

A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: RESSOCIALIZAR OU REVIDAR?

*Nathália Fracassi RIBEIRO**

*Taís Nader MARTA***

RESUMO: Desde os primórdios da humanidade, a violação de normas sociais gera uma sanção. A forma de punição evoluiu, desde o castigo corporal, até os dias de hoje, onde a pena privativa de liberdade é a predominante forma de controle social por parte do Direito Penal. Este estudo pretende analisar esta evolução e a atual finalidade da pena: seria um fator de simples punição ou deve preocupar-se com a ressocialização do sentenciado? O Código Penal brasileiro adota a teoria mista das penas (caráter preventivo e punitivo), entretanto, o cenário jurídico-carcerário do país indica claramente a falta de preocupação com a questão da reintegração, tratando o condenado de modo desumano, deixando de levar em conta direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. O presente trabalho não tem o objetivo de colocar um ponto final nas reflexões apresentadas, mas ao contrario disso, pretende demonstrar algumas dificuldades jurídicas e sociais de se aplicar na prática programas que tornem a ressocialização um fato e não uma idéia puramente teórica no Brasil.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito Penal. Prisão. Execução Penal.

1. INTRODUÇÃO

O crime, como violação de uma norma social, é um fato que existe desde os primórdios da humanidade e nunca será extinto, conseqüentemente a pena imposta como resposta ao delito é um imperativo.

Modernamente, o *jus puniendi* pertence ao Estado e este tem por obrigação executar a pena de acordo com os princípios constitucionais e, principalmente, dar à

* Aluna do Curso de Graduação em Direito pela Instituição Anhanguera de Bauru/SP.

** *Mestre* em Direito pela Universidade de Marília, UNIMAR. Professora da Universidade Norte do Paraná, em Londrina e Araçongas e professora da Faculdade Catuaí

punição o caráter adotado pelo ordenamento jurídico, pois não se pode olvidar que o preso conserva todos os direitos não alcançados pela perda da liberdade (disposição contida tanto no Código Penal em seu art. 38 quanto no art. 3º da Lei de Execução Penal).

Assim, a pena deve perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais razão pela qual a Lei de Execução Penal prevê que, além do caráter retributivo, punitivo, a sanção penal deve ter como função preparar o criminoso para a volta à vida em sociedade, proporcionando condições para a “harmônica integração social do condenado e do internado”. A problemática consiste na forma da aplicação da sanção para que esta efetivamente cumpra seu fim.

O crescimento alarmante da taxa de criminalidade e a falta de segurança pública tornam cada vez mais frequente o questionamento da eficácia do atual sistema penal brasileiro. Este cenário instável causa na população um clamor por punições mais rígidas, maior quantidade de prisões, e a conseqüente relativização das garantias fundamentais no processo e execução penal.

Torna-se, deste modo, necessário que o Estado adote uma aplicação real das penas de forma mais humana, vinculada aos princípios constitucionais e visando à recuperação social do indivíduo, pois a condição para a não reincidência é, além de garantia de direitos fundamentais do condenado, um interesse geral da população.

A pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade é tão merecedora dos direitos fundamentais e sociais quanto qualquer cidadão. A pena é apenas restritiva de liberdade, não de dignidade. E como um ser que não possui a mínima assistência social pode, pois, ser ressocializado? Teria perdido sua dignidade em razão do cometimento do crime?

2. OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal tem por objetivo regular as relações sociais nos seus aspectos mais relevantes, portanto, seleciona comportamentos mais ofensivos à coletividade, definindo os delitos e impondo-lhes punições, além de estabelecer normas gerais necessárias à estrutura da sociedade. Sendo assim, exerce a função de controle social com caráter fragmentário e subsidiário, seguindo o princípio da intervenção mínima

deste ramo do ordenamento jurídico, delegando para outros ramos do Direito os conflitos sociais mínimos.

Torna-se claro, hodiernamente, que uma política normativa repressora não altera de forma sensível a práticas de delitos. A política criminal deve ter como escopo a ressocialização e reinserção do apenado.

A seguir serão analisadas as principais correntes de políticas criminais da atualidade.

2.1 Movimento da Lei e Ordem

Este movimento tem por ideologia a repressão com base no regime punitivo-retributivo. Defende leis mais severas utilizando a pena privativa de liberdade, chegando ao extremo da pena capital.

