

FERNANDO VERNICE DOS ANJOS

**ANÁLISE CRÍTICA DA FINALIDADE
DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL:
RESSOCIALIZAÇÃO E O DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA PROFA. DRA. JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

2009

FERNANDO VERNICE DOS ANJOS

**ANÁLISE CRÍTICA DA FINALIDADE
DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL:
RESSOCIALIZAÇÃO E O DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Janaina Conceição Paschoal

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

2009

BANCA EXAMINADORA

Para Diana

Em memória do Prof. Antonio Luis Chaves Camargo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus queridos pais, **Jose Claudio** e **Maria Lúcia**, que sempre deram apoio incondicional para que eu pudesse me dedicar aos estudos.

Agradeço à minha caríssima orientadora, Professora **Janaina Conceição Paschoal**. Logo no início do mestrado perdi o meu orientador, Professor **Antonio Luis Chaves Camargo**. Nesse momento, de maneira presente e atenciosa, a Professora **Janaina** assumiu a minha orientação, preenchendo o enorme vácuo ocasionado pela perda e dando a ajuda necessária para que eu pudesse reformular a minha pesquisa e desenvolver o presente trabalho. É certo que o trabalho que ora se apresenta possui sua valiosa marca em cada página, fato pelo qual sou extremamente grato.

Agradeço aos muito estimados professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, com destaque para as Professoras **Ana Elisa Liberatore Bechara** e **Mariângela Magalhães Gomes**, pelas oportunas ponderações feitas por ocasião da qualificação.

Por fim, duas menções especiais:

Agradeço à minha querida **Diana**, não apenas por ser a minha amada esposa, que sempre deu suporte em todos os aspectos da minha vida, sendo inclusive extremamente compreensiva nas minhas diversas ausências, mas também por ter me ajudado efetivamente na feitura do trabalho, revendo os esboços, corrigindo a grafia e discutindo os temas. A ela, o meu sincero agradecimento por tanto carinho.

Derradeiramente, agradeço ao saudoso Professor **Antonio Luis Chaves Camargo**, meu eterno mestre, que conheci no ano de 2002 e que, desde então, foi sempre a minha mais importante referência acadêmica. Nesse momento, após sua passagem para o plano espiritual, só me resta agradecer por tantas valiosas lições que me marcaram de maneira indelével.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	p.01
-------------------------	------

I – POSIÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A FINALIDADE DA PENA

1. Considerações iniciais	p.04
2. Retribuição (teoria absoluta)	p.08
3. Prevenção (teorias relativas)	p.13
3.1. Prevenção Geral	p.17
3.1.1. Prevenção Geral Negativa (intimidação)	p.21
3.1.2. Prevenção Geral Positiva (integração)	p.23
3.1.2.1. Prevenção Geral Positiva Fundamentadora	p.26
3.1.2.2. Prevenção Geral Positiva Limitadora	p.27
3.2. Prevenção Especial	p.30
3.2.1. Prevenção Especial Negativa (intimidação e inocuidade)	p.40
3.2.2. Prevenção Especial Positiva (ressocialização)	p.43
4. Conclusão	p.46

II – RESSOCIALIZAÇÃO, EXECUÇÃO PENAL E O DIREITO BRASILEIRO

1. Considerações iniciais	p.48
2. Programa máximo	p.48
3. Programa mínimo	p.50
4. Concepção extremada de ressocialização: ressocialização como principal finalidade da pena	p.53
5. Concepção limitada de ressocialização: ressocialização como finalidade da execução penal. Regras mínimas da ONU e direito estrangeiro	p.58
5.1. Marco original da ressocialização no ordenamento jurídico brasileiro: o Código Penal de 1940	p.64
5.2. Marco atual da ressocialização no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei de Execução Penal	p.66
6. Críticas à concepção limitada de ressocialização e o direito penal brasileiro. Conceito atual de ressocialização	p.70
6.1. Inconstitucionalidade: ofensa ao princípio da igualdade e ao pluralismo ideológico	p.73
6.2. Inadequação político-criminal	p.77
6.3. Contradição entre o caráter dessocializador inerente à pena e a finalidade que se buscaria por meio dela	p.82
6.4. Desnecessidade de justificar a humanidade das penas na ressocialização	p.89
6.5. Considerações específicas a respeito do programa mínimo de ressocialização	p.94
7. Conclusão	p.96

III – FINALIDADE DA PENA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1. Considerações iniciais	p.98
1.1. Princípios limitadores da execução penal	p.99
1.2. Artigo 1º da Lei de Execução Penal	p.105
2. Institutos da Lei de Execução Penal em espécie	p.113
2.1. Exame criminológico e classificação	p.113
2.2. Progressão de regime. Livramento condicional	p.117
2.3. Saída temporária	p.128
2.4. Direito à visita	p.131
2.5. Trabalho do preso	p.134
2.5.1. Remição	p.142
3. Ressocialização como efeito desejável de tratamentos terapêuticos e de medidas sociais extra-penais paralelas ou posteriores à execução	p.145
4. Análise conclusiva sobre a ressocialização na execução penal brasileira	p.149
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	p.151
<u>BIBLIOGRAFIA CITADA</u>	p.153
<u>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA</u>	p.166

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da ressocialização na execução penal, com especial destaque ao ordenamento jurídico brasileiro. Partindo de uma concepção legitimadora do sistema penal, é feito o estudo das posições fundamentais sobre a finalidade da pena desenvolvidas pelas doutrinas filosófica e penal, com ênfase à finalidade de ressocialização. Seguindo o estudo, são expostos diversos argumentos contra a idéia de ressocialização como única finalidade da pena e também contra sua viabilidade como finalidade da pena no âmbito da execução penal. Por fim, analisa-se o ideal ressocializador nos institutos da Lei de Execução Penal brasileira. São estudados os institutos da execução penal tradicionalmente ligados à idéia de ressocialização e também aqueles cujo enfoque de aplicação muda quando desprezamos tal idéia. Conclui-se o trabalho sustentando-se, em suma, que o ideal ressocializador da execução penal é incompatível com qualquer ordenamento jurídico democrático.

Palavras chave:

poder punitivo – função do direito penal – pena – execução penal – finalidade da pena – prevenção – retribuição – ressocialização – Lei de Execução Penal.

ABSTRACT:

This study's goal is to analyze resocialization in corrections, with special emphasis on the Brazilian legal system. Beginning with a legitimating concept of the criminal system, a survey is conducted on the ground theories concerning the purpose of punishment as developed by the philosophical and criminal doctrines, with emphasis on the purpose of resocialization. Thereafter, a number of arguments are exposed that are against the idea of resocialization as the sole finality of punishment and also against its viability as one of the goals of punishment in corrections. Last, the resocialization ideal presented by the Brazilian corrections law is appraised. This appraisal encompasses correctional concepts traditionally related to the idea of resocialization as well as concepts whose application focus changes when one dismisses that notion. The conclusion argues, in short, that the correctional ideal of resocialization is incompatible with any democratic legal system.

Key words:

Punitive Power - Purpose of Criminal Law - Punishment – Corrections - Purpose of Punishment - Deterrence - Retribution - Resocialization - Corrections Law.

ANÁLISE CRÍTICA DA FINALIDADE DA PENA NA EXECUÇÃO PENAL: RESSOCIALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo abordar a questão da finalidade da pena na execução penal. Pela análise da doutrina, nota-se que sobre o tema em apreço existe certo consenso, pois a maioria absoluta dos autores afirma que a ressocialização é a mais relevante ou mesmo a única finalidade da pena na execução penal. Essa é a posição, por exemplo, de reconhecidos estudiosos brasileiros como JASON ALBERGARIA¹ e MAURICIO KUHENE.² Por outro lado, mesmo os autores que a princípio refutam a ressocialização, apontando uma série de defeitos de tal finalidade da pena, como os juristas espanhóis ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA³ e BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ⁴, acabam sustentando alguma utilidade para ela no sistema de penas, principalmente por conta de seu caráter supostamente humanista ou mesmo como um marco contra o retribucionismo penal.⁵

De fato, é muito difícil encontrar algum autor que refute por completo a finalidade ressocializadora da pena na execução penal. Até mesmo ferrenhos defensores da finalidade retributiva da sanção penal transigem que, na fase executiva, a pena deve ser direcionada à ressocialização do indivíduo, com vistas a fornecer um “tratamento” mais “humano” ao apenado.⁶

¹ *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p.9.

² *Lei de Execução Penal Anotada*. 5ªed. Curitiba: Juruá, 2008, p.77.

³ *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979. Mais recentemente, *Tendencias del Actual Derecho Penal*. In: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en Criminología*, Congresso Internacional Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, novembro de 2000.

⁴ *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.226-232.

⁵ Nesse sentido, cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979, p.675.

⁶ Cf. BETTIOL, Giuseppe. *O mito da reeducação*. In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.278-279. Observa-se da obra citada que o autor é cético quanto aos

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar ser o presente estudo desnecessário, pois o trabalho de reconhecidos juristas já aponta a resposta para a questão sobre a finalidade da execução. Todavia, como é sabido, o desenvolvimento social faz com que as respostas acabadas não encontrem lugar no direito, sendo sempre necessária a reflexão sobre os temas já debatidos. No presente caso, então, a discussão é imperiosa, pois, apesar do consenso existente sobre a finalidade da pena na execução, a finalidade ressocializadora da pena é ainda um tema bastante controvertido no direito penal, não se sabendo ao certo o conceito, os limites, a legitimidade e mesmo a efetividade do ideal ressocializador.

Portanto, no presente trabalho será visto se o sedutor discurso da ressocialização sobrevive ou não a uma análise mais apurada. Passa-se a expor como será feita a abordagem do tema.

Em primeiro lugar, observa-se que será feito o estudo da finalidade da execução da *pena*, ou seja, da *sanção penal para imputáveis*. A análise das outras formas de resposta punitiva estatal como medidas de segurança e medidas sócio-educativas, dadas as suas particularidades, exigiria um estudo próprio e fugiria do objeto do presente trabalho.

Para melhor abordar a idéia de ressocialização, é indispensável a análise das posições fundamentais quanto às finalidades da pena, desenvolvidas pelas doutrinas filosófica e penal. Na parte I do trabalho serão analisadas as *posições fundamentais sobre a finalidade da pena* que historicamente legitimam a sanção penal nas três fases de atuação punitiva estatal. Segundo a consagrada divisão proposta por CLAUS ROXIN⁷ e seguida por diversos autores, a intervenção penal pode ser dividida em três fases: incriminação de condutas, aplicação/fixação da pena e execução penal. Quando necessário, o trabalho se valerá dessa divisão para estudar a finalidade da pena, focando-se, naturalmente, na fase de execução penal.

Considerando o tema do estudo, será feita a análise pormenorizada da *prevenção especial positiva*, conhecida como *ressocialização*. Serão abordados os

resultados efetivos do ideal ressocializador e absolutamente refratário à absolutização da finalidade ressocializadora da pena que, para ele, gera danos aos direitos fundamentais do indivíduo e suscita a pena indeterminada.

⁷ *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.26 e ss.

programas máximo e mínimo de prevenção especial, assim como as vertentes extremada e limitada da ressocialização.

Na parte II serão levantadas as críticas à ressocialização em suas diversas vertentes, fazendo um paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro. Será feita uma breve aproximação histórica com a legislação brasileira para que se possa, em seguida, focar na execução penal, fase de atuação estatal onde a finalidade ressocializadora encontra notável aceitação não apenas doutrinária, mas também no plano legal.

Finalmente, na parte III do trabalho será feita a abordagem da Lei de Execução Penal brasileira à luz da finalidade da pena, com especial destaque à ressocialização. Seguindo a terceira parte do trabalho, será feita uma análise conclusiva sobre como a execução penal brasileira ficaria sem a finalidade ressocializadora.

I – ANÁLISE DAS POSIÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A FINALIDADE DA PENA

1. Considerações iniciais

Muito se discute sobre que fins o Estado pode e deve perseguir por meio da pena.⁸ Ao longo da evolução do direito penal, diversas teorias já foram desenvolvidas buscando legitimar a intervenção estatal. Por outro lado, também já se tentou deslegitimar as penas criminais e o próprio direito penal, por meio de controversas posições.⁹

Tal discussão tem razão de ser. De fato, a incessante busca intelectual por uma justificativa para o porquê de punir é uma questão de alta relevância e de inegável atualidade, pois envolve a legitimação e os limites do poder estatal. Deve-se ter em mente, de forma clara, com base em quais pressupostos justifica-se que o Estado prive a liberdade de algum de seus cidadãos ou intervenha de outro modo, restringindo os seus direitos, para que a atividade estatal não descambe em puro arbítrio.¹⁰ Dessa forma, a questão dos fins da pena é de suma importância, delimitando e convalidando a função de todo o sistema penal.

Corroborando a importância do tema, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹¹

⁸ No trabalho será usado de forma indistinta os termos “fim” e “função” significando objetivos que a pena e o direito penal almejam produzir e, de fato, produzem no âmbito social. Não obstante, consigna-se que, na ciência sociológica, o termo “fim” se refere aos efeitos sociais que se almejam oficialmente ao por em marcha determinadas atuações sociais. O termo “função”, por seu turno, refere-se às conseqüências reais, e não necessariamente desejadas pelo sistema, advindas das mesmas atuações. Para mais detalhes, cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p.99.

⁹ Destaca-se a corrente abolicionista como posição deslegitimadora do direito penal. Os seus autores, com destaque para LOUK HULSMAN, sustentam que a atuação penal não possui qualquer legitimidade, sendo também desnecessária para a sociedade, além de causar diversos efeitos negativos. Como conseqüência desse raciocínio, os defensores da corrente abolicionista sustentam que deve ser abolido todo o aparato ligado ao sistema penal.

O presente trabalho, todavia, parte da premissa legitimadora do direito penal. Sendo assim, a discussão a respeito da polêmica envolvendo a deslegitimação do direito penal fugiria do objeto do presente estudo. Salaria-se, de todo modo, ser impossível sob a égide da Constituição Federal brasileira sustentar o abolicionismo penal, já que a Constituição, em diversos dispositivos, exige a criminalização de condutas (vide artigos: 5º, incisos XLI a XLIV; 7º, inciso X; 227, parágrafo 4º; 225, parágrafo 3º). Sobre o abolicionismo, cf. PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista da (orgs.). *Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997; KARAM, Maria Lúcia; PASSETI, Edson; OLIVEIRA, Salette de; RODRIGUES, Thiago; BATISTA, Vera Malaguti; BATISTA, Nilo (eds.). *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.15.

¹¹ *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p.89.

assevera que “à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal.” É notável, então, que “a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal.”

Dessa forma, por conta das profundas implicações teóricas e práticas que defluem do debate sobre a finalidade da pena, não é possível concordar com a posição de TOBIAS BARRETO,¹² por vezes resgatada por autores contemporâneos, sobretudo os defensores da teoria agnóstica, no sentido de que a discussão em apreço é meramente “metafísica” e “ociosa”.

Para TOBIAS BARRETO a pena não é um conceito jurídico, e sim um instituto político, tratando-se apenas de uma manifestação do poder do Estado, sem qualquer motivação racional ou finalidade jurídica (afirmação do poder punitivo estatal).¹³ Seguindo a mesma linha, os defensores da teoria agnóstica da pena afirmam que sanção penal é somente um fenômeno político que não possui qualquer legitimidade racional, cabendo às ciências penais apenas restringir ao máximo possível a sua atuação.¹⁴

Percebe-se que a teoria agnóstica praticamente deslegitima por completo o sistema penal, fazendo um paralelo do poder punitivo com a guerra que deve ser contida¹⁵, descartando as possíveis finalidades úteis que tal sistema possa vir a ter e que efetivamente tem, se direcionado a vias socialmente construtivas, sobretudo sob uma ótica funcionalista calcada na defesa dos direitos fundamentais sediados na Constituição

¹² *Fundamentos do Direito de Punir*. In: RT, n. 727, 1996, p.650 (publicado originariamente em Estudos de direito. Rio de Janeiro: Laemmert e Cia, 1892, p.161-179). Cf. também BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado, 2003, p.61-62.

¹³ BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. In: RT, n. 727, 1996, p.649. Observa-se que o citado autor considera necessária a existência do direito penal para a estrutura da sociedade, sendo inevitável o uso da pena para a afirmação do poder punitivo estatal (ou seja, ele não defende abolição do sistema penal). Contudo, TOBIAS BARRETO sustenta ser descabido estabelecer uma finalidade para a pena, pois seria tentar “racionalizar o irracionalizável”.

¹⁴ É a posição de EUGENIO RAUL ZAFFARONI, expressa em diversos trabalhos. No Brasil, seguem essa posição, SALO DE CARVALHO (*Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.119 e ss.), NILO BATISTA (*Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.97-113 – obra em co-autoria com ZAFFARONI, Eugenio Raúl ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro) e, em certa medida, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (*Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p.487-490).

¹⁵ Esse paralelo é feito pelo próprio TOBIAS BARRETO (*Fundamentos do Direito de Punir*. In: RT, n. 727, 1996, p.650).

Federal.

No mais, observa-se que as críticas de TOBIAS BARRETO datam de 1892. Assim o autor, ao contrário daqueles que resgatam as suas críticas, não presenciou o imenso desenvolvimento e a elevada relevância que as escolas penais surgidas no século XX (em especial o funcionalismo) trouxeram para a questão da finalidade da pena.¹⁶

Na análise do tema em pauta, em primeiro lugar, cabe destacar a diferença existente entre a *natureza da pena* e a sua *finalidade*. Quanto à natureza da pena, não há dúvida de que ela é um mal que se impõe como castigo (natureza intrinsecamente retributiva da sanção).¹⁷ Assim é a pena e assim ela é sentida pelo condenado. Contudo, uma coisa é a pena e outra distinta é a função que legitima o seu exercício¹⁸, ou seja, a sua finalidade. Dessa feita, *a finalidade da pena é entendida como sendo o objetivo que o Estado procura cumprir por meio da atuação penal*.¹⁹

Ao abordar o desenvolvimento das teorias fundamentais sobre os fins da pena, deve-se considerar como certa a impossibilidade de se estabelecer o começo ou o fim de uma corrente. Na verdade, o desenvolvimento das teorias atinentes à finalidade da sanção penal é difuso, com as várias correntes sobre o assunto influenciando-se mutuamente. Não há um desenvolvimento linear, sendo que as variadas tendências interpenetram-se ao longo do tempo, criando novas correntes.

Outra importante condição para se analisar os fins da pena é saber que eles fazem parte, de forma indissociável, de um contexto histórico, político, cultural e filosófico. Nas palavras de ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO, ao longo da história da

¹⁶ A contribuição do funcionalismo será detalhada quando da abordagem da prevenção geral positiva (capítulo I 3.1.2.).

¹⁷ HEIKO LESCH (*La Función de la Pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p.04) define a pena como sendo um mal imposto a uma pessoa por meio de um processo público conduzido pelo Estado, como reprovação a uma lesão a uma regra jurídica imputável a esta pessoa. Por sua vez, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.348) define pena como sendo “a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se da sanção característica do direito penal, em sua essência, retributiva. A sanção pena é, em essência, retributiva porque opera causando um mal ao transgressor.”

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p.118-119.

