amplo e pouco útil ao planejamento de uma política criminal eficiente. Portanto esse índice não está restrito aos presos condenados e/ou a temporalidade definida pela lei vigente.

No relatório final divulgado pela Comissão Parlamentar de Inquerido (CPI), em 2008, apontou que os índices de reincidência por estados no Brasil chegavam a 70% ou 80% conforme a cada Estado da Federação, no entanto a CPI não produziu nenhuma pesquisa que pudesse confirmar esses dados, essas informações foram obtidas em dados fornecidos pelos presídios. Com os dados desse relatório, chegou-se à conclusão que a prisão não previne a reincidência e que o caminho é a criação de alternativas que permita o autor de um delito assumir a responsabilidade e fazer a devida reparação do dano causado. (Brasil, 2008b).

Como já foi dito existem poucos estudos relacionados à pesquisa sobre a reincidência no Brasil, o que dificulta uma real e atual ciência da situação. Mas nesse contexto podemos citar algumas pesquisas que podem nos aproximar da verdadeira situação encontrada hoje. Uma das principais pesquisas produzidas sobre o tema é de autoria de Adorno e Bordini (1988). A pesquisa foi realizada no Estado de São Paulo entre os anos de 1974 e 1976, foram entrevistados 252 pessoas do sexo masculino, utilizando o conceito de reincidente penitenciário, que compreende o sujeito que tendo já cumprido pena, foi recolhido novamente em estabelecimento penitenciário. Nessa pesquisa chegou-se a um índice de 46,03%, muito abaixo dos tão proclamados 70%.

Também em 1999 Lemgruber produziu um estudo no Departamento do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro (Desipe), resultado de uma pesquisa realizada no ano de 1988, também utilizando o conceito de reincidente penitenciário. A pesquisa foi realizada com 8.520 pessoas entre homens e mulheres, sendo encontrado um índice de reincidência de 30,7%.

Em 1991 novamente Adorno e Bordini produzem um estudo trabalhando com o conceito jurídico de reincidência criminal, tal como é definido no Código Penal, utilizando somente os detentos já condenados pelo sistema criminal paulista que revelou um índice de reincidência de 29,34%.

No ano de 1994 o Censo Penitenciário Nacional conclui que 34,4 % dos apenados no Brasil eram reincidentes. Em 1977 o Ministério da Justiça substitui o conceito de reincidência penal por reincidência penitenciária, sendo esta definida como aquela onde reincidente é aquele que cumpriu pena, foi solto e voltou a ser preso para cumprimento de nova pena. Em 1994, 1995 e 1996 Kahn (2001), produziu pesquisa para o Estado de São Paulo sobre a reincidência penal que apontou um índice de 50%, 45% e 47%.

O Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário (Depen) aponta dificuldades na apuração de dados sobre a reincidência criminal e divulgou em 1998 um relatório indicando que o índice de reincidência no Brasil era de 70% e que a meta era reduzi-la até 2003, para 50%, sendo que o conceito utilizado é bastante amplo, considerando como reincidência a prisional, ou seja, aquela onde se considera todos que já passaram pelo sistema prisional e voltaram independente de condenação ou não, incluindo também os presos provisórios. Já em 2008 o próprio Depen divulgou uma pesquisa onde apontava que 43,12% dos apenados de todo país no primeiro semestre eram réus primários com uma condenação, 23,87% eram primários com mais de uma condenação e 33,01% eram reincidentes (Brasil, 2001; 2008a).

Como vimos os índices de reincidência no Brasil segundo os estudos realizados variam muito em função do conceito utilizado, mas em todos os estudos percebemos que tais índices ainda se configuram como muito alto, sendo que o menor índice encontrado foi de 30%. Isso leva o Poder Público e a sociedade a uma reflexão sobre a atual política da Execução Penal, que na prática privilegia o encarceramento maciço e construção de novos presídios.

4.1 Conceito geral de reincidência criminal

A Lei estabelece que ocorre a reincidência, quando o agente, após ter sido condenado definitivamente por outro crime, comete novo delito, desde que não se

tenha transcorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena e a prática do outro delito, ou seja reincidente é aquele que repete a infração penal, desde que seja condenado e não possa mais recorrer e que se comprove o cometimento de um outro crime (art. 63 e 64 do CP). A reincidência funciona como uma agravante que visa punir com mais severidade o agente que já foi condenado e volta a delinquir, demonstrando que a sanção aplicada anteriormente não foi suficiente para fazê-lo desistir da vida criminosa.

