



# **FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***

**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**GILBERTO SOUZA LIMA**

**A REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SEM O  
EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO E PELA INDIGNIDADE  
PENITENCIAL**

Salvador  
2018

**GILBERTO SOUZA LIMA**

**A REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SEM O  
EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO E PELA INDIGNIDADE  
PENITENCIAL**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de  
Direito e Gestão como requisito parcial para a  
obtenção de grau de Especialista em Ciências  
Criminais.

Salvador  
2018

**GILBERTO SOUZA LIMA**

**A REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SEM O  
EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO E PELA INDIGNIDADE  
PENITENCIAL**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

“Ninguém sabe verdadeiramente o que uma nação é até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como trata seus cidadãos mais elevados, mas seus menos queridos”.

Nelson Mandela

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo trazer ao debate duas novas modalidades de remissão da pena privativa de liberdade que vêm despontando no horizonte da execução penal. Tratam-se da remissão da pena ante a omissão estatal em disponibilizar vagas aos reclusos para o desempenho de atividades laborais, como também pela indignidade no cumprimento da reprimenda, tendo em vista a morbígena situação estrutural do sistema carcerário brasileiro. A Lei de Execução Penal, carinhosamente conhecida por LEP, instituída em 1984, traz no artigo 1º uma dúplici missão: efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. No cenário mundial, A LEP foi recepcionada como uma das mais modernas fontes de humanização da pena, trazendo em seu bojo um rol de direitos, até então, jamais visto. Passados trinta e quatro anos da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, dúvidas há quanto ao efetivo alcance da LEP enquanto função ressocializadora. O leitor que se debruçar sobre o trabalho, nas próximas páginas, encontrará um estudo histórico acerca da origem, evolução e função da pena, além de uma análise eminentemente crítica acerca dos diversos institutos de normas executivo-penais, especialmente acerca da remissão da pena privativa de liberdade. A pesquisa foi fundamentada na doutrina, jurisprudência e legislação do direito interno, assim como em recomendações oriundas de tratados e acordos internacionais que regulam a matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Remissão, Execução Penal, Atividades Laborais, Indignidade Penitencial, Ressocializadora.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>2 TEORIA GERAL DA PENA.....</b>	<b>09</b>
2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA.....	09
2.2 AS FUNÇÕES DA PENA.....	21
2.3 A PENA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.....	27
<b>3 A EXECUÇÃO PENAL E A LEI Nº 7.210/84.....</b>	<b>30</b>
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EXECUÇÃO PENAL.....	31
3.2 PRINCÍPIOS INERENTES À EXECUÇÃO PENAL.....	37
3.3 PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL.....	46
<b>4 A IM(POSSIBILIDADE) DA CONCESSÃO DA REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SEM O EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO E PELA INDIGNIDADE PENITENCIAL.....</b>	<b>57</b>
4.1 A REMIÇÃO SEGUNDO A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	57
4.2 DIREITO A REMIÇÃO PELO TRABALHO SEM O EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO.....	66
4.3 A REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA INDIGNIDADE PENITENCIAL.....	73
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

Há uma irrefutável desarmonia entre a realidade do sistema prisional pátrio e o disposto na legislação executória. O Sistema encarcerador brasileiro, tal como hoje se encontra estruturado, desafia os mais atrozes regimes violadores dos direitos humanos. O grau de violência que os presidiários sofrem em nada fica a dever a Idade Média. O sistema prisional está falido, a pena privativa de liberdade, cerne do ordenamento jurídico punitivo, não cumpre o seu honroso ministério de reintegrar o condenado ao convívio em sociedade.

Em que pese as orientações emanadas do poder constituinte originário de 1988, no sentido de tornar o Brasil um país livre, justo e solidário, comprometido em erradicar a pobreza e a marginalização, através da promoção de todos, e, precipuamente, fundado na dignidade da pessoa humana, a produção legislativa no campo penal caminha em sentido contrário, permitindo afirmar que, progressivamente, o pensamento neorretributivo parece inspirar a política penitenciária.

Acuada e com medo, a população clama por “justiça”, ante o panorama de impunidade descortinado pela mídia mal intencionada. Eleitoralmente interessante, a demanda punitivista foi abraçada pelos representantes do povo que elegeram o populismo penal legislativo como plataforma política. Por consequência, o Direito Penal Máximo, circunspeto nos denominados movimentos de Lei e Ordem, ganhou espaço produzindo um encarceramento massivo, recheado de ilegalidade e agressiva desumanidade prisional, tudo isso em total descompasso com o pensamento moderno que prega um direito repressor mínimo, principalmente, à luz da teoria garantista de Luigi Ferrajoli e da Teoria Abolicionista capitaneada por Louk Hulsman.

Num curto exame das razões desencadeadoras desta conjuntura deprimente, pode-se apontar a própria crise do modelo econômico e político adotado pelo Estado brasileiro, tendente a favorecer uma minoria. Ademais, a crise de credibilidade vivenciada pelas instituições democráticas, na qual parte dos representantes do povo se aliou a organizações criminosas para dilapidar o patrimônio público, desperta o surgimento de políticas populistas visando desviar o foco da opinião pública, gerando,

até mesmo, uma intervenção numa unidade da federação, com a vil desculpa de combate a violência.

Devido ao aumento nos índices da criminalidade, a população roga por um direito penal mais repressor, que se traduz em novos tipos sancionadores e pena mais longa, advindo deste contexto, um crescimento exacerbado da população carcerária. Não à toa, o Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo. Na escala criminal, os índices de reincidência no Brasil são um dos mais altos do mundo, girando em torno de 70%, evidenciando o quão falho é o sistema repressor. Hodiernamente, discute-se, até mesmo, a redução da maioridade penal para dezesseis anos.

Na peleja para dignificar (caso seja possível) o cumprimento de uma sanção imposta pelo império da lei, o cárcere é uma realidade dantesca, pavorosa, uma batalha inglória na qual o guerreiro já entra derrotado. Assim, a remição da pena privativa de liberdade surge como instrumento de amenização dos danosos efeitos que o ergástulo produz. Não obstante, é preciso compreender que a remição não é um prêmio concedido ao apenado, mas sim um autêntico direito público subjetivo, devendo o Estado criar meios para a sua concretização.

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo principal analisar a concessão do benefício da remissão ficta numa dúplici perspectiva: para àqueles que não obtiveram acesso ao labor por inércia ou omissão estatal, bem como extensão do benefício ante a indignidade no cumprimento da pena. Para tanto, o presente trabalho é estruturado em três capítulos, cujo resumo é apresentado a seguir.

A Teoria Geral da Pena é apresentada no primeiro capítulo através de uma análise histórica que remonta a formação das primeiras sociedades, na qual predominava a vingança privada como modelo sancionador, perpassando pelo período humanitário advindo do Século das Luzes, até chegar a sua vertente contemporânea. Vale frisar que a pena de prisão é uma sanção moderna, posto que a própria Idade Média não a conheceu como tal, limitando-se a utilizá-la como custódia temporária, ou melhor como ante-sala do suplício. Ainda no primeiro capítulo, discorrer-se-á acerca das funções da pena, com fulcro nas teorias retribucionista, preventiva e mista.

Finalmente, apresentar-se-á a pena privativa de liberdade como núcleo dos sistemas penais a partir do século XVIII, notadamente com o advento das reformas iluministas.

No segundo capítulo, dissertar-se-á a respeito da Lei de Execução Penal, traçando um panorama histórico que abarca o período imperial até o ano de 1984 quando, em 11 de julho de 1984 entrou em vigor a Lei nº. 7.210 que, até então, após breves alterações, orienta o procedimento executório penal no Brasil. Além disso, serão apresentados os princípios balizadores da execução penal. Concluindo o segundo capítulo, descortinar-se-á o cenário atual do sistema penitenciário nacional, cujos dados (data-base: 06/2016) foram retirados da mais recente pesquisa levada a cabo por intermédio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) e divulgado pelo Ministério da Justiça em 08/12/2017.

No terceiro e último capítulo, analisar-se-á o instituto da remição, inicialmente na perspectiva esculpida no artigo 126 da Lei de Execução Penal nos seguintes termos: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Em seguida, serão abordadas as principais correntes doutrinárias e jurisprudências que tratam da im(possibilidade) da concessão da remição da pena privativa de liberdade sem o exercício laboral efetivo e pela indignidade penitencial. Trata-se da chamada remição ficta que, paulatinamente, vem conquistando mais adeptos.

Premente se faz inserir no ordenamento jurídico a implantação da remição ficta, haja vista a situação degradante, lancinante e aflitiva a qual estão submetidos os apenados. Em linhas gerais, as penitenciárias brasileiras transformaram-se em verdadeiros depósitos humanos. Superlotação, violência e doenças são algumas das mazelas que integram o sistema encarcerador no Brasil. Histórias de vidas marcadas para sempre. “Jean Valjean entrou para as galés trêmulo e soluçante; saiu de lá frio e impassível. Chegou desesperado e partiu sóbrio” (Victor Hugo, 2014, p. 26). Mutati Mutandis, eis o sofrimento que espera o cidadão nos inconstitucionais cárceres brasileiros, bem retratado por Victor Hugo no clássico “Os Miseráveis”.

## **2 TEORIA GERAL DA PENA**

A história do Direito Penal confunde com a história da própria humanidade. Ela nasce com o homem e o acompanha ao longo dos tempos, isso porque o crime, qual vulto tenebroso, nunca dele se apartou. A pena surge em meio ao sentimento de vingança, de retribuição (devolução do mal com o mal) e não de justiça e sua transformação acompanha os passos da evolução da própria sociedade e do Estado.

No presente capítulo será abordada a origem da pena, bem como sua evolução no espaço-tempo, com destaque especial para o período de transição entre a vingança privada e o período humanitário, cuja vertente remonta ao período do Iluminismo, especialmente por intermédio do pensamento de Cesar Beccaria.

Em seguida serão expostas as principais funções da pena, circunscritas ao âmbito das teorias prevalentes adotadas pela doutrina majoritária. Trata-se de um tema bastante controvertido e em candente atualização.

Por fim, abordar-se-á a pena privativa de liberdade como sanção basilar dos ordenamentos jurídicos modernos, em substituição aos cruéis, atrozes e desumanos castigos cometidos na Idade Média. Não obstante, será também exposta a crise em que o sistema encarcerador encontra-se imerso e seus efeitos enternecedores na vida dos detentos.

## 2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

A palavra pena provém do latim *poena*, e tem o significado de dor física ou moral que se impõe ao transgressor de uma lei (Grego, 2011, p. 126). Sem embargos, a pena é a mais inclemente e cruel manifestação do poder estatal em face do indivíduo. Para Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 75), “é a maneira que o Poder (que tende sempre ao abuso) tem de selecionar alguns indesejados para que os aniquile”.

Acerca da origem das penas e do direito de punir, Cesare Beccaria (2015, p. 23) em seu famoso opúsculo “Dos Delitos e das Penas”, relata a situação do homem em estado de selvageria, que se viu obrigado a reunir-se em grupos para combater as intempéries da natureza, visando à própria sobrevivência. O autor serviu-se da teoria

do Contrato Social de Rousseau para clarificar a origem das penas delimitando, com isso, o direito de punir,

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança (2015, p. 23-24).

Ainda segundo Beccaria (2015, p. 24-25), as parcelas individualizadas de liberdade renunciadas em prol da coletividade, fez brotar o poder soberano da nação, legítimo instituidor do regramento normativo orientador da vida em sociedade, tendente a oferecer segurança e a garantir o bem geral. No entanto, surge a necessidade de punir aqueles que desrespeitam as normas do bom convívio, invadindo as liberdades alheias. Por fim, acerca do direito de punir, Beccaria assevera que o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça. Agora, se acaso os detentores do direito de punir desviarem desta máxima, tornar-se-á abuso e não justiça. Será mais uma usurpação do poder e não mais um poder legítimo.

Com profícua maestria, William Wanderley Jorge (2005, p. 63) assevera que a evolução das idéias penais no planeta se confunde com o desenvolvimento do próprio homem, mistura-se com sua grandeza e miséria. O abalizado autor classifica a transformação histórica do Direito Penal em períodos, sendo eles: vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário, período criminológico ou científico e período contemporâneo ou eclético.

Na esteira de Damásio, “a pena em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça” (2009, p. 16). Para Sidio Rosa (2010, p. 42), a viabilidade da vida em grupo necessitava de normas que impusesse ao transgressor da lei uma sanção, a qual tinha por escopo a compensação pelo mal cometido. A pena era uma vingança praticada pelo particular, pelo grupo, em nome de Deus, visando aplacar a ira da Divindade, ou em nome no príncipe, para evitar que este punisse o grupo. Primitivamente pode-se outorgar a concepção da pena no sentimento de vingança,

que emergiu de forma privada externando um perfil de defesa, haja vista não existir um Estado constituído, apto a normatizar as relações em sociedade.

Neste contexto, a vingança privada surge como primeira modalidade de pena, podendo ser executada, tanto por aquele que sofreu o malefício, quanto por sua família e até mesmo pelo corpo social ao qual o infrator estivesse vinculado. O pressuposto para a adoção desta variante condenatória tem na retribuição o seu sentido. A principal característica daquele *modus operandi* era a desproporcionalidade entre o mal perpetrado e a sanção empregada em desfavor do criminoso.

Esse sistema punitivo, fundamentado unicamente no desejo de vingar o mal que lhe fora acometido sem a devida equivalência, um sistema autoritário e injusto, acabou por esmaecer a sociedade antiga. Destarte, intentando controlar a desnivelamento entre delito e pena, surgiu a Lei de Talião que tornou o castigo a ser aplicado condizente ao mal praticado, surgindo, neste momento da civilização, as primeiras noções de proporcionalidade.

Os primeiros fragmentos do princípio de talião foram descobertos no Código de Hamurábi, em 1780 a.C. no reino da Babilônia. Há diferentes teorias acerca do surgimento da Lei de Talião. Entretanto, a mais elaborada surgiu concomitantemente ao desenvolvimento das civilizações quando, a inexistência de um sistema normativo capaz de ordenar a vida em sociedade, passou a ameaçar a própria existência dos componentes do tecido social. A Lei de Talião, portanto, passou a exercer um papel organizacional cuja função era a de aprovar as retaliações garantindo que esta funcionasse como único castigo.

A Lei de Talião, expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”, principiou a ideia de equiparação entre a infração e a sanção, devendo o castigo ser imposto na mesma medida da culpa. Para Rogerio Greco, “A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que havia sido editada. Isso porque, mesmo que de forma insipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade” (2013, p. 127).

Francesco Carnelutti assevera que, não obstante o desenvolvimento do Direito Penal, a matriz principiológica da Lei de Talião não foi totalmente desarraigada do sistema punitivo civilizado. O respeitado mestre defende a sua tese, fazendo alusão à pena capital, nos seguintes termos:

“Quando, por exemplo, as formas mais graves do homicídio são castigadas com a morte, não se explica de outra maneira a função repressiva desta medida senão inflingindo ao ofensor o mesmo mal que ele ocasionou ao ofendido” (2015, p. 47).

A composição como forma de solução dos conflitos penais representou um largo passo no progresso civilizatório da reprimenda penal, no momento em que “a vingança de sangue foi substituída pela reparação em valores econômicos” (Jorge, 2005, p. 65). Esta nova técnica, além de conter a desproporcionalidade entre o binômio delito-sanção, proporcionou uma reparação pecuniária à vítima. Giuseppe Maggiore, citado por Rogério Greco (2013, p. 127-128), expôs seu pensamento acerca da composição nos seguintes termos:

“Ao transformar-se o talião em composição, se realiza o processo subsequente. Assim, o agravo já não se compensa com um sofrimento pessoa, senão com alguma utilidade material, dada pelo ofensor. O preço do resgate, e já não mais o da vingança, está representado pela entrega de animais, armas, utensílios ou dinheiro. E a proporção entre a reparação e o agravo, está contida às vezes na chamada ‘tarifa de composição’, em sua medida precisa”.

Sidio Rosa (2010, p. 45) aduz que, hodiernamente, a composição deveria ser mais utilizada como forma de solução das lides penais. Com muita propriedade, o ilustre autor faz referência à Lei nº. 9.099/95 (Juizados Cíveis e Criminais) no tocante aos crimes tidos como de menor potencial ofensivo, ponderando que a conciliação, nos termos no parágrafo único do artigo 74, funciona como causa extintiva da punibilidade.

O instituto da composição dos danos civis no âmbito dos Juizados Criminais desponta como caminho visando à adoção de um direito penal mínimo. A composição merece ser fomentada e, principalmente, ampliada abarcando novos tipos penais haja vista a sua função desencarceradora.

Na fase da vingança divina, a correção penal tinha por objetivo serenizar o furor da divindade ante o crime praticado pelo infrator. Aqui há uma influência categórica da

religião na vida dos povos. Segundo Mirabete (2007, p. 17), a administração da reprimenda penal ficava a cargo dos sacerdotes que irrogava penas severas, cruéis e desumanas com a finalidade de purificar a alma do criminoso. O autor faz referência ao Código de Manu como legislação típica da época.

Rogério Greco sustenta que as sociedades do período viviam circunscritas num mundo impregnado de misticismos e crenças sobrenaturais. Nas lições do ilustre mestre,

Eventos da natureza, como chuvas, trovões, terremotos, vendavais etc., podiam demonstrar a fúria dos deuses para com os homens e, para tanto, precisava ser aplacada mediante o sacrifício humano. Alguém era apontado como culpado e, conseqüentemente, devia ser entregue aos deuses (2015, p.18)

Já em sua vertente um pouco mais civilizada, especialmente no que se refere ao desenvolvimento do poder político, desponta, no seio das comunidades, um órgão capaz de compelir pena em nome de um poder, visando dar mais segurança ao príncipe, ao soberano. A fase da vingança pública, portanto, evidencia uma especial organização societária e um proeminente fortalecimento do Estado. Neste ambiente, o caráter individual da punição perde espaço, apresentando-se em seu lugar a intervenção estatal como poder legítimo para apaziguar os conflitos sociais através da aplicação da pena pública. Na lição de Zaffaroni (2015, p. 30-31), quando o poder público substitui o particular, tem-se o “confisco do conflito [...] o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade”.

De acordo com William Wanderley (2005, p. 66), na fase da vingança pública, esvanece o teor sacrossanto da pena transmudando-se numa repreensão compulsória em nome da autoridade pública, a qual representava os interesses de toda uma coletividade. Nesta conjuntura, o crime deixa de ultrajar a deidade, passando a desrespeitar o Estado, à sociedade.

As sentenças prolatadas na fase da vingança pública eram pavorosas, recheadas de crueldade e severidade. A pena capital era largamente utilizada. Prevalciam o

sofrimento e o terror como formas de intimidação, dado que, ante a justiça do soberano, todas as vozes dever-se-iam emudecer.

Segundo Foucault (2014, p. 58-59), no cerimonial de aplicação da pena, a presença do povo era imprescindível, pois, as pessoas não só tinham que tomar conhecimento da sentença condenatória, mas também, era imperioso verificar com seus próprios olhos o teatro da iniquidade. Tudo isso para disseminar o medo como forma de controle social. A execução do condenado, por si só não possuía a função de restabelecer a justiça, mas sim a de reavivar o poder do soberano. Numa das passagens da sua obra-prima, Foucault descreve as atrocidades que a mente humana é capaz de criar:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados; outros a ser arrebetados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros, enfim a ter a cabeça quebrada (2014, p. 35).