¹⁹ Segundo SANTIAGO MIR PUIG (*Introducción a las bases del derecho penal*. 2ªed. Buenos Aires: B de F, 2003, p.77), “o conceito de pena fornece a resposta ao que é a pena, enquanto que a função da pena expressa para que serve a pena.”

humanidade, “muitas foram as funções atribuídas ao direito penal, de acordo com a missão relacionada ao pensamento filosófico-jurídico que o inspirou, com vista a atingir a legitimidade de atuação do Estado e, via de consequência, a efetividade que procura demonstrar como instrumento de controle social. Assim, correspondendo ao momento histórico, a ciência do direito penal reflete, na formulação de seus institutos, a orientação filosófico-jurídica e a ideologia política vigente, relacionada com a forma de Estado adotada na organização social.”²⁰

É digno de destaque que as principais posições sobre a finalidade da pena raramente são sustentadas isoladamente por seus defensores.²¹ Cientes dos defeitos das diversas posições, os autores geralmente procuram combinar as diferentes finalidades da pena. Dessa forma, são largamente majoritárias as teorias mistas, que combinam as finalidades retributiva e preventivas da pena, ou apenas as preventivas.²² No entanto, apesar de bastante diversas, as teorias mistas ou unitárias acabam por sustentar, no mais das vezes, que a ressocialização é a finalidade da pena ao menos na fase de execução penal, fortificando o já aludido consenso em torno do ideal ressocializador na doutrina penal.

²⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p.35. Dando ênfase à importância do modelo de Estado na determinação da finalidade da pena, cf. MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.78-81.

²¹ MIGUEL REALE JÚNIOR (*Instituições de Direito Penal*, V.1. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.43) inclusive possui posição no sentido de que “não se pode tentar estabelecer uma exclusiva finalidade para a pena, pois diversas são as finalidades, de acordo com a perspectiva de quem olha e dos olhos de quem olha.” Em sentido análogo, está a posição de SCHMIDHÄUSER que, por meio de sua teoria diferenciadora, aduz que a pena possui sentido diverso para cada um dos sujeitos e instituições envolvidos no sistema punitivo (legislador, órgãos encarregados da persecução do delito, judiciário, funcionários encarregados da execução da pena, apenado e a sociedade). Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.695-697.

²² Entre as teorias mistas, distingui-se a teoria unificadora dialética de CLAUS ROXIN, desenvolvida no já citado trabalho *Sentidos e Limites da Pena Estatal*, que visa dirigir os fins das reprimendas penais para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio entre os fins preventivos da pena e o princípio limitador da culpabilidade, por meio de restrições recíprocas ao longo das três fases de intervenção penal (p.44): incriminação de condutas, aplicação da pena e execução penal. Sobre o tema, cf. ANJOS, Fernando Vernice dos. *Teoria unificadora dialética e direito penal brasileiro*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 173, abril de 2007; PIACESI, Débora da Cunha. *Funcionalismo roxiniano e fins da pena*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.39-64.

2. Retribuição (teoria absoluta)

A teoria da retribuição tem como princípio fundamental a idéia de que a culpa do autor do delito seja compensada com a imputação de uma pena. A pena, portanto, para essa teoria, seria apenas a compensação do “mal” do crime pelo “mal” da sanção, não havendo nenhuma outra justificativa para a reprimenda que não seja a pura realização de um ideal de justiça. Não há uma preocupação com o futuro (prevenção), havendo apenas uma retribuição moral pelo passado.²³ Sendo assim, para a posição retributiva a pena possui um “fim em si mesma”, devendo existir “apenas para que a justiça impere.”²⁴

De modo alegórico, KANT, em seu livro *Metafísica dos Costumes*²⁵, nos traz a exata noção da teoria da retribuição através de seu famoso exemplo: “mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse se separar e se dispersar pelo mundo), o último assassino (criminoso) restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguínea não se vinculasse por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça”. Ainda para esse filósofo, a pena é considerada um imperativo categórico, devendo ser imposta conseqüentemente ao criminoso, por ter esse cometido um crime, de forma com que se cumpra o mandado da justiça, livre de qualquer consideração final.²⁶

HEGEL, no livro *Princípios de Filosofia do Direito*²⁷, sustenta a pena como sendo a negação da negação do direito, no sentido retribucionista de que o crime é “aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado.”²⁸ Sendo assim, a sanção, através de um processo dialético, restaura o

²³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista. 2002, p.40.

²⁴ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.16.

²⁵ Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.176.

²⁶ JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.61. De acordo com KANT (*A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.175), “a lei de punição é um imperativo categórico.”

²⁷ Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimaraes, 1986.

²⁸ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.17. Segundo PAULO DE SOUZA QUEIROZ (*Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p.21), para HEGEL “o delito é uma violência contra o

ordenamento jurídico afrontado pelo delito.²⁹

A visão hegeliana da pena se aproxima da visão kantiana quanto ao caráter retributivo da reprimenda, mas dela se afasta, pois tem fundamentação jurídica, visando à reafirmação da vigência do ordenamento jurídico de forma proporcional com a intensidade da negação desse ordenamento, através da retribuição; enquanto para KANT a fundamentação é ética, objetivando a vingança proporcional do mal do crime por meio do mal da pena.³⁰ A visão kantiana se aproxima do princípio de Talião (olho por olho, dente por dente), praticamente irrealizável, enquanto HEGEL substituiu esse princípio pela equivalência entre delito e pena, focando o restabelecimento da ordem jurídica atacada pelo crime.³¹

Como a teoria da retribuição não confere à pena qualquer fim (a não ser o fim em si mesmo, de caráter compensatório, que seria a própria consequência do crime), ela é considerada uma teoria absoluta. Uma teoria absoluta é aquela na qual o fim da pena é independente e desvinculado de qualquer efeito social.³² Em tal teoria, qualquer eventual efeito preventivo é alheio à sua essência.³³ Por essa lógica, a pena não pode nunca fomentar outro bem, seja para o próprio delinqüente (prevenção especial), seja para a sociedade civil (prevenção geral), mas deve ser imposta tão somente porque o agente delinqüiu, pois o ser humano nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, não podendo ser tratado como objeto na busca de fins alheios à sua existência, sob pena de ser reduzido a uma mera coisa, desprovida de dignidade. Sendo assim, para a teoria em apreço, a pretensão de embasar o direito de castigar o delinqüente em supostas razões de utilidade social não seria permitida, sob o ponto de vista ético.³⁴

direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação).”

²⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.40-41.

³⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.41.

³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p.83.

³² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p.82.

³³ PRADO, Luis Regis. *Teoria dos fins das penas*. In: Ciências Penais, São Paulo, n.1, 2004, p.145.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.110.

O retribucionismo tem como sua maior virtude, a idéia de proporcionalidade em direito penal.³⁵ Outra grande virtude do retribucionismo foi a de erigir a culpabilidade como princípio fundante e absoluto de qualquer aplicação da pena; tendo, dessa forma, construído um muro intransponível à imposição de uma sanção penal que viole a intrínseca dignidade do ser humano.³⁶ Conforme sustenta PAULO DE SOUZA QUEIROZ³⁷, “o principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destina, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação.”

No entanto, por mais que seja tentador o pensamento da compensação retributiva como uma imagem reflexa de uma sedutora “harmonia superior à nossa frágil existência humana”³⁸, é inviável, com tal pensamento, justificar a reprimenda do Estado. São levantadas diversas objeções contra a teoria retributiva da pena.³⁹

Primeiramente, a teoria da retribuição pressupõe a pena que deveria fundamentar, pois o seu significado assenta na retribuição da culpa humana. No entanto, não se pode compensar penalmente qualquer culpa. Sendo assim, a teoria retributiva deixa obscuros os pressupostos de punibilidade⁴⁰, não estabelecendo um limite quanto ao conteúdo do direito penal, pois não explica quando se tem que punir, mas, tão somente, que a pena, caso seja imposta, deve retribuir o crime. Em outras palavras, não se sabe o porquê de punir (o fundamento punitivo), mas que, ao punir, deve-se retribuir o mal do crime com o mal da pena.

³⁵ Segundo CLAUS ROXIN (*Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Civitas, 1997, p.82), a pena retributiva deve ser justa, e isso pressupõe que corresponda a sua duração e intensidade com a gravidade do delito, compensando-o.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p.93.

³⁷ *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p.23.

³⁸ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.17.

³⁹ As críticas a seguir são expostas por CLAUS ROXIN na obra *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. Para uma crítica pormenorizada da idéia retributiva, cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p.25-31. Cf. também a precursora crítica feita por ULRICH KLUG em *Despedida de Kant y Hegel* (una crítica filosófica básica). In: *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. s.l.: Fontamara, s.d., p.31-36.

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.19.

Outra objeção se refere à não comprovação dos fundamentos da retribuição, pois mesmo se afirmando, de maneira irrestrita, a competência estatal para punir determinadas condutas reprováveis praticadas de forma culpável, permanecerá insuficiente a justificativa da pena criminal se valendo da idéia de compensação da culpa. A livre determinação do ser humano pressupõe o livre arbítrio, ou seja, a liberdade de vontade, cuja existência é indemonstrável.⁴¹ Sem adentrar nos complexos debates a respeito da liberdade de vontade humana, é possível concluir que sempre ficará sem resposta a indagação se o homem concreto poderia ter agido de outro modo na concreta situação.

Afirma-se também que a retribuição, como profissão de fé irracional e contestável, não é vinculante. De fato, racionalmente, não há como entender a lógica de que o mal do crime será pago com a adição do mal da pena. É evidente que tal pensamento vai ao encontro do inerente sentimento de vingança humana. Contudo, acreditar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente diverso da vingança privada, purgando a culpa de todo corpo social⁴², apenas se justifica como puro ato de fé.

Cabe destacar ser correta a necessidade de proporcionalidade entre o crime e a pena, propugnada pela visão retributivista. No entanto, isso não é o bastante para validar a teoria retributiva. A proporcionalidade pode e deve ser concebida como um limite a ser respeitado pelo Estado, restringindo a sua atuação quando do exercício do poder punitivo; mas não pode ser entendida como fundamento desse mesmo poder, justificando a pena como retribuição proporcional à lesão causada.⁴³

No mais, a idéia de somar um mal a outro mal tem um marcado caráter “medieval” (pois visa à expiação dos “pecados”) e também metafísico (pois justifica a pena em razões supra-humanas).⁴⁴ Tanto é assim que várias religiões, como o cristianismo, fundamentam a punição através da teoria expiatória da retribuição. A Igreja Católica, por

⁴¹ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.18.

⁴² ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.19.

⁴³ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.61.

⁴⁴ Nesse sentido, vide DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p.92.

exemplo, por meio do seu então líder, Papa Pio XII, de forma clara sustentou a retribuição como fundamento para a pena em sua mensagem ao VI Congresso Internacional de Direito Penal, que continha o seguinte trecho: “o Juiz Supremo, no juízo (julgamento) final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este possuirá, então, um valor que não cabe desconhecer.”⁴⁵ Fica evidente, portanto, o paralelismo entre a exigência religiosa da Justiça de Deus e a função da pena para a teoria retributiva.⁴⁶

De forma contundente, expõe JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁴⁷ que “a sobrevivência histórica da pena retributiva – a mais antiga e, de certo modo, a mais popular função atribuída à pena criminal – parece inexplicável: a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho como o mundo.”⁴⁸

O Estado moderno deve ajustar a sua atuação a critérios empíricos baseados em êxitos e fracassos, de forma responsável frente ao criminoso e à sociedade.⁴⁹ Na época atual, na qual todo poder emana do povo, é inconcebível que a legitimação das penas estatais esteja embasada em poderes transcendentais.⁵⁰ Conforme expõe de maneira conclusiva CESAR ROBERTO BITENCOURT, “uma teoria da pena que se fundamenta na retribuição do fato (pecado) cometido, que necessita de castigo para sua expiação, identifica-se melhor com argumentações religiosas do que jurídicas.”⁵¹

⁴⁵ Cf. JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.97. Segundo JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (*Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p.456), “a tradição religiosa judaico-cristã ocidental apresenta uma imagem retributivo-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica retributiva da psicologia popular”.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 7ªed. Buenos Aires: B de F, 2007, p.87-88.

⁴⁷ *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p.456. Também se posicionando criticamente contra a retribuição e o seu caráter religioso, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.236-237.

⁴⁸ A respeito da pena como instrumento de vingança, cf. ISEHARD, Antônio Maria. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, *passim*.

⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. Francisco Muños Conde e Maria del Mar Diaz Pitta. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.191.

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.19.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.117. No mesmo sentido, afirma HELENO CLAUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de

Sendo assim, não parece racional ou apropriado à dignidade humana (fundamento do Estado Democrático de Direito) que a pena seja tão somente um mal, desprovido de qualquer utilidade.⁵² Tal constatação por si só já é suficiente para afastar a finalidade retributiva, sobretudo em sua concepção pura, do ordenamento jurídico brasileiro por ofensa ao artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.⁵³ Como se não bastasse, a legislação infraconstitucional ainda prevê expressa finalidade preventiva para a pena no artigo 59 do Código Penal⁵⁴, tornando insustentável justificar a teoria absoluta em nosso ordenamento.

3. Prevenção (teorias relativas)

A idéia de prevenção se opõe diretamente à idéia de retribuição. Como acima exposto, a retribuição tem como foco apenas o ato criminoso passado, sem a menor preocupação com o futuro do condenado ou da sociedade, em uma visão nitidamente liberal (não intervencionista) do Estado.

Com o advento do Estado Social, que propicia uma crescente intervenção estatal nas relações intersubjetivas dos cidadãos, a pena começa a abandonar o seu ranço vingativo e começa a ser vista sob uma perspectiva utilitária.⁵⁵ Nesse contexto, surge o fim preventivo da pena, que foca o poder punitivo estatal na *prevenção do crime*.⁵⁶ Segundo LUIGI FERRAJOLI⁵⁷, “a concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da

Janeiro: Forense, 2004, p.05): “a pena, embora seja por natureza retributiva, não se justifica pela retribuição, nem tem qualquer outro fundamento metafísico.”

⁵² BUSTOS RAMIREZ. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.74.

⁵³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

⁵⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja *necessário e suficiente* para *reprovação e prevenção* do crime (destaque nosso).

⁵⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.45.

⁵⁶ Afirma FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (*Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.03), que “a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou como punir, quer evitar o crime.”

⁵⁷ *Direito e Razão*. 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.240.

emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinqüente àquelas da integração de outros cidadãos.”

Para HANS HEINRICH JESHECK⁵⁸, a prevenção, do ponto de vista lato, parte de três pressupostos: O primeiro pressuposto está na possibilidade de um prognóstico suficientemente certo do futuro comportamento humano. O segundo pressuposto é o de que a pena pode adequar-se com tal exatidão à “periculosidade”, que o êxito da prevenção resulte ao menos possível. O terceiro e último pressuposto encontra-se na inclinação imanente de que a criminalidade pode ser eficazmente combatida mediante os elementos da intimidação, correção e segurança que a pena oferece e, especialmente, por intermédio do trabalho “pedagógico” da execução penal.

A prevenção, desse modo, ao contrário da retribuição, mira o futuro, no sentido de prevenir a ocorrência de futuros delitos, em uma visão que a torna útil à sociedade, pois, além de servir de exemplo (prevenção geral), age de forma direta sobre a individualidade do criminoso, possibilitando o seu “retorno harmônico” ao convívio social (prevenção especial).⁵⁹

Por não considerar a pena como um fim em si mesmo, a teoria preventiva é também chamada de utilitária ou relativa. As teorias relativas recebem esse nome porque, diferentemente da justiça que é absoluta, as necessidades de prevenção são relativas e circunstanciais.⁶⁰

Importante esclarecer que por meio de uma visão utilitária da pena, não se busca a justiça absoluta almejada pela idéia de retribuição. O que se pretende, igualmente, não é eliminar o crime da sociedade. Conforme explana MIGUEL REALE JÚNIOR⁶¹ “o crime vem a ser um fato normal da vida social, e não uma doença, pois não há sociedade em que não exista.”⁶² Assim, o objetivo precípua da visão preventiva é evitar a

⁵⁸ *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.59.

⁵⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.45.

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ªed. Buenos Aires: B de F, 2003, p.53.

⁶¹ *Instituições de Direito Penal*. V.1. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.10.

⁶² A base sociológica desse acertado pensamento está na doutrina de ÉMILE DURKHEIM (*As Regras do Método Sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.67-90). Para o autor, o crime é

ocorrência de crimes além de determinado limite, socialmente insuportável, buscando então uma utilidade social para a pena.⁶³

Pelo que se percebe, a finalidade preventiva da sanção trouxe claramente uma evolução para a ciência penal, que se afastou de seu viés metafísico até então sustentado pela visão retribucionista. O grande avanço trazido pela teoria preventiva foi a abertura dos horizontes penais, somando ao conteúdo das penas pressupostos e procedimentos de sua legitimação, no campo teórico e pragmático.⁶⁴

Na presente abordagem, seguindo a classificação tradicional utilizada pelos penalistas para analisar as diversas *finalidades da pena*, será dividida a análise da teoria preventiva sob o seu aspecto geral (referente à totalidade da sociedade) e especial (referente ao indivíduo que praticou o crime). Não será seguida a divisão usualmente proposta pelos criminólogos, para se referir às *funções preventivas do poder estatal*, entre prevenção primária, secundária e terciária, que pode ser assim resumida⁶⁵: a prevenção primária é o conjunto de medidas estatais que objetivam evitar as causas do delito por meio de atuações profiláticas de cunho cultural econômico e social; a prevenção secundária é o conjunto de medidas políticas e legislativas de natureza penal, incluindo incriminação de condutas e medidas de natureza policial (policciamento preventivo, normas urbanísticas para evitar a existência de zonas com alta incidência criminal etc); por fim, a prevenção terciária trata do combate policial e jurídico à reincidência, com o objetivo de impedir o cometimento de delitos futuros por quem já tenha cometido algum anteriormente.⁶⁶ De todo modo, o foco do presente trabalho na finalidade da pena impõe a divisão que será seguida.

um fenômeno que apresenta irrefutavelmente “todos os sintomas da normalidade, dado que aparece como estreitamente ligado às condições de qualquer vida coletiva.”

⁶³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.45-46.

⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Fins da pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*. Trad. Maria Teresa Castiñeira. In: *Derecho y Ciencias Sociales*, Barcelona: Universidad Autonoma de Barcelona, 1982, p.123.

⁶⁵ Cf. KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7ª ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p.125-126.

⁶⁶ Segundo condensa didaticamente GÜNTHER KAISER (*Introducción a la criminología*. 7ª ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p.126), a prevenção primária se dirige principalmente a todos os cidadãos, a secundária se dirige aos delinquentes potenciais ou ocasionais e a terciária aos reincidente e aos delinquentes habituais.

Contudo, antes de prosseguir a exposição é necessário esclarecer uma questão. Certamente é descabido afirmar que o caráter preventivo da pena invariavelmente instrumentaliza o ser humano, sendo sempre propício a abusos estatais e refratário ao Estado Democrático de Direito. Com efeito, no caso de abuso preventivo, deve-se criticar o abuso e não a finalidade de prevenção. Assim, a finalidade preventiva não instrumentaliza o ser humano, mas sim dá um motivo racional para a atuação punitiva estatal. No mais, é de se convir que qualquer teoria pode vir a ser manipulada pelo terror estatal – como historicamente foi a teoria retributiva em diversas ditaduras, afinal o ditador define o que é mais grave por meio da incriminação e da cominação em abstrato, cabendo ao judiciário, tecnicista e controlado, apenas aplicar acriticamente o previamente definido pela arbitrária vontade do soberano absoluto.⁶⁷

Sem embargo, o Estado Democrático de Direito não permite que se sustente, acriticamente, qualquer uma das possíveis finalidades preventivas da pena. Conforme esclarece de forma democrática GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA⁶⁸, “a finalidade de prevenção não deve ser vista apenas como prevenção da espécie de crime que se praticou, mas também com o objetivo de prevenir as reações informais ao ato criminoso e outras relacionadas com a descrença na força controladora do Estado e valores presentes na sociedade. Enfim, trata-se de buscar diminuir e prevenir a violência.”