De acordo com Araújo Júnior, citado por Corrêa Junior e Schecaira (p. 106), tal modelo possui as seguintes características:

[...] a pena se justifica como castigo e retribuição, [...] os chamados crimes atrozes devem ser punidos com penas severas e duradouras [...] as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, [...] a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma reposta imediata ao crime; [...] diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, para as autoridades penitenciárias.

Este movimento tem o claro objetivo de fornecer a sensação de segurança às classes mais favorecidas, “escondendo” o problema, qual seja, a população pobre, atrás de presídios, sem se preocupar com a raiz do problema da criminalidade.

2.2 Movimento da novíssima defesa social

É o oposto do movimento anteriormente citado, propondo tanto reformas das instituições criminalistas quanto da estrutura social. Caracteriza-se por seu viés humanitário, de caráter preventivo e protetor de princípios básicos.

O tratamento do criminoso é a principal forma de defesa da sociedade, segundo esta corrente, sendo esta uma função estatal.

A própria Lei de Execução Penal estabelece no seu artigo 1º a função ressocializadora da pena.

A crítica quanto a este movimento baseia-se no ajustamento de valores morais, que fugiria da esfera subjetiva imposta pelo Estado.

2.3 Movimento da política criminal alternativa

Tem por base a desigualdade social, a ideia de classe dominante e dominada, que organiza ideologicamente o sistema repressivo a fim de proteger a classe dominante.

Ressalta o caráter seletivo e elitista do Direito Penal e defende a ineficácia da segregação que a pena privativa de liberdade traz como inerente. Ao mesmo tempo que defende a descriminalização, prega a criminalização de crimes contra o interesse coletivo tais como crimes ambientais, contra a ordem econômica, saúde pública e o trabalho. (CORRÊA JUNIOR, SCHECAIRA, 1995, p. 108.).

É, de acordo com este movimento, apenas através deste conjunto de medidas que a criminalidade conseguiria ser controlada

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A APLICAÇÃO DAS PENAS

Assim como os demais ramos do Direito, o processo de execução penal é regido por princípios próprios e também constitucionais, os quais devem impreterivelmente ser observados, tendo em vista sua preponderância sobre as demais normas.

É cediço que o Direito Penal tem por função tutelar os bens mais significantes à sociedade através da tipificação de condutas consideradas mais nocivas e estipulando sanções, e a própria Constituição determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, nota-se o diálogo entre a Constituição e o Direito Penal.

A expressão “constitucionalização do Direito” tem por base a expansão das normas constitucionais, incluindo seus princípios, a outros ramos do Direito, dando validade às normas infraconstitucionais. Reconhecer a imperatividade e a força normativa dos princípios constitucionais durante o processo e a execução da pena é primordial para que se alcance o ideal de justiça e a segurança na aplicação das normas, impondo limites ao *jus puniendi* estatal, evitando assim, um Estado arbitrário que contrarie o conceito de Estado Democrático de Direito.

Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.7) aduz:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo. Como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros.

Assim, na esfera principiológica, para fins de determinação da pena, referidos princípios devem ser observados. Fora dos padrões determinados por esses princípios – e outros que serão adiante analisados – a cominação ou a imposição da pena se revela providência arbitrária e intolerável, resultado de um Poder punitivo autoritário e incompatível com o Estado Social e Democrático de Direito.

Importante destacar ainda o já citado princípio da intervenção mínima¹ que propõe a utilização moderada do sistema penal considerando que a intervenção do direito penal no âmbito da liberdade da pessoa humana, por se tratar de medida extrema de regulação da vida em sociedade, somente se justifica quando determinado fato não puder ser solucionado por outro meio menos gravoso sendo que o caráter subsidiário revela-se, por tal razão, uma exigência necessária para a distribuição adequada e equilibrada da justiça.

Assim, em decorrência da constitucionalização do direito penal, não são apenas princípios próprios que devem ser observados na execução penal, os princípios constitucionais também são imprescindíveis vetores por constituírem valores e premissas ideológicas e assim o sendo, diretrizes que devem obrigatoriamente ser observadas.

Dentre os vários princípios constitucionais existentes destacamos alguns, que passaremos a analisar adiante.