Têm-se relatos de incontáveis, demoradas e angustiantes execuções. A morte de Damians, narrada por Foucault (2014, p. 9-10), revestiu-se de macabra hediondez. O infeliz foi atezado, retalhado e desmembrado em vida. Enfim, foi um tempo em que a selvageria e a criatividade humana andavam juntas.

Neste período, as leis eram escritas em língua pouco usual, de modo a dificultar a sua interpretação, tarefa esta incumbida aos mais próximos do soberano. Prevaleciam as acusações secretas e a tortura como forma de confissão. Muitos eram condenados por crimes não previstos em lei. Havia incomensurável desigualdade na aplicação das penas, sendo os nobres condenados a sanções mais brandas, enquanto que os servos e plebeus eram entregues à barbaridade e, na maioria dos casos, condenados à pena de morte.

William Wanderley afirma que “O período humanitário nasce como reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter atroz das penas.

Os povos estavam saturados de tanto barbarismo sob o pretexto da aplicação da lei” (2005, p. 66).

Rogério Greco (2013, p. 128) assevera que as penas de caráter aflitivo, ou seja, aquela em que o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado, vigorou até o despontar do século das luzes. Os apenados tinham os olhos arrancados, os membros mutilados, os corpos esticados até se destroncarem. A vida, muitas vezes, esvaia-se pregada numa cruz.

Bitencourt (2012, p. 40) considera a pena de galés como uma das mais duras e cruéis do século XVI. A pena das galés era a punição na qual os condenados cumpriam a pena de trabalhos forçados. As galés estavam entre as principais embarcações de guerra europeias até o desenvolvimento da navegação. Os condenados a penas graves e de prisioneiros de guerra eram acorrentados a um banco e permaneciam sob ameaça de chicotes, sendo obrigados a remar.

O Código Criminal do Império de 1830 adotou a pena de galés no art. 44, nos seguintes termos: “A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo”. Foi abolida no Brasil, provisoriamente, pelo Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, expedido durante o Governo Provisório da República, liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, e, definitivamente, pelo § 20, do artigo 72 da Constituição de 1891 (BRASIL, 1891).

Diante deste espetáculo horrendo que nutria o poder do soberano, surge na Europa, mais precisamente na metade do século XVIII, um movimento denominado Iluminismo que pregava o uso da razão (luz) contra as barbaridades prolatadas pelo antigo regime (trevas). Fundada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, essa nova forma de pensar alavancou mudanças políticas, econômicas e sociais. O século das luzes, sobretudo pelos escritos de Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, marca o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal.

O Marquês de Beccaria foi um dos pensadores de maior relevância do período humanitário do Direito Penal, pois, trouxe ao debate os mais elevados ensinamentos de benevolência quando da aplicação da reprimenda penal. Segundo Beccaria (2015, p. 23), é preciso consultar o coração humano para encontrar os princípios fundamentais do direito de punir. Sua obra edificou um sistema punitivo que veio suceder o até então desumano, obscuro, seletivo e arbitrário sistema criminal anterior.

Bitencourt (2012, p. 59) considera John Howard um pertinaz defensor de melhorias no sistema carcerário, especialmente na Inglaterra e em Galés. Detentor de um vívido sentimento humanitário e de um imensurável fervor pelas causas penais, Howard teve especial importância no longo processo de humanização e racionalização das penas.

Sua afeição pelo cárcere foi fomentada por uma comovente experiência pessoal. Ao deixar a Inglaterra em 1775 para socorrer vítimas de um terremoto em Lisboa, Howard e os passageiros foram retidos por piratas e encarcerados no Castelo de Brest e depois na prisão de Morlaix, sofrendo as tribulações do cárcere. Ao retornar à Inglaterra foi escolhido Xerife do condado de Bedford e passou-se a ocupar-se das reformas do estado das prisões (BITENCOURT, 2012, p. 58).

Rogério Greco aponta algumas soluções identificadas por Howard que, caso aplicadas, proporcionariam uma condição de vida menos indigna para os presos. Greco faz uma crítica aduzindo que, tais medidas por mais incrível que possam parecer, ainda carecem de aplicação nos dias de hoje. São elas:

O fornecimento de água constante; a necessidade de ventilação das celas, a fim de permitir a passagem de um ar limpo e respirável; o fornecimento de uma alimentação adequada; a utilização de uniformes que possibilitassem a identificação e a melhor apresentação dos detentos; o oferecimento de trabalho para que as mentes permanecessem ocupadas com algo útil, diminuindo, dessa forma, não somente a depressão e o desejo de fugir, mas o de eliminar a própria vida, com a prática de suicídios; a permanente visita de magistrados e de funcionários do governo que inspecionassem as prisões, ouvindo e solucionando os problemas relativos aos presos (2013, p. 167).

A tese desenvolvida por Jeremy Bentham possuía como escopo a doutrina do utilitarismo<sup>1</sup>. Bentham acreditava que o ser humano, não raro, busca o prazer e foge

---

<sup>1</sup>O entendimento da teoria proferida por Bentham e sustentada por seus seguidores era que para a interpretação da norma deveria levar em consideração os efeitos reais produzidos. A qualificação dos

da dor. Albergado neste preceito, assentou sua teoria acerca da pena. Segundo Greco, Bentham “propunha a reforma do sistema prisional por um modelo que garantisse a dignidade da pessoa humana. Passou a dedicar-se a encontrar esse modelo, o que ocorreu com a criação do chamado panótipo<sup>2</sup>” (2013, p. 171).

Para Bitencourt, Bentham acreditava que o fim precípua da pena era prevenir novos delitos, não obstante, admitisse o fim correccional da sanção. Reportando-se aos escritos de José Anton Oneca, Bitencourt transcreve:

O negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena (2012, p. 65)

Entre as penas apresentadas e discutidas ao longo dos parágrafos anteriores, a que veio a tornar-se predominante é precisamente a pena privativa de liberdade, originária da forte influência religiosa. Essa nova forma sancionatória se apóia no controle do psicológico e da moral dos indivíduos, fazendo disso o principal objetivo do direito de punir.

Bitencourt (2012, p. 35) apresenta o direito canônico como partícipe no processo de surgimento da prisão moderna, notadamente no que tange às incipientes idéias sobre a reforma do delincente. As palavras “penitenciário” e “penitenciária”, de acordo com o respeitado autor, derivam do vocábulo “penitência” que tem estreita vinculação com o direito canônico. Portanto, a reclusão eclesiástica tinha como propósito induzir o pecador a arrepender-se de suas falhas e emendar-se graças à compreensão da gravidade de suas culpas.

Instrumento espiritual do castigo por intermédio do sofrimento e da solidão, o cárcere desempenhou para o direito canônico o papel de compurgador do pecado. Para remir

---

efeitos teria como base a *utilidade*, sendo o bom aquilo que traz prazer e mau, o que causa dor. Complementando esta frase, sob o prisma social bom e justo é tudo aquilo que tende a aumentar a felicidade geral.

<sup>2</sup>Edifício destinado ao cumprimento de penas privativas de liberdade, construído de modo que toda a sua parte interior pudesse ser vista de um único ponto

a culpa, o criminoso deveria suportar à penitência o que ensejaria a sua reaproximação com Deus.

Já o sistema penal da era absolutista, fundamentado no teatro dos horrores, começou a entrar em colapso. Podem-se apontar diversos fatores que favoreceram essa mudança, dentre eles: a ineficácia do sistema punitivo que, embora atroz, macabro e pujante, não conseguia conter a criminalidade perigosa que se avolumava; a necessidade de trabalhadores para laborar nas incipientes indústrias; a economia que exigia uma maior liberdade para o progresso do capitalismo.

O advento da prisão na Idade Moderna ocorre concomitantemente com decisivas transformações sociais e econômicas. Durante os séculos XVI e XVII a pobreza assolava todo o continente europeu. Esse exército de desvalidos, que avançava de forma exponencial, sobrevivia das esmolas, do roubo e assassinatos. Como a pena de morte não era uma solução apropriada para conter a ascensão quantitativa dos miseráveis, iniciou-se na Europa um movimento de criação e construção de prisões visando à correção dos infratores, através da instituição da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2012, p. 37-38).

No magistério de Maria Lúcia Karam (2009, p. 8) o nascimento da pena privativa de liberdade deu-se com o advento do Capitalismo com a “importante função real de contribuir para a transformação da massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo e separados dos meios de produção em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna”. A renomada professora, ainda adverte que,

A própria idéia da pena privativa de liberdade só se fez possível com a consolidação do capitalismo. Antes, a privação da liberdade não era uma pena, funcionando nos moldes de uma prisão provisória. Penas eram, então, especialmente a morte e os castigos corporais (2009, p. 8-9).

Com o advento do século XVIII, notadamente em decorrência dos ideais dos filósofos iluministas, até meados do século XIX, novos sistemas penitenciários foram arquitetados, tendo por escopo resguardar a dignidade da pessoa humana, suprimindo as reprimendas odiosas, as torturas e os tratamentos degradantes.

Por influência do pensamento de Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham os primeiros sistemas penitenciários nos Estados Unidos (final do século XVIII e início do século XIX), foram pensados visando a reabilitação do condenado para o retorno à vida em sociedade, não se esgotando, unicamente, na mera punição do condenado (GRECO, 2013, p. 172).

Após o Período Humanitário, por volta da metade do séc. XIX, teve início o Período Criminológico, também conhecido por Período Científico. Este período tem como principal característica a busca dos motivos que levam o ser humano a delinquir. Este período é marcado, principalmente, pelos estudos do médico legista Cesare Lombroso, que vinculou o surgimento da criminalidade a anomalias biológicas presentes no infrator. Lombroso sustentava a existência de um criminoso nato, cognominado por ele de “homem delinqüente”. Das suas pesquisas, surgiu uma ciência denominada Criminologia (MESQUITA, 2010, p. 53).

Lombroso desenvolveu uma vasta pesquisa acerca dos traços físico e mentais dos indivíduos encarcerados. Levando-se em consideração tais elementos, a pesquisa do criminologista italiano estabeleceu esses traços como atributos passíveis de determinação de um potencial delitivo. Nesta perspectiva, despidida de qualquer tipo de independência, a prática criminosa estaria condicionada unicamente às características patológicas do indivíduo.

William Wanderley (2005, p. 70) assevera que Lombroso deixou “como ponto nuclear de seus estudos, a afirmativa de que o delito é um fenômeno biológico e que para estudá-lo deve-se lançar mão do método experimental”. Ao lado de Henrique Ferri, Franciso Carrara e Rafael Garófalo, Lombroso lançou as sementes da Escola Positiva.

Em desfavor do transgressor das normas de natureza criminal, o Período Contemporâneo reservou a prisão como principal resposta penológica do Estado. Albergado sobre o manto da reabilitação do delinqüente, a pena privativa de liberdade, através do encarceramento, tornou-se cerne do ordenamento jurídico em substituição aos castigos corporais e a pena de morte.

A privação da liberdade, enquanto modalidade punitiva, inicialmente, foi recepcionada com bastante entusiasmo no que tange à possibilidade de recuperação do infrator. Não obstante, a ideia de ressocialização, aos poucos, foi se esvaindo ante a um sistema encarcerador nefasto, atroz e desumano. Ainda no século XVIII, Beccaria (2015, p. 31) já alertava que “... a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado”. Em pleno século XXI, as palavras do Marquês estão mais vivas do que nunca. “Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a Idade Média não terminou e está longe de terminar” (ZAFFARONI, 2015, p. 42)

Bitencourt (2012, p. 162-163) adverti que a prisão está em crise, principalmente, no tocante ao objetivo ressocializador. Segundo o autor, a fundamentação se baseia em dois argumentos: o ambiente carcerário não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso, bem como as condições cruéis e desumanas reinantes no ambiente prisional. A justiça penal desperta o desprezo e o ódio pelos criminosos (“os maus”) e deles por quem o condenou, a sociedade (“os bons”).

Faz-se necessário conduzir o olhar, a imaginação e o sentimento para dentro dos muros das prisões para representar mentalmente a infinita dor das pessoas que sofrem a pena. Em “A Privação da Liberdade: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena”, Karan reproduz as palavras do Ministro Evandro Lins e Silva proferidas numa conferência intitulada de “Sistema Penal para o Terceiro Milênio”:

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, com sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. É o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudi-os, repele-os, rejeita-os (2009, p. 14-15)

Carnelutti adverti que a pena de reclusão deve servir não para tirar, mas para dar a liberdade. O memorável mestre, assevera que sem assistência moral ao encarcerado, a reclusão, como pena, perde a sua eficácia, não passando de um experiência malograda. Por fim, conclui sabiamente que “Abandonando-se, o condenado é um

náufrago destinado a afundar. Para salvá-lo, é necessário que alguém, lançando-se ao mar, o alcance, o socorra e o traga à praia” (2015, p. 76-77).

Para finalizar, vale salientar que a Constituição Federal do Brasil de 1988, adotou no artigo 5º, inciso XLVI, dentre outras, as seguintes penas: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direito. Ao mesmo tempo, no inciso seguinte, vedou a adoção das seguintes penas: de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

## 2.2 AS FUNÇÕES DA PENA

No percurso da evolução da pena, surgiram teorias que se esforçaram para clarificar ou apenas compreender a função da pena perante os comportamentos sociais de cada época e da organização do Estado, suas finalidades e características, e, sobretudo, a pessoa do condenado como sujeito passivo da relação delituosa. Doutrinariamente, existem três teorias acerca da natureza e fins da pena. São elas: absoluta ou retributiva, relativa ou preventiva e mista ou unificadora.

Para a teoria absoluta ou de retribuição, a pena tem por alicerce a simples idéia de justiça, ou seja, pune-se em razão do infrator ter praticado um crime. Mediante a cominação sancionatória nos moldes retribucionista, entende-se a pena com um fim em si mesma, afastando-se, portanto, de qualquer caráter utilitário. Trata-se, na realidade, de uma mera compensação. Na esteira de Claus Roxin, citado por Rogério Greco:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de uma mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social [...] (2015, p. 537)

A Lei de Talião, preconizando o “olho por olho, dente por dente”, pode ser considerada a expressão mais fidedigna, mais representativa das teorias da retribuição. Para os seus adeptos, “Se a pena e o crime são males, deve imperar a igualdade entre eles, uma vez que só o igual é justo” (ROSA, 2010, p. 34).

Luigi Ferrajoli (2014, p. 238) assevera que as teorias ditas por absolutas foram engendradas com fulcro no castigo, na reparação, na retribuição, na reação do mal causado pelo infrator. Assenta-se, desse modo, na expressão de que é justo “transformar mal em mal”.

A pena em sentido retributiva ganhou vida à época da vigência do Estado absolutista. Neste estágio da civilização, a imagem que dela se tinha era a de mero castigo através do qual “se expiava o mal (pecado) cometido” (BITENCOURT, 2012, p. 117).

A teoria retributiva da pena tem origem na Alemanha, através dos estudos de Kant e Hegel. Na visão de Kant, “a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência”. Hegel, aduz que “a pena é negação do delito e, de conseguinte, afirmação do direito que havia sido negado pelo delito” (PRADO, 2014, p. 444-445).

Com efeito, para Kant a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que decorre de um “imperativo categórico”, ou seja, de um imperativo moral incondicionado, independentemente de considerações finais ou utilitárias, bastando a pena em si mesma, como ideário de justiça. O Direito Penal realiza, portanto, a própria justiça, pouco importando sua utilidade. Já para Hegel a pena atende a uma exigência da razão, que se explica e se justifica a partir de um processo dialético inerente à idéia e ao conceito mesmo de direito. Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito; a pena, uma violência que anula aquela primeira violência (o delito). A pena é, pois, a restauração positiva do direito (PRADO, 2014, p. 446).

A sociedade aprova a função retributiva da pena na medida em que “tende a se satisfazer com essa espécie de ‘pagamento’ ou compensação feita pelo condenado, desde que obviamente, a pena seja privativa de liberdade” (GREGO, 2015, p. 537). Quanto aos substitutos encarceradores, tais como pena restritiva de direitos ou de multa, para a sociedade, resta um sentimento de impunidade.

Há críticas relevantes às teses retributivas da pena. Maria Lúcia Karam, por exemplo, demonstrando os equívocos das teorias absolutas, expõe que:

A irracionalidade da pena retributiva já se manifesta pela inviabilidade de esclarecimento da razão pela qual o mal deveria ser compensado com outro mal de igual proporção. Se o mal é algo que se deseja ver afastado ou evitado, por que deveria ser reproduzido através da pena? Mesmo aceitando-se as teses contratualistas, que estiveram na origem da idéia de retribuição, ou as posteriores posições neo-contratualistas, decerto pareceria mais lógica a opção pela reparação do dano material ou moral causado pela conduta socialmente negativa etiquetada como crime, especialmente porque aí de levariam em conta os interesses das pessoas diretamente atingidos por aquela conduta (2009, p. 6)

Por sua vez, Paulo Queiroz (2006, p. 85-86) protesta alegando que as teses retribucionistas não se coadunam com os direitos e garantias fundamentais esculpidos na Constituição Federal. Ademais, a atuação do Direito Penal vem sendo relativizada pelos institutos das penas alternativas, da transação, da descriminalização e das despenalização. Assim, para o renomado autor, os sistemas penais não podem estar a serviço de conceitos de propósito meramente transcendental ou metafísico, já que, à luz da Carta Magna brasileira, todo o poder emana do povo, e em nome dele tem que ser exercitado.

Roxin denomina a teoria retribucionista de “teoria da expiação”. O notável jurista alemão despreza totalmente a teoria retributiva. Para tanto, Roxin utiliza-se de três argumentos: em primeiro lugar, sempre que um delito derive de culpa humana, o Estado, necessariamente, não poderá impor uma pena, restando, portanto, sem fundamento a sanção; em segundo lugar, a ação humana delituosa pressupõe o livre arbítrio, a autonomia da vontade, o querer livre e desembaraçado. Para os retribucionistas, vigorava a tese do positivismo legal, ou seja, a pena tinha como fim fazer justiça, nada mais; por último, em nome dos poderes transcendentais, Roxin considera irracional a utilização de um mal (pena) para compensar outro mal (delito) (BITENCOURT, 2012, p. 130-131).

Luis Regis Prado adverte que, da forma como foi elaborada, a teoria retributiva é inconcebível, pois tem como suporte fático elementos obscuros, nebulosos e de difícil compreensão. Para Prado, na concepção atual, a retribuição jurídica:

[...] significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como

fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade (2014, p. 446).

Contra-pondo-se à tese retribucionista, tem-se a teoria preventiva ou relativa da pena. Essa teoria, por sua vez, tem como fundamento a prevenção de novos delitos, isto é, diligencia esforços na tentativa de impedir que os condenados voltem a delinquir.

Foucault (2014, p. 92) adverte que a pena deve ser calculada não em função do crime, mas de sua possível reincidência. Também, que a pena deve olhar para o futuro e não para o delito pretérito, de tal forma que o infrator não tenha mais vontade de praticar novos crimes, nem a possibilidade de ter seguidores. Foucault, ainda, ressalta “Que a punição olhe para o futuro, e que uma de suas funções mais importantes seja prevenir”.