No Brasil o termo reincidência pode ser definhado de várias espécies e formas por isso ha uma grande dificuldade em conceitua-la. Existem três espécies de reincidência: a real, que é computada apenas quando o agente já cumpriu integralmente a pena pelo crime anterior; a ficta, adotada pela legislação brasileira, que só existe com a condenação anterior; e a específica, quando o delito anterior e posterior integram os crimes citados no artigo 83, V, do CP, que são os crimes hediondos, prática de tortura, tráfico de ilícito de entorpecente e drogas afim, e terrorismo.

Destacamos como efeito da reincidência o agravamento da pena; aumento do prazo para concessão de livramento condicional; impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e da concessão do sursis, quando se tratar de crimes dolosos; interrupção do prazo da prescrição etc.

Além das espécies existentes o sistema prisional brasileiro ainda estabelece quatro formas de reincidência:

a) genérica; como sendo aquela que considera a pessoa que comete mais de um crime, independente se há ou não condenação ou autuação anterior, como ocorre nos casos de presos provisórios que por muitas vezes acabam sendo inocentados.

b) legal; aquela determinada pela Lei, que considera a condenação judicial por crime no período de até cinco anos após a extinção da pena anterior.

c) penitenciária; é aquela que ocorre quando o agente retorna ao sistema penitenciário após cumprir uma pena ou por medida de segurança.

d) criminal; sendo aquela onde o agente possui mais de uma condenação, independente do prazo legal estabelecido pela lei.

Devido a grande dificuldade em se conceituar reincidência é que tem se tornado difícil à realização de estudos ou pesquisas que possam mapear precisamente quais são os verdadeiros índices de reincidência no Brasil, o que torna difícil a aplicação de políticas criminais efetivas para solucionar o problema do aumento da criminalidade e conseqüentemente a superlotação dos presídios.

4.2 Os índices de reincidência criminal no estado de São Paulo

Conforme o relatório publicado em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, os dados oficiais mais recentes sobre reincidência criminal no Estado de São Paulo são referentes aos anos de 1974 a 1985, resultados de uma pesquisa realizada por Adorno e Bordini e publicada na Revista Brasileira de Ciências Sociais em 1989. Como vemos esses resultados podem não refletir a realidade de hoje, pois se verifica que existem poucos estudos nesse campo e pouco interesse por parte do Poder Público em promover estudos e pesquisas a esse respeito. Por isso se estabelece um conceito amplo em torno do termo reincidência, o que faz dificultar a realização de pesquisas concretas sobre o tema a fim de se estabelecer uma política direcionada e eficaz capaz de minimizar o problema da reincidência.

Essa pesquisa se preocupou em investigar as relações entre reincidência e o Sistema Penitenciário em São Paulo, a respeito da magnitude do fenômeno e do perfil social do apenado. Para realização dessa pesquisa adotou se o critério de reincidência penitenciária, que compreende ser aquela, “onde o indivíduo tendo cumprido tal pena ou tal medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou nova medida de segurança”. ADORNO e BORDINI (1989, p. 70 apud Miotto, 1975, p. 368). Para a detecção da reincidência penitenciária e sua correspondente mensuração foi realizado um acompanhamento entre os meses de janeiro de 1974 e dezembro de 1985, no movimento da população observada, verificando-se ao final, quem havia retornado ao sistema penitenciário ou às cadeias públicas do Estado de São Paulo. Segundo dados coligidos pela Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo (COESPE) da época, a taxa de reincidentes penitenciários chagavam a 69%, mas a taxa alcançada pela pesquisa revelou um índice mais baixo (46,03%) comparativamente com a pesquisa ponderada pela COESPE. Portanto existe uma

grande diferença entre ambas, e são poucas as razões que podem explicar tal disparidade, entre elas está a questão conceitual da reincidência que pode ter sido aplicada de forma genérica, elevando efetivamente os índices.

4.3 Perfis do condenado

Com relação ao perfil social, nessa etapa da pesquisa, onde os traços analisados se referiam à procedência, cor, ocupação, idade, escolaridade, periculosidade, instituição penal de procedência e crime, verificou-se que não existia diferença relevante entre os reincidentes e os não reincidentes, fazendo cair por terra às estimas que recaem sobre a figura do delinquente reincidente, e que os classificam como portadores natos de periculosidade o que faz reforçar a tese da irrecuperabilidade.

4.3.1 Migração

A pesquisa aponta que a maioria dos reincidentes (60% em média) é natural do Estado de São Paulo, 11% em média são naturais de Minas Gerais, 8% em média são naturais da Bahia e finalmente os demais estados juntos somam uma taxa inferior a 6%. A procedência regional é justificada já que frequentemente as populações nordestinas são estigmatizadas como pessoas de natureza humana diferente daquelas que vivem nas grandes metrópoles, por serem procedentes de regiões consideradas atrasadas e portando não se adaptaria aos padrões vigentes nas grandes e que por isso teriam dificuldade em se recuperar. Outro argumento que não se sustenta, pois o resultado da pesquisa aponta caminho diverso, destacando que a maioria dos reincidentes é procedente do Estado de São Paulo e que a procedência regional não é critério para diferenciar reincidentes de não reincidentes.