¹ O princípio da intervenção mínima no Direito Penal relaciona-se com a constitucionalização do direito, nesse sentido posiciona-se Luciano Feldens (2007, p. 834) ao salientar que uma modificação de tal ordem na teoria jurídica afeta significativamente a atuação dos Poderes Públicos. À evidência, tais vinculações alcançam forçosamente o legislador penal, quer seja quando se proponha ao estabelecimento de condutas delituosas e ao incremento de sanções, quer seja quando procure afastá-las ou amenizá-las. Em ambos os sentidos o legislador encontra-se contingenciado por um programa constitucional que lhe vincula positiva (para que atue em territórios essenciais e carentes de tutela) e negativamente (para que deixe de fazê-lo em circunstâncias cuja intervenção no âmbito dos direitos fundamentais revele-se injustificada ou mesmo excessiva).

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal que o princípio da dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2001, p. 15).

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional... “[...] a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes (SILVA, 2007, p. 55).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 37),

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

Assim, e em respeito à dignidade da pessoa humana, a lei de execução penal enfatiza, no seu art. 40, que “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios.”

No entanto, apesar de ser um dos pilares da Constituição Federal, este princípio é constantemente desrespeitado dentro sistema penitenciário brasileiro.

É um tanto difícil falar em dignidade da pessoa humana num país onde o sistema prisional abriga um número de presos muitas vezes maior que sua capacidade, com celas desprovidas de instalações sanitárias, atendimento médico, dentre outros requisitos mínimos para uma vida digna de um ser humano.

3.2 Princípio da legalidade

Previsto no art. 5º, II, dispõe que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, tal como em seu artigo 5º, XXXIX, prevendo que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Igualmente, nos mesmos termos da Constituição Federal. O Código Penal Brasileiro em seu artigo 1º também prevê o princípio da legalidade.

Serve como fundamental instrumento de controle do poder punitivo estatal. Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21) ensina que: “O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais”.

Embora este princípio seja fundamental no controle do *jus puniendi* estatal, é necessário que o legislador não faça uso irrestrito das normas penais, corroborando com a característica básica deste ramo do Direito, qual seja, a última forma de controle social, tutelando apenas os bens mais relevantes da sociedade.

3.3 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade ou da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, garante a todos cidadãos o direito a tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico e é um dos pilares estruturais da nossa Constituição. De acordo com Canotilho (1993, p. 565):

[...] a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade. Essa igualdade material, seria atingida com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ao lado da dignidade da pessoa humana, a igualdade constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, além de estar em perfeita sintonia com o princípio da legalidade, que constitui um dos princípios fundantes do direito penal democrático e é expresso na Lei de Execução Penal, em seu artigo 3º, parágrafo único, ao determinar que “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

Assim, esse princípio tem por objetivo submeter indistintamente todas as pessoas às normas penais abstratas e, por conseguinte, dar tratamento igualitário aos apenados.

Entretanto, é notório o caráter seletivo do sistema prisional brasileiro, assunto que será aprofundado mais adiante.

3.4 Princípio da presunção ou estado de inocência

Consagrado na atual Carta Magna, o princípio da presunção ou estado de inocência em seu artigo 5º, LVII, ao estabelecer que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Ainda de acordo com este princípio, a Lei de Execução Penal, artigo 105, considera o trânsito em julgado como pressuposto para a expedição de guia de recolhimento.

Afrontando diretamente este dispositivo, até 2010, encontrava-se em situação de prisão cautelar nada menos de 44% da população carcerária, de acordo com pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/02/14/presos-provisorios-44-do-pais/#more-2299>)

Negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, o único instrumento de que dispõe o Estado para legitimamente, considerar uma pessoa culpada, visto que este só existe em função deste princípio.

3.5 Princípio da individualização da pena

O mencionado princípio encontra-se previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, XLVI ao estabelecer:

- A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
- a) privação ou restrição da liberdade;
 - b) perda de bens;
 - c) multa;
 - d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos.

Mas não é só a Constituição Federal que conclama o princípio da individualização da pena, ela é regulada também pela legislação ordinária no Código Penal, art. 59 e seguintes e no Código de Processo Penal, art. 378, incisos I e II.

Na Lei de Execução Penal, referido princípio vem expresso no artigo 5º ao dispor que “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

De acordo com Guilherme Nucci (2005, p. 925), a individualização da pena ocorre em três níveis: a legislativa, criando novos tipos penais com limites de intensidade; a judicial, no momento da decisão condenatória e a executória, relacionada ao tratamento penitenciário adaptado ao perfil do apenado.