Paulo Queiroz (2006, p. 86) aduz que as teorias relativas ou da prevenção são claramente teorias finalistas, pois, “vêm a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a, portanto, utilitariamente”. Para o autor, o fim da pena é a prevenção de novos delitos.

Na mesma linha, Luiz Regis Prado (2014, p. 446) aduz que “Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros”. Legitima-se, portanto, por razões de utilidade social.

Conforme Bitencourt (2012, p. 132), os primeiros vestígios da aplicabilidade das teorias relativas encontram guarita no pensamento de Sêneca: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”.

Segundo Mirabete (2007, p. 245), as teorias relativas possuem um fim nitidamente prático que é a prevenção de novos crimes. O memorável mestre faz alusão ao pensamento de Feurebach afirmando que a existência do Estado se justifica na medida em que permite a convivência humana em conformidade com as regras postas. Prossegue aduzindo que “A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto”.

A cominação de uma pena em abstrato constitui o modo pelo qual a teoria relativa exerce uma coação psicológica visando inibir a prática de condutas delitivas. Caso a intimidação não seja suficiente, o Estado se vale do seu poder punitivo para aplicar, em concreto, uma pena ao infrator na norma. Destarte, a pena passa a ter uma necessidade social e não, simplesmente, um ideário de justiça. Beccaria (2015, p. 53), no século XVIII, com muita propriedade já advertia que “Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”.

A partir do pensamento de Feurebach, a doutrina passou a dividir a teoria relativa em prevenção geral e prevenção especial. Rogério Greco biparte a prevenção geral e especial em negativa e positiva. Segundo o autor, o fundamento da prevenção geral negativa é intimidar, persuadir, coagir os indivíduos para que não cometam crimes. Já a prevenção geral positiva, Greco faz uso das palavras de Paulo de Queiroz nos seguintes termos:

Para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social (2015, p. 537-538).

Ainda na esteira de Greco (2015, p. 538) por intermédio da prevenção especial negativa, busca-se uma neutralização do infrator através do encarceramento. Desta forma, privado da liberdade, o indivíduo, momentaneamente, não terá, extramuros, como praticar novos delitos. Por fim, quanto à prevenção especial positiva, Greco recorre a Roxin para dizer que “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”.

O debate acerca das teorias da pena não se restringe às teorias absolutas e relativas. A partir do pensamento do alemão Adolf Berkel, deu-se início a uma nova fase de estudo. Desnuda-se, neste momento, a função da pena através da denominada teoria mista, unificadora ou eclética que é, na verdade uma combinação das teorias absolutas e relativas. Para a teoria mista a pena possui duas aspirações específicas, diversas e simultâneas, a saber: a pena é tanto uma retribuição ao condenado pela

prática de um delito, como uma maneira de prevenir a realização de novos delitos (BITENCOURT, 2012, p. 150-151).

Luiz Regis Prado considera a teoria mista como prevalente nos dias atuais, na medida em que busca harmonizar a retribuição jurídica da pena com os fins preventivos. Segundo Prado:

A pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que se encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração (2014, p. 452).

O Código Penal brasileiro preconiza no seu artigo 59 que a fixação da pena, deverá ser o suficiente para reprovar o delito praticado e prevenir que novos sejam perpetrados. Pelo exposto, conclui-se que a lei penal pátria acolheu a teoria mista ou unificadora da pena, haja vista, a conjugação, no citado artigo, dos verbos reprovar e prevenir, havendo, portanto, uma junção entre as teorias absoluta e relativa. Vale ressaltar, ainda, que a Lei de Execução penal, no seu artigo 1º, prescreve a harmônica integração social do condenado.

### 2.3 A PENA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

A privação da liberdade do delinqüente como pena principal advém de um período recente. Nasce como pena no final do século XVIII, através do pensamento Iluminista generalizando-se, somente, a partir do século XIX.

Inicialmente, o encarceramento foi apresentado pelos filósofos iluministas como uma vantagem extraordinária. Beccaria (2015, p. 31), por exemplo, via na prisão um enorme avanço civilizacional, pois, até então se enterravam pessoas vivas, amputavam-se membros, pessoas eram incineradas ainda vivas nas fogueiras ou marcadas com ferro em brasa.

Os iluministas acreditavam que a pena de prisão não era desumana porque era diferente das penas corporais, infamantes e degradantes que caracterizaram toda a Idade Média. Ademais, o encarceramento possuía vantagens amplas relativamente a todas as outras penas, como por exemplo, a possibilidade de graduação proporcional ao ilícito, como também, pelo menos no aspecto formal, revelava nuances de igualdade, pois, como a prisão é contada em tempo (anos, meses, dias), todos têm para passar um período enclausurado.

Bitencourt (2012, p. 162) pontifica que a prisão, enquanto principal resposta penológica adotada a partir do século XIX, foi elevada como meio apropriado visando à reforma do delinqüente. Segundo o eminente autor, por vários anos prevaleceu na sociedade o ideal da privação da liberdade como condição para a regeneração do infrator. Assim, tinha-se a convicção de poder ensinar os homens a viver em liberdade privando-os da liberdade.

Não obstante o sucesso inicial da pena de prisão, hodiernamente predomina o descrédito, a desesperança e o fracasso do encarceramento como forma de ressocialização na utópica esperança do retorno pacífico do preso para viver em sociedade. Para Bitencourt, “A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise” (2012, p.162).

Ferrajoli, crítico contundente da pena de prisão, aduz que é preciso aquiescer que a prisão enquanto pena é muito mais do que a simples privação temporal da liberdade. O insigne penalista adverte que o encarceramento conserva:

[...] elementos de aflição física, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da pena. Ademais, à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinatória, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso (2014, p. 379).

Paulo Queiroz (2006, p. 343-344) noticia que é inconcebível educar o infrator para a liberdade num ambiente de não-liberdade. Mais ainda, nas precárias condições de vida dentro das prisões, a ressocialização não passa de uma quimera. O cárcere,

portanto, “longe de reeducar ou ressocializar, em realidade, corrompe, embrutece, dessocializa”. Queiroz indaga por qual motivo a pena privativa de liberdade ainda resta vigente ante a sua falência? Para responder à sua inquietude, o autor faz uso do pensamento de Foucault, aduzindo que a função real (oculta) da pena não é precisamente debelar a criminalidade, mas produzir criminalidade. E para tal mister, o cárcere é o local perfeito. Queiroz consolida a sua tese cientificando que “se, do ponto de vista das suas funções declaradas (oficiais), a pena é um fracasso manifesto, do ponto de vista das funções ocultas, a prisão é um absoluto sucesso, daí a sua longevidade”.

Para Mirabete (2007, p. 252), o encarceramento como pena não guarda simetria com o propósito restaurador esculpido na norma penal. Privar o infrator da sua liberdade com o propósito ressocializador constitui um múnus quase que inexecutável, haja vista que os valores cultivados intramuros não permitem tal magistério. Não obstante a sua descrença com a privação da liberdade sob o ponto de vista educativo e recuperatório, Mirabete adverte que a pena de prisão apresenta-se como “único recurso aplicável para os delinquentes de alta periculosidade”.

Em sua primorosa obra *Vigiar e Punir*, Foucault (2014, p. 224) traz à baila passagem de uma palestra proferida por Van Meenen no ano de 1847, no Congresso Penitenciário em Bruxelas, versando sobre o encarceramento: “Não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual: foi o progresso das idéias e a educação dos costumes”. Foucault completa aduzindo que “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

Bitencourt (2012, p. 162-163) pontifica que a privação da liberdade deve ser debatida no modelo atual de execução da pena, principalmente, no que tange à infraestrutura carcerária e a disponibilidade de recursos destinada ao sistema. Para o autor, “deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do deve-ser e da interpretação das normas”. O autor, com muito primor, sinaliza duas premissas justificadoras do cruel e desumano ambiente carcerário,

Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso e sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo ressocializador.

Com base no que foi exposto no presente tópico, depreende-se que há uma severa crise no sistema prisional, com reflexos dramáticos na vida dos segregados e apavorante para a sociedade, considerando que, mais cedo ou mais tarde, ressocializados ou não os infratores retornarão na condição de egressos ao convívio social.

### **3 A EXECUÇÃO PENAL E A LEI Nº 7.210/84**

Em sentido penal, execução significa a materialização do comando exarado de uma decisão emanada do Poder Judiciário. Portanto, com o deslinde da fase de cognição, dar-se-á início à etapa executória da pena.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, significou enorme progresso na emancipação do direito de execução penal, enquanto disciplina autônoma. Após inócuas tentativas anteriores de legitimação da disciplina, a LEP representou um inegável ganho em termos de humanização da pena, pelo menos no seu aspecto formal. Não obstante o seu caráter revolucionário desde a sua entrada no ordenamento jurídico, são notórias as dificuldades (ou má vontade) de propiciar efetividade aos seus dispositivos.

No presente capítulo, far-se-á uma retrospectiva elencando os principais acontecimentos históricos que marcaram a trajetória da execução penal no Brasil, inclusive com reminiscências da época Imperial, no qual já se mostrava a preocupação com o ambiente prisional que deveria ser seguro, limpo e bem arejado. Em seguida serão apresentados os principais princípios balizadores da execução penal. Segundo Beccaria (2015, p. 73), “O legislador deve ser um arquiteto hábil, que saiba ao mesmo tempo empregar todas as forças que podem contribuir para consolidar o edifício e enfraquecer todas as que possam arruiná-lo”. Como hábeis arquitetos, não somente o legislador, mas também todos os envolvidos na práxis executória deverão ser guiados pelos princípios humanitários visando extrair o fiel espírito da norma que é a ressocialização do condenado.

Por fim, será apresentado o panorama do sistema penitenciário nacional, inclusive com os dados mais recentes divulgados pelo Ministério da Justiça no dia 08/12/2017, através do relatório de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN).

#### **3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EXECUÇÃO PENAL**

A construção da história da execução penal no Brasil começou a ser engendrada em 1824 com o advento da Constituição do Império, através da previsão esculpida no art. 179, inciso XXI, com a seguinte redação original: “As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes”. A referida passagem foi considerada extremamente avançada e liberal para a época, haja vista a severidade e agressividade das então vigentes Ordenações Filipinas (Livro V) que, no campo punitivo, previa, dentre outras, as penas de banimento, açoite e morte por esquartejamento e por enforcamento. No campo legiferante, o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 atribuiu poderes as Assembleias Legislativas Provinciais, concedendo-lhes o direito sobre a construção de casas de prisão, trabalho, correção e seus respectivos regimes (BRASIL, 1824).

Não obstante a previsão constitucional quanto à higidez necessária no ambiente prisional, as casas de recolhimento de presos do século XIX, ao serem descortinadas, expunham uma situação aviltante para o cumprimento da reprimenda. Regina Célia Pedrosa, em texto intitulado “Utopias Penitenciárias Projetos Jurídicos e Realidade Carcerária no Brasil”, fazendo referência a um artigo da lavra de José Vieira Fazenda, publicado na Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro (1921), detalha que em 1828 foi criada uma comissão para visitar as prisões. O relatório apontou para um cenário de calamidade, onde, num espaço para 15 pessoas, conviviam 390 presos, sendo a maioria em condições degradantes (PEDROSO, 1997).

Com o advento da República, o Código Penal de 1890 trouxe em seu bojo institutos de execução penal, como o trabalho obrigatório (artigo 45), a transferência para o regime semiaberto (artigo 50) e o livramento condicional (artigo 51). Estas novas regras representaram um avanço significativo na legislação executória que ora se principiava. Pode-se dizer que a pena prisional no Brasil teve início com a edição do estatuto repressor de 1890, e que, ainda hoje, constitui o tronco do sistema punitivo (BRASIL, 1824).

Localizada na Ilha Grande no Estado do Rio de Janeiro, foi implantada em 1894 a Colônia Correccional dos Dois Rios, cujo objetivo precípuo seria a inserção de um regime de reclusão social, através do enclausuramento dos criminosos e,

principalmente, das classes desvalidas. Com isso, o Império promovia uma verdadeira faxina social, retirando das ruas mendigos, vadios, bêbados, imorais. Era a política do descarte do supérfluo. Uma das principais características da prisão correcional era a possibilidade da decretação da prisão por um Delegado, sem a necessidade de autorização judicial. Na maioria dos casos, o encarceramento durava semanas, meses e anos, mesmo sem a apresentação de nenhuma denúncia contra o detido (SANTOS, 2005, p. 1).

O Decreto nº 8.233, de 22 de Setembro de 1910, instituiu o patronato oficial dos liberados ou egressos definitivo da prisão do Distrito Federal. Quando da entrada do preso no estabelecimento, o patronato deveria acompanhar a situação do condenado, principalmente quanto a sua regeneração visando seu retorno ao convívio social (artigo 7º). O trabalho do preso seria remunerado e dividido em três partes: uma para o Estado; outra para proveito do condenado e sua família; outra, finalmente, para ser entregue quando liberado do cumprimento da sua pena (artigo 10). Caso a família do preso se achasse em situação de extrema pobreza, desde que moralmente digna e residente no País, o preso perceberia o dobro do salário (artigo 11). Bastante salutar era a previsão contida no artigo 15 na qual fazia alusão à necessidade de se arrumar uma ocupação honesta e com remuneração suficiente às necessidades do egresso. Todas as pessoas, que contratassem com o Governo eram obrigadas a reservar lugares para os liberados cujo exemplar procedimento pudesse ser atestado pela comissão (BRASIL, 1910).

No princípio do século XX, as prisões foram adaptadas de acordo com o público alvo, visando a uma melhor separação e estudo da delinquência. Neste contexto surgiram os asilos de contraventores (encarceramento dos ébrios, vagabundos e mendigos), asilos para menores (encarceramento da delinquência infanto-juvenil), manicômios criminais (tratamento dos doentes mentais) e prisões femininas. O isolamento por estrato propiciava aos órgãos de repressão um controle direto e eficaz sobre a população de desabrigados do manto protetor do Estado. Em quase sua totalidade, este grupo de desassistido era formada por pessoas que abandonaram o meio rural na busca por melhores condições de vida na metrópole, além, é claro, dos escravos libertos.

No ano de 1933 foi proposto um projeto de lei para a criação do Código Penitenciário da República. A comissão era formada por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Pereira Carrilho. O código não chegou a entrar em vigor tendo em vista a dissolução do parlamento com a promulgação da Constituição de 1937 e o advento do Estado Novo (PEDROSO, 1997, p. 9).

Em dezembro de 1940, foi publicado o Decreto-Lei nº 2.848, que instituiu o Código Penal. Por divergir em vários pontos com o novo estatuto repressor, o Código Penitenciário da República foi abandonado. Em seu lugar, surgiu o Livro IV do Código de Processo Penal de 1941 que passou a disciplinar a execução da pena, bem como da medida de segurança.

No ano de 1957 foi sancionado pelo Presidente Juscelino Kubitschek a Lei nº 3.274, dispondo sobre Normas Gerais do Sistema Penitenciário reguladoras da execução das penas criminais e das medidas de segurança. Dentre outras providências, tratava a Lei dos seguintes temas: individualização das penas; classificação dos sentenciados; separação dos que cumpriam prisão provisória dos condenados definitivamente; trabalho obrigatório e seguro contra acidentes; isolamento e tratamento dos presos portadores de tuberculose ou lepra; educação moral, intelectual, física e profissional dos sentenciados (BRASIL, 1957).

Durante o governo João Goulart (1963), o professor Roberto Lyra foi convidado para elaborar um novo projeto de execuções penais. O trabalho de Lyra versava sobre diversos temas relacionados ao sistema encarcerado, sendo considerado de feição humanista. Contudo, com a tomada do poder pelas Forças Armadas o projeto foi abortado. Em 21 de outubro de 1969, através do Decreto-Lei Nº 1.004, entrou em vigor um novo Código Penal, o chamado de Código Hungria de curta duração, sendo revogado em 1978 (PRATES, 2014).

Através da mediação do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, foi constituída em 1981 uma comissão com o ofício de elaborar um anteprojeto para a Lei de Execução Penal. Finalmente, após algumas emendas na Câmara dos Deputados, tornou-se a Lei nº 7.210, de 11.06.1984, juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº

7.209/1984), encerrando um longo período esforços doutrinários e legislativos, no sentido de dotar o país de um sistema de execução penal.

O leitor que se debruçar sobre a LEP e fizer, ainda que de forma rasteira, uma análise dos seus artigos, certamente chegará a conclusão de há uma profunda discrepância entre o mundo das idéias preconizado na lei e o mundo real enfrentado diariamente pelos detentos. O primeiro no qual os mecanismos da lei executiva são extremamente humanitários e seus instrumentos avançados em termos de realidade prisional; no segundo, o cenário que se apresenta é totalmente incoerente. A dura realidade que acontece debaixo do Direito, da lei, é um Brasil onde, por definição, a lei não deve chegar, as coisas não devem acontecer. Machado de Assis denunciou a dicotomia entre um Brasil oficial e um Brasil real, ainda em 1861: “Não é desprezo pelo que é nosso, não é desdém pelo meu país. O país real, esse é bom, revela os melhores instintos; mas o país oficial, esse é caricato e burlesco”<sup>3</sup>. Não apenas seguimos com países desigual habitando numa mesmo espaço físico, mas institucionalizamos as diferenças por meio da aplicação do direito penal.

É notório que dentro do Brasil há um outro Direito. Um Direito não escrito, tolerado, onde o que se estuda nas Faculdades, escrito nos livros, publicados nos Códigos não chega para todos. A mesma normatividade que acontece nos bairros nobres, não é a mesma que chega às periferias. A sociedade está tão acostumada com essa dualidade que ela simplesmente a ignora, assiste com um olhar indiferente. Esta funesta realidade veio sendo construída paulatinamente, muito em função do regime escravagista que reinou em todo o século XIX e que marcou a cultura política e jurídica brasileira. Este cenário vai influenciar diretamente no Direito repressor como se verá a seguir.

Nas antigas Casas de Correição a penitência não chegava de modo equânime para todos. Um seletto e ínfimo grupo, formado pelos homens livres, eventualmente eram presos. Por outro lado, um vasto contingente de excluídos, formado maiormente por negros, padeciam nas prisões sem nenhuma acusação. Formalmente, o Brasil acabou com a escravidão em 1831. Contudo, navios vindo da África continuavam a atracar

---

<sup>3</sup> “Diário do Rio de Janeiro”, edição de 29 de dezembro de 1861

nos portos nacionais. Por ter abolido o regime escravocrata, o País não poderia subjugar os recém-chegados, mas também não poderiam ser declarados libertos já que iriam causar problemas nas metrópoles. O resultado foi trancafiá-los nas cadeias até que morressem de doenças, fome ou castigos corporais.

A partir de 1920 começou a florescer uma ideia de criminalidade bastante peculiar e que terminou por influenciar a criação do Código Penal de 1940. Essa concepção é muito importante para o Direito punitivo atual, pois, boa parte da legislação vigente foi produzida naquele contexto. A criminalidade de outrora foi gestada dentro de um cenário próprio, não aplicável na atualidade. O traço prevalente desta delinquência emergente é o que os estudiosos costumam designar de criminalidade avulsa, ou seja, ela começa e termina em si mesma, no próprio indivíduo. Trata-se de um indivíduo peculiar, esquisito, estranho, cuja fotografia retrata a imagem do boêmio, do malandro, cujos tipos penais praticados limitavam-se ao homicídio, prostituição, furto e roubo. A solução para o conflito era deliberada no âmbito local por algum chefe do povoado ou, nas cidades, pela polícia através da prisão correcional<sup>4</sup>. Interessante notar que esta sindicalização (controle sobre a criminalidade) vigorou até 1970, com o conhecimento do Poder Judiciário e da sociedade, dentro daquela lógica discorrida anteriormente acerca do Brasil não codificado (MARTINS, 2009).