4.3.2 Cor

Essa investigação sobre a reincidência revelou que é maior a contribuição da população branca tanto para a criminalidade em geral quanto para reincidência. Porém se constatou que o coeficiente de reincidência penitenciária é superior para

os sentenciados de cor negra do que os de cor branca. Suspeita-se se que o sistema penitenciário assim como se verifica nas instâncias policiais e judiciárias, disponha de mecanismos de produção de reincidência, elegendo a cor como um de seus veículos estratégicos de controle e de diferenciação da população carcerária.

4.3.3 Ocupação

Em relação à ocupação declarada na entrada da Penitenciária do Estado, os reincidentes são oriundos de ocupações desenvolvidas em regiões urbanas, tais como trabalhos em indústria, operadores de máquinas e condutores de veículos.

4.3.4 Escolaridade

Com relação à escolaridade existe um equilíbrio entre os reincidentes e não reincidentes, mostrando que a maioria possui baixo grau de escolaridade, verificando se a inexistência de diferenças estatisticamente significativas entre os baixos níveis de escolaridade para os reincidentes e não reincidentes, não se sustentam, não comportando assim os atributos que associam o reincidente a condição de incivilizados.

4.3.5 Idade

A variável idade observada na pesquisa não constitui fator relevante de diferenciação entre reincidentes e não reincidentes, conforme se verificou tanto os reincidentes quanto os não reincidentes manifestaram comportamento quase idêntico com elevada contribuição de ambos os grupos para as faixas etárias abaixo dos trinta anos, sendo nessa faixa etária a maior incidência de jovens que estão susceptíveis às carreiras criminosas.

4.3.6 Crime

Com relação aos tipos penais praticados por reincidentes, é comum se atribuir aos reincidentes o aumento das taxas e coeficientes de criminalidade, assim como sua participação nos crimes violentos e contra a propriedade. Nesta pesquisa não se

confirmou o padrão de comportamento delinquente. Resultados obtidos sugerem que a natureza do delito não intervém na diferenciação entre reincidentes e não reincidentes penitenciários. Estando o sentenciado implicitamente estigmatizado como ladrão e, portanto mais vulneráveis a uma sorte de tecnologia penal, dominante nas prisões. ADORNO e BORDINI (1989, p. 84, apud Albuquerque, 1980). A prisão transforma os desiguais em iguais quando são submetidos sem distinção quanto à natureza de seus atos.

4.3.7 Periculosidade

Quanto a variável periculosidade, detectada através da presença de medida de segurança, o resultado das pesquisas não apresentou diferença em sua distribuição para reincidentes e não reincidentes. É comum se atribuir maior periculosidade ao reincidente suspeitando se dele pelo fato do mesmo já ter passado pelo sistema penitenciário e que tenha sido contaminado pelo crime que subsiste nas prisões. É essa suposição que norteia o olhar clínico dos policiais e que leva ao magistrado a presunção da periculosidade no agente. A pesquisa mostrou uma distribuição igualitária entre reincidentes e não reincidentes, resultado que faz ressaltar a arbitrariedade da atividade judiciária bem como as teses que imputam as características criminológicas como algo genético, afastando e dificultando a possibilidade do agente se recuperar.

4.3.8 Instrução recebida dentro das unidades prisionais

Verifica-se, no entanto dois quesitos a ser observados, primeiro que o aprendizado formal dentro das unidades atendem uma minoria e segundo que a variável aprendizado parece não ser determinante para que possa ocorrer à reincidência, há uma equivalência entre reincidentes e não reincidentes.

4.3.9 Tempo de cumprimento da pena

Quanto ao tempo de cumprimento da pena, foi verificado que não se fundamenta a tese de reincidência ocasionada pelo tempo passado dentro da prisão, posto que para cada indivíduo seja imposta uma determinada pena condizente com

o tipo de delito praticado. A pesquisa revela que de um modo geral reincidente e não reincidentes permanecem períodos de tempo não muito longos.