Dessa feita, a finalidade preventiva legitima-se no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito sendo um instrumento para a concretização da missão protetora do direito penal. Nesse modelo de Estado, que possui inegável “dimensão antropocêntrica”, já que “se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana”⁶⁹, a missão do direito penal deve objetivar a proteção de *todas as pessoas*, independentemente do status social ou da condição de “criminoso” ou de “não-criminoso”,

⁶⁷ Nesse sentido, cf. BETTIOL, Giuseppe. *O Problema da Pena*. In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.180. Apesar do autor ser um dos principais defensores da finalidade retributiva da pena e de se posicionar de forma incisiva contra a prevenção geral, ele pondera que “se é verdade que o direito penal dos Estados totalitários é mais severo que o direito penal democrático, isso ainda não significa que esse seu atributo derive, necessariamente, da exclusiva aceitação do critério da prevenção geral, bem podendo ser fruto de uma *diferente valoração da gravidade dos fatos delituosos*.” (destaque nosso).

⁶⁸ *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.58.

⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.36.

prevenindo o crime e também evitando reações informais (que também são crimes) e punições estatais descabidas.

Portanto, no contexto democrático a finalidade preventiva deve ser um instrumento para a diminuição da violência inerente às relações sociais, assegurando a convivência social pacífica.⁷⁰ Destaca-se ainda a oportuna ponderação de GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA⁷¹, que “da conclusão que se pune de forma violenta para diminuir a violência surge um aparente paradoxo, resolvido por meio da subsidiariedade da arma penal e todos os seus corolários, que garantem o uso mínimo de tal arma como única forma de compatibilizá-la com o Estado Democrático de Direito.”

3.1. Prevenção Geral

A prevenção geral centra a sua influência na sociedade como um todo, objetivando que a totalidade dos indivíduos do corpo social não pratiquem (ou pratiquem menos) crimes.

O grande expoente da visão preventivo-geral foi ANSELM VON RITTER FEUERBACH, que sistematizou com grande nitidez a teoria da prevenção geral, por meio da idéia de intimidação psicológica da pena.⁷² Para FEUERBACH, a pena tem como finalidade impedir as lesões jurídicas, por meio da sua coação psicológica, instrumentalizada pelo Estado. O fim da pena, portanto, seria o de criar nos criminosos potenciais, dotados de livre arbítrio (visão racionalista), um contra-motivo suficientemente forte para afastá-los do crime.⁷³ Por sua vez, o limite da atuação do poder estatal seria o princípio de que não há

⁷⁰ Nesse sentido, cf. SILVA SANCHES, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.38. De forma similar, ANABELA MIRANDA RODRIGUES (*Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p. 33-34) corrobora essa posição ao mesmo tempo em que confere legitimidade ao direito penal afirmando que “perdidas as matrizes de legitimação teocrática ou metafísica, a legitimidade do direito penal reside na sua capacidade para reduzir ao mínimo possível o grau de violência existente na sociedade. A ausência de direito penal suporia o abandono do controle do crime ao livre jogo das forças sociais; em definitivo, a dinâmica de ‘agressão-vingança/agressão-vingança’. A sua existência, pelo contrário, como mecanismo organizado e monopolizado pelo Estado, tem vantagens indiscutíveis. E, desde logo, a redução da violência.”

⁷¹ *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.28.

⁷² Vide FEUERBACH, Anselm Von Ritter. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p.57-64.

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p.99.

crime e nem pena sem prévia lei. Resumindo: a pena teria como foco intimidar, dentro dos limites da legalidade, sendo a “recuperação” do delinqüente apenas uma causalidade da pena.⁷⁴

A principal característica da prevenção geral está no fato de que ela se apresenta, sistematicamente, baseada em razões sociais e político-jurídicas, abandonando as fundamentações éticas e metafísicas, mantendo um âmbito de liberdade, por se dirigir à coletividade no que é o comum a todos os sujeitos, e não diretamente ao indivíduo.⁷⁵

O grande aspecto positivo da idéia preventivo-geral está na possibilidade de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a sociedade e assim reforçar a confiança jurídica do povo.⁷⁶ No entanto, apesar do inegável avanço da teoria da prevenção geral, é certo que ela não ficou imune a críticas, geralmente direcionadas ao seu aspecto intimidativo (prevenção geral negativa).⁷⁷

Primeiramente, há a questão do alcance do poder punitivo do Estado. Seguindo apenas a lógica de intimidar para evitar os crimes, fica excessivamente amplo o leque de atos criminalmente puníveis. Tal constatação nos leva a crer que, sendo impossível a fundamentação do poder punitivo da prevenção geral em seus próprios pressupostos, fica claro que tal teoria possui uma forte tendência para o terror estatal.⁷⁸ Seguindo essa lógica, quem quer intimidar por meio da pena, sempre tenderá a punir tão gravemente quanto for possível, reforçando o efeito intimidativo da sanção. Sendo assim, a prevenção geral tem necessidade de uma delimitação que “não se depreende do seu ponto de partida teórico.”⁷⁹

⁷⁴ Destaca-se que para FEUERBACH a legalidade teria uma dupla função: limite do poder estatal (só há crime e pena com prévia cominação legal) e instrumentalizadora da finalidade intimidadora da sanção penal (a pena precisa estar prevista de maneira prévia e estrita, com ampla publicidade, para que possa servir como contra-estímulo psicológico para eventuais criminosos).

⁷⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control social y sistema de penas*. Barcelona: PPU, 1987, p.101.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Civitas, 1997, p.91.

⁷⁷ As críticas a seguir expostas são feitas por CLAUD ROXIN na obra *Sentidos e Limites da Pena Estatal*.

⁷⁸ Nesse sentido, WINFRIED HASSEMER (*Fundamentos de Derecho Penal*. Trad. Francis Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1974, p.387) afirma que na prática é comum, objetivando à prevenção geral, agravar as penas, sendo que em determinadas situações consideram-se legítimas penas extremamente rigorosas para garantir o efeito intimidativo.

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.23-24.

A segunda crítica se refere ao fato de que é difícil aceitar a justiça de se impor uma pena a alguém para que os outros não cometam crimes. De fato, já KANT alertava que tal prática atentaria contra a dignidade humana, pois o indivíduo não poderia nunca ser utilizado como meio para as finalidades de outrem (contra o que o protege a sua inata personalidade), sob pena de o delinqüente individual se tornar mero objeto, servindo como exemplo, no interesse de estimular o bom comportamento alheio.⁸⁰ Sendo assim, mesmo que seja efetiva e produtora, a intimidação não justifica a imposição de uma pena a uma pessoa para que outros não pratiquem a conduta sancionada.⁸¹

Outra crítica contundente à prevenção geral está no fato de que nunca se conseguiu provar os efeitos da prevenção geral para determinados crimes e criminosos. Sabe-se que nem as mais cruéis penas conseguiram ter um impacto significativo na criminalidade, sobretudo a mais gravosa, constituída por delinqüentes “profissionais”.⁸² Ademais, alega-se que cada crime constitui, por si só, a prova contra a eficiência da prevenção geral, que não teria conseguido evitar o delito individualmente considerado.⁸³ Conforme expõe de forma incisiva ANA PAULA ZOMER SICA⁸⁴ “é espantoso constatar que a sociedade – no que se incluem os operadores da justiça e parte expressiva dos acadêmicos – continua apostando em efeitos preventivos gerais cuja operatividade real é absolutamente impossível de ser avaliada”. Continua a autora: “pelo contrário, do pouco que a pesquisa científica pôde apurar em relação ao impacto das penas nos índices criminais, extrai-se a confissão de fracasso da idéia de prevenir crimes por meio da severidade ou certeza da punição.”

Esta terceira crítica é bastante controversa. JESHECK⁸⁵, por exemplo, afirma que se não houvesse a pena (com fim preventivo geral), com certeza haveria um

⁸⁰ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.24-25. No mesmo sentido: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Trad. Francis Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1974, p.381.

⁸¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.48-49.

⁸² Cf. RAMIREZ, Juan Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.79.

⁸³ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.24.

⁸⁴ *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p.54.

⁸⁵ *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.60

aumento da prática de alguns tipos de crimes. Em sentido idêntico afirmam ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES⁸⁶ que “a eficácia da pena (...) não se pode (nem se deve) medir por seus fracassos visíveis (delitos não evitados, delitos que, apesar dela, continuam sendo praticados), senão pelos muitos outros delitos que, graças a ela, não chegam a ser praticados. Basta examinar o que acontece quando aumenta a confiança na impunidade – em momento de crises de qualquer gênero (tal qual a que ocorreu em 2001 na cidade de Salvador, durante greve geral dos policiais) – e, sobretudo, o que aconteceria previsivelmente se se prescindisse da pena em um determinado momento”. Da mesma forma sustenta FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO⁸⁷ que “é possível que a grande maioria dos criminosos potenciais não deixe de levar a cabo os seus intentos ilícitos ou de dar vazão a seus impulsos, diante da simples previsão legal de pena. Não menos provável, porém, é que um bom número deles deixe de concretizar o projeto criminoso, ou se iniba, diante de um guarda ou do policiamento ostensivo em local próximo ao daquele em que seria cometido o crime, o que (...) não deixa de ser consequência da previsão legal de pena.”

De toda sorte, apesar da falta de subsídios quanto à efetividade fática da prevenção geral, ou seja, não se sabe ao certo quantas pessoas realmente deixam de delinquir por conta da existência da pena⁸⁸, ao menos o efeito simbólico da prevenção geral é inegável. Lembramos que o efeito simbólico não pode ser ignorado, simplesmente porque ele é inerente ao direito penal. Sempre esse ramo do direito se valeu de efeitos simbólicos, em menor ou maior grau, para se fixar no âmbito social.⁸⁹ Assim, ao invés de ser um efeito colateral nefasto, o caráter simbólico da pena é uma realidade inafastável, que deve ser equacionada para vias socialmente construtivas em prol do cumprimento da

⁸⁶ *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.675.

⁸⁷ *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.04.

⁸⁸ Analisando com ceticismo o complexo tema da efetividade empírica da prevenção por meio da pena, cf. SERRANO MAILLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007, p.168-183 e 198-201. O autor aponta ser difícil calcular o efeito preventivo da pena que, de toda forma, parece ser muito mais modesto do que normalmente se imagina. Segundo ele, “parece que os estudos realizados por autores muito diferentes e independentes entre si, autores que recorreram a um amplo leque de metodologias e fontes de informação empírica distintas, sugerem, com efeito, que *as penas são efetivas na prevenção geral do delito*. O efeito, como já advertimos, parece contudo, ser moderado e, sobretudo, difícil de deslindar com nitidez de outras funções preventivas – como a prevenção que exerce a polícia, o risco de prisão, o risco de condenação ou a inocuidade, por exemplo” (p.179).

⁸⁹ Criticando a postura que considera os fins simbólicos da pena como meros desvios de sua real utilidade e procurando equacionar, de forma legitimadora, os iminentes efeitos simbólicos da pena, sem se olvidar da preocupante generalização de tais efeitos, cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. In: *Actualidad Penal*, n.1, 1a 7 de janeiro de 2001, p.1-22.

missão do direito penal no Estado Democrático de Direito brasileiro, evitando-se que a finalidade simbólica descaiba em mera demagogia desprovida de qualquer característica positiva.⁹⁰ Nesse sentido, conforme será detalhado a seguir, sustenta-se que a prevenção geral positiva instrumentaliza de forma funcionalmente produtiva a finalidade simbólica da pena.

A teoria atual dos fins da pena divide a prevenção geral sob um aspecto negativo e sob outro positivo. A prevenção geral positiva, por sua vez, é subdividida em fundamentadora e limitadora.

3.1.1. Prevenção Geral Negativa (intimidação)

A prevenção geral negativa é a primeira concepção de prevenção geral existente. Segundo ela, a pena possui um caráter meramente intimidativo, objetivando dissuadir futuros delitos. Por essa visão, a intimidação concretizada por meio da pena para o condenado, também terá serventia para intimidar o restante da sociedade, coagindo todos a evitarem a criminalidade no contexto social.⁹¹

Como acima afirmado, é questionável o efeito prático de tal teoria e não sustentável juridicamente o efeito dissuasivo da reprimenda. Nesse contexto, inteiramente aplicável a crítica de ROXIN, segundo a qual a prevenção geral negativa não se justifica porque “não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências, é político-criminalmente discutível e carece de

⁹⁰ Sobre o caráter simbólico do direito penal cf. ANJOS, Fernando Vernice dos. *Direito penal simbólico e finalidade da pena*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.171, fevereiro de 2007. No citado artigo concluímos da seguinte forma: “Diante de todo esse desenvolvimento dogmático no trato da questão dos efeitos simbólicos da sanção criminal; considerando a evolução da teoria dos fins da pena e, em especial, da idéia de prevenção geral positiva; cremos que o direito penal brasileiro não pode ficar acomodado frente ao tema do Direito Penal simbólico, buscando combatê-lo ou ignorá-lo. Urge modificar a mentalidade reinante no trato da questão, para aprofundarmos a análise de seus pressupostos e de seu modo de operar e, até mesmo, para que possamos identificar e rechaçar os seus freqüentes excessos. Isto tudo com vistas a concorrer para que o (inevitável) uso dos efeitos simbólicos do direito penal tenha legitimidade em nosso Estado Democrático de Direito.”

⁹¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.49.

legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.”⁹²

LUIGI FERRAJOLI⁹³ faz parte do coro de vozes contrárias à prevenção geral negativa. Segundo o autor, apesar da garantia interna de limites da função penal, a prevenção geral não assegura a justiça da pena e tampouco seus limites externos, o que fatalmente descamba para um direito penal máximo.

Percebe-se assim que tanto autores funcionalistas, como ROXIN, quanto garantistas, como FERRAJOLI, descartam a viabilidade de se sustentar a finalidade intimidativa da pena no contexto do Estado Democrático de Direito, por conta fundamentalmente da sua falta de limites que tende a maximizar a atuação do direito penal.⁹⁴ Contra a idéia de expansão penal na qual fatalmente deságua a sustentação preventivo-geral negativa da pena, também está a contundente posição de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO: “não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como importante fator crimonógeno, ou como intolerável meio de opressão.”⁹⁵

Dessa forma, diante das críticas apontadas, chega-se à conclusão de que a prevenção geral negativa é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Tal teoria, portanto, não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro.

⁹² ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.25.

⁹³ *Direito e Razão*. 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p. 260.

⁹⁴ É necessário destacar que, ao contrário de ROXIN (vide capítulo I 3.1.2 a seguir), FERRAJOLI entende que também a prevenção geral positiva seria inadequada para o regime democrático, por legitimar um direito penal máximo e ilimitado (cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.255-257).

⁹⁵ *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.05. Analisando criticamente a expansão do direito penal, cf. SILVA SANCHES, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriale*. Madrid: Civitas, 1999, *passim*.

3.1.2. Prevenção Geral Positiva (integração)

A prevenção geral positiva ou de integração busca a conservação e o reforço da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico.⁹⁶ Tal idéia de prevenção geral se baseia na certeza de que a sanção penal “não se constitui num processo normativo, em razão das várias antinomias existentes, mas se insere num contexto social.”⁹⁷

Com efeito, a influência social sobre a prevenção geral, a partir do finalismo, fez com que ela deixe de ser apenas intimidativa para a sociedade e, amplamente, acresça aos seus fins a confirmação do direito como ordem ética.⁹⁸

Para o finalismo, a missão do direito penal é a proteção incidental de bens jurídicos,⁹⁹ por meio da proteção dos valores fundamentais ético-sociais.¹⁰⁰ Conforme afirma HANS WELZEL¹⁰¹, a missão primária do direito penal não é a proteção atual de bens jurídicos, pois quando tal ramo do direito entra em ação, geralmente já houve o dano ao mencionado bem (já é tarde demais). Sendo assim, a missão do direito penal é de assegurar a vigência real dos valores fundamentais ético-sociais pela sociedade, superando uma visão preventivo-negativa da pena.¹⁰²

Com o advento do funcionalismo,¹⁰³ a teoria da prevenção geral positiva

⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p.91.

⁹⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.51.

⁹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11ª ed. alemã, 4ª ed. castellana. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993, p.285.

⁹⁹ Para HANS WELZEL (*Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11ª ed alemã, 4ª ed. castellana. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993, p.15), precursor do finalismo, bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente.

¹⁰⁰ De acordo com NILO BATISTA (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.115), “WELZEL concebe a missão do direito penal como defesa dos valores ético-sociais elementares da consciência jurídica e só por inclusão defesa dos bens jurídicos, entendidos como estados sociais de preservação juridicamente desejáveis”.

¹⁰¹ *Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11ª ed alemã, 4ª ed. Castellana. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993, p.13.

¹⁰² Segundo HANS WELZEL (*Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11ª ed alemã, 4ª ed. Castellana. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993, p.13), a mera proteção de bens jurídicos tem apenas um fim preventivo, de caráter policial e negativo.

¹⁰³ Cabe lembrar que existem vários “funcionalismos”, desenvolvidos a partir da superação do ontologismo welzeniano e do apriorismo neokantiano. Destacam-se as correntes teleológica político-criminal de ROXIN e a

passa a ter como objetivo garantir as normas e influir em outros processos de controle social, fora do direito penal, considerando sempre o caráter fragmentário e subsidiário da ciência criminal.¹⁰⁴

Segundo a visão funcionalista de direito penal, com a qual o presente trabalho comunga, os fins da pena adquirem “status” de fundamento do sistema penal. Isso, na verdade, é intuitivo, pois se a infração penal é o conjunto de pressupostos da reprimenda estatal, devem ser estes (os elementos do crime e institutos penais correlatos) construídos e delineados tendo em vista sua consequência e os fins desta (a pena estatal).¹⁰⁵

De acordo com ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO¹⁰⁶, “a prevenção positiva pretendeu oferecer os caminhos para a legitimidade da pena, indicando uma função educativa que intervém no foro íntimo do cidadão, no sentido de orientá-lo ao atendimento dos valores vigentes ou para manter sua fidelidade ao direito.” Assim, quando “a reprovação social se concretiza numa sanção, atinge-se o objetivo do direito penal, na sua missão de revalidação dos valores vigentes”, em um específico momento histórico e para um determinado grupo social.¹⁰⁷

Para ROXIN¹⁰⁸, na prevenção geral positiva podem se distinguir três fins distintos, mas entrelaçados entre si: o primeiro é o efeito de aprendizagem, motivado sócio-pedagogicamente. O segundo é o exercício de confiança do direito que se origina na população pela atividade da justiça penal (efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o direito se aplica). O terceiro efeito é o de pacificação, que se produz quando a

normativista sistêmica de JAKOBS. Sobre o assunto, afirma ANABELA MIRANDA RODRIGUES (*Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p.30) que “o espírito do tempo caracteriza-se, efectivamente, por uma profunda transformação do sistema penal, marcada pela onticidade (conceitualista) ligada ao finalismo e pela superação da dominante exasperadamente normativa do neokantismo. São os dias da afirmação, ancorada nas ciências sociais, da *finalidade de prevenção*, geralmente reconhecida como *valor orientador da administração da justiça penal*.”

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Trad. Francis Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1974, p.393.