Após a 2ª Guerra mundial, a população que vivia no campo migra para a cidade. De uma sociedade eminentemente agrária, baseada numa economia exportadora, transmuda-se para uma sociedade industrial. As relações tornam-se mais complexas, mais sofisticada. Ocorre que as cidades não estavam preparadas para receber esta massa migratória, principalmente, no atendimento dos direitos sociais de segunda dimensão, onde a dignidade da pessoa humana é a razão da existência do Estado. A segunda dimensão de direito pressupõe o atendimento básico referente às prestações positivas, relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais, alicerçado na igualdade. Começa uma crise de defasagem entre a política e os anseios da sociedade (MARTINS, 2009).

---

<sup>4</sup> Poder que tinha os Delegados de Polícia de prender as pessoas, mesmos sem acusação e sem processo

No campo do aprisionamento, surge, nessa contemporânea sociedade, um novo padrão de criminalidade que não é mais aquela delinquência avulsa, individual, mas sim de massa. Não se trata de um novel padrão criminal fundado puramente em aspecto quantitativo, mas sim qualitativo. Dentro desta nova economia criminal, o indivíduo passa a figurar apenas como uma peça de uma sofisticada máquina chamada crime.

Constata-se facilmente a nova estruturação delinquencial, através do seguinte exemplo: no furto de veículo há um sujeito que subtrai o bem, mas já existe o receptador que, muito provavelmente, irá desmontar o automóvel para revender as peças no varejo. Por sua vez, já tem um consumidor (“os bons”) a espera destas peças para adquiri-las por preço módico

Toda essa cadeia criminoso passa a ter no indivíduo transgressor apenas uma peça de uma engrenagem. E quando o Estado consegue exercer sobre este indivíduo o seu *jus puniendi*, imediatamente ele é substituído por outro, à maneira de uma linha de produção, só que aqui, criminoso. Como consequência desta economia criminógena, tem-se uma expansão exponencial do contingente carcerário, via de regra, através da seletividade onde seu alvo é a população subalterna, são os mais pobres, mais humildes, mais vulneráveis à intervenção penal. (Palestra: a Trajetória da Execução Penal no Brasil - MARTINS, 2009).

No ano de 1975, então em vigor o regime ditatorial. No período, foi criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), tendo como objeto de investigação o sistema prisional. A comissão foi presidida pelo Deputado Ibrahim Abi-Ackel integrante da base aliada dos Militares. O relatório final dos trabalhos foi conclusivo quanto à situação calamitosa vivenciada pelos encarcerados. Tinha de tudo: hiperinflação populacional, promiscuidade, presos comuns convivendo no mesmo espaço com outros de altíssima periculosidade, elevado número de detentos provisórios, ociosidade. Eis um enxerto do relatório:

É de conhecimento geral que grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção, estabelecimentos análogos, onde, prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais de escassa ou nenhuma periculosidade e, pacientes de imposição penal prévia, como

presos provisórios ou aguardando julgamento para quem é um mito a presunção de inocência. Nesse ambiente de estufa, a ociosidade é a regra, a intimidade inevitável e profunda. A deterioração do caráter resultante da influência corruptosa da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são consequências deste tipo de confinamento promíscuo já definido alhures como “sementeiras de reincidência” (BRASIL, 2009).

Edificada sob a justificativa de solucionar a funesta situação do sistema penitenciário do Brasil, a verdade é que, vencidos quase trinta e quatro anos da sua vigência, chega-se à infausta conclusão de que há um enorme hiato entre a lei e a realidade restando, portanto, inviável o cumprimento da pena de maneira humana e ressocializadora.

A LEP, fruto de um ingente labor de idealistas, surge num momento histórico importante em que se percebe o advento do fenômeno da superpopulação prisional, onde se detecta que a situação carcerária foge do controle do Estado e o aparato legal e jurídico não responde com a mesma eficiência e celeridade do modo que o crime avança. Decantada como um dos instrumentos normativos mais evoluídos à época de sua criação, a LEP foi recepcionada, pela sociedade e pelos operadores do Direito como esperança num mar de incertezas. Hodiernamente, não é crível acreditar que a prisão proporcione condições para a harmônica reintegração (como reintegrar quem não foi integrado?) social do condenado na sociedade.

### 3.2 PRINCÍPIOS INERENTES À EXECUÇÃO PENAL

Os princípios constituem o cerne do ordenamento jurídico, dando-lhe sentido harmônico, lógico e racional. Além de base de sustentação do sistema normativo, os princípios têm o condão de servir como veículo de interpretação das diretrizes jurídicas de um Estado Democrático de Direito. No campo Penal, os princípios adquirem maior relevância, deixando de ser mero elemento aconselhador, angariando força normativa.

Em matéria de execução penal, a aplicação e interpretação da legislação executória são permeadas por princípios oriundos da Constituição Federal, Código de Processo Penal, Código Penal e pelos Tratados e Convenções internacionais em matéria penal e de direitos humanos.

A convivência harmônica em sociedade pressupõe a criação de regras básicas de comportamento, onde o Estado, por intermédio do seu poder Legislativo inova no ordenamento jurídico proibindo ou impondo determinada conduta, sob a ameaça de uma sanção. A alma de um princípio reside no fato de ser, justamente, um limitador, uma barreira a esse desmesurado poder estatal.

Após breve síntese, necessário se faz apresentar, em rol meramente exemplificativo, os principais princípios balizadores da execução penal: princípio da legalidade, princípio da intervenção mínima, princípio da individualização da pena, princípio da presunção de inocência, princípio da proporcionalidade, princípio da humanidade e princípio da jurisdicionalidade.

O princípio da legalidade é o âmago de um Estado regido pelo império da lei. O Código Criminal do Império de 1830 já trazia em seu corpo o referido princípio nos seguintes termos: “Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique – art. 1º”. Encontra-se previsto tanto na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXIX), quanto no Código Penal (artigo 1º), enunciando que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Segundo Mirabete (2007, p. 37), a Magna Carta do Rei João Sem Terra do ano de 1215, funciona como fonte primária do princípio da legalidade.

A legalidade adquiriu contornos através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, dentre outras, previu que ninguém poderia ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por estas prescritas (artigo 7º). Conforme assevera Beccaria (2015, p. 25), “[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

No âmbito internacional, diversos documentos fazem menção ao princípio da legalidade aplicáveis na esfera executória. Por exemplo: artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948, estabelece que “Ninguém será submetido a torturas

nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. No mesmo sentido, o Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos, alude no artigo 10 que “toda pessoa privada de sua liberdade será tratada humanamente e com respeito à dignidade inerente ao ser humano”. Segundo Busato (2013, p. 42), a não observância do princípio da legalidade dentro da execução da pena, inviabiliza qualquer tentativa no sentido de “resgatar a dignidade humana dos condenados”.

A despeito de toda a pujança contida no princípio da legalidade, parece que o mesmo não adentrou nas portas do sistema encarcerador brasileiro, sendo notória a sua violação. Presos cumprem suas reprimendas muito além do tempo que lhes fora determinado pela sentença condenatória; assistências e benefícios são sonogados sob dissimuladas alegações; celas superlotadas; em junho de 2016, 40% da população prisional brasileira era composta por presos provisórios<sup>5</sup>, em flagrante desrespeito ao não menos importante princípio da presunção de inocência. Conclui-se, portanto, que o princípio da legalidade, no que tange à execução da pena, resta inoperante.

Também conhecido como *ultima ratio*<sup>6</sup>, o princípio da intervenção mínima, segundo Bitencourt, “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” (2007, p. 13). Para Guilherme Nucci:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito (2013, p.53).

Dentro dessa idéia, a prisão somente deveria ser aplicada para aqueles casos mais graves e, ainda assim, quando medidas alternativas à prisão se mostrarem inadequadas. Na contramão, no Brasil verifica-se um alargamento, uma expansão do

---

<sup>5</sup> Levantamento nacional de informações penitenciárias 2016

<sup>6</sup> *Ultima ratio* significa “última razão” ou “último recurso”. É uma expressão com origem no Latim e frequentemente empregada no Direito. Diz-se que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito, por exemplo, civil, trabalhista, administrativo, etc.

Direito Penal com a criação de novos tipos, endurecimento das penas e ampliação do cabimento da prisão provisória. Essa política ocasiona uma hiperinflação carcerária com consequências contraproducentes para todos.

Dentro desta lógica perversa, o direito penal não atua de forma igualitária, atingindo a todos indistintamente. Pelo contrário, produz uma seletividade cujo alvo principal é a população pobre, humilde e vulnerável. Pode-se dizer que o direito penal realiza uma espécie de gestão política da miséria. Esta prática expansionista do sistema punitivo, encontra amparo na pregação de que é preciso enfrentar a crescente criminalidade que atormenta a sociedade, gerando um clima de medo e insegurança.

Consoante a dicção constante no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena. Rodrigo Duque Estrada (2014, p. 57-58) entende que o princípio da individualização da pena, numa vertente moderna, não pode servir de suporte para a classificação do preso para fins de tratamento penitenciário, muito menos visando desrespeitar o princípio da isonomia, mascarando a imposição de tratamento discriminatório a certos condenados. A essência da individualização reside no fato de que para cada autor de crime, deve ser imposta e executada a pena exata e merecida. O condenado deve ser visto como pessoa na extensão humana do vocábulo, levando-se em consideração suas particularidades, sua história, seu modo de vida, o motivo que o levou a praticar determinada conduta contrária à lei. A partir daí, criar, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, um programa de cumprimento de pena visando o seu retorno ao convívio social. Fazendo alusão ao referido princípio, ressaltou o STF que,

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos distintos e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo<sup>7</sup>.

O reconhecimento expresso do princípio da presunção de inocência encontrou guarita em 1789, quando do advento da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão.

---

<sup>7</sup> STF, *Habeas Corpus* 104.174/RJ, D.O.U. 18.05.2011.

Aspirava, especialmente, à limitação dos poderes absolutos dos reis e de seus juízes no tocante à prisão, declarando que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado. Hodiernamente, nos termos da operação Lava Jato, primeiro condena depois investiga.

Contemporaneamente, a não-consideração prévia da culpabilidade foi abraçada por diversos tratados internacionais, tendo como escopo a garantia do devido processo legal. Mais que isso, o princípio funciona como uma garantia do direito a liberdade do cidadão até que o Estado, em decisão final, prove o contrário. A título de exemplo, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclamando no artigo 11 que,

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa

No plano interno, o legislador constituinte originário erigiu a presunção de inocência à condição de direito e garantia fundamental versando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII). Trata-se de uma opção garantista arquitetada pelo legislador constitucional originário em prol da defesa dos inocentes. Sob a égide deste princípio, o acusado de cometer um ilícito penal somente poder ser recolhido prematuramente ao cárcere nas hipóteses previstas na legislação.

Para Damásio de Jesus (2009, p. 11), do princípio da presunção de inocência, “decorre a exigência de que a pena não seja executada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Somente depois de a condenação tornar-se irreversível é que podem ser impostas medidas próprias da fase de execução”.

Em total desarmonia com a legislação exterior e, principalmente, com a Constituição Federal, o STF, ao denegar o Habeas Corpus (HC) 126.292/SP, sobre a relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, firmou entendimento no sentido de que o início da

execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência<sup>8</sup>.

Artigo da lavra de Augusto Jobim do Amaral, publicado do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), na edição de abril de 2016, alerta que entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões prolatadas pela Suprema Corte em sede de *Habeas Corpus* oriundos do Superior Tribunal de Justiça, foram reformadas a favor do réu. Segundo o autor, da decisão do STF advirá,

[...] naturalização do abuso das prisões provisórias, a ostensividade midiática despudorada no uso de algemas e a exploração das imagens de investigados e processados, prisões como forma de coação para obter confissões em megaprocessos capitaneados por messianismos judiciais [...]

Outrora, o Pretório Excelso havia posicionado em sentido oposto, ou seja, somente admitia a prisão em caso de sentença judicial irreformável. Trata-se, portanto, de um retrocesso com desastrosas consequências ao já combalido sistema prisional brasileiro.

O princípio da proporcionalidade ocupa um relevante papel dentro do direito repressivo, uma vez que estabelece a quantidade e a qualidade da sanção ante a violação de um preceito primário esculpido do tipo penal. Ferrajoli (2014, p. 366) adverte que “o fato de que entre a pena e o delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida”.

A Lei de Talião, que traz em seu íntimo a máxima “olho por olho, dente por dente”, é reputada como instituidora do princípio da proporcionalidade. Não obstante se remonte à Antiguidade, o aludido princípio ganhou corpo com o principiar do Século das Luzes. O célebre autor Michel Foucault, na sua obra *Vigiar e Punir*, acerca da mitigação das penas, aponta que,

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-

<sup>8</sup> STF, *Habeas Corpus* 126.296/SP, D.O.U. 17.02.16

obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder (2014, p. 102).

Cesare Beccaria em seu clássico opúsculo “Dos Delitos e das Penas”, afirma que a finalidade da pena não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi feito, mas sim, impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Segundo o marquês,

Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA, 2015, p. 53).

Em sucinto apanhado, a pena deve ser proporcional ao crime praticado, ou seja, dever existir equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta. O princípio em epígrafe é, enfim, corolário da busca do justo.

O princípio da humanidade encontra-se consagrado em diversos Tratados de Direito Internacional, como os a seguir expostos: na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante – artigo 5º); no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (ao dispor que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana – artigo 10, item 1); nas Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, da ONU (as penas corporais, a colocação em cela escura, bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares – Regra 31); na Convenção Americana de Direitos Humanos (ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano – artigo 5º); no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU (a pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano – Princípio 1º).

O período humanitário da pena começou a ser modelado com o advento do Iluminismo, tendo na figura de Cesare Beccaria seu principal embaixador. O eminente

representante do Iluminismo Penal externou a necessidade de reforma do inumano espetáculo de barbaridade então vigente. Referindo-se ao pensamento de Beccaria e de Kant, Ferrajoli (2014, p. 74) menciona que contra a falta de humanidade da pena, deve resplandecer o princípio moral do respeito ao ser humano, “com a máxima de que cada homem, e, por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um ‘meio’ ou ‘coisa’, senão sempre como ‘fim’ ou ‘pessoa’”. Para Foucault (2014, p. 74), “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade”.

Na mesma toada, Canelutti afirmar que tratar o homem como se fosse uma “coisa” seria um ato de desmedida incivilidade. Para o ilustre advogado e jurista italiano, é o que mais se verifica dentro no processo penal, na injusta proporção de nove para cada dez ações.

Na melhor das hipóteses, os que se vão ver trancados numa cela como animais no jardim zoológico parecem homens fictícios ao invés de homens de verdade. E se alguém se dá conta de que são homens de verdade, parece a si que se tratam de homens de outra raça ou, poderíamos dizer, de outro mundo (2009, p. 9 e 10).

Outro importante princípio balizador da execução penal é o da jurisdicionalidade, previsto no artigo 2º da LEP, nos seguintes termos: “a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercido, no processo de execução, na conformidade desta Lei de do Código de Processo Civil”.

Impende destacar que o princípio da jurisdicionalidade, na prática, significa que a intervenção do juiz não finda com a sentença penal proferida dentro de um processo de conhecimento, perdurando, portanto, durante o processo executório da reprimenda. O referido processo constitui uma importante garantia para o sentenciado, haja vista que poderá fazer uso, dentro do cumprimento da pena, dos institutos do devido processo legal.

Paulo Lúcio Nogueira, reportando-se ao princípio da jurisdicionalização, alega que,

Não há como negar que o juiz da execução é chamado frequentemente a exercer, em sua plenitude e em sua pureza, a função jurisdicional; e nem assim poderia deixar de ser porquanto a sentença condenatória penal contém

implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado, sendo porém passível de um processo de integração em obediência à cláusula que contém: é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados por lei (1990, p. 228).

Por conseguinte, o princípio da jurisdicionalização em sua essência abarca a idéia de um processo de execução penal, gravitando ao seu redor um promotor da execução penal, um defensor da execução penal. Ademais, por ser ínsita a idéia de um processo, tem-se a publicidade como regra, devendo os atos ser de conhecimento de toda a sociedade, pois, afinal, a execução penal não foi gestada para impor um sofrimento desmedido ao recluso, mas sim, sua reintegração social.

A Carta Política brasileira possui como pilares, a dignidade da pessoa humana, bem com a prevalência dos direitos da pessoa. Neste sentido, a Constituição Federal proíbe expressamente determinadas espécies de punição, exatamente em razão do princípio da humanidade das penas (de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis – artigo 5º, inciso XLVII). Ainda, neste passo, tem-se que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III).

Já no âmbito da LEP, o princípio serve de escudo ante a irracionalidade do poder punitivo, como a proibição de cela escura (artigo 45, § 2º) e ao estabelecer que as sanções disciplinares não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado (artigo 45, § 1º). Lamentavelmente, o plano das ideias não corresponde ao plano real.

### 3.3 PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

O mais recente panorama do sistema penitenciário brasileiro foi divulgado pelo Ministério da Justiça no dia 08/12/2017, através do relatório de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), cujos dados foram colhidos no primeiro semestre de 2016. O estudo foi tornado público pelo Ministro da Justiça

Torquato Jardim e pelo diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Jefferson de Almeida.

Os dados são estarrecedores e, sobretudo, preocupante. Em junho de 2016 o Brasil possuía 726.712 reclusos, a maioria vivendo em situação degradante, expondo a face perversa de um sistema prisional falido. Com estes números, o Brasil passa a ocupar a 3ª posição no ranking mundial (medalha de bronze), perdendo apenas para os Estados Unidos e China. É assustador notar que em 1990 os cárceres brasileiros abrigavam pouco mais de 90 mil presos. Em junho de 2016, este número passou a ser de mais de 700 mil. Enquanto isso, a oferta de vagas no sistema prisional não seguiu no mesmo ritmo, possuindo um déficit de 358.663 lugares.

Caminhando contra a tendência mundial, o Brasil está preso à cultura do encarceramento. Enquanto a Suécia e a Holanda fecham presídios, o Brasil expande o número de encarcerados numa taxa média de crescimento de 7% ao ano, na sua maioria jovens, negros e com baixa escolaridade.

Dentre os tipos penais mais violados, predominam os crimes contra o patrimônio, crimes contra a pessoa e os crimes relacionados às drogas que, juntos, representam 87% do encarceramento total. O roubo sempre foi o crime que mais motiva prisões no Brasil. Contudo, o tráfico de entorpecentes já prende, praticamente, o mesmo número de pessoas. Das drogas mais apreendidas, predominam a maconha e a cocaína.

Quanto à superlotação, o sistema está saturado ao extremo. Presos se amontoam cada vez mais ao longo dos anos. São tantos presos que não há onde colocá-los. Somente em Rondônia a taxa de ocupação é de quase 300%. Os presídios estão abarrotados de presos que ainda sequer foram julgados, na razão de 1,79 pessoas presas provisoriamente por vaga. Para modificar esse panorama, resta ao Poder Judiciário aplicar devidamente a lei, decretando a prisão preventiva apenas quando efetivamente autorizado pela lei Processual Penal e quando as demais medidas cautelares substitutivas à prisão não forem adequadas e suficientes.