4.4 Análises dos índices

A elevação dos índices de reincidência criminal genérica pode transmitir uma percepção pública de insegurança, alimentando desejos de revigoramento dos controles repressivos, criando uma arbitrariedade científica, na medida em que muitos delitos imputados a delinquentes nem sempre são passíveis de comprovação legal. Para que se faça um estudo adequado para elaboração de prognóstico sobre a reincidência criminal é imprescindível que haja o acompanhamento e a observação do comportamento de egressos libertados, em espaços de tempo determinado, verificando e detectando aqueles que retornam ao sistema penitenciário e aqueles que não retornaram. Dessa forma pode se assegurar um conhecimento mais preciso a respeito das características e do perfil social dos reincidentes penitenciários e a partir daí fazer avaliações em torno no tempo para a reincidência, possibilitando a aplicação de políticas mais eficientes nas questões relacionadas à ressocialização.

No mesmo sentido as avaliações oficiais e oficiosas não se referem aos sentenciados que já cumpriram penas e não retornaram ao sistema penitenciário, revelando-nos que os valores elevados da taxa de reincidência, condizem apenas com as prisões daqueles considerados delinquentes habituais, os quais constroem sua trajetória de vida na delinquência. Transmitindo-nos a ideia de que as prisões são apenas constituídas por estes. A ausência de uma metodologia adequada implícita nos depoimentos e documentos oficiais e oficiosos levantam questionamentos sobre qual seria o objetivo dessas avaliações com valores tão elevados, que além de sustentar uma percepção exacerbada e unilateral de alguns traços penitenciários ainda se prestam a efeitos perversos no campo político-ideológico. Contudo pode se chegar a duas conclusões a respeito dessas avaliações a primeira é que nas prisões, a maior parte dos delinquentes são bandidos irrecuperáveis; segundo, e talvez alternativamente, as prisões, tal como existem não recuperam, por isso a necessidade de reforma-la, aperfeiçoá-la, racionalizá-la. Entretanto em ambas as conclusões a solução dos graves problemas carcerários no

país reside em evitar o afrouxamento dos controles sociais repressivos e assistencialistas.

Após as observações e análises feitas aos índices oficiais e oficiosos conferindo créditos as ponderações contidas nos estudos, a que se conferir crédito igualmente as taxas de reincidência penitenciária alcançada por esta etapa da pesquisa e, simultaneamente, suspeitar da fidedignidade dos valores elevados. Os autores comparam o resultado de sua pesquisa com algumas pesquisas feitas em outros países, nos quais foram usadas metodologias semelhantes e chegaram à conclusão que as taxas de reincidências criminais se assemelhavam com as taxas encontradas aqui. Todos os estudos realizados convergem-se para o mesmo ponto, os de que as diferentes razões que levam a reincidência são fundamentados e explicados pelo próprio sistema carcerário. Desse modo, confirmou-se nesta pesquisa a magistral intuição foucaultiana: a prisão agrava a reincidência (Foucault, 1977, p.234). Dessa forma é imprescindível verificar de que forma a prisão e seus efeitos incidem no interior da população carcerária que se encontram recolhidos nos estabelecimentos penitenciários, regulando-lhes oportunidades de sobrevivência e estimulando-os a construção de carreiras delinquentes.

Com relação aos dados relativos ao perfil dos apenados reincidentes e não reincidentes podemos concluir que não existe grandes distorções. Os resultados dos levantamentos, mesmo que reduzidos fornecem subsídios ao Poder Judiciário para que possam planejar ações, desde que se obtenha uma atualização constate desses dados através de pesquisas factíveis que poderão ser absorvidas e utilizadas no desenho e na implementação de políticas públicas de reintegração social.

4.5 Ações voltadas para reintegração do preso

Segundo a Lei de Execuções Penais além do caráter retributivo a pena deve ter como função a reeducação do preso, no sentido de proporcionar condições para que o mesmo possa ser integrado à sociedade. Nesse contexto as instituições penitenciárias possuem a atribuição de executar um conjunto de atividades que objetivam esse fim. A essas atividades estão incluídas nesse tratamento penal a assistência material à saúde, educacional, jurídica, social, religiosa e ao trabalho,

para tanto os estabelecimento penais devem ser dotados de estruturas que possibilitem esses atendimentos.

A assistência material refere se ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas que o Estado deve fornecer ao preso que se encontra custodiado. Com relação à alimentação a lei faculta instalações internas destinadas a venda de produtos e objetos não fornecidos pela administração (art. 13 da LEP). Já as vestimentas e instalações higiênicas são fornecidas pelo Estado, sendo que cada detento deve ser alojado em cela individual com área mínima de seis metros quadrados em ambiente salubre.