Assim, a pena deve ser aplicada levando-se em conta somente aquele determinado autor – que deve ser analisado individualmente – ponderando a personalidade do agente, as circunstâncias em que ele se encontrava quando cometeu o delito, seus antecedentes, sua conduta social, etc., para que a pena imposta se adeque da melhor maneira possível e não fique nem além e nem aquém dos limites da culpabilidade do agente.

3.6 Princípio da humanização da pena

Diversos dispositivos na Constituição Federal consagram este princípio, sendo assim, o art. 5º, XLIX, dispõe que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Já o inciso L assegura que as presidiárias terão direito de permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação e o inciso XLVII, veda a pena de morte, exceto no caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalho forçado ou cruel.

Nesse contexto, o condenado deve ser visto como sujeito de direitos, preservando-se-lhe todos os direitos fundamentais não atingidos pela condenação, mesmo porque, ainda que se trate de uma pena de prisão, esta deve se constituir – para que possa cumprir seus fins – na privação da liberdade, e não privação da dignidade, respeito e outros direitos que existem como características essenciais ao ser humano.

A lei de execução penal assegura aos presos o tratamento humanitário. O artigo 3º, *caput* e parágrafo único, dispõe que “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. E que não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

Esta noção de humanização da pena surge com o Iluminismo, no século XVIII e decorre da ideia de dignidade da pessoa humana.

3.7 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade da pena

Em seu célebre tratado do século XVIII, Beccaria (2006, p.68) afirma:

Deve haver uma proporção entre delitos e penas [...] Se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um fãção e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos.

Embora proporcionalidade e razoabilidade não sejam sinônimos, ambos os princípios são invocados a favor do bom senso, da medida adequada e rejeição a atos arbitrários.

Este princípio deve ser observado na elaboração das normas, na aplicação destas ao caso concreto e na execução da pena.

Barros (2001, p. 132) assevera que:

Corolário do princípio da individualização da pena, o princípio da proporcionalidade implica que, na execução penal, a pena e sua forma de cumprimento devem estar de acordo com a realidade vivida pelo condenado. A proporcionalidade, como garantia individual, assegura que a pena seja executada dentro do marco constitucional, de respeito à dignidade do sentenciado e não em função dos anseios sociais.

É, portanto, uma afronta ao ordenamento jurídico, qualquer excesso cometido na execução da pena.

4 A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Atualmente, a pena privativa de liberdade consiste no centro do sistema penal. A partir do século XIX, quando a prisão se converteu na principal resposta penal, acreditava-se que esta seria o meio mais adequado para a “restauração” do delinquente. Atualmente, contudo, é visível a descrença neste instituto por parte dos doutrinadores e estudiosos do tema.

Roxin, em seu livro “Sentido e limites da pena estatal” (1982, p. 15), formula a seguinte questão: “com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade alguns dos seus membros ou intervenha de outro modo conformando sua vida?”. Ora, certo que é necessário ao Estado o poder disciplinar que regule as normas sociais, sendo delegado ao Direito Penal, o caráter de *ultima ratio*, tutelando apenas os bens jurídicos mais relevantes. Sendo assim, este

poder punitivo do Estado, só encontra legitimidade quando o bem jurídico ofendido for de grande importância à sociedade, devendo ainda refletir a realidade social; o Direito Penal só pode intervir quando se mostrar imprescindível para a proteção dos cidadãos (BARROS, 2001, p. 69).

Encontrando a legitimidade para punir o indivíduo, o Estado encontra na liberdade individual, o bem supremo que este pode atingir sem ferir, em tese, o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, os princípios constitucionais, os institutos processuais e os fatores de individualização cumprem papel fundamental nesta tarefa (NETTO, 2008, p. 120).

Percebe-se, contudo, que mesmo ante as máximas garantias individuais dentro do processo e execução penal, a pena privativa de liberdade enfrenta sua decadência, justamente por falhar na sua finalidade declarada, a ressocialização do delinquente. Pelo contrário, parece mais real, que esta estimule a reincidência (BITENCOURT, 2006, p. 23).

Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, declara que a prisão não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha: estigmatizar, segregar e separar os delinquentes (2000, p. 208 e 244).