Quanto à superlotação do sistema prisional, Rodrigo Duque Estrada (2014, p. 513 e 514) menciona o julgamento ocorrido em 2013 na Corte Europeia de Direitos

Humanos, da ação *Torreggini e outros v. Itália*. O país foi condenado por manter presos em celas superlotadas, impondo a eles uma condição de tratamento desumano e degradante. No caso em apreço, a Corte relatou que três presos dividiam uma cela 9 m<sup>2</sup>. A Itália foi sentenciada a pagar indenizações aos presos, bem como, ter que apresentar no prazo de um ano alternativas visando a redução da sua população carcerária, cuja taxa de ocupação girava em torno de 142,5%. Se o Brasil fosse sentenciado por maltratar seus reclusos, faltariam recursos financeiros para arcar com incontáveis indenizações.

Violações de direitos humanos, como torturas e comida estragada, são rotina nas cadeias. Segundo a ONG Conectas, os crimes de tortura são recorrentes no Brasil, mas raramente chegam à Justiça. Estudos de entidades de direitos humanos levados a público pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) no ano de 2015, apontam que os casos de tortura, na sua maioria, são decorrentes das seguintes práticas: conseguir confissão (65%), castigar (25%) e intimidar (3%). O pior é que muitos agentes públicos torturadores continuam a exercer a função pública.

O art. 88 da LEP aduz que a cela deverá ser equipada com dormitório. Não obstante, a mídia divulga cotidianamente seguidas violações à dignidade dos detentos, tais com: as celas não possuem cama para todos, sendo que em algumas, nem cama tem; no Para, as grávidas dormem no chão no único presídio feminino do Estado; em Pernambuco, buracos na parede servem de dormitório, enquanto outros presos dormem nos corredores, já em São Paulo, os presos somente dormem na hora do banho de Sol já que é impossível descansar nas celas.

Intramuros, o Estado não entra. As facções criminosas dominam os presídios. Criada em 1993, o Primeiro Comando da Capital (PCC) é a maior facção presente no sistema carcerário, tendo representantes nos presídios de 22 Estados da Federação. Estudos do Ministério Público revelam que o PCC lucra, por mês, R\$ 6 milhões. Para fazer parte da organização cada integrante deve desembolsar mensalmente a quantia de R\$ 600,00. “É voz unânime da doutrina e na experiência mundial que a criminogênese específica do crime organizado é a ausência do Estado, isto é, o crime organizado germina onde o Estado é omissos ou dividido” (AMARAL, 2007).

Enquanto a Constituição Federal diz que somente haverá pena de morte em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII), dentro dos presídios impera a pena capital. No censo penitenciário de 2014, apenas no primeiro semestre de 2014, foram registradas 565 mortes no sistema carcerário, sem levar em consideração os dados da São Paulo e Rio de Janeiro que, até a data de fechamento da pesquisa, não haviam repassados os números. Somente no Estado do Maranhão foram registradas 75 mortes, o que levou as organizações da sociedade a recorrerem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ante ao não atendimento das recomendações, o caso seguiu para a apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte exarou decisão medida obrigando o Brasil a adotar imediatamente todas as medidas necessárias “para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas” (CUSTÓDIO; CALDERONI, 2016.).

No mês de março de 2016, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade de votos, que a morte de preso em estabelecimento carcerário gera responsabilidade civil do Estado, caso reste comprovado o descumprimento do dever de proteção (RE 841526). No acórdão, o Pretório Excelso, consolidou a seguinte tese de repercussão geral: “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”.

Segundo a LEP, receber visitas de familiares e amigos (artigo 41, inciso X), faz parte do rol de direitos do preso. Entretanto, durante o procedimento de revista, os visitantes passam por constantes humilhações. É comum ficarem totalmente despidos, para que os agentes carcerários possam averiguar se os mesmos estão portando objetos proibidos de adentrar no complexo penitenciário.

Nas unidades prisionais, trabalhar e estudar é para poucos, imperando a ociosidade. Enquanto apenas 15% dos presos trabalham, somente 12% aproveitam o tempo de reclusão para estudar. Sabe-se que o estudo e o trabalho, além de serem fontes de remição da pena, constituem, também, meio de inclusão social e enobrecimento do ser humano.

A sessão IV da LEP alberga os procedimentos pertinentes à assistência jurídica que deverá ser ofertada aos presos. O artigo 16 do referido diploma legal, atesta que as Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. Na prática, apenas 28% das comarcas possuem Defensoria Pública. É um defensor para cada 29 mil pessoas. No Estado do Rio Grande do Norte, 71% dos encarcerados cumprem sentenças em estabelecimentos que não dispõem de assistência judiciária. Como resultado, muitos presos continuam na cadeia mesmo após o cumprimento da pena. Vale frisar que, conforme artigo 7º da Constituição Federal, o Estado deverá indenizar aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Quanto ao fenômeno da reincidência, os dados alarmantes mostram que o percentual de retorno ao cárcere é de 70%, ou seja, dois de cada três presos voltam a cometer crimes. Dispõe a LEP que é atribuição do Estado prestar assistência ao preso, ao internado e ao egresso (artigo 10). A assistência tem por finalidade prevenir o delito e a reincidência, além de orientar o preso quando do retorno ao convívio social. O elevado índice de reincidência atesta que o cárcere não consegue atingir os seus objetivos, pelo menos enquanto função preventiva e ressocializadora. Nas palavras de um detento do Carandiru, narrado por Drauzio Varela (199, p. 38) na obra *Estação Carandiru*, o sistema penitenciário é “sem chance”.

O panorama do sistema prisional brasileiro traçado nos parágrafos anteriores é tétrico, deprimente, macabro. Não obstante, existem experiências bem sucedidas em algumas unidades carcerárias da Federação, que poderão ser replicadas para as demais, na tentativa de desobscurecer o horizonte sombrio que se agiganta a cada amanhecer.

Para conviver com a superlotação, a falta de estrutura carcerária e de perspectiva de vida dentro e fora das celas, iniciativas estão sendo tomadas no sentido de buscar melhores condições de vida para os detentos e os egressos do sistema carcerário. Passa-se, agora, a análise de algumas práticas salutares aplicadas no sistema prisional que devem ser enaltecidas, visto o caráter humanitário que as permeiam.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) opera de forma bastante proativa no desenvolvimento de ações, visando mitigar os efeitos danosos do cárcere. Além da promoção de palestras, eventos e cursos, o CNJ atua em outras frentes, tais como os projetos Cidadania nos Presídios, Começar de Novo e Mutirão Carcerário.

Em sentido lato, o projeto Cidadania nos Presídios tem por objetivo a busca incessante pelo reconhecimento e valorização dos direitos dos encarcerados, na tentativa de tornar o sistema “mais humano, aproximando o juiz e a sociedade do jurisdicionado”. Dentre outros desígnios, o projeto também diligência esforços com foco no egresso, de modo que, este, ao retornar ao convívio social, possa ter seus direitos efetivamente reconhecidos. Através da inclusão social, busca-se diminuir os índices de reincidência.

O programa busca sensibilizar tanto os órgãos públicos, quanto a sociedade civil para que os mesmos disponibilizem postos de trabalho e cursos de capacitação para os presos e egressos. Conforme o artigo 2º, da Resolução nº 96 de 27 de outubro de 2009, o programa Começar de Novo compõem-se de um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho. Através de uma página na Internet (Portal de Oportunidades) as empresas poderão fazer o cadastramento de vagas ociosas, bem como dos cursos que desejam promover. Como incentivo, o CNJ concederá às empresas o Selo Começar de Novo.

O CNJ promove a realização dos mutirões carcerários desde 2008. Deste então, as pessoas envolvidas na empreitada, debruçaram-se sobre cerca de 400 mil processos de presos, sendo concedidos mais de 80.000 benefícios, tais como progressão de pena, liberdade provisória e direito a trabalho externo. Pelo menos 45 mil presos ganharam a liberdade, pois, já haviam cumprido a sua penitência (BRASIL, 2015).

A Pastoral Carcerária surgiu no Brasil no ano de 1986, tendo como objetivo precípua levar aos condenados os ensinamentos do Cristianismo, através da difusão da esperança no cárcere, ambiente de desmedida expiação. Nas palavras de Rogério Greco,

Essa é a grande diferença. É isso que fará, com toda certeza, que os presos tenham esperança no cárcere, que possam imaginar-se pessoas diferentes aos retornarem ao convívio em sociedade. É essa fé em Jesus Cristo que os fará pessoas melhores. É nisso que creio, sinceramente.

A Pastoral Carcerária é uma entidade vinculada à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Sua missão é executada através de parcerias com organismos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como também ONG's locais, nacionais e internacionais. Sua principal característica é estar ao lado das pessoas privadas da sua liberdade, servindo como alimento para uma alma com sede e fome de justiça, tanto social, quanto judicial.

Mais do que materializar previsão constitucional da liberdade culta nas entidades civis e militares de internação coletiva (artigo 5º, inciso VII), a Pastoral Carcerária presta um relevante serviço através da evangelização, documentários, palestras, cursos, denúncias, dentre outras ações.

O documentário "Tortura e encarceramento em massa no Brasil no ano de 2015", por exemplo, sustenta que a tortura não é uma exceção, mas uma política de Estado. A Pastoral, através do seu endereço eletrônico, disponibiliza à sociedade meios para que sejam feitas denúncias contra a tortura e os maus tratos aos presos. No ano de 2013 a entidade promoveu uma agenda nacional pelo desencarceramento, formulando, dentre outras propostas a vedação absoluta da privatização do sistema prisional, o combate à tortura e desmilitarização das polícias e da gestão pública, a redução das penas e a máxima restrição das prisões cautelares.

A Associação de Proteção e Assistência a Condenados (APAC) foi criada em 1972 na cidade de São José dos Campos/SP, pelo advogado e professor paulista Mario Ottoboni. Trata-se de uma entidade privada, sem fins lucrativos, que administra Centros de Reintegração Social de presos, valendo-se da valorização do ser humano como metodologia ressocializadora. Funciona, portanto, como colaboradora dos poderes Executivo e Judiciário no que tange à execução da pena.

Para cumprir a sua nobre tarefa, o método apaqueano vale-se de doze elementos tidos como vitais: participação da comunidade, recuperando ajudando recuperando,

trabalho, religião, assistência jurídica, assistência à saúde, valorização humana, a família, o voluntário e sua formação, Centro de Reintegração Social, mérito do recuperando e a Jornada de Libertação com Cristo.

Calcado na sistemática APAC, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais criou em 2001 o Programa Novos Rumos na Execução Penal. O programa tem como fulcro a humanização no cumprimento das penas privativas de liberdade. Desde então, o Estado vem envidando esforços na construção de presídios nesta nova arquitetura. Segundo a Secretaria de Estado de Defesa Social, uma vaga nos estabelecimentos construídos para abrigar os presos (recuperandos) de APAC tem custado 1/3 (um terço) do valor da vaga de uma penitenciária dedicada ao sistema comum. Estima-se que a reincidência entre os egressos das unidades APAC gira em torno de 15% (quinze por cento) enquanto que os oriundos do sistema comum alcançam o percentual de 70% (setenta por cento).

No 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (FONAPE) realizado no mês de março de 2016 em Salvador/BA, a professora da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Maíra Rocha Machado defendeu a tese da interação entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) visando à unificação de medidas que resultem em melhorias quanto ao tema da superpopulação carcerária. Para ela, decisões isoladas tendem a agravar a precária situação do sistema penitenciário.

Ainda segundo a professora, é preciso modificar o pensamento reinante no qual se construiu uma tríade cujos acontecimentos dentro do sistema encarcerador são problemas das autoridades administrativas, as elevadas penas pertencem ao âmbito legislativo e, por fim, a tarefa de sentenciar quem vai ou não para trás das grades é vinculada a uma autoridade judiciária. Neste cenário, afirmou que:

Na interação entre esses grandes grupos é que o problema prisional se forma, e todo mundo perde quando um dos poderes restringe o seu campo de atuação, atribuindo aos demais a responsabilidade pelos feitos que foram causados juntos.

Vêm ganhando corpo no contexto penal as chamadas audiências de custódia. Desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça há pouco mais de um ano através

de convênios com os Estados, as audiências de custódias, nas palavras de Juan Méndez, em relatório apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU, representa "uma das mais importantes iniciativas em políticas públicas para combater problemas em prisões arbitrárias e tortura".

O Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançou em fevereiro de 2015 o projeto intitulado Audiência de Custódia. O cerne do projeto reside na imediata apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante, concomitantemente à manifestação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

No curso da audiência, o Magistrado sopesará quanto aos aspectos legais e necessários da prisão. Após, decidirá quanto à manutenção da prisão ou eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades (BRASIL, 2015).

Em matéria veicula no Boletim nº 276/2015, do IBCCRIM, Daniel Nicory do Prado afirma que a Audiência de Custódia "é uma das maiores inovações institucionais da Justiça Criminal no Brasil nos últimos anos". Sua implementação atende ao disposto no art. 5º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário.

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei para exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comportamento em juízo (BRASIL, 1990).

Passados mais de vinte e dois anos da adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, finalmente o Poder Legislativo regulamentou a Audiência de Custódia, instrumento para a contenção de arbitrariedades, para a redução das taxas de aprisionamento cautelar, para o aprofundamento do contraditório e da ampla defesa e para a efetivação do acesso a justiça. Antes tarde do que nunca, pois, o que está em jogo é o cumprimento de tão inalienável quanto básico direito (o de exercer o

controle efetivo sobre a perda da liberdade de alguém) de discutir, de forma ampla e transparente o cabimento e as justificativas da prisão cautelar de qualquer pessoa na maior brevidade possível (IBCCrim, 2015).

Oportuno fazer, ainda que em breves considerações, menção ao instituto da justiça restaurativa. A implementação da justiça restaurativa apresenta-se como alternativa ao modelo retributivo disseminador do encarceramento em massa. A Justiça Restaurativa funda-se em um modelo não punitivo, alicerçado em princípios, que tem como principal desígnio a reparação dos danos provenientes do delito causados às partes envolvidas e, quando possível, a reconstrução das relações rompidas. Para Rafaela Alban Cruz:

A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil representa a oportunidade de uma Justiça Criminal mais democrática, que opere real transformação, abrindo caminho para a nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social com dignidade. Entretanto, as barreiras e preconceitos jurídicos impedem uma maior aplicação e evolução da Justiça Restaurativa no Brasil, sendo ainda necessário “mudar aquela velha opinião formada sobre tudo” (IBCCrim, 2013).

A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “*Restitution in Criminal Justice*”. Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação (BRANDÃO, 2010).

Em funcionamento há cerca de 12 anos no Brasil, a experiência da Justiça Restaurativa vem sendo, paulatinamente, disseminada pelo Brasil. Referendada como uma técnica de solução de conflitos notabilizada “pela criatividade e sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores, a prática tem iniciativas cada vez mais diversificadas e já coleciona resultados positivos”. A Justiça Restaurativa é incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, firmado em agosto com a Associação dos Magistrados Brasileiros (BRASIL, 2014).

Em 2014, o presidente em exercício do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que “o século XXI é o século do Poder Judiciário, em que a humanidade, bem como o povo, o homem comum, descobriu que tem direito e quer efetivá-lo”. Ele acrescentou que, diante da crescente demanda por Justiça, os magistrados devem mudar a mentalidade e buscar formas alternativas de solução de conflitos, não privilegiando apenas o ajuizamento de processos judiciais. Impende salientar que a implementação da técnica restaurativa como método de solução de conflitos está ganhando força, havendo, inclusive, determinação expressa em documentos da Organizações das nações Unidas (ONU) e União Europeia no sentido de que a mesma seja aplicada em todos os países (BRASIL, 2014).

Para Nucci, a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.009/95) é o símbolo na concretização de um modelo de justiça restaurativa. Ainda, segundo o autor, o horizonte da justiça restaurativa:

Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de coletivos em individuais típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, sem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público (2012, p. 401).

Pode-se elencar como práticas concretas da justiça restaurativa no Brasil: Em Porto Alegre, numa parceria entre a Justiça Instantânea (projeto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), a Fundação de Atendimento Socioeducativo, a Fundação de Assistência Social e Cidadania, a Secretaria Municipal dos Direitos Humanos e Segurança Urbana e a Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aplica-se a justiça restaurativa em casos de jovens reincidentes; Em São Caetano do Sul, desenvolveu-se um modelo de justiça restaurativa nas escolas estaduais voltado ao público da 4<sup>a</sup> à 8<sup>a</sup> série do ensino fundamental, essencialmente adolescentes entre 9 e 16 anos; Em Brasília, o programa é construído numa parceria entre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Secretaria de Estado de Ação Social, a Universidade de

Brasília, o Instituto de Direito Internacional e Comparado e a Escola da Magistratura do Distrito Federal, e é dado enfoque aos casos em que os envolvidos possuem um relacionamento que se projete para o futuro ou se prolongue.

#### **4 A REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SEM O EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO E PELA INDIGNIDADE PENITENCIAL**

A análise da remição ficta constitui a alma do presente trabalho. Para tanto, a empreitada foi concebida com fulcro na doutrina e na jurisprudência, apresentando-se as principais correntes contraditórias. O estudo será apresentado em três etapas: na primeira, discorrer-se-á acerca da remição à luz da Lei de Execução Penal; em seguida, analisar-se-á a aplicabilidade da remição ficta em face da impossibilidade da prática laboral em razão da inércia estatal; por fim será apresentado o instituto da remição ficta em decorrência da indignidade no cumprimento da reprimenda.

É patente a falência da estrutura carcerária enquanto instituição ressocializadora. Diante desse colapso, a pena privativa de liberdade funciona apenas como mera retribuição pelo ilícito praticado, e com requintes de crueldade. No século XVIII Beccaria (2015, p. 31) anunciava que a prisão é antes um suplício que um meio de deter um acusado. As palavras do Marquês estão mais vivas do que nunca.

Com fulcro nas informações contidas no presente capítulo, o leitor ao final, possivelmente, sentirá a mesma repulsa preconizada por Foucault e citada por Rogério Greco (2013, p. 465): "... olháramos para nossas celas e teríamos vergonha do que estávamos fazendo com os seres humanos, que passaram a ser tratados como animais". O sofrimento que se impõe ao condenado, jamais é esquecido: sua marcação é definitiva: dor que é perpetuada (CARVALHO, 2013, p.)

#### 4.1 A REMIÇÃO SEGUNDO A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O instituto da remição teve sua origem no Direito Penal Militar Espanhol, quando em 1937, época da guerra civil espanhola, foi editado um decreto para beneficiar os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais. Do latim *redimere*, a palavra remição significa, segundo o vernáculo da Língua Portuguesa<sup>9</sup>, compensar, ressarcir, libertar, resgatar.

A Lei de Execução Penal, quando da sua idealização, previa a possibilidade de remição de pena exclusivamente pelo trabalho do preso. Após inúmeros debates doutrinários e jurídicos, inclusive com a edição da Súmula 341 pelo Superior Tribunal de Justiça, dispondo que "a freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto", o Congresso Nacional, através da Lei nº 12.433/2011, alterou o artigo 126 da LEP para incluir o estudo como meio para o condenado remir parte da sua pena.