¹⁰⁵ GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n.7, 2000, p.322.

¹⁰⁶ *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.52.

¹⁰⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.58. Sobre o caráter da prevenção geral positiva de “aprendizagem social” por meio de “tomada de consciência”, cf. LESCH, Heiko. *La Función de la Pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p.28.

¹⁰⁸ *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p.91-92.

consciência jurídica geral se tranqüiliza em virtude da sanção sobre a quebra da lei e considera solucionado o conflito social com o autor do crime.¹⁰⁹

Pelo exposto, constata-se que a prevenção geral positiva é fundamental para justificar a sanção criminal em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, conforme afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹¹⁰, “a doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado no problema dos fins das penas; e, também, um entendimento suscetível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos e para o qual, por conseguinte, não se encontra ainda hoje alternativa viável.”

As diversas vertentes do funcionalismo sustentam a prevenção geral positiva de formas distintas. SANTIAGO MIR PUIG¹¹¹ agrupa tais formas em duas posições: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.¹¹²

Convém destacar que a divisão entre prevenção “fundamentadora” e “limitadora” é um tanto reducionista, pois as diferentes formulações da prevenção geral positiva “vão muito além da ampliação ou limitação do âmbito de incidência do direito penal, já que variam os efeitos atribuídos à pena e também o alcance e a natureza destes efeitos, o que proporciona tentativas de superação da crise da finalidade da pena absolutamente diversas.”¹¹³ Para a análise da prevenção geral positiva poder-se-ia, a exemplo de HELENA REGINA LOBO DA COSTA, fazer uma abordagem pormenorizada de alguns autores paradigmáticos, o que certamente traria um quadro mais detalhado sobre

¹⁰⁹ De forma semelhante se posiciona SANTIAGO MIR PUIG, citando ARMIN KAUFMANN (*Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.64-65).

¹¹⁰ *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p.102.

¹¹¹ *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 129-140.

¹¹² Sobre o tema, cf. PIACESI, Débora da Cunha. *Funcionalismo Roxiniano e Fins da Pena*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.54 e ss; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.234-248.

¹¹³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p.74.

essa finalidade da pena.¹¹⁴ Todavia, por conta de seu caráter extremamente didático, será seguida a divisão proposta por MIR PUIG.

3.1.2.1. Prevenção Geral Positiva Fundamentadora

A visão *fundamentadora* da prevenção geral positiva, defendida por GÜNTHER JAKOBS, considera que a única meta do Direito Penal é garantir a função orientadora das normas jurídicas e compensar a frustração das expectativas sociais. Para garantir as expectativas sociais essenciais, a pena estatal deve produzir “prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma.”¹¹⁵

Segundo essa orientação, a prevenção geral é completamente abstrata, objetivando motivar a comunidade a preservar os valores e a cumprir as expectativas intersubjetivas de vigência das normas; e, conseqüentemente, marginalizando as condutas que se oponham a essa expectativa social.¹¹⁶ A idéia de proteção de bens jurídicos é rejeitada, sendo a revalidação fática da norma penal a única finalidade a ser alcançada pela pena¹¹⁷ (função normativa da sanção).¹¹⁸

Nota-se que de acordo com a visão fundamentadora da prevenção geral positiva, o direito penal acaba por ter a sua atuação ampliada, pois não é limitado pelo parâmetro de atuação conferido pela proteção subsidiária de bens jurídicos, o que acarreta a mesma ilegitimidade da prevenção geral negativa. Assim, torna-se inviável sustentar a

¹¹⁴ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, *passim*. A autora analisa a prevenção geral positiva, fundamentalmente, sob o enfoque de HASSEMER, ROXIN e JAKOBS.

¹¹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Um Novo Sistema do Direito Penal*. Trad: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p.03. Na mesma obra (p.1-60) os autores, discípulos de JAKOBS, analisam de maneira clara e detalhada a prevenção geral positiva fundamentadora defendida por seu mestre.

¹¹⁶ JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: Cuadernos de Conferencias y artículos, Univesidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, n.16,1998, p.31-32.

¹¹⁷ JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – Parte General; Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44 e ss.

¹¹⁸ A crítica precursora à concepção de JAKOBS encontra-se em BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. In: Doctrina Penal, año 8, nº 29 a 32, 1985. Respondendo as críticas de ALESSANDRO BARATTA, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Um Novo Sistema do Direito Penal*. Trad: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Barueri: Manole, 2003, *passim*.

posição fundamentadora no Estado Democrático de Direito, uma vez que ela justifica um direito penal sem limites claros de atuação; sendo, portanto, incompatível com o direito brasileiro.

3.1.2.2. Prevenção Geral Positiva Limitadora

A visão *limitadora* da prevenção geral positiva preocupa-se não apenas em fundamentar, mas também em limitar a intervenção estatal. Trata-se de posição sustentada (de maneiras diferentes) por WINFRIED HASSEMER e CLAUS ROXIN.¹¹⁹ Sob influência de ROXIN, SANTIAGO MIR PUIG também segue essa vertente preventivo-geral positiva, sintetizando de forma clara os seus postulados.

Pois bem, a prevenção geral positiva limitadora parte da premissa de que as outras teorias preventivas (prevenção geral negativa, prevenção especial etc.) tendem a ampliar, sobremaneira, a atuação do direito penal. Dessa feita, respeitando o limite da culpabilidade e os demais princípios penais, e guiando-se pela proteção subsidiária de bens jurídicos, a pena teria como objetivo a reafirmação dos valores da sociedade afrontados pelo crime; valores esses com sede nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Constata-se, com SANTIAGO MIR PUIG¹²⁰, que a visão limitadora da prevenção geral positiva é adequada ao Estado Democrático de Direito, afastando-se as críticas tecidas anteriormente à prevenção geral. Nesse modelo de Estado, o direito penal só tem legitimidade para cumprir uma missão política de “regulação ativa” da vida social (controle social), que assegure o seu funcionamento satisfatório, com a maior liberdade e a menor violência possível, mediante a proteção dos bens fundamentais dos cidadãos. Isso supõe a invencível necessidade de conferir à pena uma função preventiva que preservem os citados bens (prevenção), e não direcionar a atuação da pena a uma hipotética necessidade ético-jurídica de não deixar sem resposta uma infração da ordem jurídica (retribuição). No

¹¹⁹ Para uma análise diferenciadora e pormenorizada das visões de prevenção geral positiva dos citados autores, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p.74-92 (HASSEMER) e 92-106 (ROXIN). Ressalta-se que para HELENA REGINA LOBO DA COSTA tanto a posição de HASSEMER quanto a de ROXIN, ao contrário da posição de JAKOBS, são compatíveis com a dignidade humana que dá lastro ao regime democrático de direito (p.156-159).

¹²⁰ *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 139-140.

mais, para que o Estado não descambe para um viés autoritário, deverá respeitar uma série de limites (em especial o respeito à dignidade humana e ao princípio da culpabilidade) que garantam que a prevenção será exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos (prevenção positiva).¹²¹

Conforme expõe SANTIAGO MIR PUIG¹²², “esta vertente da prevenção geral positiva seria questionável se fosse concebida em termos tais que permitisse ampliar a ingerência do direito penal na esfera de atitude interna do cidadão. Entretanto, também é possível entendê-la como forma de *limitar* a tendência a uma prevenção geral meramente intimidatória que levaria ao terror por meio de um progressivo agravamento da ameaça penal. Este é o caminho correto. Assim, exigir que se busque a prevenção geral não apenas por medo da pena, mas também por uma razoável afirmação do direito em um Estado Social e Democrático de Direito, implicará limitar a prevenção geral por intermédio de uma série de princípios que devem restringir o direito penal neste modelo de Estado. Entre tais princípios encontra-se a exigência de ‘proporcionalidade’ entre o delito e a pena.”

Seguindo o seu raciocínio, MIR PUIG¹²³ cita a oportuna frase de ANTONIO PAGLIARO: “quanto mais justa seja a sanção, maior será o efeito de prevenção geral.” Com efeito, é indubitável que a pena proporcional é a melhor maneira de prevenção geral positiva. Ao contrário da intimidação, que não tem freios, a reafirmação dos valores do ordenamento deve ser proporcional, para transmitir o grau de importância de cada valor violado. De fato, como se poderia convencer a sociedade da gravidade de um homicídio doloso se o Estado apenasse com o mesmo rigor, por razões preventivas, um homicídio culposo ou mesmo um furto?¹²⁴ Assim, a prevenção geral positiva não admite penas desproporcionais, pois apenas a sanção justa reafirma e se coaduna com o sentimento ético

¹²¹ MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982, p.40.

¹²² *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.65.

¹²³ *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, p.65.

¹²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un Futuro la dogmática Juridicopenal?* In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, s/d, p.511.

da sociedade, sendo a proporcionalidade fundamental para a devida reafirmação dos valores perante o corpo social.¹²⁵

Percebe-se ainda que a prevenção geral positiva, além de mais justa, é também mais efetiva do que a negativa. Isso porque a motivação gerada pela reafirmação dos valores da sociedade abalados por fatos especialmente graves é duradora, enquanto que a intimidação tende a ser momentânea e fugaz. Com a prevenção geral positiva há a legitimação comunicativa do ordenamento, revalidando os valores sociais, e não a mera ameaça imposta pela força e desprovida de sentido crítico e construtivo.

Não obstante, conforme acima afirmado¹²⁶, a prevenção geral positiva não precisa ter a sua eficiência comprovada por ser *normativa* e *simbólica*; destacando-se que o caráter simbólico é funcionalmente orientado para a reafirmação dos valores fundamentais da sociedade. Já a prevenção geral negativa, que pretende ser efetiva e palpável, não consegue ter a sua eficiência comprovada, a não ser em casos extremos de ausência de Estado (como no já citado exemplo de greve na polícia na cidade de Salvador em 2001). Esse é mais um fator que fortalece o conceito da prevenção geral positiva como finalidade da pena mais funcionalmente adequada ao momento atual da evolução do direito penal.

Finalmente, é certo que a prevenção geral positiva não instrumentaliza o indivíduo quando sustentada sob um enfoque limitador. Nessa teoria há a harmonização entre as necessidades preventivas da comunidade e o respeito à personalidade do agente criminoso (que também é membro da comunidade), por conta do respeito incondicional às garantias fundamentais do direito penal democrático, com destaque ao princípio da culpabilidade. De fato, segundo a concepção preventivo-geral positiva limitadora, em nenhuma hipótese, mesmo por razões preventivas, pode a pena passar da medida da culpabilidade.

¹²⁵ Quanto ao paralelo entre a proporcionalidade e a prevenção geral, cf. CERZO MIR, Jose. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ara/RT, 2007, p.46; FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.51; ARROYO ZAPATERO, Luis; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. V.1. Barcelona: Praxis, 1994, p.62. Entretanto, é importante que fique claro que o fato da pena proporcional ser melhor para a prevenção geral positiva não significa que a pena deve ser proporcional só por motivos preventivos. Na verdade, a proporcionalidade da pena é imperativo de justiça de um Estado Democrático de Direito que respeita a dignidade humana e os princípios constitucionais, evitando instrumentalizar o ser humano.

¹²⁶ Vide capítulo I 3.1.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que a prevenção geral positiva limitadora é uma finalidade da pena plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, fornecendo à sanção penal uma meta de atuação socialmente produtiva e democraticamente orientada.

3.2. Prevenção Especial

A prevenção especial é a teoria relativa que centra a sua atuação na pessoa que cometeu o crime. A posição de tal teoria é diametralmente oposta à teoria da retribuição, sendo o fim da pena dissuadir o ser humano individualmente considerado da prática de outros delitos. Assim, a idéia de prevenção especial é de impedir ou dificultar a reincidência por meio da atuação sobre o delinqüente que não foi demovido em seu intento criminoso pela prevenção geral.¹²⁷

A prevenção especial encontra suas raízes em PLATÃO que, na obra *Das Leis*, sustenta que nenhum homem sensato castiga porque pecou, mas para que não peque.¹²⁸ Contudo, o surgimento da prevenção especial dentro do Estado moderno é mais recente, sendo posterior ao desenvolvimento das idéias retributiva e preventivo-geral da pena.¹²⁹

Em sua concepção moderna, a prevenção especial surgiu no contexto de crise da sociedade industrial européia do século XIX. Em linhas bastante gerais, com a revolução industrial houve um grande êxodo rural, com conseqüente aumento exorbitante da população urbana. A mudança de paradigmas proveniente da revolução industrial, tais como o crescimento da população, da produção, do consumo, do número de desempregados (exército de reserva de mão de obra) e o exponencial aumento da desigualdade social e da miséria, assim como da exploração dos trabalhadores, trouxe como conseqüência um grande aumento da criminalidade e uma série de distúrbios

¹²⁷ ABEL SOUTO, Miguel. *Teorias de La pena y limites al jus puniendi desde el Estado Democrático*. Madrid: Dilex, 2006, p. 33.

¹²⁸ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p.85.

¹²⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.82.

sociais.¹³⁰

Diante da convulsão social apontada, o Estado se empenha em aumentar a sua atuação na sociedade, distanciando-se, *na esfera penal*, do iluminismo clássico não-intervencionista. O criminoso, por sua vez, negando-se a idéia de livre arbítrio, passa a ser considerado como sendo um indivíduo intrinsecamente perverso e predeterminado, por suas características antropológicas, biológicas e sociais, a praticar crimes.¹³¹ Dessa forma, caberia ao Estado proteger a “sociedade sã” composta por “pessoas de bem” da agressão dos “criminosos degenerados”, sustentando com isso um claro caráter diferenciador da atuação estatal.

A premissa básica da prevenção especial, seja qual for a modalidade (negativa ou positiva), apóia-se na *periculosidade* do indivíduo¹³², com a idéia de que a pena justa é a pena necessária a impedir que o criminoso volte a delinquir.¹³³ De fato, a periculosidade seria a probabilidade de alguém voltar a delinquir, sendo a função da prevenção especial procurar impedir a reincidência ou ao menos diminuir essa probabilidade por meio de medidas de readaptação do criminoso à sociedade (prevenção especial positiva) ou de segregação e inocuização do criminoso inadaptável (prevenção especial negativa).

Nesse contexto, a sanção penal, segundo a visão preventivo-especial, serviria para atingir a pessoa que, ao praticar um crime, demonstrou sua “personalidade deformada”, “atentatória à ordem social” e “potencialmente perigosa”, evitando a reincidência. Através dessa ótica, os autores que defendem a prevenção especial preferem usar o termo medida (espécie de “remédio para os criminosos”) no lugar do termo pena. JUAN BUSTOS RAMIREZ¹³⁴ diferencia bem o conceito de pena do conceito de medida afirmando que “a pena supõe a liberdade ou capacidade racional do delinqüente e parte então de um critério de igualdade geral; a medida, ao contrário, parte do princípio de que o criminoso é um sujeito perigoso, diferente do normal, a quem se deve tratar em suas

¹³⁰ Cf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996, p.80-81.

¹³¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control social y sistema de penas*. Barcelona: PPU, 1987, p.102.

¹³² BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.58.

¹³³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ªed. Buenos Aires: B de F, 2003, p.56.

¹³⁴ *Control social y sistema de penas*. Barcelona: PPU, 1987, p.103.

peculiares características perigosas.”

São três as principais correntes doutrinárias que desenvolveram a prevenção especial e a colocaram no centro do sistema penal ao longo dos séculos XIX e XX: escola positivista italiana, correcionalista espanhola e sociológica alemã de FRANZ VON LISZT.¹³⁵

A *escola positivista italiana* foi a corrente doutrinária que defendeu a prevenção especial de maneira mais incisiva. Trata-se de corrente influenciada pelo positivismo naturalista, com amparo no progresso das ciências e no método empírico.¹³⁶ Surgida da concepção positivista naturalista e determinista de criminoso nato defendida por CESARE LOMBROSO, a escola se desenvolveu por meio de ENRICO FERRI e RAFAELE GAROFALO.¹³⁷

Para LOMBROSO, “o delinqüente é uma espécie do gênero humano que comete crimes, em razão de seus caracteres antropológicos, explicados pelo atavismo. O delito seria um retorno atávico a formas primitivas de humanidade.”¹³⁸ LOMBROSO¹³⁹ propôs que seria possível determinar se uma pessoa é criminosa por suas medidas antropométricas, que indicariam a sua atávica determinação ao crime. O absurdo de sua

¹³⁵ ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES (*Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.680 e ss.) citam ainda o movimento da defesa social, tanto da vertente mais radical de FILIPPO GRAMMATICA quanto da mais moderada de MARC ANCEL, conhecida como nova defesa social. Contudo, tal movimento não constituiu propriamente uma corrente doutrinária, mas sim um movimento político-criminal baseado na defesa da sociedade por intermédio da prevenção especial (vide capítulo II 5.).

¹³⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.681. Segundo GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA (*Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.78-79), “o comportamento humano no meio social era visto desde uma perspectiva técnico-causalista, dentro de um prisma das ciências naturais: o comportamento se encontrava, em suas causas internas e externas, predeterminado. Só quando o homem conhece as leis da natureza pode modificá-las para seu proveito, ou ao menos se adaptar a elas para que causem menores danos. Transportando tal pensamento para as ciências humanas, isso significa pensar que modificando as circunstâncias do cidadão, seus costumes, sua educação e, em geral, tudo que tenha influenciado sua vida, o homem pode ser melhorado, conforme o prisma determinista social.”

¹³⁷ De acordo com MIGUEL REALE JÚNIOR (*Instituições de Direito Penal*. V.1. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.50) “a Escola Positiva teve como principais figuras, LOMBROSO, GARÓFALO e FERRI, sendo uma manifestação compreensível com o desenvolvimento das ciências naturais e a confiança nos métodos empírico-explicativos, dando-se uma volta de 180 graus em face da Escola Clássica, ao vislumbrar o delito não como ente jurídico, mas como fato social a ser explicado por fatores morfológicos e sociais. Busca-se, então, pela análise dos fatos encontrar as leis que regem as condutas humanas.” Para maiores detalhes, Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.15-17.

¹³⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.106.

¹³⁹ Cf. LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

proposta, pretensamente científica e inteiramente refutada pela ciência moderna, dispensa maiores comentários.

FERRI, o maior representante da escola positivista na Itália, propôs a defesa social contra o criminoso perigoso, para reaproveitá-lo o quanto antes na sociedade. Por meio da visão de FERRI, é possível ver a superação da idéia retributiva de punir a “culpa moral”, e a justificativa da pena exclusivamente na periculosidade do indivíduo.¹⁴⁰ O indivíduo, por sua vez, seria pré-determinado ao crime por razões antropológicas, psíquicas e sociais, com ênfase nos fatores sociais.¹⁴¹ Ainda segundo o positivista italiano, a sanção não tem que infligir um castigo proporcional ao ato, mas sim promover a mais eficaz defesa social frente aos delinquentes, visando a reabilitá-los ou segregá-los, conforme o caso.¹⁴²

GAROFALO, considerado um dos precursores da criminologia, contribuiu para a doutrina positivista desenvolvendo o conceito de delito natural e de temibilidade. O delito natural seria uma espécie de conduta essencialmente criminosa, ao longo da história da humanidade, independentemente de conjecturas legais ou meramente culturais de um determinado grupo humano.¹⁴³ Nesse diapasão, o “delito natural passa a ser apresentado como violação daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade, segundo o padrão médio em que se encontram as raças humanas superiores, cuja medida é necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade.”¹⁴⁴ A temibilidade, por seu turno, consiste na “perversidade constante do delinquentes, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria reear por parte do indivíduo perigoso, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção.”¹⁴⁵

Dessa feita, GAROFALO sustenta uma clara concepção defensiva

¹⁴⁰ Cf. FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal*. Trad. José Arturo Rodriguez Muños. Madrid: Réus, 1933, p.573-575.