Surgem por volta de 1882, com Von Liszt, as primeiras manifestações contrárias à pena de prisão, que vão se intensificando e ganhando espaço na legislação penal de diversos países. Entretanto, esta orientação progressista político-criminal não influenciaram o legislador brasileiro de 1940 e o Código Penal não previu nenhuma pena alternativa à pena de prisão (BITENCOURT, 2006, p. 24). É em 1984, que a Reforma do Código Penal institui medidas alternativas para as penas de prisão de curta duração: as penas restritivas de direitos e o sistema dias-multa (BITENCOURT, 1993, p. 247-8).

A Reforma Penal de 1984 foi reforçada pela Lei 9.714/98, que ampliou o rol de penas alternativas e, certamente, constitui uma das mais importantes inovações da lei penal brasileira. Antes, só cabia uma pena alternativa se a sanção aplicada fosse inferior a dois anos sendo que, atualmente, o limite máximo é de quatro anos.

Apesar deste sensível avanço da legislação, encontramos paralelamente leis retrógradas, como a famigerada lei de crimes hediondos, elaborada de forma casuística e destinada a pacificar o clamor social, com um rigor punitivo que beira à demagogia política.

5 A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO

O sistema carcerário brasileiro beira a falência e é nitidamente falho na questão da ressocialização, sendo encontrados dados não oficiais de taxas de 70% de reincidência entre presos reclusos.

Segundo Luciano Losekan, responsável pela coordenação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, hoje, não há dado confiável sobre o número de ex-presidiários que voltam ao crime. “Temos que parar de fazer proselitismo e ter informações científicas para elaborar políticas” (Conselho Nacional de Justiça, 2011).

Ora, para alterar esse quadro mister se faz uma interpretação da Constituição que fortaleça a democracia há de ser aquela que reconheça a primazia dos valores e princípios constitucionais. Neste contexto, o princípio da dignidade humana, como conceito chave de direito constitucional, poderá (e deverá) desempenhar, o impulso para o aperfeiçoamento da ordem jurídica penal, pois

as pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca (CARNELUTTI, 2002. p. 79).

A prisão, atualmente, serve apenas como fator de segregação social e ao invés de proporcionar meios para que o condenado retorne a uma vida digna, dificulta sua inserção na sociedade. O número de agentes penitenciários é insuficiente, as instalações são insalubres e ultrapassadas, há restrições ao banho de sol, alimentação de má qualidade, quantidade insuficiente de material de higiene e colchões, assistência de saúde e jurídica deficiente e ausência de Hospital de Custódia (para doentes mentais), violando assim Direitos Humanos básicos.

O Brasil apresenta o expressivo número de 500.000 presos, aumentando em níveis alarmantes, de acordo com pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes (www.ipcluizfalviogomes.com.br). Há um déficit de 200.000 vagas no sistema carcerário e ainda, 500.000 mandados de prisão aguardando para serem cumpridos. A média de presos cautelares em 2010, alcançava 44% da população

carcerária, onde espera-se mudanças com a nova lei 12403/11, pois este número contraria abertamente a disposição constitucional da presunção da inocência.

Este quadro demonstra claramente que o sistema não funciona como está. São necessárias mudanças urgentes.

Tão nítida é a situação precária do sistema prisional brasileiro, que há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça concedendo indenização por danos morais a reclusos em condições desumanas, dentre eles destacamos:

REsp 873039 MS 2006/0167518-5 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. [...] O Estado é responsável pela construção e administração do sistema penitenciário, especialmente pela boa manutenção e regular funcionamento dos estabelecimentos prisionais, cabendo, portanto, observar que, ao exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos que transgridem as leis, passa a ter o dever de custódia sobre eles. [...] De flui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual".

A pena de prisão deve ser efetivamente utilizada como último recurso. O primeiro passo é substituir a pena privativa de liberdade por penas alternativas, que ainda são pouco aplicadas. Em 2010, apenas 5% das penas foram restritivas de direitos, ainda de acordo com a pesquisa do IPCLFG (www.ipclfg.com.br).