Conforme Renato Marcão (2007, p. 163-164), citando os ensinamentos de Maria da Graça Morais Dias, "trata-se de um instituto completo, pois reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação condicionando esta ao próprio esforço do penado". A remição, portanto, notabiliza-se como importante instrumento de recuperação moral e social do condenado.

---

<sup>9</sup> Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa

Hodiernamente, o instituto da remição encontra-se disciplinado nos artigos 126 a 130 da Lei de Execução Penal, figurando como elemento de suavização da reprimenda da pena no que se refere ao seu aspecto temporal. Cumprindo pena em regime fechado ou semi-aberto, o condenado poderá remir, pelo trabalho ou pelo estudo, parte do tempo de execução da pena, nos seguintes termos: para cada 12 (doze) horas de frequência escolar ou para cada 3 (três) dias de trabalho, o tempo de cumprimento da pena decairá em 1 (um) dia.

A competência para decidir sobre a remição da pena é do Juiz da execução. Impõe-se, entretanto, a oitiva do Ministério Público, bem como da defesa do apenado. O deferimento do benefício não leva em consideração a natureza do delito praticado podendo, inclusive, abarcar os autores de crimes hediondos e assemelhados.

Segundo Noberto Avena (2015, p. 258), “Não existe limite para a remição de pena. Portanto, quanto mais o condenado dedicar-se ao trabalho ou ao estudo, maior será o tempo de desconto da pena privativa de liberdade”. Constitui direito do condenado a obtenção de relatório dos dias remidos, bem como atestado anual de pena a cumprir, sob pena de responsabilização da autoridade judiciária competente que sonegar as informações.

Por décadas, duas correntes doutrinárias firmaram entendimentos díspares em relação à forma de abatimento do tempo remido. A primeira corrente defendia a tese de que o tempo remido deveria ser diminuído do total da pena aplicada; por sua vez, a segunda corrente defendia a tese de que o tempo remido deveria ser adicionado ao tempo de pena cumprida. Não obstante a inconsonância de pensamentos, a Lei nº 12.433/2011 solucionou o impasse alterando o art. 128 da LEP que passou a exarar o seguinte comando: “o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos”. Desta forma, como medida de justiça criminal, restou vencedora a segunda corrente, já que proporciona ao condenado o cumprimento de um tempo menor de pena objetivando alcançar de forma mais célere os benefícios da execução penal.

A remição pelo trabalho encontra regramento normativo no capítulo III da LEP, bem como em artigos esparsos. Caminhando em harmonia com a Constituição Federal, a

LEP erigiu o trabalho do condenado à relevância de dever social, condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva. Desvinculou o labor intramuros do regime da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como, estabeleceu como remuneração mínima a ser percebida a fração de três quartos do salário mínimo. Também, determinou o fatiamento do produto da remuneração, nos seguintes termos: indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; assistência à família; pequenas despesas pessoais e ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado. O que sobejar dos descontos legais, deverá ser depositado em caderneta de poupança visando a formação de uma reserva que deverá ser entregue ao condenado quanto posto em liberdade.

O montante a ser pago ao preso em função da sua empreitada laborativa é de duvidosa constitucionalidade, pois, a o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal determina que o valor do salário mínimo servirá como padrão remuneratório pelo trabalho, sem fazer qualquer distinção. No campo do Direito Internacional, o Brasil viola a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois, a mesma estabelece que toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

Em sede de Recurso Especial<sup>10</sup>, o STJ decidiu que as regras da CLT não se aplicam às atividades desempenhadas no âmbito dos estabelecimentos prisionais. No mesmo acórdão, restou definida a competência da justiça comum para dirimir as questões de ordem trabalhistas. Em que pese a decisão da Corte Superior, não significa que os reclusos encontram-se despidos de direitos da órbita trabalhista, afinal, a Constituição Federal, além de elevar o trabalho ao status de direito social, demarcou os limites de normatização das leis infraconstitucionais, devendo guardar simetria com os Princípios da Legalidade e da Igualdade, insculpidos na lei maior.

Para que não parem dúvidas quanto ao dever do Estado em respeitar os direitos dos enclausurados, Rodrigo Duque Estrada, fazendo menção à obra de Marco Rutuolo, estatui,

---

<sup>10</sup>REsp 1142152/DF, 1ª T.j. 9-11-2010.

Uma coisa é sustentar a exigência de uma diferenciação de modalidade ou forma de fruição de um direito em razão do estado detentivo do seu titular, outra coisa é não garantir um direito, reconhecido pela Constituição sem distinção de qualquer espécie, pelo só fato da subsistência do estado detentivo (2014, p. 165-166).

Por força do artigo 31 da LEP, o condenado a pena privativa de liberdade encontra-se obrigado a trabalhar, obviamente, na medida da sua aptidão e capacidade. O não atendimento ao disposto no artigo supra, constitui falta disciplinar de natureza grave. Não obstante a preocupação com a natureza útil do trabalho penitenciário, o legislador ordinário, em completa dissonância com o caráter reeducativo e humanitário do trabalho, limitou as atividades artesanais sem expressão econômica, basicamente, para as regiões de turismo. Aqui, a uma imensa contradição, pois, a LEP ao estabelecer o padrão remuneratório do preso inferior ao salário mínimo termina por retirar o caráter econômico do trabalho. Entretanto, em sentido contrário, restringe a prática das atividades artesanais sem expressão econômica.

A legislação penal executória aduz que o estabelecimento prisional, conforme a sua natureza, deverá ser estruturado de maneira a oferecer condições para a efetivação da atividade laboral. Para tanto, as unidades componentes da Federação poderão, inclusive, celebrar convênio com os empreendedores privados, para implantação de oficinas de trabalho internas. Segundo Rodrigo Duque Estrada:

O inadimplemento estatal quanto à atribuição de trabalho aos presos faz surgir o direito à chamada remição ficta, a beneficiar aqueles que desejam trabalhar, mas não o fazem por absoluta falha do Estado (2014, p. 169)

O trabalho do apenado poderá ser prestado nas dependências do estabelecimento prisional, bem como, fora da prisão. Enquanto que para o condenado à pena privativa de liberdade o trabalho é obrigatório, para o preso provisório é facultativo em razão do princípio segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Porém, caso seja da vontade do encarcerado provisório, o trabalho poderá ser prestado desde que seja no interior da prisão. O condenado por crime político<sup>11</sup> não está obrigado a trabalhar.

---

<sup>11</sup>Aquele que lesa ou pode lesar a soberania, a integridade, a estrutura constitucional ou o regime político de um Estado.

Com relação à jornada de trabalho do preso, a LEP estabelece no artigo 33, *caput*, que “a jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados”. Posição prevalente caminha no sentido de considerar, para efeitos de remição, que o cálculo deva ser feito em dias e não em horas. Neste caso, como fica a situação do preso que extrapola a jornada diária de 8 horas? “A jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores admite que o trabalho diário que exceda a 8 (oito) horas seja aproveitado para fins de remição”<sup>12</sup>.

Quanto ao trabalho externo, a LEP prevê que será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. O número de obreiro não poderá exceder 10% do total de pessoas empregadas na empreitada. Além do prévio consentimento do preso, há que se levar em consideração a sua aptidão, disciplina e responsabilidade e o cumprimento de um sexto da pena.

Da leitura do artigo 126 da LEP deflui que o condenado que cumpre pena em regime aberto não será beneficiário da remição pelo trabalho, haja vista destinar-se tal instituto aos que se encontram cumprindo pena nos regimes fechado ou semiaberto. Aqueles que se encontram submetidos ao cumprimento de medida de segurança também não podem se valer da remição.

Questão relevante diz respeito à possibilidade de se aplicar o instituto da remição àqueles que cumprem pena em instituição militar. Segundo a inteligência do parágrafo único do artigo 2º da LEP, as normas insculpidas na referida legislação, deverão ser aplicadas somente àqueles que se encontrem recolhidos em estabelecimentos sujeitos à jurisdição ordinária. Este também foi o entendimento do STJ ao julgar, no ano de 2005, o HC 39237/SP impetrado por paciente condenado a pena privativa de liberdade pela Justiça Militar do Estado de São Paulo. A discriminação dos condenados com fulcro no local de cumprimento da reprimenda configura violação ao

---

<sup>12</sup>STJ, AgRg no REsp 1283575/RS, 5ª T., 12/06/2012).

Princípio da Isonomia, vetor de interpretação tanto da legislação infraconstitucional, como também das decisões judiciais.

Outra forma de remição da pena privativa de liberdade dar-se-á pelo estudo. Assim como o trabalho, o estudo foi erigido à condição de direito social pela Constituição Federal (art. 6º). Ainda na linha constitucional, o constituinte originário estabeleceu que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A possibilidade de remição da pena pelo estudo somente foi incorporada à LEP no ano de 2011 através da Lei nº 12.433. Anteriormente, doutrina e jurisprudência já advogavam a tese da possibilidade de se utilizar o estudo como forma de abreviação do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Em 2007, o STJ editou a Súmula 341 nos seguintes termos: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”. Os Princípios Básicos para Tratamento dos Reclusos, documento proclamado no âmbito da ONU (1990), também consagra a educação como um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, estabelecendo que “Todos os reclusos devem ter o direito de participar nas atividades culturais e de beneficiar de uma educação visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana”.

O artigo 126, *caput* e § 1º, I, da LEP assegura ao preso o direito à remição pelo estudo, na proporção de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas em no mínimo 3 (três) dias, em atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional. Nestes termos, o limite máximo para o estudo do preso é de 4 (quatro) horas diárias. As atividades educacionais tanto poderão ser desenvolvidas de forma presencial, quanto por metodologia de ensino a distância. São beneficiários deste direito os presos que se encontram nos regimes fechado, semiaberto, aberto e os submetidos ao período de prova do livramento condicional. Para fins de remição, admite-se a cumulação das horas diárias de trabalho e de estudo desde que haja compatibilidade de horário. Visando estimular o preso ao estudo e aprimoramento cultural, o tempo a

remir será acrescido de um terço no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Quanto ao preso impossibilitado de prosseguir no trabalho ou nos estudos em decorrência de acidente relacionado à prática laborativa, a LEP estabeleceu que ele continuará a beneficiar-se com a remição. Assim, caso a gravidade da lesão enseje o afastamento do condenado das suas atividades, o período deverá ser contabilizado como de efetivo trabalho para fins de remição, abatendo-se a pena na proporção estabelecida de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar ou 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Em obra conjunta com Rosmar Rodrigues Alencar “Curso de Direito Processual e Penal” (2014, p. 1448), Nestor Távora faz menção à Portaria Conjunta nº 276/2012 do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional – aplicável no âmbito do Sistema Penitenciário Federal, a possibilidade de remição da pena através da leitura de obra literária, clássica, científica ou filosófica. Nos termos da citada portaria, assentiu-se ao apenado do regime fechado ou semi-aberto, abreviar 4 (quatro) dias da sua pena para cada obra lida. Em contrapartida, o preso deverá apresentar uma resenha sobre o tema lido no prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias. A portaria estabeleceu um limite de 12 (doze) obras por ano. Como consequência, o condenado poderá remir até 48 (quarenta e oito) dias do seu sofrimento.

Rodrigo Duque Estrada (2014, p. 95) aventa a possibilidade de remição da pena através da prática esportiva. O renomado autor embasa a sua tese com fulcro na Constituição Federal. A Carta diz que é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (art. 217). No mesmo diapasão, a LEP elenca no artigo 41 um rol de direitos do apenado, dentre os quais faz-se presente o exercício de atividades desportivas (VI). Para tanto, o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados à prática esportiva (art. 83).

Questão controversa diz respeito ao cometimento de falta grave nos termos no art. 52 da LEP. O dispositivo supra aduz que a prática de fato previsto como crime doloso

constitui falta grave. O que se indaga aqui é se a mera prática do delito é suficiente para consumir o cometimento da falta grave, ou se é necessária a condenação dentro de um processo judicial? Segundo entendimento das Cortes Superiores, basta a prática do crime, restando dispensável a condenação. Renato Marcão posiciona-se no mesmo sentido das Cortes, reforçando o seu entendimento através do seguinte julgado da lavra do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 276.201/RS do ano de 2014:

“O cometimento, pelo apenado, de crime doloso no curso da execução, caracteriza falta grave, nos termos do disposto no art. 52 da Lei de Execução Penal, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, por se tratar de procedimento administrativo, sendo certo, ademais, que a mencionada legislação não exige, igualmente, o trânsito em julgado de sentença condenatória (...)” (2014, p. 153).

O fundamento que os Tribunais pátrios vêm utilizando para tal decisão teratológica é a afirmação de que a lei fala em prática de fato e não de condenação. Dentro de um Estado Democrático de Direito, a única forma de alguém ser condenado a uma pena é através de um devido processo legal, no qual sejam assegurados o contraditório, a ampla defesa e o princípio da inocência. Trata-se, portanto, de claro desrespeito ao Princípio da Legalidade, cuja violação tende a sepultar o Estado de Direito.

Ainda com relação aos aspectos polêmicos decorrentes do cometido de prática de falta grave, diz respeito à perda dos dias remidos. A normatização anterior do art. 127 da LEP regulava a matéria nos seguintes termos: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito a tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Doutrina e jurisprudência digladiavam sobre a possibilidade ou não, de perda integral dos dias remidos, em decorrência do cometimento de falta grave. Até que a Lei nº 12.433/2011 pacificou o embate limitando a perda dos dias remidos em até um terço. Com efeito, apurada a falta, poderá ou não o juiz determinar a perda de dias remidos. Vale lembrar que no regramento anterior, a perda do benefício era automática e integral.

Não obstante a norma atual ser mais benéfica, conforme entendimento doutrinário pena remida é pena cumprida. Ou seja, três dias de trabalho, equivalem a quatro dias de pena cumprida. Assim, a perda de dias remidos significa cumprir pena já extinta. Para Duque Estrada,

Na essência, perda da remição significa maior tempo de pena privativa de liberdade. E toda imposição de pena privativa de liberdade somente pode advir da prática de uma infração penal, assegurando o devido processo, pelas vias judiciais. Em última análise, a perda da remição implica a transmutação material (não formal) da falta grave em infração de efeitos penais, em clara ofensa aos princípios da proporcionalidade, legalidade e devido processo legal (2014, p. 379)

É dever do Estado devolver ao convívio social um indivíduo melhor do que aquele que recolhido ao ergástulo. Para tanto, imperioso que o sistema carcerário brasileiro seja urgentemente adaptado às aspirações nos novos tempos. O sucesso de tal empreitada, passa pela redução da ociosidade, através do trabalho e da educação.

Salutar entender a remição não como singelo cálculo matemático, com vistas a alcançar a liberdade de forma mais célere. É preciso compreendê-la na perspectiva de fator de humanização carcerária. Para a maioria dos cativos, a remição representa o primeiro contato com o mundo laboral e educacional. Neste prisma, esta oportunidade não deve ser revestir de uma efêmera utopia, mas sim como iniciativa imprescindível no processo de retorno do recluso ao convívio social.

Por fim, cabe salientar que a inércia do Estado em oferecer as condições necessárias para que o preso possa remir parte da sua pena, seja pelo trabalho, seja pelo estudo, configura, no âmbito interno, violação a preceitos constitucionais e, no âmbito externo, inaplicabilidade de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, nascendo para o prejudicado o direito a indenização conforme se depreende da leitura do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal onde resta normatizado que o Estado indenizará aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Tema instigante que vem aflorando na prática da execução penal, diz respeito a possibilidade de concessão da chamada “remissão automática” ou ficta, diante da ineficiência do Estado em oferecer condições para a realização de atividade laborativa ou educacional no sistema carcerário. Os defensores desta tese alegam que o

apenado deve fazer jus à remição de pena mesmo sem o exercício de qualquer atividade laborativa e/ou educacional. O tema será tratado a seguir.

#### 4.2 DIREITO À REMIÇÃO PELO TRABALHO SEM O EXERCÍCIO LABORAL EFETIVO

Ponto bastante controverso na doutrina e na jurisprudência refere-se à possibilidade de remição da pena privativa de liberdade quando o Estado não oferece as condições necessárias para o preso trabalhar e/ou estudar, sonogando-lhe um direito que, do ponto de vista constitucional, pertence ao núcleo dos direitos fundamentais. Logo na sua carta de apresentação, a Constituição declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o valor social do trabalho (art. 1º, IV). Mais a frente, dignifica o trabalho e a educação como direitos sociais (art. 6º).

Consta na LEP que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado a trabalhar. Mais do que conferir um encargo, o trabalho é um direito do apenado. Como o Estado pode exigir um cumprimento de uma obrigação se ele não respeita o direito do preso? Oportuno inverte-se a ordem dos vocábulos: a remição da pena é um direito do condenado e obrigação do Estado. Na esteira de Alfredo Issa Ássaly (1944, p. 15), “O trabalho presidiário, consagrado em todas as legislações hodiernas, constitui um das pedras fundamentais dos sistemas penitenciários vigentes e um dos elementos básicos da política criminal”.

“Todo ser humano tem direito ao trabalho”. Tal assertiva consta no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela ONU em 10/12/1948. Ainda, no âmbito da mesma entidade, em 14/12/1990, através da Resolução 45/111, foram proclamados os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, sendo um deles referente ao trabalho nos seguintes termos: “Devem ser criadas condições que permitam aos reclusos ter um emprego útil e remunerado, o qual facilitará a sua integração no mercado de trabalho do País e lhes permitirá contribuir para sustentar as suas próprias necessidades financeiras e as das suas famílias”.

Segundo Renato Marcão (2014, p. 352) “É condenável a concessão de remição virtual, assim considerada a remição concedida ao condenado que se encontra em estabelecimento penal em que não há condições de se desempenhar qualquer trabalho”. A ausência de estrutura estatal não autoriza a concessão do benefício da remição. Em sua obra, Renato Marcão robustece a sua tese através de seguinte julgamento:

Não é possível retirar da conhecida falta de sintonia entre a legislação atinente à execução penal e o sistema carcerário existente o direito à remição ante o fato de o presídio, onde se encontra, não dispor de qualquer condição para tanto, cabendo, antes, atentar que é o condenado que está em débito com a sociedade e, por isso, dever arcar com todas as consequências de sua conduta delinquencial, inclusive com aquelas que lhe decorrem à conta de eventuais falhas e lacunas da estrutura penitenciária atual<sup>13</sup>.

Noberto Avena perfilha (2015, p. 266) do mesmo entendimento, aduzindo que a remição ficta não encontra amparo legal. Caso tal benefício seja incorporado, ter-se-ia uma ruptura do princípio da igualdade, pois, “de todo desarrazoado igualar o preso que trabalha àquele que não exerce qualquer atividade laboral”. Arremata seu posicionamento, alegando que o art. 126 da LEP diz respeito a uma faculdade e não a um direito do preso e cita ainda, a seguinte decisão dos Tribunais pátrios:

A falta de condições no presídio para o exercício de qualquer atividade laborativa desmerece invocada como justificativa de se resgatar parte do tempo da pena corporal, acorde com a remição, pois, tal como o assegurado direito ao trabalho do preso, esse benefício condiciona-se a regime normativo disciplinar quanto à concessão, efetividade e revogação (STJ 179/307).