¹⁴¹ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. Soto y Hernandes. 5ªed. Madrid: s.e., 1930, p.223 e ss; FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001, p.22.

¹⁴² BUSTOS RAMIREZ. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.83.

¹⁴³ GAROFALO, Rafeale. *Criminologia*. Trad. Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira e irmão, 1983, p.1-51.

¹⁴⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.101.

¹⁴⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001, p.22.

preventivo especial da pena, que tem como objetivo impedir os “criminosos perigosos” de afrontar os valores mais caros de qualquer “grupamento humano superior”. É digno de nota que o mencionado autor exacerbou sobremaneira o caráter preventivo especial negativo da pena, ao sustentar a pena de morte para os criminosos “irrecuperáveis”.¹⁴⁶

O *correcionalismo espanhol*, por seu turno, possui sua raiz na teoria do filósofo alemão KRAUSE, difundidas por seu discípulo KARL RÖDER.¹⁴⁷ Para RÖDER o criminoso, por ser um anormal incapaz de fazer escolhas, necessitava de ajuda e não de punição. O crime seria a manifestação da vontade injusta do criminoso.¹⁴⁸ A ajuda que o criminoso necessitava deveria ser dada por meio do direito, que deveria restringir a liberdade do criminoso para evitar influências negativas e para possibilitar um trabalho direcionado à correção com a conseqüente eliminação de sua vontade injusta.¹⁴⁹

A teoria de RÖDER influenciou imensamente a doutrina espanhola que, por conta da tradição católica, sempre viu com bons olhos a “regeneração espiritual” do delinqüente. No correcionalismo espanhol destaca-se a figura de CONCEPCIÓN ARENAL¹⁵⁰, que afirmava que a pena deveria ser destinada a fazer o bem, pois nada justifica que a sociedade ou um indivíduo possa prejudicar alguém.¹⁵¹ Nesse contexto, a pena teria caráter essencialmente correcional, objetivando a expiação, a afirmação da justiça e a educação.¹⁵² JOSE CEREZO MIR¹⁵³ afirma que para CONCEPCIÓN ARENAL estes fins da pena não são contraditórios, pois se harmonizam, já que não haveria correção sem mortificação e castigo. Em suma, para a corrente correcionalista “a pena não se dirige ao homem em abstrato, mas ao homem real, vivo e concreto que se tornou responsável por um determinado crime, revelador de uma determinação defeituosa de vontade (...) a sua

¹⁴⁶ GAROFALO, Rafeale. *Criminologia*. Trad. Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira e irmão, 1983, p.96-109. Para uma crítica abalizada a GAROFALO, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo, RT, 2004, p.287-289.

¹⁴⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p.55-56.

¹⁴⁸ CEREZO MIR, Jose. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ara/RT, 2007, p.132.

¹⁴⁹ CEREZO MIR, Jose. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ara/RT, 2007, p.132.

¹⁵⁰ Cf. ARENAL, Concepción. *Estudios Penitenciários*. 2 v. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. 1895.

¹⁵¹ ARENAL, Concepción. *Estudios Penitenciários*. V.1. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. 1895, p.130-131.

¹⁵² Nota-se que, para os correcionalistas, ao contrário dos positivistas, “não há criminosos incorrigíveis, mas somente não corrigidos” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.116).

¹⁵³ *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ara/RT, 2007, p.134.

finalidade é trabalhar sobre a causa do delito, isto é, a vontade defeituosa, procurando convertê-la segundo os ditames do direito.»¹⁵⁴

PEDRO GARCIA DORADO MONTERO¹⁵⁵, por sua vez, mesclou os postulados da escola positivista italiana com os da correccionalista espanhola, sendo crítico de ambas. Sustentou o jurista espanhol que o direito deveria ser protetor dos criminosos, sendo a pena um bem para o delinqüente, pois deveria corrigi-lo e não puni-lo.¹⁵⁶ Contudo, considerando a pena como um bem para o apenado, ela não deveria ter limite de atuação, justificando-se inclusive a prisão perpétua. Todavia, a criativa orientação do mencionado autor, que inverte a própria essência punitiva do direito penal, não encontrou adeptos entre os juristas, que nunca concordaram com a idéia de um “direito protetor dos criminosos”.¹⁵⁷

Finalmente, temos o grande sistematizador da teoria da prevenção especial, FRANZ VON LISZT¹⁵⁸, precursor da *escola sociológica alemã*. Segundo sua concepção, a prevenção especial pode atuar de três formas: assegurando a comunidade frente aos criminosos, mediante o encarceramento (segregação) que intimide o delinqüente para que ele não pratique mais crimes (intimidação) e preservando o criminoso da reincidência, mediante a correção (ressocialização). ROXIN¹⁵⁹, de forma bastante didática, assim resume a atuação da prevenção especial desenvolvida por LISZT, que objetiva: corrigir o corrigível (ressocialização), intimidar o intimidável (intimidação dos que não necessitam de correção) e tornar inofensivo, mediante a privação de liberdade, os que não são nem corrigíveis e nem intimidáveis (inocuição).¹⁶⁰

As três formas de atuação na teoria de LISZT têm como foco o indivíduo-

¹⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.63.

¹⁵⁵ Cf. DORADO MONTERO, Pedro Garcia. *El Derecho Protector de los Criminales*. 2v. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996, p.83.

¹⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ªed. Buenos Aires: B de F, 2003, p.56.

¹⁵⁸ *La idea del fin en el Derecho Penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle. Bogotá: Temis, 1998, principalmente p.59-63.

¹⁵⁹ *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.20.

¹⁶⁰ Cf. LISZT, Franz von. *La idea del fin en el Derecho Penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle. Bogotá: Temis, 1998, p. 63.

criminoso¹⁶¹, sendo que as diversas estratégias preventivo-especiais se entrelaçam em um modelo global, marcado pela visão sociológica do autor, que supera a visão individualista do direito penal liberal, lastreando uma política intervencionista típica de um Estado Social.¹⁶²

É digno de nota que LISZT teceu suas considerações preventivas no campo da então criada política criminal, que seria o conjunto de atuações do Estado contra o delito e, principalmente, contra o delinqüente que seria portador de uma patologia social que o faria delinqüir, protegendo-se com tais atuações o interesse da “sociedade ordeira”. Assim, LISZT manteve o caráter garantista do direito penal, que deveria ser uma barreira à atuação do Estado em seus intentos preventivos, protegendo o criminoso de uma desmedida atuação estatal. Interessante, por exemplo, que em seu *Tratado*¹⁶³, obra de dogmática penal, LISZT não abre mão de sistematizar garantias penais; enquanto que em trabalhos esparsos, como no já citado *Idéia de fim em direito penal* (conhecido como “Programa de Marburgo”, feito em 1882), ele estipule posições político-criminais severas no combate à delinqüência, sobretudo as chamadas por ele de habitual e por tendência, sustentando a aplicação de medidas pesadas e até desproporcionais no âmbito da execução da pena (momento no qual há certeza por parte do Estado da responsabilidade do criminoso).¹⁶⁴

A visão de LISZT, bastante equilibrada, sobretudo para a época em que viveu, influenciou imensamente a doutrina penal, inclusive a moderna visão funcionalista político-criminal sustentada por CLAUS ROXIN, um dos juristas mais influentes de nosso tempo.¹⁶⁵ Como reflexo marcante da influência de LISZT está o fato de que quando hoje em

¹⁶¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997, p.85-86.

¹⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.170.

¹⁶³ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, *passim*.

¹⁶⁴ Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.191-195. O autor critica veementemente a posição de LISZT que faz com que o submetido à execução penal perca sua condição de sujeito de direitos, estando à mercê de desproporcional reação estatal apenas por se encaixar em um determinado “modelo” de criminoso (habitual ou por tendência). Tal situação, além de desrespeitar a dignidade humana do sujeito submetido à execução, não deixa de configurar um acintoso direito penal do autor.

¹⁶⁵ Cf. ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*; *Franz Von Liszt e a Concepção Político-Criminal do Projecto Alternativo*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, *passim*.

dia se fala de prevenção especial, logo se pensa na concepção preventivo-especial desenvolvida pelo autor.¹⁶⁶

Apesar das diferenças pontuais entre as diversas correntes preventivo-especiais, assim como da diversidade das matrizes filosóficas e ideológicas que as sustentam, é certo que todas as correntes afirmam que o poder punitivo deve estar focado na pessoa que cometeu o crime, considerando as características pessoais do delinqüente em detrimento da análise do fato cometido, que seria, por sua vez, apenas um indicativo da personalidade criminoso do indivíduo.¹⁶⁷ Refuta-se também a culpabilidade, baseando-se a pena na temibilidade ou periculosidade, temporária ou não, do agente, não importando que esse seja imputável ou inimputável.

Há, entretanto, uma diferença significativa entre a posição de LISZT e a das escolas positivista e correcionalista: enquanto a escola sociológica entende que a prevenção especial deve atuar com ênfase na fase de execução penal, os positivistas e correcionalistas sustentam que a prevenção especial é a principal ou mesmo a única finalidade da sanção penal, devendo ser considerada em todas as fases de atuação estatal (incriminação de condutas, aplicação/fixação da pena e execução penal).

Dessa forma, pode-se dizer que o correcionalismo espanhol e o positivismo italiano defendem uma posição extremada da prevenção especial, segundo a qual essa modalidade de prevenção (negativa e/ou positiva) é a fulcral finalidade da pena em todas as fases de atuação penal do Estado. Já a escola sociológica de LISZT possui uma posição limitada da prevenção especial, pois o âmbito de atuação dessa finalidade da pena é adstrito à execução penal.

O mérito da visão preventivo-especial foi a abertura do direito penal para outras ciências, tais como a biologia, a sociologia e antropologia. Outro aspecto positivo foi a importância dada ao indivíduo que cometeu crimes, voltando a atenção do direito para

¹⁶⁶ CURY URZUA, Enrique. *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978, p.685.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.246-246; SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p.40.

o ser humano, objetivando a sua “reinserção” na sociedade.¹⁶⁸ Com efeito, a contribuição histórica da prevenção especial é notável, pois “colocou de manifesto o profundo abismo que separa a teoria da prática e as falhas da primeira, por desconhecer a transcendência do momento concreto de aplicação da pena e sua repercussão no homem também concreto, ao qual tampouco haviam reparado.”¹⁶⁹

Outro aspecto digno de nota em relação à prevenção especial é o seu marcado caráter racionalizante da atuação penal.¹⁷⁰ Mesmo que não se concorde com a premissa diferenciadora preventivo-especial, com seus pressupostos ou mesmo com seus resultados de aplicação prática, é necessário convir que o ponto de partida da prevenção especial é racional, qual seja, o de “evitar a reincidência do autor”, assim como são racionais “a articulação escalonada dos objetivos intermediários que propõe assim como o modo de alcançá-los segundo o tipo de autor de que se trate: intimidação para o delinqüente ocasional não necessitado de correção, correção para o que precise dela e é capaz de ressocialização e inocuidade (enclausuramento) do criminoso incorrigível perigoso”, sem prejuízo das “exigências defensistas (lógicas) de toda a sociedade.”¹⁷¹

Não obstante todas as críticas que possamos fazer à prevenção especial, é inegável que ela influenciou imensamente a ciência penal. Praticamente nenhum autor moderno deixa de conferir à pena alguma finalidade preventivo-especial. Até mesmo JAKOBS, ferrenho defensor da finalidade preventivo-geral positiva da pena, considera que a prevenção especial possui relevância, se bem que complementar à prevenção geral.¹⁷²

As idéias preventivo-especiais exerceram considerável influência no direito penal (inclusive no Brasil), sobretudo na idéia de ressocializar o criminoso

¹⁶⁸ Em sentido análogo, cf. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.86. O autor ainda afirma que a prevenção tem um caráter humanista por “se voltar ao homem real”.

¹⁶⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.683.

¹⁷⁰ Entende-se “racionalizante” no sentido de não se basear em considerações metafísicas, mas sim objetivar pragmaticamente a proteção da sociedade. Nesse sentido, cf. SILVA SANCHES, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.26.

¹⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.683.

¹⁷² JAKOBS, Günter. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.35-36. No sentido que a teoria de JAKOBS é compatível com a idéia de ressocialização, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Um Novo Sistema do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p.25-27.

ocasional.¹⁷³ Tais ideais foram fundamentais na busca de um direito penal mais humano, e influenciou vários penalistas em seus estudos, principalmente no que tange ao estudo da pena concretamente aplicada no plano da execução penal.

Seguindo a concepção de LISZT, a prevenção especial é dividida em negativa (intimidação e segregação) e positiva (ressocialização). É certo que a prevenção especial negativa é, no mais das vezes, combinada com a positiva na posição de diversos autores (quando a ressocialização não é possível, apela-se para a intimidação e para a inocuidade¹⁷⁴). Com efeito, segundo LUIGI FERRAJOLI¹⁷⁵, “o projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correccionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* de reeducação do réu e aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados.”¹⁷⁶ Contudo, não deixa de ser paradoxal que alguém primeiro sustente que a pena seja um “bem” para o condenado, curando-o de sua “inferioridade ética” (prevenção especial positiva), e depois sustente que a mesma pena possa se tornar apenas um “mal” para ele, segregando-o em prol do corpo social se preciso for (prevenção especial negativa).

Por outro lado, há quem afirme que a ressocialização não pode ser considerada sinônimo de prevenção especial (positiva). Para essa posição, a ressocialização seria princípio geral do direito da execução penal, que almejaria um tratamento humano para reinserir o preso à sociedade pelo seu próprio bem, sem levar em consideração o interesse da sociedade que o apenado não volte a delinquir (prevenção especial).¹⁷⁷ Tal posição, francamente minoritária, deve ser refutada, pois contraria a própria essência do

¹⁷³ Cf. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.60-61.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.127.

¹⁷⁵ *Direito e Razão*. 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.246.

¹⁷⁶ A escola correccionalista espanhola pode ser considerada uma exceção à lógica de combinação entre as vertentes preventivo-especiais negativa e positiva, pois os autores dessa escola sustentam que a ressocialização é a única finalidade válida da pena, sendo aplicável à qualquer condenado.

¹⁷⁷ É o que sustenta ANA ISABEL PEREZ CEPEDA (*Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995, p.238), com amparo em BORJA MAPELLI CAFFARENA.

surgimento e desenvolvimento do ideal ressocializador da pena que sempre objetivou, em última instância, impedir ou diminuir as chances de reincidência.¹⁷⁸ Dessa feita, o termo ressocialização será usado como sinônimo de prevenção especial positiva.

3.2.1. Prevenção Especial Negativa (intimidação e inocuização)

Segundo expõe EUGENIO RAUL ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR¹⁷⁹, “as teorias da *prevenção especial negativa* (cujo modelo é GAROFALO) atribuem à pena uma função de eliminação ou neutralização física da pessoa para conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida por uma disfunção, que é o sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade.”

A prevenção especial negativa, seguindo a fórmula de VON LISZT, objetiva intimidar aquele que é intimidável e neutralizar aquele que não o é, preservando o corpo social do seu membro doente, que deve ser segregado ou mesmo eliminado da sociedade. O que importa para essa teoria é a sociedade, sendo o indivíduo descartável na medida em que se torna daninho ao restante da coletividade, em um claro caráter maniqueísta que divide a sociedade entre “pessoas de bem” (que não cometem crimes) e “pessoas do mal” (criminosos que devem ser segregados ou eliminados quando não são “ressocializáveis”).

É inegável que durante o cumprimento da pena privativa de liberdade o indivíduo fica, teoricamente, impedido de cometer crimes; se bem que a prática vem desmentindo isso, considerando os diversos crimes cometidos dentro do presídio e do presídio para fora por meio de modernos meios de comunicação. Por outro lado, apesar de não haver provas empíricas, pode ser que algumas pessoas sejam intimidadas a não

¹⁷⁸ Cf. ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p.21 e ss.

¹⁷⁹ *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.116. Possui subdivisão em letras no original.

reincidir após serem submetidas a sanções criminais; embora os elevados índices de reincidência desmintam tal hipótese.¹⁸⁰

No entanto, apesar da natureza de segregação da pena privativa de liberdade¹⁸¹, e de eventual intimidação individual que qualquer tipo de pena venha a ocasionar, fica claro que a *pena* no Estado Democrático de Direito não pode ser justificada pela prevenção especial negativa.

Quanto à *segregação e inocuização* do indivíduo, a primazia do social em completo detrimento do indivíduo, que se torna peça descartável da sociedade quando apresenta algum “defeito”, é claramente desumana, sendo incompatível com o modelo de Estado em apreço, que não tolera tal grau de instrumentalização do ser humano. No mais, a idéia de eliminação da pessoa que não se enquadra no perfil social ou mesmo a impedimento de sua liberdade de expressão fere o pluralismo que caracteriza a democracia.¹⁸²

Sobre o aspecto *intimidativo* da prevenção especial negativa, justificar a pena na intimidação do indivíduo dá motivo às mesmas críticas tecidas quando da análise da prevenção geral negativa¹⁸³, a respeito do descabido aumento do alcance do poder punitivo e da falta de provas da efetividade da intimidação individual.

De fato, a punição com o único intuito de intimidar, sem qualquer outro limite, facilita o aumento desmesurado e desproporcional da atuação estatal, eliminando o caráter garantista que deve ter o direito penal em um Estado Democrático de Direito.¹⁸⁴ Da mesma forma, não há provas de que a aplicação de uma pena extremamente severa intimide alguém a não reincidir. A propósito, a severidade da pena pode inclusive se tornar um fator psicológico incentivador da reincidência, seja porque o apenado se sente revoltado e injustiçado por uma pena desproporcional, seja porque a pessoa submetida a uma longa pena privativa de liberdade, sem perspectiva nenhuma de melhorar a sua

¹⁸⁰ Os índices de reincidência brasileiros serão analisados no capítulo II 6.3.

¹⁸¹ A prisão é a única pena permitida no Estado Democrático de Direito que tem a característica de segregação, o que aconselha que ela seja aplicada excepcionalmente. As penas restritivas de direito e pecuniárias não possuem tal característica.

¹⁸² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.81.

¹⁸³ Vide capítulos I 3.1. e I 3.1.1.

¹⁸⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.82.

situação, tende a considerar que não tem mais nada a perder se continuar cometendo crimes dentro da prisão.

Pelos motivos expostos, é certa a impossibilidade da prevenção especial negativa em justificar a finalidade da pena no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, isso não é impeditivo para que determinadas *medidas disciplinares* no âmbito da execução penal das penas privativas de liberdade tenham finalidade segregadora, ou seja, preventivo-especial negativa.

Com efeito, em casos excepcionais, é razoável que o condenado que esteja efetivamente colocando em risco a segurança do estabelecimento prisional e da sociedade, assim como a integridade física dos demais sentenciados, seja temporariamente segregado da convivência com outros presos, por meio da imposição de sanções disciplinares. Tais medidas são especialmente válidas nos casos de presos pertencentes a facções criminosas, muitas vezes envolvidos em condutas de singular gravidade, e que precisam ser afastados dos demais presos para evitar que exerçam maior influência sobre o restante da população carcerária.