No que se refere à saúde a LEP em seu art. 14, determina que deva ser disponibilizado ao preso atendimento médico, odontológico e farmacêutico, de caráter preventivo e curativo, e quando não possível o atendimento no estabelecimento penal esse atendimento será prestado em outro lugar, mediante autorização da direção do estabelecimento (§ 2º do referido artigo), sendo assegurado o acompanhamento médico à mulher principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (§ 3º do referido artigo)

Todo preso tem direito à assistência judiciária fundamental para a defesa dos seus direitos e para garantir a ele à possibilidade de progressão de regime, livramento condicional, indulto e outros benefícios instituídos por lei, bem como garantia de defesa contra eventuais Processos Administrativos Disciplinares, referentes à faltas cometidas durante o período do cárcere (art. 15 e 16, § 1º, 2º, 3º da LEP).

A assistência educacional corresponde ao oferecimento obrigatório do ensino fundamental, bem como a instalação de biblioteca (art. 17, 18, 18A § 1º, 2º, 3º, 19 § único, 20, 21, 21A e seus incisos da LEP). Com o advento da lei nº 12.433/2011, passou a prever a remissão de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar em atividade de ensino fundamental, médio, profissionalizante ou superior. (art. 126, § 1º, I) podendo ser através do ensino presencial ou a distância.

Com relação à assistência social esta se encarrega de proporcionar a manutenção do vínculo familiar permitindo o contato com os familiares e amigos do preso. Também tem como função de preparar o preso para o retorno à liberdade

bem como auxiliá-los em suas necessidades na regularização ou obtenção de documentos (art. 22 e 23 e seus incisos da LEP).

No que tange a assistência religiosa, cabe ao Estado permitir a entrada de visitas e entidades religiosas para que se promovam atividades dentro do cárcere, onde propiciará ao preso o exercício religioso caso ele queira (art. 24, § 1º e 2º da LEP).

É obrigação de o Estado oferecer trabalho profissional ao detento, que terá a faculdade de aceita-lo ou não, trabalho este que não esta inserido na proteção da Consolidação das leis Trabalhistas (CLT), e sua remuneração será obrigatória, sendo que o salário nunca poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo por mês. Esse trabalho pode ser realizado dentro das Unidades Prisionais para os presos de regime fechado, podendo por força jurisprudencial a possibilidade do preso em regime fechado realizar trabalho fora da Unidade desde que seja para construção de obras públicas e estejam devidamente preservados quanto ao aspecto da segurança (art. 28, § 1º e 2º, 29, § 1º, 2º, 30, 31 § único, 32, § 1º, 2º, 3º, 33, § único, 34, § 1º, 2º e 35, § único da LEP). Ainda segundo o art. 200 da LEP o trabalho e atividades laborativas executadas no regime semiaberto possuem natureza ressocializadora.

E por fim a lei determina que o Estado forneça assistência ao egresso na forma de orientação e apoio ao ex - detento com a finalidade de reintegrá-lo a vida em liberdade, inclusive concedendo alojamento e alimentação se for caso em estabelecimento adequado no prazo de dois meses, ou até que se obtenha um emprego para o mesmo. (art. 25, inciso I, II, § único e art. 27 da LEP)

4.6 O desafio da ressocialização

A reincidência penitenciária constitui-se como um grande desafio para o Poder Público, visto que a legislação brasileira acredita na recuperação do condenado, e se prima pelo respeito e a dignidade humana, que está fundamentado no Estado Democrático de Direito. Por conseguinte abomina as penas cruéis, degradantes e castigos físicos, proibindo presídios insalubres. Acredita também que

possa haver uma transformação do indivíduo através da pena e que esse indivíduo possa retornar ao convívio social.

Nesse sentido a Lei sempre irá apostar na recuperação do indivíduo, dando oportunidades a ele para que possa se reintegrar à sociedade, a questão é como o Estado criará condições para fazer acontecer o que determina a lei. Posto que a política criminal atual conforme foi apontado pelas pesquisas não surtiram os efeitos esperados quando se trata de reeducar e ressocializar o condenado. Podemos citar algumas conclusões obtidas através das pesquisas apresentada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), realizada em acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vinculado a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República – Governo Federal.

4.7 Conclusões da pesquisa realizada pelo Ipea

4.7.1 As assistências

As instituições penitenciárias procuram executar um conjunto de atividades voltadas para a reintegração social do condenado que estão contempladas na LEP, todavia em alguns casos essas atividades não passam de mera presença simbólica atribuída pela lei, o que não corresponde à realidade da execução penal. Alguns direitos dos presos são visto como privilégios que podem desencadear o descontrole da disciplina dentro das unidades prisionais. (IPEA, 2015).

Com relação à assistência material, constatou se que na maioria dos casos o Estado não fornece os itens de higiene adequado ou suficiente para suprir as necessidades dos presos, no que diz respeito à alimentação, em alguns casos onde esse serviço é terceirizado, há relatos de presos que muitas vezes a comida chega estragada, e isso tem sido causa inclusive para se iniciar rebeliões em algumas unidades prisionais (IPEA, 2015).