Guilherme Nucci (2011, p. 1042) adverte que o condenado não poderá ser agraciado automaticamente pelo instituto da remição ficta, caso o Estado não crie um ambiente favorável ao trabalho e/ou ao estudo. Segundo o mesmo, “a deficiência é do Estado, podendo-se instaurar incidente de desvio de execução”. Assim que o magistrado declarar a ocorrência do desvio, o órgão governamental será intimado para adoção das medidas cabíveis visando sanar tal irregularidade. Porém, persistindo a omissão estatal, Nucci admite a possibilidade da aplicação da remição ficta.

---

<sup>13</sup>TJSP, Ag. 187.892/3, 3ª CCrim, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 04/09/1995

Na esteira de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 541), o artigo 41, II, da LEP que diz ser o trabalho um direito do condenado, deve ser interpretado à luz do texto constitucional, ou seja, trata-se de um princípio programático<sup>14</sup>. O egrégio autor, defendendo o seu posicionamento, faz menção ao artigo 6º da Constituição Federal que traz um rol de direitos sociais, dentre eles o trabalho e a educação. No entanto, o Brasil possui milhões de desempregados e analfabetos vivendo de forma indigna.

Domingos Barroso da Costa e Juarez Morais de Azevedo, em artigo publicado na Revista *Bonijuris* em 2011, aduzem que “o deferimento de remição sem a contraprestação do trabalho opõem-se aos desígnios da execução penal no Brasil e, diferentemente do que pensam alguns, viola também algumas garantias constitucionais”. Ainda segundo os autores, apesar de constituir um direito do apenado a prática laborativa, não há no ordenamento constitucional pátrio direito de caráter absoluto. Ademais, extramuros, muitos cidadãos engrossam o grupo de desempregados, a despeito da garantia constitucional ao trabalho constante no artigo 6º. Entretanto, caso o detento que não tenha garantido o direito de remir parte da pena pelo trabalho, poderá pleitear um indenização do Estado por ter ficado enclausurado além do tempo determinado na sentença (COSTA; AZEVEDO, 2011).

Muito embora parcela considerável da doutrina e da jurisprudência refutem a idéia da adoção da remição ficta, há os que transitam por caminho contrário, compartilhando da tese de que o condenado que deseja trabalhar ou estudar não pode ver seu direito obstaculizado em decorrência da ineficiência estatal, fazendo jus, destarte, à remição ficta da pena.

Sidio Rosa de Mesquita Júnior (2010, p. 409), reportando-se ao pensamento da lavra de Paulo Lúcio Nogueira, aduz que a ineficiência governamental em pôr em prática o disposto na LEP acerca das atividades laborativas, não pode prejudicar os condenados que desejem trabalhar, sendo, inclusive merecedores da remuneração, mesmo sem o efetivo labor.

---

<sup>14</sup>As normas programáticas consubstanciam programas e diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais. Sua função é estabelecer os caminhos que os órgãos estatais deverão trilhar para o atendimento da vontade do legislador constituinte. São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata

Para Rogério Greco (2015, p. 149) o trabalho é um direito do preso. Ao Estado cabe fornecer os meios necessários para a sua concretização. Caso o Estado, ante a sua incapacidade administrativa não disponibilize a prática laborativa ao recluso, o mesmo não poderá ser prejudicado por isso, uma vez que, através do trabalho a remição da pena poderá ser efetivada. Neste caso e de forma excepcional a remição da pena deverá ser concedida.

Na lição de Rodrigo Duque Estrada (2014, p. 374), “Não é razoável que o Estado exija do condenado o cumprimento do dever de trabalhar, mas não ofereça condições para tanto, e pior, não compense o inadimplemento de seu dever de oferta laborativa”. Argumenta o renomado autor que, o Estado ao não oferecer a todos iguais condições, termina por violar o Princípio da Igualdade, invertendo-se a lógica jurídica do *favor rei*. Segregando-se alguns por inércia político-administrativa ou por alegação de falta de recursos, ter-se-á verdadeira desigualdade. Aqui, caberia perfeitamente a regra da igualdade na visão de Ruy Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Laís Helena Domingues de Castro Pachi, reportando-se ao acórdão (TJSP, Ag. 187.892/3, 3ª CCrim, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. 04/09/1995), refuta a decisão do douto julgador nos seguintes termos: “Inconcebível e inaceitável, a argumentação lançada no acórdão em epígrafe, por estar diametralmente contrária à legislação em vigor” (Boletim IBCCRIM, n. 9, p.22, São Paulo, out. 1993). Sustenta que o trabalho é um direito do condenado e obrigação do Estado, haja vista a duplo objetivo da execução: cumprimento da lei e ressocialização do condenado. Cita, ainda, trecho do acórdão onde o magistrado alega que “o condenado é quem está em débito para com a sociedade e, portanto, deve arcar com todas as consequências de sua conduta delinquencial”. Adotando-se tal critério, estar-se-á diante do *bis in idem*, pois o sentenciado, além de ter que cumprir a pena ao qual foi condenado, terá que suportar a impossibilidade de remir parte da sua reprimenda, além é claro, de ter sua dignidade violada em prisões que mais parecem “inferno atrás das grades”.

Na Constituição Federal, o trabalho foi alçado ao status de princípio fundamental, rol dos direitos sociais, base da ordem econômica e premissa para uma vida digna. Não obstante, os Poderes que se dizem independentes, parece atuar no sentido de sonegar o legítimo direito do apenado. Neste contexto, o Judiciário não pode se furtar em reconhecer o estado de coisas inconstitucional que se instalou no Sistema Carcerário Brasileiro e, de forma ativa, tornar plenamente eficazes normas que somente têm valor em abstrato.

Perpassando, ainda, pelos ensinamentos de Rodrigo Duque Estrada (2014, p. 418), dentro da linha de defesa da remição ficta:

[...] se o preso tem direito – como efetivamente tem – à prisão domiciliar pela inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime aberto ou semiaberto, não há razão para que deixe de ter direito à remição pela não disponibilização de trabalho ou estudo pela Administração. É no mínimo incoerente a imposição de tratamentos diversos, se ambos os casos tratam do mesmo fenômeno: inadimplemento de deveres estatais por desídia ou falta de condições materiais.

Os contrários à tese da remição ficta costumam se valer do instituto da “reserva do possível” para desobrigar o Estado da responsabilidade de oferecer trabalho e estudo para os presos. O tema atinente à “reserva do possível” foi levado à apreciação do STF através do Recurso Extraordinário 592.581/2015, num caso originário do município de Uruguaiana/RS. O Ministério Público gaúcho havia ajuizado uma Ação Civil Pública para obrigar o governo do Estado a fazer obras no presídio da cidade para dar condições dignas de convivência aos encarcerados. Procedente no juízo de primeiro grau, a ação foi cassada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atendendo à manifestação do governo gaúcho sob a alegação de que não havia dotação orçamentária para tal empreitada. Em julgamento unânime, o STF decidiu que o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. Tendo em vista que a decisão foi tomada em recurso com repercussão geral reconhecida, a tese definida se aplica a todos os recursos que tratam da matéria em trâmite na Justiça.

No ano de 2001, o Deputado Federal Marcos Flávio Rolim, através do Projeto de Lei nº 4.704/01, sugeriu o acréscimo de dispositivo à Lei de Execução Penal, no sentido

de se reconhecer a remição ficta em virtude da falha ou da omissão do Estado, ao não oportunizar o trabalho aos apenados. O referido Projeto foi apensado no ano de 2002 ao Projeto nº 6.390/02, para ser debatido concomitantemente a outros temas pertinentes à execução penal. A proposta do Deputado não prosperou. No mesmo documento em que foi denegada, consta o seguinte depoimento do Relator:

A verdade porém, é a de que são raros os estabelecimentos prisionais que propiciam trabalho aos condenados. A grande maioria dos estabelecimentos penais são na realidade depósitos humanos marcados pela superlotação, pela inatividade e pela convivência profunda e inevitável de pessoas das mais diversas origens e condições, o que atenta contra princípios básicos da Lei de Execução Penal: a separação do preso provisório do condenado por sentença transitada em julgado, o recolhimento do preso primário em seção distinta da reservada aos reincidentes e, sobretudo o mais grave, a classificação dos presos segundo seus antecedentes e personalidade, como condição essencial à individualização da Execução Penal (BRASIL, 2002).

No âmbito internacional, As Regras Penitenciárias Europeia declara que: “as condições detentivas que violam os direitos humanos do preso não podem ser justificadas pela falta de recursos” (art. 4º). Portanto, ao contrário de cercear direitos, a escassez de recursos públicos deve servir de exemplo para que o Estado reserve o cárcere para os casos excepcionais.

Em 1994, através da Lei Complementar nº 79 foi criado o FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional – com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. Dados da ONG Contas Abertas, estimam que o Fundo possui em caixa cerca de 2,3 bilhões<sup>2</sup> sem ser utilizados, principalmente em decorrência do contingenciamento orçamentário imposto pelo governo federal, visando o atendimento das metas fiscais. Ainda segundo a ONG, no ano de 2013 estima-se que menos de 20% dos gastos orçamentariamente autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados.

Em 2015, o PSOL – Partido Socialismo e Liberdade – ingresso no STF com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347) objetivando que seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional que vigora no sistema penitenciário brasileiro. Como medida cautelar, dentre outras, o autor da ADPF, requereu ao STF a imediata liberação das verbas existentes no Fundo Penitenciário

Nacional, bem como, a proibição de novos contingenciamentos. Portanto, recursos não faltam, devendo a tese da “reserva do possível” não prosperar para negar a adoção da remição ficta.

Um caso emblemático, quanto à aplicação da remição ficta, ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, onde o Tribunal de Justiça foi chamado a se pronunciar quanto à decisão de juiz de primeiro grau que concedeu a remição ficta e deferiu a progressão de regime a um apenado. Nos termos do acórdão, o Douto Desembargador ratificou a decisão do juiz *a quo*, sob o fundamento de que a ineficiência do Estado não poderia prejudicar o direito do condenado (Agravo Nº 70034689638, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 24/03/2010).

Nos ensinamentos do mestre Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 265), em sendo obrigatório o trabalho do preso e não o disponibilizando o Estado em decorrência de deficiência do presídio onde a pena é cumprida, o preso poderá exercer o direito a remição mesmo não tendo desempenhado a atividade laborativa.

#### 4.3 A REMIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA INDIGNIDADE PENITENCIAL

A edição nº 278 de janeiro/2016 do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) publicou um artigo da lavra de Luiz René G. do Amaral, trazendo à reflexão a possibilidade de incorporação à LEP, ao menos de forma teleológica, de um novo instituto de remição da pena privativa de liberdade, qual seja, a remição em decorrência da indignidade penitencial.

A situação cruel, degradante e desumana na qual está submetida à população carcerária nacional, trancafiada em verdadeiras masmorras medievais, viola os princípios mínimos de uma existência humana digna. Tem-se a impressão de que, aquele que adentra no ergástulo morre para o Estado e também para a sociedade. Conforme lembra NEGREIROS (2013, p. 10):

A violência a que é submetido o preso passa despercebida pela maior parte da população e, quando notada, é muitas vezes festejada e incentivada pela comunidade, sendo executada por alguns agentes públicos corruptos e não familiarizados com o fato de que a dignidade humana é inerente a todo e qualquer ser humano

O Sistema Carcerário brasileiro, mansão do desespero, desmoraliza, denigra, avilta e embrutece o apenado, representando, na sua quase totalidade, um verdadeiro inferno em vida. “O problema da prisão é a própria prisão” (Bitencourt, 2011, p. 26). Verdadeiro muro de segregação e obscuridade. Nela os presos se amontoam num ambiente inóspito num convite diário à dessocialização. Diuturnamente, viola-se a integridade física, psíquica e moral do condenado. Um sistema que tem como um dos objetivos “... proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado...” (Lei 7.210/1984, art. 1º), não recupera ninguém. Como num efeito bumerangue, devolve à sociedade um indivíduo ainda mais preparado pra delinquir, verdadeiras feras humanas. “A pena – em tais condições – somente reprova porque tem natureza de castigo unicamente. Nada previne. Pior. Ao castigar, o faz de forma degradante e cruel” (AMARAL, 2007).

Segundo o relatório final da CPI do Sistema Carcerário (2009) os presos do Brasil “recebem tratamento pior do que os concedidos aos animais”. Naquela época, os membros da comissão constataram *in locu* o quadro de agonia reinante nos presídios.

O Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra no ano de 1955, reforçou a necessidade de que todos os reclusos devem ser tratados com respeito à dignidade e ao valor inerentes ao ser humano. É da lavra do referido Congresso, também, que: “Exceto no que se refere às limitações evidentemente necessárias pelo fato da sua prisão, todos os reclusos devem continuar a gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

Através do Decreto Nº 678 de 06/11/1992, O Brasil depositou a Carta de Adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Nos termos do Decreto, consta que a Convenção “deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. No artigo 5º do Pacto de San José consagra-se o direito à integridade pessoal, fazendo referência às seguintes

cláusulas: Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes: toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. Do enxerto se extrai que o Brasil é um contumaz violador dos direitos da pessoa. Em sede de execução penal esta violação é mais evidente e perversa.

Não satisfeito com a superlotação das masmorras medievais, o legislador pátrio deseja aumentar ainda mais a sua população de desvalidos. Tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição (PEC) visando reduzir a maioria penal, passando dos atuais 18 (dezoito) anos para 16 (dezesesseis). O alargamento do campo punitivo, a expansão do Direito Penal como produto/serviço é vendida para o público como uma grande solução, como uma evolução necessária para o enfrentamento dessa criminalidade que não para de crescer. De Estado Social, o Brasil vai se transmudando para um Estado Penal. Neste diapasão, além de atentar contra a própria Constituição, o Estado vai, também, na contramão das regras internacionais, conforme se depreende das Regras de Beijing adotadas no âmbito na ONU no ano de 1985:

Os Estados membros esforçar-se-ão por criar condições que assegurem ao menor uma vida útil na comunidade fomentando, durante o período de vida em que o menor se encontra mais exposto a um comportamento desviante, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação afastado tanto quanto possível de qualquer contato com a criminalidade e a delinquência

A remição da pena privativa de liberdade pela indignidade penitencial encontra na violação do Princípio da Humanidade um dos seus pilares fundantes. Acolhido na Declaração Universal dos Direitos dos Homens no artigo 5º (Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante), como também em diversos documentos na ordem internacional: Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou prisão da ONU (Princípio 1 - A pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano; Princípio 6 - Nenhuma pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão será submetida a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Nenhuma circunstância seja ela qual for, poderá ser invocada para justificar a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes); Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei da ONU (Artigo 2º No cumprimento do seu dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos fundamentais de todas as pessoas; Artigo 5º Nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outra pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, citado no corpo da ADPF 347, “o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado”, tais como “as condições desumanas e indignas, em geral, da execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras”.

O ambiente carcerário acarreta efeitos devastadores sobre a personalidade humana. Segundo Heleno Fragoso, citando os estudos de Donald Clemmer e Gresham Sykes, “a prisão não é uma miniatura da sociedade geral, mas sim um sistema próprio de interação social e de poder, constituindo uma subcultura deformada”. Continua afirmando que,

Perdendo a liberdade, ele perde o seu *status* formal, ou seja, a sua identidade social, perdendo também a possibilidade de escolha entre alternativas de comportamento, a propriedade privada de certos materiais, a possibilidade de relações sexuais normais, e uma série de outras características do comportamento normal das pessoas. Não se trata apenas da perda de liberdade, mas de sujeição completa a uma estrutura de comando autoritária, que lhe reduz por completo a capacidade de autodeterminação (FRAGOSO, 1977).

Bitencourt (2012, p. 171-173) aponta através do pensamento de Erving Goffman, os efeitos ocasionados pela prisão na vida do recluso. A prisão, segundo Goffman, em sua essência, é uma instituição total, simbolizada pelos obstáculos que a compõe: portas fechadas, muros aramados, alambrados, rios, bosques, pântanos, etc. A prisão produz no interno, desde que nela ingressa, uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego. Posteriormente, o interno é submetido aos

procedimentos de admissão, onde é manuseado, classificado e moldado. Isso implica uma coisificação da pessoa, pois é classificada como objeto para ser introduzida na burocracia administrativa do estabelecimento, onde deverá ser transformada paulatinamente, mediante operações de rotina.

A despeito de todo o regramento de proteção consubstanciado em normas de direito internacional e nacional, é patente o descompasso existente entre o arcabouço normativo posto e a realidade fática do sistema carcerário brasileiro. A letargia estatal caminha em direção oposta à corporificação da dignidade da pessoa humana.

A instituição é tão perversa que, não raro, situações teratológicas ganham as manchetes dos veículos de comunicação. No ano de 2010, por falta de vagas no sistema, o Estado do Espírito Santo enclausurava os presos em contêineres e camburões. Já no Pará em 2011, uma adolescente de 14 anos passou quatro dias sendo estuprada por detentos de uma colônia agrícola. Prática corriqueira nas penitenciárias é a chamada “roleta russa”, onde, detentos, decidem na sorte quem deverá “desocupar” a cela a fim de reduzir a lotação. O rol de monstruosidades poderia prosseguir numa sucessão interminável e desalentadora.

Em evento organizado por líderes empresariais no ano de 2012 na cidade de São Paulo, cujo tema era a adoção da pena de morte e prisão perpétua no Brasil, o então Ministro da Justiça Eduardo Cardoso classificou os presídios brasileiros como medievais e disse preferir a morte a cumprir pena no sistema carcerário pátrio.

No Brasil, a acepção da palavra pena é levado ao extremo e com requintes de crueldade. Em vídeo divulgado pela entidade de direitos humanos Conectas, que apura a situação pavorosa vivenciada pelos detentos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA, um preso prestou a seguinte declaração: “A gente sabe que está aqui porque estamos pagando pelos nossos erros, mas também somos seres humanos e estamos sendo tratados como feras selvagens”. Na oportunidade, os presos afirmaram que são vítimas constantes de torturas praticadas por policiais militares e agentes penitenciários, reclamam ainda da falta de assistência jurídica e das precárias condições de higiene da penitenciária.

Alberto Zacarias Toron, prefaciando a obra de autoria de Alexandra Lebelson Safir (2010, p. 5), com muita propriedade e conhecimento de causa, descreve o sistema penitenciário nos seguintes termos:

O cheiro da cadeia é fétido, percebe-se à entrada. São muitas pessoas apinhadas em cubículos e tratadas como dejetos humanos. Pouco as olham. Há os que preferem trabalhar nas Cortes, onde o cheiro é sempre melhor, embora muitas vezes se possa suspeitar que sirva exatamente para esconder o outro. Os filhos e as mulheres dos presos também não escapam da degradação. Não é que sofram apenas por tabela. Sofrem nas longas filas de espera dos presídios, que nos dias de visita formam-se ainda de madrugada. Mulheres e crianças também sofrem com as revistas humilhantes.

Beccaria (2015, p. 20), ferrenho defensor dos direitos humanos, afirma que os abusos somente poderão ser impedidos desde que sejam criadas boas leis. Neste sentido, pelo menos no papel, a LEP cumpre sua função, principalmente no artigo 11 que traz um rol indicativo de medidas assistenciais destinadas ao preso e ao internado que deverão ser corporificadas pelo Estado: assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Qualquer dessemelhança com o nosso sistema encarcerador não é simples coincidência. A situação é perversamente real e de conhecimento de todos. Existe um profundo abismo entre a norma e a realidade.