Ampara-se esse raciocínio na ponderação entre os direitos fundamentais do condenado e os direitos fundamentais que ele eventualmente venha a ameaçar ou lesionar com o seu comportamento. De todo modo, nunca qualquer medida disciplinar pode afetar a dignidade humana do sentenciado, ofendendo sua integridade física e moral (artigo 45, parágrafo 1º, da Lei de Execução Penal), caso contrário será incompatível com o regime democrático previsto na Constituição Federal.¹⁸⁵

Em suma, apesar de estar de acordo com a Constituição a existência de sanções disciplinares com finalidade de segregação, não é possível sustentar a prevenção especial negativa como finalidade da pena no ordenamento brasileiro, por absoluta incompatibilidade com a Constituição Federal.

¹⁸⁵ Nesse sentido, a Lei de Execução Penal expressamente prevê o princípio da legalidade das faltas e sanções disciplinares (artigo 45, *caput*), veda sanções cruéis como a cela escura (artigo 45, parágrafo 2º) e não permite sanções coletivas, que feririam a individualidade da pena (artigo 45, parágrafo 3º).

3.2.2. Prevenção Especial Positiva (ressocialização)

A ressocialização surge como uma postura superadora da posição retributivista segundo a qual a pena seria a mera imposição de um mal ao infrator por ter este praticado um crime.¹⁸⁶ Com caráter supostamente humanista, a ressocialização sustenta que a pena “deve também significar a esperança de um bem haurido pelo condenado, não como um prazer – o que seria absurdo – mas como um antídoto para o futuro.”¹⁸⁷

De acordo com EUGENIO RAUL ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA e ALEJANDRO SLOKAR¹⁸⁸, “as versões positivistas da prevenção especial positiva (cujos modelos são FERRI, VON LISZT, ANCEL) (...) atribuem à pena a função de reparar a inferioridade perigosa da pessoa para mesmos fins, diante dos mesmos conflitos, e na medida necessária para a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção etc. (o chamado conjunto de ideologias *re*).”¹⁸⁹ Já “as versões moralizantes (cujo modelo é RÖDER) atribuem à pena a função de melhoramento moral da pessoa para impulsionar o progresso ético da sociedade e da humanidade em seu conjunto diante de ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem um sintoma de inferioridade ética) e na medida necessária para superar essa inferioridade.”

A finalidade ressocializadora tem sua origem com a pena privativa de liberdade.¹⁹⁰ Com o surgimento da prisão como sanção penal¹⁹¹, surge a questão do que

¹⁸⁶ Sobre os antecedentes históricos e o desenvolvimento sociológico recente do ideal ressocializador, cf. CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.35 e ss.

¹⁸⁷ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ªed. São Paulo: RT, 1998, p.228.

¹⁸⁸ *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.116. Possui subdivisão em letras no original.

¹⁸⁹ No presente estudo, os termos ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção e outros usados para se referir à prevenção especial positiva, serão considerados como sinônimos, por ser desnecessário tentar estabelecer diferenças, de todo artificiais, entre os conceitos. Em sentido contrário, fornecendo, de forma pouco convincente, sentidos diversos para os citados termos, cf. FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *El tratamiento penitenciario ressocializador*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.) *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995, p.99.

¹⁹⁰ Sobre a temática da prisão é obrigatória a referência a FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. 24ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001, *passim*. Sobre as instituições totais em geral, conceito no qual se encaixa a prisão e outros estabelecimentos fechados de cumprimento de pena, cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996, especialmente p.13-69.

¹⁹¹ Nos primórdios, a prisão era apenas um modo de assegurar a posterior pena corporal ou de morte que seria aplicada. A prisão como pena autônoma surge com o Estado capitalista moderno, objetivando o aproveitamento da mão de obra barata dos prisioneiros. Sobre a transformação da prisão-custódia em prisão

fazer com o tempo ocioso do apenado.¹⁹² Como a ociosidade não é útil nem para a sociedade e nem para o próprio condenado, procura-se direcionar o tempo da pena para que seja racionalmente aproveitado. Partindo da premissa de que o condenado irá retornar para a sociedade, a pena busca a sua reinserção ao corpo social, incentivando atividades produtivas e educativas que serão úteis no meio livre.¹⁹³ Assim, “com o aparecimento em massa de presídios destinados ao cumprimento da pena, passa a pena privativa de liberdade a ter conotação corretiva e de reinserção social futura, sanados os defeitos, através do trabalho e da reflexão.”¹⁹⁴

Sem dúvida, o pensamento da prevenção especial ganhou a projeção que tem hoje na doutrina nacional e internacional, por conta de “seu afã construtivo, ressocializador e humanitário ao prestar (ou tendencialmente querer prestar) ajuda e assistência ao delinqüente.”¹⁹⁵ De fato, a finalidade de evitar a reincidência é racional, sendo o método para tanto (reintegração do indivíduo à sociedade), ao menos a primeira vista, humanista e construtivo. HASSEMER¹⁹⁶ chega a afirmar que um “direito penal voltado para as conseqüências tem necessariamente que ser um direito penal da recuperação e do tratamento, um direito penal da ressocialização.”¹⁹⁷ JESUS MARIA SILVA SANCHEZ¹⁹⁸, por

sanção, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*, 3ªed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.21-31.

¹⁹² HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.99.

¹⁹³ No sentido que a prisão é útil para a consecução de fins “pedagógicos” ou “curativos”, cf. BUENO ARUS, Francisco. *La resocializacion del delicuyente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciário*. In: *Actualidad Penal*, Madrid, n.5, semana: 26 de janeiro a 1 de fevereiro, 1987, p.235.

¹⁹⁴ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.49.

¹⁹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.683. FRANCISCO MUÑOS CONDE (*Direito Penal e Controle Social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.74) noticia que “a imposição de horrores durante a Segunda Guerra Mundial e o abuso de castigo no direito penal, inclusive na eliminação física de grupos humanos inteiros, contribuíram, sem dúvida, para o renascimento de idéias humanísticas e a configuração de um direito penal mais humano como instrumento a serviço da ressocialização, antes que do castigo dos delinqüentes. Por outro lado, o progresso das ciências da conduta e, portanto, das técnicas de manipulação do comportamento humano tampouco foi alheio a esta evolução que se traduziu em sistemas penitenciários e de controle sociais mais sutis e sofisticados que os cárceres tradicionais, mas não menos eficazes.”

¹⁹⁶ *História das Idéias Penais na Alemanha do Pós Guerra*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.38.

¹⁹⁷ Para HASSEMER, a proteção de bens jurídicos, que ele considera ser a missão do direito penal, só será eficiente se focar na evitação de novas lesões por parte do delinqüente, por meio de da prevenção especial positiva.

¹⁹⁸ *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.28.

sua vez, afirma que o ideal ressocializador não é apenas uma finalidade da pena legítima, mas sim uma necessidade indispensável para um direito penal humanista.

Outro fator relevante para a disseminação do ideal ressocializador é o referente à crise de legitimação do poder punitivo no Estado contemporâneo. Com efeito, o Estado necessita de sólida fundamentação para atingir os direitos fundamentais de qualquer cidadão, mesmo que ele tenha praticado crimes; fundamentação essa que, no Estado Democrático de Direito, não poder ser inferida de razões metafísicas. Dessa forma, a ressocialização surge como opção produtiva à intervenção penal estatal, justificando-a pragmaticamente ao afirmar que a pena visa ao “bem” tanto do condenado quanto da sociedade. Nesse diapasão, a ressocialização “livra o estado punitivo da imagem de ódio do guarda do calabouço e divide com ele a dignidade do médico.” Assim, “a solução ‘curar ao invés de punir’ não é somente um pleito derivado do sentimento de humanidade; ela é também a saída de emergência de uma crise de legitimação estatal, a qual conduz à certeza de que a execução penal será aquilo que um criminoso razoável deveria esperar para si.”¹⁹⁹

Ao analisar os diversos autores e escolas penais que sustentam a prevenção especial positiva, desde o primórdio das teorias ressocializadoras até as modernas correntes funcionalistas, é possível constatar duas classificações fundamentais dentro da finalidade ressocializadora da pena: quanto ao momento e quanto ao modo de atuação da ressocialização.

A respeito do *momento de atuação*, a finalidade ressocializadora pode ser extremada ou limitada. A posição extremada sustenta que a ressocialização é a principal ou mesmo a única finalidade da pena, com ampla relevância em todas as fases de atuação penal estatal. Tal posição possui raízes na escola correcionalista espanhola. Para os correcionalistas, qualquer criminoso é ressocializável, devendo o Estado perseguir essa meta (ressocialização) em todas as fases nas quais o aparato punitivo atua.²⁰⁰

¹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.233.

²⁰⁰ Destaca-se que o positivismo italiano, apesar de considerar a prevenção especial como sendo a finalidade primordial da pena, sustenta que existem criminosos incorrigíveis, que seriam abarcados pela prevenção especial negativa e não pela ressocialização. Assim, a escola correcionalista pode ser considerada como sendo a única escola que defende a “ressocialização” como finalidade exclusiva da pena.

A posição limitada, por sua vez, defende que a ressocialização é uma das finalidades da pena, com atuação restrita à fase(s) específica(s) de atuação do poder estatal (para a doutrina majoritária, essa fase seria a execução penal). Conforme já abordado²⁰¹, a escola sociológica de LISZT é precursora em sustentar a prevenção especial (no que se inclui a ressocialização) como sendo finalidade basicamente da execução penal, não tendo a ressocialização relevância sensível nas demais fases de atuação estatal.

Quanto ao *modo de atuação*, a prevenção especial positiva é subdividida em programa máximo e mínimo de ressocialização. Essa subdivisão leva em consideração *a maneira que o Estado age na condução do programa ressocializador* (reforma da esfera íntima ou da atitude social do apenado) e também o *respeito ou não à autonomia de vontade do indivíduo submetido a tais programas*.

Pelo exposto, a ressocialização pode ser dividida entre extremada e limitada (momento de atuação) e entre programa máximo e mínimo (modo de atuação), sendo possíveis combinações entre as diferentes categorias de momento e de modo de atuação (posição extremada/programa máximo, posição extremada/programa mínimo, posição limitada/programa máximo e posição limitada/programa mínimo).²⁰² As críticas à finalidade ressocializadora, assim como o seu paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro, serão feitas em tópicos separados.²⁰³

4. Conclusão

Feita a análise das finalidades da pena, fica extrema de dúvidas a incompatibilidade das teorias retributiva e preventivo-negativas com o Estado Democrático de Direito. Por conta dos defeitos acima apontados, tais finalidades da pena não podem ser levadas em consideração na doutrina e na prática do direito penal de qualquer sistema jurídico democrático.

²⁰¹ Vide capítulo I 3.2.

²⁰² Na parte II serão retomadas as diferentes classificações da ressocialização, com o objetivo de melhor analisar criticamente essa finalidade da pena.

²⁰³ Cf. parte II do presente trabalho.

Nesse diapasão, distingue-se a prevenção geral positiva como teoria constitucionalmente compatível e socialmente construtiva para a finalidade da pena. Não obstante, mesmo essa teoria não pode ser sustentada de maneira ilimitada, a exemplo do que ocorre com a prevenção geral positiva fundamentadora.

A prevenção geral deve ser limitada pelos princípios penais e constitucionais, com destaque à culpabilidade, proporcionalidade e ao respeito incondicional à dignidade humana, fundamento maior de qualquer regime democrático.²⁰⁴ É o que ocorre com a *prevenção geral positiva limitadora*, finalidade da pena que consegue sustentar um equilíbrio adequado entre o interesse preventivo de reafirmação da ordem jurídica vigente e os direitos fundamentais de todos os cidadãos, submetidos ou não ao jugo punitivo do Estado.

Resta ainda uma questão: saber se a ressocialização (prevenção especial positiva), no contexto do Estado Democrático de Direito, pode substituir a finalidade preventivo-geral positiva, ou mesmo se é possível sustentar a ressocialização como uma das finalidades da pena no âmbito restrito da execução penal. Tal questão será equacionada em tópicos próprios, a seguir expostos.

²⁰⁴ Vide capítulo II 6.4.

II – RESSOCIALIZAÇÃO, EXECUÇÃO PENAL E O DIREITO BRASILEIRO

1. Considerações iniciais

Desde a sua origem até os dias de hoje a ressocialização encontrou e ainda encontra notável aceitação tanto no plano doutrinário quanto no sistema legal de diversos países. Mesmo não tendo hoje em dia a primazia que tinha no passado, sobretudo no auge da teoria positivista italiana no começo do século XX, a esmagadora maioria da doutrina ainda sustenta ter a ressocialização alguma função no direito penal.

Por outro lado, não foram poucas as críticas feitas à finalidade ressocializadora. Por causa destas críticas, a doutrina favorável à ressocialização procurou adaptar essa finalidade da pena, mudando o seu modo e momento de atuação.

Pois bem, com base nos diferentes modos e momentos de atuação, o presente trabalho passa a analisar a compatibilidade da ressocialização com o Estado Democrático de Direito. A abordagem será feita da seguinte forma: em primeiro lugar, serão estudados os programas máximo e mínimo de ressocialização, que versam sobre o modo de atuação da prevenção especial positiva. Em seguida, serão abordadas as concepções extremada e limitada de ressocialização, sob a ótica dos programas supra. Será dado especial destaque à concepção limitada que é seguida pelo ordenamento jurídico de diversos países, incluindo o Brasil. Por fim, será estudada especificamente a compatibilidade da ressocialização com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. Programa máximo

O programa máximo ressocializador caracteriza-se pela máxima intervenção do Estado na esfera íntima do indivíduo, conformando a sua existência de modo que ele não pratique mais crimes. Procura impor um padrão ético-moral de comportamento considerado como “normal”, sendo que a pena terá como finalidade a

“emenda moral do criminoso, com a imposição da adesão, por parte deste, aos padrões morais entendidos como desejáveis pela sociedade.”²⁰⁵

Tal programa também se distingue pelo absoluto desrespeito à autonomia da vontade do indivíduo submetido à pena, que pode ser obrigado, a todo custo, à aceitação do padrão social que lhe é imposto. O término da pena de prisão, por exemplo, pode ser condicionado à aceitação incondicional da “ressocialização” imposta pelo Estado.

Nesse contexto, é revelador o paralelo feito pelo programa máximo entre o tratamento médico e a sanção penal: o primeiro busca a “cura física” do paciente e o segundo a “cura espiritual do apenado”. Tal qual um tratamento médico, a pena não poderia ter limites, devendo ser cumprida até que ocorresse a efetiva “cura” do criminoso.²⁰⁶ Nesse sentido, afirma ROBERTO LYRA²⁰⁷ que “a fixação, na sentença, do termo da pena é absurda em si mesmo, como se o médico fixasse antecipadamente os dias de internação forçada em hospital, devendo o doente aí permanecer mesmo depois de curado ou ainda enfermo.”

Enfim, no programa máximo o apenado é reduzido a objeto da execução, que deve ser moldado de acordo com a conveniência de um suposto conceito social de normalidade imposto por quem quer que esteja no controle do Estado. Nota-se que essa concepção de programa foi sustentada por todas as principais correntes preventivo-especiais em suas origens (positivismo italiano, correcionalismo espanhol e escola sociológica alemã). Conforme pôde ser visto²⁰⁸, autores como FERRI, CONCEPCIÓN ARENAL, DORADO MONTERO e LISZT sustentam em suas obras que a finalidade ressocializadora da pena ou da medida de segurança tem absoluta primazia em relação ao indivíduo, impondo ao condenado os “padrões sociais dominantes”, com o objetivo de curá-lo de sua inferioridade ética.

Em síntese, pelo programa máximo há a *imposição* ao condenado do tratamento ressocializador. O objetivo do tratamento, por sua vez, é a *reforma da esfera*

²⁰⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.86.

²⁰⁶ A respeito do paralelo entre a execução da pena (espécie de “tratamento espiritual”) e o tratamento médico, cf. por todos, DORADO MONTERO, Pedro Garcia. *El Derecho Protector de los Criminales*. V.1. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p.192.

²⁰⁷ *Comentários ao Código Penal*. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p.44.

²⁰⁸ Vide capítulo I 3.2.

intima do apenado, que deve se arrepender do que fez e passar a sinceramente respeitar os valores sociais.

Hoje em dia, praticamente a totalidade dos autores rejeita o programa máximo de ressocialização por conta de sua flagrante incompatibilidade com um regime democrático e pluralista.²⁰⁹ No entanto, diversos postulados do programa máximo, sobretudo na esfera executiva, como a necessidade de submissão do apenado ao “tratamento” prisional para progredir de regime, a idéia do trabalho como dever do apenado, ou a demonstração da cessação da “periculosidade” para obtenção do livramento condicional, ainda encontram amparo legal, e são sustentados por diversos autores e pela jurisprudência.²¹⁰

3. Programa mínimo

Tentando conciliar a ressocialização com o Estado Democrático de Direito, surge o programa mínimo de ressocialização, com uma nova visão da execução penal. Este programa parte da premissa de que “se a justificativa da prevenção especial bate-se pela não-reincidência, que sejam tomadas apenas as medidas necessárias para tal escopo, com a menor incidência estatal possível na esfera de direitos do agente que, se por um lado deve prestar os cuidados necessários para que o agente possa viver sem cometer novos crimes, por outro deve respeitar seus direitos de livre pensamento, adoção de valores e forma de ver o mundo.”²¹¹

O programa mínimo objetiva conciliar a liberdade do indivíduo com a ordem social. Segundo essa teoria, o indivíduo não é manipulado, mas tem a condição de reintegrar-se à sociedade, em meio a uma atuação penal (normalmente feita na fase

²⁰⁹ Ainda defendendo no Brasil uma espécie de programa máximo, se bem que matizado por limites advindos do Estado Democrático de Direito, cf. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.154 e ss. O autor sustenta que a proposta do programa mínimo (a seguir abordado) de não-reincidência é inadequada para a prevenção especial da criminalidade, o que justificaria a reeducação ética do indivíduo por meio da execução penal.

²¹⁰ Nota-se que o programa máximo pode ser aplicado sob uma concepção extremada de ressocialização, a exemplo do que sustentam as escolas positivista e correcionalista, assim como pode ser instituído apenas no âmbito da execução, conforme os postulados da escola sociológica de LISZT. Como destacado, diversos institutos da execução penal ainda são inspirados no programa máximo, o que bem demonstra a importância que atualmente permanece tendo tal programa, sob uma concepção limitada de ressocialização.

²¹¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004, p.90.

executiva) que respeita a sua inerente dignidade humana. A reintegração à sociedade é promovida pelo Estado, que deve oferecer (não impor) aos criminosos meios para voltar ao convívio social, por intermédio da conscientização.²¹² Nesse sentido afirma PAULO DE SOUZA QUEIROZ²¹³ que “embora não seja a missão do Estado moralizar seus jurisdicionados, por meio da violência dos instrumentos punitivos, é dever seu proporcionar, e sem pretender alterar seus esquemas de valores, as condições necessárias à reintegração do cidadão infrator à vida social, quando disso necessite”. Sendo assim, o fim da pena preventivo especial é “construtivo”, em uma tentativa de “reordenar o conceito valorativo do condenado.”²¹⁴

Por não se tratar de imposição, o apenado não deve ser punido se não aceitar o “programa ressocializador” oferecido pelo Estado, o que não impede que ele seja “incentivado” a tanto. Isso interfere decisivamente na estrutura da apuração de faltas disciplinares e na obtenção de benefícios da execução.

Em suma, pelo programa mínimo há o *oferecimento* ao condenado do tratamento ressocializador. Por sua vez, o tratamento tem como objetivo a *reforma da atitude social do apenado*, para que ele não cometa mais crimes, não importando se ele intimamente respeita ou não os valores sociais.