Sobre à assistência judiciária nota se uma falta de estrutura adequada com relação Defensoria Pública, visto que a demanda de atendimento é muito grande, acarretando assim uma demora considerável para a marcação de audiências, conseguir benefícios e acompanhar a progressão de regime. No contexto geral há

uma baixa atuação da Defensoria Pública o que faz a maioria da população carcerária depender dos mutirões realizados pelo Poder Judiciário. (IPEA, 2015).

No que tange a assistência à saúde, apesar de a população carcerária receber o atendimento oferecido pelo SUS, há a necessidade de se recadastrar cada Unidade Prisional como Unidade Básica de Saúde e isso tem gerado uma grande dificuldade de adesão por parte das secretárias estaduais e municipais. Também existe preconceito por parte da população e das autoridades públicas quando o preso tem necessidade de ser atendido em unidades de saúde fora dos presídios dificultando a efetivação desse direito. (IPEA, 2015).

No caso da assistência psicológica, foi constatada a insuficiência de profissionais disponíveis, onde os poucos que atuavam se limitavam a atender os casos mais urgentes e determinados pelo juiz da vara de Execuções Penais, dificultando um tratamento contínuo ao condenado. (IPEA, 2015).

A respeito da educação, notou-se que existem boas iniciativas no plano da educação básica, porém há o baixo interesse dos profissionais em trabalhar nas Unidades Prisionais e em algumas unidades não havia a oferta para todos ou para nenhum, pois não contavam com estrutura adequada para esse fim. Quanto à religião era permitida em todas as unidades prisionais é visto como um fator relevante para uma possível reintegração. (IPEA, 2015).

A assistência social possui papel importante na aproximação do preso com suas famílias, havendo necessidade de que esse atendimento seja estendido aos familiares dos presos. A cultura e lazer não possui relevância para aqueles que cuidam da segurança do preso, sendo encarado por eles como ócio. (IPEA, 2015).

4.7.2 O semiaberto

O semiaberto constitui-se como uma grande problemática, visto que o Estado não possui estrutura para manter o preso nesse regime conforme determina a lei. Em muitos casos os juízes fixam diretamente a prisão domiciliar por não haver unidade adequada para o cumprimento da pena em regime semiaberto. Em outros casos o juiz mantém o preso em uma unidade no regime semiaberto, mas o mesmo

se encontra em regime fechado, pois não tem direito ao trabalho externo. (IPEA, 2015).

4.7.3 A separação por tipo penal

Essa separação é vista pelos operadores da execução penal e pelos presos como uma medida de suma importância e extrema necessidade que deve ser implantada no sistema carcerário, a fim de se evitar a disseminação do crime, tornando os presídios como verdadeiras “escolas do crime”. (IPEA, 2015).

4.7.4 A família

A família é peça fundamental na reintegração do preso, possui uma contribuição significativa para vontade de o preso querer se reintegrar e não mais voltar ao sistema carcerário, funcionando como alicerce emocional e estímulo para a vida. Os presos reclamam e se revoltam com o tratamento dado as suas famílias em alguns estabelecimentos prisionais durante a visita, e o tratamento realizados por agentes penitenciários durante a visita íntima foi apontando como a grande causa do afastamento familiar. (IPEA, 2015).

4.7.5 A aproximação sociedade e cárcere

O estigma entre o ex - presidiário e a sociedade foi apontada como um dos problemas centrais que inviabilizam o processo de reintegração e dificultam a efetivação do direito ao trabalho e a saúde. A sociedade necessita se conscientizar a cerca da importância de se acolher os indivíduos que um dia esteve preso, para que ele não volte mais a praticar crimes. O trabalho dignifica o homem, fazendo com que ele sinta-se cidadão, recupere sua dignidade e participe da sociedade. (IPEA, 2015)

4.7.6 O direcionamento de uma política nacional

Há uma instabilidade nos programas dependentes de gestão, sendo que em muitas vezes as pessoas determinadas para ocuparem essas funções não correspondem às necessidades ou não estão aptas a trabalhar no sistema

carcerário, havendo falta de coerência com relação às informações que contrapõe o modelo ideal de tratamento penal, o que possibilitando a prática de arbitrariedades. O tratamento penal esta vinculado ao perfil do gestor, isto faz com que cada unidade penal desenvolva uma maneira específica de tratar o condenado, independente do que determina a lei. (IPEA, 2015)

4.7.7 A geração de emprego e capacitação do preso

Como o trabalho do preso é peça fundamental para a sua reintegração foram encontradas algumas experiências de trabalho dentro das unidades prisionais, com ênfase nas parcerias com as empresas, esse modelo tem apresentado problemas devido à forma de como ele esta sendo implementado, por favorecerem demais os interesses dos empresários do que de fato a reintegração. Não existe uma política de empregos para os egressos.