Quando for estritamente necessária a pena de prisão, é indispensável que sejam implementados programas reintegrantes, que não tornem a pena uma punição vazia e sem sentido e tornem possível um regresso à sociedade, evitando a reincidência. Estes programas começam a ganhar força no país, mas ainda de forma tacaña. É necessário um grande investimento financeiro e humano, no sentido de mudar a realidade do sistema carcerário brasileiro, além da forma da execução penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 O Direito Penal não deve representar um papel fundamental na prevenção da criminalidade, é ilusório pensar que penas rigorosas têm efeitos preventivos. A principal fonte de prevenção provém de políticas sociais, econômicas, educacionais, da efetivação

de direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição Federal por parte do Estado.

2 Quando se faz necessária a aplicação de sanções penais, deve-se levar em conta a finalidade das penas. Esta finalidade não pode ser meramente retributiva, deve levar em conta a volta do condenado à sociedade, reduzindo os riscos de que este reincida. A ressocialização é um direito tanto do apenado quanto da sociedade.

3 Não obstante a legislação brasileira esteja evoluindo no sentido da redução do encarceramento, a aplicação das leis e, principalmente, a péssima estrutura do sistema carcerário, tornam a pena de prisão um instituto desacreditado pois o que ocorre na prática é a violação de inúmeros princípios constitucionais.

4 Ao invés de restituir a ordem social servindo como fator de ressocialização do condenado, a pena privativa de liberdade torna-se fator de aumento da criminalidade.

5 A prisão, como simples fator de punição, é ineficiente e diante da realidade atual, e inconstitucional, pois o castigo aplicado deveria ser fundamentalmente a privação da liberdade e não a privação da dignidade como ocorre.

6 Em tese, o “castigo” é a prisão em si, porém o delinquente é castigado dentro do cárcere. A superpopulação carcerária inviabiliza qualquer tentativa de reinserção do condenado na sociedade.

7 Desta feita, faz-se necessária uma interpretação constitucional da Lei de Execução Penal para que os direitos fundamentais do apenado sejam observados posto que em matéria de ressocialização não existem receitas prontas, nem tampouco a solução pode ser simples, caso contrário os resultados serão sempre insatisfatórios.

8 O primeiro passo deve ser substituir a privação de liberdade por penas alternativas, em crimes que o permitam, o que nossa legislação prevê, porém não as aplica de maneira eficiente.

9 Em casos de crimes graves, a pena de prisão pode ser considerada uma saída conveniente, desde que tratada com seriedade, sem a humilhação e degradação da pessoa, retirando o criminoso da sociedade e fornecendo meios para que este retome o convívio social de maneira digna.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Novas penas alternativas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tratado de Direito Penal – parte geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 2. ed. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa vai medir reincidência no crime.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13447-pesquisa-vai-medir-reincidencia-no-crime>>. Acesso em: 05/06/2011.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução.** São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. *In:* NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 26. Ed. Vozes, 2000.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A falência da pena de prisão**. I Congresso das Américas de Ciências Criminais, 2000. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/54480084/A-falencia-da-pena-de-prisao>>. Acesso em: 25/06/2011.

IPCLFG. Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. **Sistema penitenciário**. Disponível em: <<http://www.blogdoflg.com.br/wp-content/uploads/Sistema-Penitenci%C3%A1rio-novo2.pdf>>. Acesso em: 20/06/2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTA, Mariana Zotta. **A teoria das penas e a não ressocialização**. Disponível em: < <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/mariana-zotta-mota.pdf> >, 2009. Acesso em: 20/09/2010.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/es.php>>, 2008. Acesso em: 15/08/2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PUIG, Santiago Mir. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho**. Barcelona: Bosch, 1982.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Fernanda Barbosa; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **A hermenêutica a favor da tutela dos direitos fundamentais no processo penal.** Disponível em: <
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/fernanda_barbosa_dos_santos.pdf
>. Acesso em: 22/09/2010.

SANTOS, Maria Nazaré Silva Gouveia dos. **A atuação do juiz da execução penal na preservação dos direitos do preso: um desafio a ser vencido.** Disponível em: <
<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12439/12003>
>, 2003. Acesso em: 20/09/2010.

SILVA, Marisya Souza e. **Crimes hediondos e progressão de regime prisional.** Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões de Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCANDOLARA, Greice Piovesan. **O estudo como instrumento de ressocialização do preso e direito de remição.** Disponível em: <
<http://siaibib01.univali.br/pdf/Greice%20Piovesan%20Scandolara.pdf>
>, 2007. Acesso em: 21/09/2010.

STJ. **873039 MS 2006/0167518-5**, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/03/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/05/2008)

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