Conforme já assinalado, praticamente a totalidade dos autores modernos que defendem a ressocialização como finalidade da pena (ou seja, praticamente todos os autores), sustenta que o único modelo de ressocialização compatível com o Estado Democrático de Direito é o programa mínimo. Esses mesmos autores afirmam que esse programa deve atuar na fase executiva, em uma concepção limitada de ressocialização.²¹⁵

Todavia, é mister ressaltar que, na prática, todo programa ressocializador é, de certo modo, “máximo”, ao condicionar benefícios da execução à ressocialização do apenado ou quando, de forma eufêmica, “incentiva” a ressocialização ao “condicionar

²¹² CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.62.

²¹³ *Funções do Direito Penal*. 2ªed. São Paulo: RT, 2005, p.121.

²¹⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.65.

²¹⁵ Na pesquisa para o presente trabalho, não foi encontrado nenhum autor que sustente o programa mínimo sob uma concepção extremada de ressocialização, apesar disso, em tese, ser possível.

benefícios” da execução à “conscientização” e à “reordenação do conceito valorativo” do condenado. Adverte-se, com ROBERTO BERGALLI²¹⁶, que sobretudo sob a coação da prisão, raramente um consentimento do apenado é absolutamente espontâneo, pois existem numerosas formas de ameaças, mais ou menos explícitas, que viciam qualquer consentimento.

Nesse sentido, MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA²¹⁷ ao analisar a Lei Penitenciária espanhola, que afirma ser a ressocialização um oferecimento livre de qualquer coação (programa mínimo de ressocialização), de forma incisiva aponta-a como sendo “hipócrita” e “falaciosa”, por condicionar diversos benefícios, como a liberdade condicional, à “participação de atividades de reeducação e reinserção social, organizadas no estabelecimento prisional.”²¹⁸ Por sua vez, FRANCISCO MUNÓS CONDE²¹⁹ faz análise semelhante da Lei Geral Penitenciária alemã que, não obstante afirmar que o condenado participará voluntariamente do tratamento ressocializador (programa mínimo), prevê sanções no caso de descumprimento das metas ressocializadoras por parte do apenado. Assim, fica claro que mesmo os programas ressocializadores considerados “mínimos” possuem caráter coativo, tendo, portanto, grande semelhança com os programas máximos.

Na prática, não há notícia de algum ordenamento jurídico no qual o tratamento seja completamente espontâneo. Assim, ao que parece, nunca foi aplicado um programa mínimo realmente “puro” (não impositivo). Todavia, isso não será impeditivo para que seja estudado o conceito de programa mínimo inteiramente não impositivo, até mesmo para que seja ponderada a sua adequação no âmbito do Estado Democrático de Direito, quando da abordagem das concepções extremada e limitada de ressocialização.

²¹⁶ *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1976, p.67.

²¹⁷ *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p.146.

²¹⁸ Em sentido contrário, de forma pouco convincente, cf. ALBERGARIA, Jason. *Criminología: teoría e práctica*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p.281-283.

²¹⁹ *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In: *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979, p.637-638.

4. Concepção extremada de ressocialização: ressocialização como principal finalidade da pena

A concepção extremada da ressocialização (também chamada de “pura” e de “ilimitada”) sustenta que a meta ressocializadora é a principal ou mesmo a única finalidade da pena, afastando ou reduzindo drasticamente a importância de qualquer outra finalidade da sanção penal e, do mesmo modo, de qualquer limite de atuação do poder punitivo estatal.

Segundo a lógica da concepção extremada, se a pena for imposta com o fim de ressocializar o sujeito, a duração e a intensidade da sanção devem ser graduadas fundamentalmente de acordo com tal objetivo. Como consequência, a pena não pode ter um término determinado e muito menos ser proporcional à gravidade do crime cometido.²²⁰

Isso ocorre porque pela concepção ressocializadora ilimitada, a pena passa a ser vista como um “tratamento” para a “melhora social” do indivíduo. Dessa feita, a sanção penal tende a tornar-se indeterminada, pois, conforme as supostas necessidades do “tratamento ressocializador”, a pena pode ser indefinidamente protelada.²²¹ Há autores, inclusive, que afirmam ser impossível sob o prisma ressocializador puro determinar a duração da pena na fase executiva.²²²

Na raiz da falta de limites da concepção extremada da ressocialização está a convicção de que a pena seria um “bem” para o criminoso, não sendo necessário limitá-la por estar sendo aplicada em seu próprio interesse.²²³ Conforme ressalta PAULO DE SOUZA QUEIROZ²²⁴, “é de se convir, ainda, que, ao supor uma concepção do poder punitivo

²²⁰ CURY URZUA, Enrique. *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978, p.686.

²²¹ CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.39.

²²² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.198. Indicando que o declínio do ideal ressocializador em certos países (Holanda e países escandinavos) se deu, pelo menos em parte, por conta da combinação ressocialização/pena indeterminada, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p.43.

²²³ Criticando a diminuição de garantias penais e processuais gerada pela concepção da pena como um “bem” para o apenado, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.126-127.

²²⁴ *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, p.60. Parênteses nosso.

como um bem metajurídico – o Estado pedagogo ou terapeuta – e simetricamente do delito como um mal moral ou enfermidade natural ou social, tais doutrinas (ressocializadoras) se revelam as mais antiliberais e antigarantistas, a justificar modelos de direito penal máximo e tendencialmente ilimitado.”²²⁵ Por outro lado, se for entendido que a pena é intrinsecamente um “mal” e não um “bem” com propriedades terapêuticas, fica clara a lógica de que é preciso restringir a atuação do direito penal ao máximo, apenas para o estritamente necessário, evitando sua desmedida (e desnecessária) expansão.²²⁶

FIGUEIREDO DIAS²²⁷, apesar de considerar viável a ressocialização em seu viés de programa mínimo, objetivando apenas a não reincidência, adverte que “mesmo nesta acepção, porém, o pensamento da prevenção especial não se pode assumir como finalidade *única* ou mesmo *primordial* da pena.”²²⁸ Fosse assim e teria então de se concluir que a pena deveria durar por todo o tempo em que ainda persistisse a perigosidade social do delinqüente, em que a sua socialização não tivesse sido lograda (uma pena, por conseguinte, de duração absolutamente indeterminada). O que, se por sua vez se ligar à idéia da ‘incurrigibilidade’ de certos delinqüentes, conduziria à solução monstruosa de se aplicarem a pequenos delitos – para cuja prática repetida, porém, o delinqüente possui uma tendência incontrolável (...) – penas de separação, de segurança ou de inocuização (máxime, penas de prisão) perpétuas (quando não se pensasse na própria pena de morte!).”

É digno de nota que a ressocialização, quando desprovida de limites, vulnerabiliza o direito penal do fato, dando suporte a um direito penal do autor. Sob um viés ressocializador puro, mais importa para a aplicação e mensuração da pena o autor do fato do que o fato em si.²²⁹ Sem dúvida, para esta concepção de ressocialização, o fato só tem relevância como “sintoma de periculosidade e capacidade de melhora”²³⁰, gerando um

²²⁵ Em sentido similar, cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal: Parte Geral*. Barueri: Manole, 2003, p.102.

²²⁶ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.39.

²²⁷ *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p.106. Em sentido similar, se bem que negando qualquer finalidade ressocializadora da pena, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.252.

²²⁸ Ressalta-se novamente que, via de regra, os autores que defendem a concepção extremada de ressocialização propugnam também um programa máximo de ressocialização. Contudo, conforme elucida FIGUEIREDO DIAS, é plenamente possível defender um programa mínimo sob a concepção extremada.

²²⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general; fundamentos y teoria de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.31-34.

²³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.197.

terreno propício para o direito penal do autor. No entanto, conforme bem recorda ALBERTO SILVA FRANCO²³¹, o direito penal do autor “é um caminho aberto a todo tipo de totalitarismo e o direito penal acolhedor desse princípio não encontra forma de acomodação à idéia de um Estado de Direito.”

Aliás, a grande crítica que pode ser feita à concepção extremada de ressocialização é justamente a referente à supervalorização da periculosidade do indivíduo em detrimento do princípio da culpabilidade. Seguindo essa concepção, o ideal ressocializador “viola o princípio do fato (direito penal do fato), visto que ao pretender privilegiar, em nome da periculosidade do infrator, o tratamento criminal, em detrimento do comportamento delituoso praticado, necessariamente conduzirá a soluções as mais díspares e injustas, porquanto, independentemente da danosidade ou gravidade do fato cometido, a pena ou a medida de segurança poderá ser mais longa para os ‘mais perigosos’ e mais curtas para os ‘menos perigosos’ (direito penal do autor).”²³² No mais, sendo decisiva a “periculosidade” do agente e não sua “culpabilidade” pelo crime, a posição extremada da ressocialização acaba justificando as medidas de segurança “pré-delituais”, a serem aplicadas independentemente da prática de algum crime revelador da suposta periculosidade, esmigalhando qualquer garantia que o indivíduo possa ter perante o poder estatal.²³³

Cabe ressaltar que o conceito de periculosidade penal dos imputáveis (pessoas adultas e mentalmente sãs), defendida como determinação natural para o crime, não pode ser constatada empiricamente.²³⁴ De fato, a idéia de prognose de reincidência que ampara a “periculosidade” de imputáveis, além de dogmaticamente não definida é empiricamente não apurável.²³⁵ Conforme lecionam ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLAVIO GOMES²³⁶, “as bases do juízo de periculosidade são, ademais, muito imprecisas, e, conforme nossos atuais conhecimentos empíricos, carecemos de informação

²³¹ In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.47.

²³² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, p.58.

²³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.689.

²³⁴ Para uma crítica incisiva e fundamentada da periculosidade de agentes imputáveis, cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.69-78.

²³⁵ Sobre o problema da prognose de reincidência no direito brasileiro vigente, vide capítulos III 2.1. e III 2.2.

²³⁶ *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.685.

para pronunciar referido prognóstico e aplicar a pena ‘idônea’. (...) Mas não é só isso: as bases do juízo de periculosidade costumam ser, por desgraça, demasiadamente restritas. Não consideram a total personalidade do autor e o significado real do ato realizado, senão exclusivamente o fato cometido: com isso a suposta periculosidade depreende-se do mero cometimento de um delito ou de alguns delitos, por mais que o ‘balanço total’ da pessoa do autor e da sua conduta na sociedade pudesse resultar positivo.”

De fato, a análise da periculosidade de imputáveis é hipócrita, pois diz analisar o homem, embora apenas observe o ato cometido, tecendo considerações a partir desse ato e sendo muitas vezes restritas a ele. Nesse mesmo sentido, PAULO DE SOUZA QUEIROZ²³⁷ ainda pondera que a idéia de periculosidade viola o princípio da isonomia, “pois a partir do momento em que o infrator passar a responder, não propriamente pelo que fez, mas pelo que é, interpretando-se a sua personalidade como indicativa de periculosidade, será tratado desigualmente e, com base em juízos de valor freqüentemente arbitrários, mesmo porque se tomará em consideração um fato determinado da vida do infrator e não a vida em sua história e complexidade; afinal, importa a verdade processual, e não a verdade existencial.”

Contata-se, portanto, que as bases do juízo de periculosidade são muito imprecisas e controversas, sendo inviável adivinhar qual vai ser o comportamento de um sujeito sem conhecer (já que impossível) “a infinidade de fatores exógenos que no futuro podem condicionar sua conduta ou as oportunidades que virá a encontrar em sua vida.”²³⁸ Nesse estado de coisas, mesmo JASON ALBERGARIA²³⁹, entusiasta da ressocialização, sustenta que não há como prever de forma segura a reincidência, sendo problemática a aferição da periculosidade. Assim, a imprevisibilidade dos comportamentos humanos provoca uma grande indeterminação e insegurança, fazendo com que o pressuposto da pena orientada à ressocialização (prognose da reincidência)²⁴⁰ seja intolerável desde uma perspectiva jurídica.²⁴¹

²³⁷ *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, p.59.

²³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.214.

²³⁹ *Criminologia: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p.264-265.

²⁴⁰ Vide capítulo I 3.2.

²⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.214.

Dessa feita, com razão sustentam ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLAVIO GOMES²⁴² que as idéias básicas de “periculosidade” e “ressocialização” merecem muitos reparos. Conforme afirmam, “a de ‘periculosidade’ parece degradar o homem e, ademais, infunde sérias suspeitas. Trata o delinqüente como um ‘sub-homem’, como um ‘doente’ ou ‘necessitado’, decorre de uma concepção ‘classista’, que parte de uma espécie de ‘declaração de guerra’, esquecendo os deveres de solidariedade e coresponsabilidade daquela, e inclusive o dado prático de que as mesmas exigências ‘defensistas’ recomendam o contrário: que a sociedade ‘assuma’ e ‘aceite’ o delinqüente.”

Como se não bastasse, é notório que a idéia de periculosidade de imputáveis é própria de Estados autoritários, que costumam se aproveitar da natureza indefinida desta idéia para expandir o poder repressivo sobre os grupos humanos que melhor convier, taxando-os de “perigosos”.²⁴³ Nesses termos, a definição de perigoso é sempre imposta pelo grupo hegemônico, como parte de sua estratégia de manter a hegemonia sócio-política²⁴⁴, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Conforme lembra ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA²⁴⁵, a experiência histórica demonstrou que o ideal ressocializador extremado é propenso a abusos e manipulações políticas, pois não permite traçar limites claros ao poder punitivo estatal, frustrando, com isso, uma das principais razões de existência do Estado de Direito. Com efeito, uma pena baseada exclusivamente na ressocialização tem que infringir sérias exigências de um direito garantista, pondo em evidente perigo os direitos e garantias individuais.²⁴⁶

Na verdade, inúmeros são os princípios e institutos penais afrontados pelo ideal ressocializador extremado. Por exemplo, entendendo como válido o raciocínio de que a pena deveria se basear fundamentalmente na busca pela ressocialização, é incabível sustentar a redução de pena para a tentativa em relação ao delito consumado, pois com a simples conduta, independentemente do resultado, o indivíduo já teria dado provas

²⁴² *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.685 (com diversas referências).

²⁴³ DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ªed. São Paulo: RT, 1998, p.208.

²⁴⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: PPU, 1987, p.79.

²⁴⁵ *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979, p.677.

²⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.196.

do seu déficit de “socialização”, sendo o resultado um mero acaso sem importância. A gravidade em abstrato do crime tampouco deveria ter relevância para quantificar a pena e sim o quão necessitado de socialização é o seu autor. E mais, o próprio crime se torna, para esse ideal ressocializador, um mero pretexto para aplicar a pena para o delinqüente carente de ressocialização, pois, conforme já afirmado, o que realmente importa é a pessoa que cometeu o crime e não o crime em si.

Em suma, a ressocialização como principal finalidade da pena, aplicando-se o programa máximo ou mínimo de ressocialização, não consegue delimitar o poder punitivo do Estado no tocante ao seu conteúdo, deixando os particulares, de forma ilimitada, ao livre talante da intervenção estatal.²⁴⁷ Tal fato a torna inidônea a delimitar o direito penal, tendo em vista a impossibilidade de estabelecer de forma estrita os seus pressupostos e conseqüências em um Estado Democrático de Direito. Dessa feita, não é sem razão que atualmente nenhum ordenamento jurídico democrático sustenta uma concepção extremada de ressocialização.

5. Concepção limitada de ressocialização: ressocialização como finalidade da execução penal. Regras mínimas da ONU e direito estrangeiro

Por conta dos diversos problemas trazidos pela absolutização da finalidade ressocializadora da pena acima estudados, a doutrina passa a sustentar que a ressocialização não pode ser considerada a única ou mesmo a principal finalidade da sanção penal. JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ²⁴⁸, por exemplo, afirma que as diversas críticas ao ideal ressocializador apenas impedem que ele seja o principal fundamento da intervenção penal, não obstante a sua importância como finalidade da pena a ser perseguida. A ressocialização passa então a ser considerada fundamentalmente a finalidade da execução penal, sendo afastada ou ao menos diminuída sensivelmente a sua relevância nas demais fases de atuação do poder punitivo estatal (incriminação de condutas e fixação/graduação da pena).

²⁴⁷ ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.21.

²⁴⁸ *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.32.

Com efeito, atualmente quase a totalidade dos autores sustenta que a ressocialização é a principal finalidade da pena na execução penal. Na verdade, a própria idéia de *ressocialização* é considerada, para a maior parte da doutrina, como *sinônimo de execução ressocializadora da pena*.²⁴⁹

De fato, soa estranha a idéia de ressocializar alguém no momento da fixação e graduação da pena, no qual o interesse de prevenção geral e repressão do crime salta aos olhos. Soa ainda mais estranho pensar em ressocialização no momento em que se incrimina uma conduta em abstrato, momento no qual nem mesmo há uma pessoa concreta a ser ressocializada. Por outro lado, a ressocialização, ao se voltar ao indivíduo que cometeu o crime, vincula-se naturalmente à execução penal, fase na qual o Estado possui imenso controle sobre o indivíduo o qual já teve a sua culpa provada.²⁵⁰

Nesse contexto, destaca-se o crescimento do movimento político criminal da “Nova Defesa Social”, que encontrou notável aceitação no pensamento de doutrinadores e legisladores de diversos países a partir da segunda metade do século XX. O movimento político-criminal em questão possui como projeto de poder punitivo estatal a idéia de defesa da sociedade por meio da prevenção especial positiva (ressocialização).²⁵¹ Segundo CHRISTIANE RUSSOMANO FREIRE²⁵², a “Nova Defesa Social” rejeita a noção puramente retributiva da pena e atribui ao Estado, por meio do aparato penal, a responsabilidade pela prevenção do crime por meio do tratamento dos delinqüentes.

O movimento político criminal da “Nova Defesa Social” procura conciliar a luta contra o crime com o ideal de ressocializar o delinqüente, objetivando o retorno deste à sociedade de forma apta a respeitar às leis de maneira consciente.²⁵³ A ressocialização, por sua vez, para o citado movimento político-criminal, seria um “objetivo realista e

²⁴⁹ Cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta funcion resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979, p.696.

²⁵⁰ Nesse sentido, cf. FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: Existe um direito de castigar?*. Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008, p.218.

²⁵¹ CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfulos Fins e a Limitação do Poder Punitivo*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.18.

²⁵² *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.83.

²⁵³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.374.

viável”, passível de ser alcançado por meio de “tratamento científico adequado e a coordenação dos saberes penológicos, criminológicos e penitenciários.”²⁵⁴

A “Nova Defesa Social”, apesar de focar o combate à criminalidade em prol do corpo social, não descartou a importância das garantias do indivíduo submetido à pena e ao processo penal, existentes no Estado de Direito e às duras penas conquistadas pela sociedade.²⁵⁵ Dessa forma, apesar de se fiar no controverso ideal ressocializador da pena, é necessário reconhecer o marcado caráter humanista do movimento político-criminal em apreço.²⁵⁶ Corroborando esse argumento, MARC ANCEL²⁵⁷, criador e sistematizador da “Nova Defesa Social” chega a defini-la como sendo “uma doutrina humanista de proteção social contra o crime.”²⁵⁸

A ampla aceitação dos postulados da “Nova Defesa Social” pela doutrina internacional veio a influenciar a Organização das Nações Unidas (ONU), que aprovou em 1955 as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.²⁵⁹ O objetivo das regras é “estabelecer - inspirando-se em conceitos geralmente admitidos em nossos tempos e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados - os princípios e as

²⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.374. No mesmo sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.64.