Nas unidades onde existe alguma atividade laboral as vagas são escassas e exigem uma qualificação mínima, é importante salientar que a atividade laboral dentro das unidades prisionais é vista como forma de passar o tempo, não como atividade para a inserção no mercado de trabalho e após o cumprimento da pena não há a continuidade do trabalho. Para o preso o trabalho é visto como forma de sustendo familiar, remissão da pena e ocupação do tempo ocioso. No entanto a Lei não determina que o Estado ofereça capacitação profissional ao preso, apenas que a assistência social o auxilie na obtenção de trabalho. (IPEA, 2015)

4.7.8 O acompanhamento dos egressos

Após o cumprimento da pena, pela lei o indivíduo é considerado livre definitivamente depois de transcorrer um ano, a contar da saída do estabelecimento prisional, cabe ao Estado se responsabilizar pelo egresso apoiando-o e auxiliando-o na obtenção de trabalho e se necessário providenciar vagas em alojamento e alimentação. Nos casos pesquisados inexistia essa iniciativa por parte do Estado, voltada aos egressos do sistema prisional. (IPEA, 2015)

4.7.9 Os servidores do sistema carcerário

Verificou-se que nem todos os agentes penitenciários estão preparados para lidarem com a política de reintegração social, já que essas políticas impõem uma contínua movimentação dos presos dentro da unidade prisional, necessitando de escoltas e segurança. Ainda vale ressaltar a questão da saúde mental do agente penitenciário que sofrem com problemas psíquicos por trabalharem em um ambiente que os fazem sentir-se preso também, justificando assim o comportamento agressivo por parte de alguns. Sem contar a baixa remuneração dos funcionários o que os fazem, muitas vezes não ter um comprometimento adequado no exercício da profissão. (IPEA, 2015)

4.7.10 As drogas

A droga dentro do sistema prisional configura-se como um grande problema, foi constatado que uma parcela considerável da população carcerária pesquisada apresentava problemas de dependência e isso tem sido apontado como um elemento que favorece a reincidência. Apesar de o sistema reconhecer a generalização das drogas dentro das unidades, não existe tratamento específico para os dependentes, apenas ações de grupos religiosos. (IPEA, 2015)

4.7.11 A juventude

A população carcerária brasileira é composta predominantemente por jovens e as políticas dirigidas à reintegração social, não levam em conta esse fator, não existe programas que contemplem especificamente a especificidade juvenil, dando alternativas para que o jovem não volte a delinquir. Também as políticas de prevenção à violência voltada para a juventude, não conseguem atingir de forma eficaz essa camada da população o que faz com que o jovem sem perspectiva vislumbre uma carreira de sucesso no crime. (IPEA, 2015)

CONCLUSÃO

Com base nos estudos realizados pode-se concluir que existe um grande distanciamento entre o que determina a LEP e o que realmente acontece na prática. A forma como ela está estruturada não possibilita nenhuma chance para que aconteça a recuperação do indivíduo condenado.

A prisão que está na lei é algo totalmente diverso daquela que se concebe na realidade e quando se fala dos princípios constitucionais inerentes à execução penal verificamos como eles não são cumpridos, e a pena de prisão se reveste de um caráter inconstitucional, percebemos que aquilo que é descrito como direito dos presos na prática torna-se um benefício sob a forma de presente ou prêmio que se concede de acordo com os interesses de quem deve conceder, direito deve ser exigido e não deve ser negado se presentes os requisitos de sua realização. Portanto o sentenciado possui direitos que não podem ser tratados como benefícios, não deve haver uma relativização dos direitos do condenado, em que as autoridades é que escolhem quais devem ser realizados e quais leis ou partes dela devem ser cumpridas. Ao longo desse estudo relatamos que o Direito Penal possui princípios orientadores que formam a base da nossa legislação criminal e que devem ser respeitados sob pena de a justiça que se espera das leis cair no descredito da sociedade.

A grande problemática se inicia já quando não se consegue definir o que seja a reincidência, pois dentro do nosso ordenamento jurídico existem várias interpretações, nas quais só faz dificultar o entendimento e o desenvolvimento de pesquisas e estudos voltados para essa temática e conseqüentemente a aplicabilidade de uma política pública adequada e eficaz com intenção de solucionar ou minimizar o problema da reincidência.