Se a situação dos homens beira o abominável, o desamparo vivenciado pela população carcerária feminina é ainda pior, se é que pode piorar. No livro “Presos que Menstruam – a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras” (Editora Record, 2015; p. 28), a jornalista Nana Queiroz, após 4 anos de intensa pesquisa, relata o quadro de abandono, rotineiramente, presente nas penitenciárias femininas. Na obra, a jornalista relata que as especificidades do sexo são totalmente ignoradas, como por exemplo, a necessidade de absorvente e uma maior quantidade de papel higiênico. Segundo a jornalista, alguns presídios oferecem um pacote pequeno de absorventes para o ciclo menstrual. Contudo, não é suficiente e, em casos extremos, as detentas improvisam usando miolo de pão para conter o fluxo menstrual.

Levando-se em consideração a inefetividade das diretrizes dispostas na LEP, o Grupo de trabalho Interministerial de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino lançou no ano de 2007 um relatório mostrando a situação degradante das

mulheres submetidas ao cárcere. Na conclusão dos trabalhos foram elaboradas propostas de modernização do sistema prevendo, dentre outras, as seguintes medidas: construção de berçários e creches, para assegurar o convívio de mães e filhos, melhorias no tratamento de saúde, inclusive pré-natal, e fornecimento de material de higiene, sobretudo absorventes íntimos.

Na contramão do que foi proposto no relatório, em 2012 foi constatado por órgãos ligados ao Ministério da Justiça que houve uma redução do número de creches e berçários nos presídios femininos, além de piora na qualidade da prestação de assistência a saúde e material das detentas, dentre outras constatações violadoras do que é previsto na legislação.

No ano de 2010, a ONU lançou as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). No referido documento, a regra nº 5, estabelece que a acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo toalhas sanitárias gratuitas e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular às mulheres ocupadas com a cozinha e às mulheres grávidas, que estejam em amamentação ou menstruação.

Segundo dados do levantamento nacional de informações penitenciárias, o ritmo de crescimento da taxa de mulheres reclusas no Brasil é preocupante. De 2005 a 2016, o percentual cresceu numa média de 10,7% ao ano, saltando de 12.925 para 33.793. Neste grupo, o tipo penal que predomina é o tráfico de drogas.

Situação atroz é a vivenciada diuturnamente pela população formada pelo grupo de LGBT, submetida a constantes abusos sexuais. Num Presídio da Paraíba, um travesti chegou a ser violentado por 20 homens numa mesma noite. Travestis são leiloados em troca de cigarro, drogas e alimentação dentro do sistema prisional de Mato Grosso. Usados como "moeda" entre os presos, são obrigados a manter relações sexuais sob pena de sofrer agressões e até mesmo serem executados. A denúncia, feita pela Organização Não- Governamental (ONG) LivreMente, aponta que os estupros ocorrem frequentemente na Penitenciária Central do Estado (PCE), o maior presídio

de Mato Grosso. Outros casos foram registrados no centro de Ressocialização de Cuiabá (CRC), onde os leilões eram organizados por presos que ocupam a ala evangélica da unidade. Segundo a ONG, o fato se repete em todo o Brasil.

Muito comum também nos presídios é a falta de água, tanto para o consumo, quanto para a higienização. O Relatório da CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Carcerário revelou que:

[...] em diversos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Em outros, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, em face da falta constante do líquido precioso. Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia.

As Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU estabelecem, no item 15, a obrigatoriedade de fornecimento de água e artigos de higiene, fundamentais para se manter a higidez do ambiente evitando-se, assim, a proliferação de doenças. Através do Decreto Federal nº 5.440/2005, foi estabelecido os procedimentos sobre o controle da qualidade de água para consumo humano. Segundo o documento, água potável é aquela cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos atendam ao padrão de potabilidade e que não ofereça riscos à saúde (anexo, art. 4º). Como apurado pela CPI, a realidade é cruel e desalentadora, expondo os reclusos a um risco enorme de serem acometidos por doenças infectocontagiosas. Situação ainda mais agravada devido a superlotação dos cárceres.

A infame situação dos encarcerados é agravada pela superlotação dos presídios. Conforme relatório (2014) do Conselho Nacional de Justiça, intitulado “Novo Diagnóstico de Presos no Brasil”, a população carcerária brasileira era de 711.463, para um total de 357.219, perfazendo um déficit de 354.244. Caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão em aberto da ordem de 373.991, o déficit de vagas saltaria pra 728.235. Relevante destacar que 41% dos presos do sistema fazem parte do grupo que cumprem prisão provisória, situação que vai de encontro à previsão constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). A prisão provisória é reservada para casos excepcionais. No entanto, virou regra.

A despeito de o Código de Processo Penal estabelecer que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º), os juízes criminais vêm preferindo o encarceramento em massa. A lei processual penal traz no artigo 318 um rol de medidas cautelares diversas da prisão que poderiam ser adotadas a fim de evitar prisões desnecessárias. Aqui vale a máxima de que é preferível um culpado solto a um inocente preso, ainda que, somente por um dia. Na ordem internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar das prisões provisórias salienta que,

[...] sua aplicação deve ter caráter excepcional, limitado pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, de acordo com o que seja estritamente necessário em uma sociedade democrática.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes em obra conjunta com Paulo Gustavo Gonet (2014, p. 586), “Houve no Brasil, nas últimas décadas, um notório incremento no uso da prisão cautelar, o que bem evidencia a banalização”. Conforme norma executória penal, a lotação do cárcere deverá ser compatível com a sua estrutura e finalidade (art. 85). Já o artigo 88 alude que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo possuir área mínima de 6 m<sup>2</sup> proporcionando um ambiente salubre pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. Pelo visto, tratam-se de meras disposições legais sem efetivo cumprimento.

O encarceramento em celas superlotadas afronta a dignidade dos presos, impingindo-lhes um tratamento cruel, desumano e degradante, situação totalmente contrária às orientações da LEP que aduz: serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º); haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares (art. 185). Corrobora nesta mesma linha, o Código Penal, nos seguintes termos: o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38). A penalização em discordância com estes preceitos legais, impõe

ao condenado pena adicional ao determinado na sentença, configurando o chamado *bis in idem*<sup>15</sup>.

A LEP foi criada no ano de 1984. Portanto precisa ser urgentemente interpretada à luz dos princípios e dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Em consonância com entendimento, justifica a possibilidade de remição da pena privativa de liberdade pela indignidade penitencial. Para reforçar esta tese, vale destacar passagem da ADPF/347, onde os autores suplicam ao Pretório Excelso:

[...] que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção

“Abandonai toda a esperança, vós que entráis”. A célebre frase foi escrita num grandioso portal que conduz ao inferno da *Divina Comédia* de Dante Alighieri. O poema descreve a topografia do inferno, local de tormento e martírio atroz. Desordem e confusão. Desassossego e inquietação. A arquitetura do sistema carcerário brasileiro assemelhasse ao inferno descrito por Dante. Os condenados são amontoados em cubículo insalubre, fétido, temperaturas tórridas, alimentação pútrida, constante falta de água, ratos, acúmulo de lixo, revezamento para dormir, já que no chão não há espaço suficiente para a acomodação de todos. Neste ambiente, várias doenças infectocontagiosas proliferam de forma avassaladora. Exploração sexual, lesões corporais e homicídios são registrados com frequência. Enquanto Dante descreve a aflição dos mortos ao chegar ao inferno, a prisão no Brasil representa o inferno para os vivos. Dignidade da pessoa humana é uma realidade distante do sistema prisional brasileiro.

Em recente visita ao México, o Papa Francisco fez ríspidas críticas ao sistema carcerário. O líder da Igreja Católica afirmou que é "um engano social acreditar que a segurança e a ordem só são alcançadas prendendo as pessoas". Francisco também fez alusão direta ao papel da sociedade, expondo que as prisões são espelho da

---

<sup>15</sup> Princípio jurídico estabelecendo que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo crime.

maneira com que as pessoas e instituições se organizam, prevalecendo a cultura do supérfluo e do descarte.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova ordem social foi inaugurada no Brasil, fundada no respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos. A dignidade da pessoa humana foi alçada ao status de princípio fundante do alvorecer institucional e vetor de interpretação de todo o sistema normativo. Foram proibidas as torturas e os tratamentos desumanos ou degradantes. As penas cruéis foram extirpadas do sistema punitivo. Os novos ventos sopravam trazendo a esperança da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A promoção de todos iria reduzir as desigualdades sociais e regionais, erradicando, conseqüentemente, a pobreza e a marginalização. Passados quase 28 anos, se para a maioria do povo brasileiro o cenário é de incertezas, para os encarcerados é angustiante. Um dia na execução penal tem-se a certeza que se está diante do caos, da violação absoluta da dignidade da pessoa e da coisificação do ser humano.

A prisão é na verdade o símbolo máximo do fracasso do processo civilizatório. A sociedade não pode esquecer que a pessoa quando é condenada pela prática de um crime, ela é privada apenas da sua liberdade, mas não da sua dignidade e dos demais direitos não atingidos pela sentença.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984 instituiu no Brasil a chamada Lei de Execução Penal, aspirando arquitetar uma nova política criminal e penitenciária, de forma a sistematizar uma normatização encarceradora, até então, praticamente inexistente.

Incorporado ao sistema penitenciário, o infrator perde a sua liberdade, direito de primeira dimensão conquistado nas revoluções liberais de outrora, sendo, a partir de então, submetido ao execrável magistério punitivo. Intramuros, disporá de tempo suficiente para se especializar na prática criminal. Os elevados índices de reincidência demonstram o fracasso da prisão enquanto ideal de recuperação e ressocialização do condenado.

Apenas a título exemplificativo, vale repisar algumas desventuras que acometem os reclusos quando do seu confinamento: pessoas do mesmo sexo trancafiadas no mesmo espaço conduzem, naturalmente, ao homossexualismo; o afastamento do convívio com os entes queridos produz uma angustiante e dolorosa separação; perde-se a intimidade, num espaço repleto de pessoas desconhecidas; doenças, principalmente, de pele estão sempre presentes; alimentação de péssima qualidade ou, até mesmo, imprópria para o consumo; turnos de revezamento para dormir sobre

a latrina, ou de valete, em regime de rodízio já que o espaço é tão diminuto que seria impossível todos deitarem ao mesmo tempo; diuturnamente são submetidos à tortura e maus-tratos; na falta de absorvente, as reclusas utilizam miolo de pão para conter o fluxo menstrual.

Por ter sua liberdade cerceada, o preso encontra-se em uma situação frágil, delicada, especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos no ordenamento jurídico. Entretanto, isso não significa que ele perde, além da sua liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela sentença condenatória.

Não há tratamento possível no meio carcerário da forma em que está posto. A prisão representa um nefasto equívoco histórico, constituindo a expressão mais pujante do fracasso civilizatório. Validamente só é possível sustentá-la exclusivamente para os casos em que não houver outra alternativa. Faz-se necessário tirar urgentemente dos cárceres os infratores não perigosos e garantir, aos que lá permanecerem que sejam considerados como seres humanos, conservando todos os direitos que não são afetados pela perda da liberdade.

A Lei de Execução Penal, não obstante a declaração de direitos prevista em seu texto esqueceu-se de ponderar a realidade dos estabelecimentos carcerários, segundo o qual o Estado, apesar de ter concedido o direito remicional, não consegue concretizá-lo.

Face ao exposto durante o desenvolvimento do presente trabalho, e fundamentado em uma interpretação teleológica da Lei de Execução Penal, há que se reconhecer o direito do preso em remir parte da sua pena pelo trabalho mesmo sem o efetivo exercício laboral. A incapacidade do Estado em franquear vagas para o trabalho no sistema penitenciário não pode tolher o direito do preso a uma ocupação profissional que, além de retirá-lo da perniciosa ociosidade, terá parte da pena abreviada através da redução do tempo em que permanecerá enclausurado.

Ante à iníqua realidade carcerária brasileira, não raro cominando ao condenado uma explícita tortura no curso da execução penal, revela-se justo e conveniente propiciar

aos condenados em situação aviltante de cumprimento de pena em regime fechado remir parte da sanção em decorrência da indignidade penitencial ao qual estão submetidos. Um dia na execução penal, ter-se-á a noção de quanto o sistema penitenciário castiga o corpo e corrompe a alma. Em plena vigência de um Estado Social Constitucional, é inadmissível o tratamento desumano ao qual os detentos estão submetidos seja em face da dissimulada escusa da reserva do possível, seja da inépcia ou omissão de agentes públicos.

Relevante rememorar os termos da já referida ADPF 347, proposta no mês de maio de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal. Com fulcro do estado de coisas inconstitucional, aventa-se a possibilidade da Suprema Corte promover uma intervenção no Sistema Carcerário brasileiro, diante das desumanas e degradantes condições a que os presos estão sendo submetidos. Inclusive, em sede de liminar foi solicitado que os magistrados brasileiros, no momento da aplicação da pena, como também durante o processo de execução da reprimenda, passem a considerar a forte violação dos direitos humanos para aplicar penas alternativas e conceder benefícios.

Por fim, vale realçar as palavras ditas por Cesare Beccaria no ano de 1764 (2015, p. 23): “Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir”. Portanto, imperioso, pois, alargar o sentimento humano para que a dignidade daqueles que se desviaram da conduta socialmente exigida, seja resgatada. Pensar a execução penal é, sobretudo, pensar no futuro da humanidade, numa perspectiva fundada no respeito ao ser humano.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Uma decisão judicial emblemática sobre o problema da superpopulação carcerária**: O comprometimento da pena pela aniquilação do sistema de justiça penal no processo de execução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 (Decisão Judicial).

AVENA, Noberto. **Execução Penal**: esquematizado. São Paulo: Método, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal**. Parte Geral. V.I.16. São Paulo, Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 352 p. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero11/PainellV-2.htm>. Acesso: 11/10/17.

BRANDÃO, Delano Câncio. **Justiça Restaurativa no Brasil**: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7946](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946). Acesso: 13/12/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI Sistema Carcerário**. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso: 04/11/2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.274, de 02 de outubro de 1957**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3274-2-outubro-1957-354632-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso: 15/01/2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.233, de 22 de setembro de 1910.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8233-22-setembro-1910-508521-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 15/01/2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia.** 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso: 05/12/2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona.** 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso: 05/12/2017.

\_\_\_\_\_. **O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski.** 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>. Acesso: 13/12/2017.

\_\_\_\_\_. **Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas.** 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>. Acesso: 26/12/2017.

BRASIL. **Constituição da Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso: 26/12/2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso: 26/12/2017.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso: 05/12/2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6.390, de 2002.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/146758.pdf>. Acesso: 06/12/2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** São Paulo: Pillares, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Problema da Pena.** São Paulo: Pillares, 2015.

COSTA; Domingos Barroso da; AZEVEDO, Juarez Moraes de. **Sobre a Violação da Isonomia na Concessão do Benefício da Remição Desvinculada do Efetivo Trabalho: Hipótese de omissão do Estado quanto ao oferecimento de oportunidade laboral ao apenado.** Ano 2011, volume 23, número 570.

CUSTÓDIO, Rafael; CALDERONI, Vivian. **Penas e Mortes no Sistema Prisional Brasileiro. Informativo Rede Justiça Criminal.** nº 08, Jan. 2016. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso: 11/12/2017.

FARIA, Ana Paula. APAC: Um modelo de Humanização do Sistema Penitenciário. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9296](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296). Acesso em: 11/12/2017.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento das prisões; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes: 2014.

FRAGOSO, Heleno C. “Os direitos do homem e sua tutela jurídica”, no volume **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 1977. Consultado em 12/06/17.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 9ª edição. Editora Impetus, São Paulo, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBCCrim. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia**. Disponível: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5299-Audiencia-de-custodia-no-Brasil-ainda-que-tardia](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5299-Audiencia-de-custodia-no-Brasil-ainda-que-tardia). Acesso: 05/12/2017.

\_\_\_\_\_. **Julgando a Tortura: ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL (2005-2010)**. 1ª edição. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, Jan. 2015. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>. Acesso: 16/12/2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal**. 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal>. Acesso: 13/12/2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal parte geral**. 30ª edição. Editora Saraiva, 2009.

JORGE, William Wanderley. **Curso de Direito Penal – Volume I**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

KARAM, Maria Lucia. **A Privação da Liberdade: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena – Volume 7**; Rio de Janeiro; Editora Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Manzina. **ATA DA ASSEMBLÉIA GERAL ORDINÁRIA DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS-IBCCRIM**. 2009. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/relatorio\\_atividade2009](https://www.ibccrim.org.br/relatorio_atividade2009). Acesso: 06/12/2017.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva. 2010.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, 2012.

PEDROSO, Regina Célia. **Revista de História 136**. 1º semestre. FFLCH-USP, 1997. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18816/20879>. Acesso: 20/12/2017.

\_\_\_\_\_. **Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. Revista de História 136. 1º semestre. FFLCH-USP, 1997. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18816/20879>. Acesso: 12/12/2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13ª edição; editora Revista dos Tribunais; São Paulo; 2014.

PRATES, Camila Silva. **Execução Penal**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32702/execucao-penal>. Acesso: 11/12/2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria e crítica**. São Paulo, 2014.

SANTOS, Myrian Sepúlveda. **A Construção da Violência: O Caso da Ilha Grande**. In: PRADO, Rosane Manhães (org). Ilha Grande: Do Sambaqui ao Turismo. Rio de Janeiro: EDUERJ (prelo), 2005.

SOUZA, Juciene. **A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público**. 2015. Disponível em: <http://jucienesouza.jusbrasil.com.br/artigos/129905259/sistema-carcerario-brasileiro>. Acesso: 11/12/2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VARELA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VICTOR HUGO. **Os Miseráveis**. São Paulo: Seguinte, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Dicionário brasileiro de direito constitucional; coordenador Dimitri Dimolius (vários autores e organizadores); São Paulo; Saraiva, 2007, p. 297.

Princípio da eficiência. Disponível em: <http://jb.jusbrasil.com.br/definicoes/100008411/principio-da-eficiencia>. Acesso: 12/12/2017.

Justiça Restaurativa do Brasil: A paz pede a palavra. Disponível em: <http://www.amb.com.br>. Acesso: 03/12/2017.

Mega Portal. "Estamos sendo tratados como feras selvagens", diz preso de Pedrinhas (MA). Disponível em: <http://www.policia.br.com/2016/03/02/estamos-sendo-tratados-como-feras-selvagens-diz-presos-da-pedrinhas-ma/>. Acesso: 15/10/2017.

Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf). Acesso em: 17/11/2017.

ONG denuncia "leilão" de travestis em penitenciária de MT. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=20&id\\_noticia=79404](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=79404). Acesso: 14/10/2017.

Pastoral Carcerária. Francisco: prisões são sintomas de uma sociedade que foi abandonando os seus filhos. Disponível em: <http://carceraria.org.br/francisco-prisoes-sao-sintomas-de-uma-sociedade-que-foi-abandonando-os-seus-filhos.html>. Acesso: 23/11/2017.

Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradu%C3%A7%C3%A3o-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>. Acesso: 17/10/2017.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Programa Novos Rumos - Metodologia APAC. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoes-e-programas/novos-rumos/apac/apac-apresentacao/>. Acesso: 26/11/2017.