Não se consegue chegar a um índice real capaz de nortear os estudos e o desenvolvimento de projetos bem como uma política adequada para os diferentes tipos de reincidência destacados no nosso ordenamento, dificultando a solução dos problemas no campo da reintegração social do apenado. Todas as investigações a respeito desse problema na atualidade e tentativa de solução estão pautadas em

índices fictícios, catalogados no conceito generalizado de reincidência que é aquela que engloba todos de forma geral que estiveram presos no sistema carcerário não se levando em consideração a condenação e o tempo mínimo de cinco anos entre uma condenação e outra, conforme determina a lei. Nesse tipo de interpretação generalizado o conceito torna-se muito amplo porque engloba também presos que foram inocentados após o tramite do processo, além de inchar os índices, torna se difícil traçar o perfil desse preso, para que se possam direcionar as políticas públicas adequadas.

O preconceito social é citado por muitos detentos como a maior limitação de suas vidas. Além disso, existe o estigma de ex detento, de pessoa desacreditada por parte das autoridades, do Poder Judiciário e da sociedade em geral, dificultando a sua inserção na vida profissional, familiar e social, além de fazer do trabalho a maior barreira na vida pós cárcere, em regra ele é considerado um indivíduo irrecuperável e a consequência é o aumento da violência e as altas taxas de reincidência, pois o preconceito discrimina e dá margem a violência, quando inserido de forma arbitrária no meio social.

Estamos diante de um sistema que vê no encarceramento a única forma de responder aos clamores da sociedade diante da violência que se instaura nos dias de hoje. É preciso que se tenha uma mudança de paradigma, o problema não vai ser solucionado encarcerando as pessoas em massa, não haverá prisões suficientes para tantos criminosos.

O poder público precisa encarar a questão da ressocialização como o ponto mais importante no momento em que a pena é aplicada, no sentido de realmente criar condições para que o preso esteja preparado efetivamente para o retorno ao convívio social. A sociedade precisa participar efetivamente em parceria com o Estado contribuindo e oferecendo oportunidade a aqueles que já cumpriram suas penas. A Lei de Execução Penal, não pode continuar sendo apenas um ordenamento simbólico e o Estado precisa criar condições para que ela seja cumprida em sua totalidade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto – **Processo Penal** – Esquematizado – 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto – **Falência da Pena de Prisão** – Causas e Alternativas – 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

- **Código Penal Comentado**, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2002.

FOUCAUT, Michel – **Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão**, Trad. De Raquel Ramallete, 42ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2014.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal** – Parte Geral, 16ª ed., Niterói, Editora Ímpetus, 2014, v.1.

IPEA – **Reincidência Criminal no Brasil – Relatório de Pesquisa**, Rio de Janeiro, 2015.

JESUS, Damásio de – **Direito Penal**, 36ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015 - v.1.

JUNIOR, Roberto Delmanto – **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**, 2ª ed. Ver. E ampl., Rio de Janeiro, - Renovar – 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini – **Manual de Direito Penal** – Parte Geral, 16ª ed., São Paulo, Editora Atlas S.A, 2003, v.1.

- **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11 – 7 – 84, 9ª ed., Revista e atualizada, São Paulo, Editora Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de – **Legislação Penal Especial** / Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio. – 4ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2001, (Coleção temas jurídicos).

TOLEDO, Francisco de Assis – **Princípios Básicos do Direito Penal**, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

VADE MECUM 2018. Constituição Federal, Código Penal, Lei de Execuções Penais, 3ª ed., Editora Juspodivm, 2018.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

CURSO DE DIREITO PENAL – PRISÕES E LIBERDADES PROVISÓRIAS – PROFESSOR NESTOR TÁVORA – Aulas exibidas nos dias 23, 24, 25,26 e 27 de Março de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTv.../anexo/Curso_d_e_Direito_Processual_Penal_Nestor_Tavora.doc. Acesso em 10 de maio de 2018.

DECRETO – LEI Nº 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/De14657copilado.htm

SANTANA, Raquel dos Santos de – A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. Disponível em: <https://direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

Noções Gerais sobre Execução Penal. Disponível em: <https://direitonet.com.br/resumo/exibir/1134/Nocoos-gerais-sobre-execucao-penal>. Acesso em 10 de maio de 2018.

Notícias STF (Redação/ AD, CR). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portalcms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

Pena Privativa de Liberdade Conceitos e Finalidades. Disponível em: <https://frediabraho.jusbrasil.com.br/artigos/111820326/ppl-pena-privativa-de-liberdade-conceitos-e-finalidades>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

Reincidências E Reincidentes Penitenciários Em São Paulo, 1974 – 1985 – Sergio Adorno e Eliana T. Bordini. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_09_05.htm. Acesso em: 03 de julho de 2018.