²⁵⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Os grandes movimentos atuais de política criminal*. In: Fascículos de Ciências Penais, v.1, n.9, novembro de 1988, p.150.

²⁵⁶ Discordando desse raciocínio, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.308.

²⁵⁷ *A nova defesa social*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.446.

²⁵⁸ Sobre o tema, cf. a já citada obra de MARC ANCEL, *A nova defesa social*, que condensa todos os postulados do movimento político-criminal em questão. Também é importante a referência à obra precursora do movimento da defesa social de FILIPO GRAMMATICA (esta mais radical e menos garantista do que a obra de MARC ANCEL): GRAMMATICA, Filipo. *Princípios de defesa social*. Trad. Jesus Muños y Nuñes de Prado e Luiz Zapata Aparicio. Madrid: Montecorvo, 1974. Na doutrina brasileira, cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Os grandes movimentos atuais de política criminal*. In: Fascículos de Ciências Penais, v.1, n.9, novembro de 1988, p. 147-157 e SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramatica*. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.17-43. Criticamente, cf. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.68-75; FREIRE, Christiane Russomano. *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.77-85.

²⁵⁹ Tais regras foram “adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas.” (informações encontradas in: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>, acesso em 06 de janeiro de 2009).

regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros” (regra número 1). Tais regras são subdivididas em duas partes: a primeira dispõe sobre regras gerais de administração dos estabelecimentos prisionais, sem focar especificamente qualquer categoria de recluso; a segunda parte se refere a normas específicas a cada categoria de recluso (do foro civil ou criminal, preventivo ou definitivamente condenado etc). As regras prevêm normas referentes tanto ao caráter estático da execução da pena privativa de liberdade (condições arquitetônicas e estruturais dos estabelecimentos prisionais) quanto ao caráter dinâmico, envolvendo os protagonistas da execução (disciplina, direitos e deveres do condenado), sempre se pautando na busca pelo melhor “tratamento penitenciário” possível.

A estrutura das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos é marcadamente inspirada no movimento político criminal da “Nova Defesa Social”, como se pode observar, por exemplo, mediante a leitura da regra número 58, que liga expressamente a proteção da sociedade contra o crime com a ressocialização do delinqüente, suscitando o respeito à lei.²⁶⁰ O “tratamento penitenciário” preconizado pelas regras deveria justamente propiciar a ressocialização do indivíduo, por interesse da própria sociedade. Percebe-se, portanto, que *as Regras Mínimas corporificam o ideal da Nova Defesa Social no âmbito da execução penal.*

As Regras Mínimas, apesar de seu caráter não vinculante (trata-se de resolução da ONU e não de tratado), vieram a influenciar politicamente os ordenamentos jurídicos de diversos países que, também influenciados pelo movimento da “Nova Defesa Social”, passaram a adotar a ressocialização como expressa finalidade da execução.²⁶¹ Eis alguns exemplos²⁶²:

²⁶⁰ Eis o texto da regra 58: “O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de uma medida semelhante que priva de liberdade é, em última instância, de proteger a sociedade contra o crime. Este fim só pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas a vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se a si próprio.”

²⁶¹ Afirmando que a maioria das legislações e da doutrina sustentam que a finalidade da execução penal é a ressocialização, cf. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p.136. Sobre a influência das regras mínimas da ONU nos países da América Latina, cf. LEAL, César Barros. *A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.50, setembro-outubro de 2004, p.134-35.

²⁶² Os ordenamentos dos países europeus a seguir expostos foram escolhidos com base na influência deles sobre o direito brasileiro. Já os ordenamentos dos países latino-americanos foram colacionados para

Na Alemanha, o artigo 2º da Lei Penitenciária afirma que “com a execução da pena privativa de liberdade, o preso deve tornar-se capaz de *conduzir uma vida futura com responsabilidade social e sem a reincidência* (finalidade da execução). A execução da pena privativa de liberdade serve igualmente à proteção da sociedade contra outros crimes.”²⁶³

De modo análogo, na Espanha o artigo 1º da Lei Geral Penitenciária aduz: “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial *la reeducación y la reinserción social* de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.”²⁶⁴

Na Itália, a situação não é diferente, conforme pode ser observado no longo artigo 1º da Lei n.354/1975 a seguir transcrito: “Trattamento e rieducazione. Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Il trattamento é improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva. Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un *trattamento rieducativo* che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al *reinserimento sociale* degli stessi. Il trattamento é attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti.”^{265 266}

demonstrar a existência da finalidade ressocializadora da execução em ordenamentos jurídicos de países com realidade social próxima à brasileira.

²⁶³ In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.18.

²⁶⁴ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 7ª ed. Buenos Aires: B de F, 2007, p.107.

²⁶⁵ Cf. MAROTTA, Gemma; BUENO ARÚS, Francisco. *Le basi giuridiche del trattamento penitenziario*. In: *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*. Milão: Giuffrè, 1989, p.78. Criticando incisivamente a lei italiana, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.664 e ss.

Em Portugal, a previsão é idêntica, conforme pode ser visto no artigo 2º do Decreto-Lei n.º265/79: “a execução das medidas privativas de liberdade deve orientar-se de forma a *reintegrar o recluso na sociedade*, preparando-o para, no futuro, conduzir sua vida de forma socialmente responsável, sem que pratique crimes.”²⁶⁷ Nesse ordenamento, aliás, é bastante clara a influência do movimento da “Nova Defesa Social”, como se pode observar no artigo 2º-2 do citado Decreto-Lei que sustenta que a execução serve “também a defesa da sociedade, prevenindo a prática de outros factos criminosos.”²⁶⁸

Da mesma forma, a ressocialização é considerada a finalidade da pena na execução penal em muitos ordenamentos latino-americanos. Na Argentina, assim prevê o artigo 1º da Lei 24.660/1996, que regra a execução da pena privativa de liberdade: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada *reinserción social*, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.”²⁶⁹

No ordenamento jurídico da Colômbia, por seu turno, está disposto no artigo 9º do Código Penitenciário e Carcerário o seguinte: “Funciones y finalidad de la Pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función protectora y preventiva, pero *su fin fundamental es la resocialización*. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.”²⁷⁰

²⁶⁶ Destaca-se que as Constituições espanhola e italiana afirmam expressamente que a finalidade da pena é a ressocialização. Esse assunto será abordado com mais vagar no capítulo III 1.2.

²⁶⁷ Anota-se que no ordenamento português, a ressocialização não está prevista apenas como finalidade da execução, estando também prevista como finalidade da fixação/graduação da pena, de acordo com o artigo 40º-1, do Código Penal Português: “a aplicação das penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a *reintegração do agente na sociedade*.” Em sentido diferente, afirmando que tal dispositivo apenas prevê que a finalidade da execução penal deve ser a ressocialização, cf. CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p.148.

²⁶⁸ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. T.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.110.

²⁶⁹ Cf. PETRONE, Daniel. *Sobre la ejecución penal en las cárceles argentinas*. In: FELINI, Zulita (dir.). *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.196.

²⁷⁰ Cf. SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciário colombiano*. In: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.12, dezembro de 1998, *passim*.

Por fim, na Venezuela há previsão no mesmo sentido, conforme pode ser observado no artigo 2º da Lei de Regime Penitenciário: “*La reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del período de cumplimiento de la pena.*”²⁷¹

Diante de todo o exposto, é plenamente justificável que a presente abordagem sobre a concepção limitada de ressocialização centre sua análise na execução penal, com destaque para o ordenamento brasileiro. A seguir, passa-se à análise crítica da ressocialização na execução penal brasileira, valendo-se das categorias trazidas pelos programas máximo e mínimo²⁷², e destacando os problemas comuns e específicos de cada programa.

5.1. Marco original da ressocialização no ordenamento jurídico brasileiro: o Código Penal de 1940

No Brasil, a idéia de ressocialização é trazida pela influência da escola positivista italiana sobre o Código Penal de 1940, com destaque ao pensamento de FERRI.²⁷³ De fato, diversos institutos do Código, em sua concepção original (antes da reforma de 1984), possuíam influência marcante da mencionada escola, destacando a idéia de periculosidade para imputáveis, espécie de adendo punitivo com caráter defensivo (proteção da sociedade), aplicado aos condenados considerados perigosos após o cumprimento da pena (artigo 82, inciso I).

A periculosidade de imputáveis era operacionada por meio do sistema do duplo binário, que permitia a aplicação da pena adotada com base no ideário clássico

²⁷¹ Cf. LEAL, Luisa; GARCÍA, Adela. *La Pena y la ejecución en el ordenamiento jurídico venezolano*. In: Capítulo Criminológico: Revista de las disciplinas del Control Social, Maracaibo, v.32, n.1, janeiro-março de 2004, *passim*.

²⁷² Vide capítulos II 2. e 3.

²⁷³ Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004 p.81 (com diversas referências). O autor alerta que o Código possuía uma visão eclética, pois não seguia apenas a concepção da escola positivista (trazida ao Código por ALCÂNTARA MACHADO), mas também seguia postulados da escola tecnicista ou neoclássica (inseridos no Código por conta basicamente da atuação de NELSON HUNGRIA). Nesse sentido, basta conferir a exposição de motivos do Código Penal de 1940, item 3. Todavia, PIERANGELI destaca no Código a preponderância da escola positivista, principalmente no sistema de penas vigente. Sobre o contexto histórico e dogmático do Código Penal de 1940, cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004 p.77-81; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.459-481.

(retribuição da culpa) e também da medida de segurança, inspirada na escola positivista italiana (prevenção especial da periculosidade).²⁷⁴ A periculosidade, por sua vez, era considerada como a probabilidade de cometer novos crimes²⁷⁵, sendo presumida em diversos dispositivos do Código²⁷⁶ e também da Lei de Contravenções Penais.²⁷⁷

Nota-se pela análise do Código de 1940 que a prevenção especial possuía decisiva importância na execução da pena. Com efeito, a medida de segurança, eventualmente aplicada de forma conjunta com a pena e executada após ela, só seria cessada se o Estado entendesse, por meio de seus técnicos e operadores do direito, que o criminoso individualmente considerado não voltaria a delinquir, objetivo maior da finalidade preventivo-especial da pena.²⁷⁸ Assim, considerações preventivo-especiais permeavam toda a fase executiva, inclusive determinando o seu fim (término da pena/medida de segurança).²⁷⁹

A ressocialização era uma das estratégias preventivo-especiais do Código de 1940. A pena, quando possível, deveria reabilitar o condenado, a quem eram impingidos os padrões da sociedade, sem qualquer respeito à sua individualidade. No mais, se o condenado não se adaptasse às metas ressocializadoras, ele continuaria preso, segregado da sociedade, o que bem demonstra o caráter coativo do “tratamento ressocializador”. Dessa

²⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p.123.

²⁷⁵ Artigo 77 (verificação de periculosidade): “Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir.”

²⁷⁶ Artigo 78 (presunção de periculosidade): “Presumem-se perigosos: I - aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena; II - os referidos no parágrafo único do artigo 22; III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; IV - os reincidentes em crime doloso; V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.” O inciso I se refere aos inimputáveis, o II aos semi-imputáveis e os incisos III, IV e V aos imputáveis.

²⁷⁷ Artigo 14 da Lei de Contravenções Penais, ainda oficialmente vigente, mas tacitamente revogado pela lei que instituiu a nova parte geral do Código Penal em 1984: “Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal (referência ao CP de 1940): I - o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez; II - o condenado por vadiagem ou mendicância.” Sobre esse artigo de lei, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007, p.148.

²⁷⁸ Artigo 81 (revogação da medida de segurança): “Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso.”

²⁷⁹ A respeito das medidas de segurança para imputáveis e inimputáveis no Código de 1940, cf. artigos 75-101. Sobre a sistemática da aplicação de medidas de segurança no Código sob análise, cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V.1. T.2. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 238-292; HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p.129-144.

feita, o programa ressocializador então em voga podia ser classificado, de forma inquestionável, como “máximo”.

Tal programa, todavia, estava limitado fundamentalmente à fase executiva (determinava-se o fim ou não da execução com base em juízos advindos do ideal ressocializador), com importância secundária também na fase de fixação da pena, quando da análise da aplicação ou não da medida de segurança para imputáveis (concepção limitada de ressocialização).

Destaca-se que não havia no Brasil até 1984 uma lei própria de execução penal. O sistema executivo era composto por diversas normas esparsas e assistêmicas, mormente locais, que basicamente regravam aspectos carcerários, baseados no lacônico artigo 32 do Código Penal então vigente.²⁸⁰ Assim sendo, não há que se falar em um regramento uniforme ou mesmo coerente do “tratamento” preventivo-especial imposto pelo Código de 1940. Essa situação só veio a mudar com a edição da Lei de Execução Penal ainda vigente.

5.2. Marco atual da ressocialização no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei de Execução Penal

Com a reforma penal de 1984²⁸¹, que modificou inteiramente a parte geral do Código Penal e instituiu a Lei de Execução Penal, há o fim do sistema do duplo binário. Passa-se a um sistema vicariante, que prevê a pena (vinculada à culpa individual) ao imputável e a medida de segurança (vinculada às idéias de periculosidade e de tratamento desvinculados da culpabilidade) ao imputável. Ao semi-imputável passa a ser

²⁸⁰ Artigo 32 (regulamento das prisões): “Os regulamentos das prisões devem estabelecer a natureza, as condições e a extensão dos favores gradativos, bem como as restrições ou os castigos disciplinares, que mereça o condenado, mas, em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana. Parágrafo Único. Salvo o disposto no art.30, ou quando exija interesse relevante da disciplina, o isolamento não é permitido fora das horas de repouso noturno.” Sobre o tema, cf. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, *passim*.

²⁸¹ Sobre a reforma penal de 1984, cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.66-78 (o autor presidiu as comissões legislativas que criaram os projetos de lei que deram origem à reforma de 1984); BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.481-488. Cf. também o Boletim do IBCCRIM de julho de 2004, cuja edição especial versou sobre os vinte anos da reforma penal de 1984.

aplicada medida de segurança ou pena (com redutor por conta da menor reprovabilidade do autor), mas nunca as duas respostas penais de forma conjunta.

O advento do sistema vicariante se trata, indubitavelmente, de um dos mais louváveis avanços da reforma penal de 1984, sendo oportuno transcrever o item 87 da exposição de motivos da parte geral do Código Penal instituída nesse ano: “extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retornam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade-pena; periculosidade-medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança.” Com essa mudança, o caráter preventivo-especial coativo e autoritário da aplicação e execução da pena do Código de 1940, que prescindia inclusive da culpabilidade para privar alguém de sua liberdade com suas medidas de segurança para imputáveis, é amainado, pois a pena passa a ter como base a estrita medida da culpabilidade, pressuposto da pena, nos termos do artigo 59 da nova parte geral do Código Penal.

A reforma de 1984 direciona o foco da finalidade ressocializadora da pena à fase de execução penal (concepção limitada da ressocialização).²⁸² Com efeito, a finalidade ressocializadora da execução encontra o seu auge no direito brasileiro com a Lei de Execução Penal, primeiro diploma legal autônomo sobre o assunto no direito pátrio, que prevê em seu artigo 1º o seguinte: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*.” É digno de nota que a finalidade de ressocialização prevista no artigo 1º permeou a estrutura da maior parte dos institutos previstos na Lei sob análise.²⁸³

²⁸² Nas demais fases de atuação do poder estatal, a ressocialização possui importância quase nula, segundo a esmagadora maioria da doutrina, o que configura claramente a concepção limitada de ressocialização. Anota-se que há autores que afirmam que a ressocialização deve ser levada em conta no momento da fixação da pena, para evitar a imposição de uma sanção “excessivamente dessocializadora”. Contudo isso não se confunde com a finalidade ressocializadora da pena, sendo sim uma limitação ao poder estatal que deve gerar a “menor dessocialização possível” quando houver a sua atuação. O tema será retomado no capítulo III 1.2.

²⁸³ Vide parte III do presente trabalho.

A ressocialização proposta pela Lei de Execução Penal é bastante próxima do propugnado pelo programa mínimo de ressocialização, pois para se obter uma integração social “harmônica” (artigo 1º), é necessária que ela não seja imposta. Entretanto, os dispositivos da lei fazem com que o objetivo ressocializador não seja absolutamente espontâneo, pois existem sanções para não cumprimento de metas ressocializadoras, como o trabalho.²⁸⁴ Ademais, pela concepção original da Lei de Execução Penal, o não cumprimento das tarefas tidas como ressocializadoras poderia atrasar a concessão de benefícios prisionais, com destaque aqueles ligados ao regime progressivo de penas, por significar falta de requisito subjetivo para tanto.²⁸⁵

Por outro lado, a Lei de Execução Penal não afirma, ao menos de maneira explícita, que o foco da ressocialização seria apenas o não cometimento de crimes, objetivo do programa mínimo. Há inclusive passagens moralistas na lei, como a do artigo 41, inciso XV, que proíbe o contato do preso com meios de informação contrários “à moral e os bons costumes.” Isso pode ser compreendido como uma tentativa de moldar o íntimo do condenado, proposta do programa máximo.

Dessa feita, é acertado classificar o programa ressocializador da Lei de Execução Penal como sendo “mínimo”, com marcados traços de programa máximo. Entretanto, pela normativa trazida pela nova parte geral do Código Penal, o programa é limitado pela culpabilidade, não podendo a pena ser fixada para posterior execução sem o respeito à medida da culpa. No âmbito da pena fixada é que trabalha a finalidade ressocializadora, que não pode prolongar a duração da pena sob pretexto ressocializador, como fazia na vigência do Código de 1940.

Ressalta-se que a Lei de Execução Penal, a exemplo de suas congêneres estrangeiras, é profundamente influenciada pelas Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Reclusos e, conseqüentemente, pelo movimento político-criminal da “Nova Defesa Social”.²⁸⁶ Aliás, a influência aludida consta expressamente da exposição de motivos da Lei de Execução Penal (item 69 e ss.). Destaca-se ainda que as Constituições Estaduais de São Paulo, Rio Grande do Norte e do Distrito Federal prevêm a obediência

²⁸⁴ Esse tema será aprofundado no capítulo III 2.5.

²⁸⁵ Vide capítulo III 2.2.

²⁸⁶ Vide capítulo II 5.

da legislação penitenciária estadual às regras mínimas da ONU. Eis o texto da Constituição do Estado de São Paulo: art.143. “A legislação penitenciária estadual assegurará o *respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos*, a defesa técnica nas infrações disciplinares e definirá a composição e competência do Conselho Estadual de Política Penitenciária.” Tal fato é bastante elucidativo da influência dessa normativa internacional sobre o direito brasileiro.²⁸⁷

A Lei de Execução Penal, sobretudo em comparação ao sistema anterior à sua vigência, significa um notável avanço legislativo. Bastante humanista, o diploma prevê uma série de obrigações ao condenado e ao Estado, que, de certa forma, constituem um sistema razoável, coerente e mesmo útil para o corpo social. Contudo, as obrigações não costumam ser cumpridas pelo apenado ou pelo Estado, que por sua vez costuma selecionar alguns dispositivos da lei para aplicar (geralmente os referentes à disciplina do apenado), desequilibrando as relações Estado-indivíduo²⁸⁸ e inviabilizando qualquer finalidade produtiva que a legislação poderia ter para a sociedade.

Isso ocorre porque a maioria dos comandos da Lei de Execução Penal é desobedecida. De fato, “mesmo os dispositivos de alguma forma observados não atingem completamente o intuito do legislador, pela morosidade crônica dos órgãos de execução, pelas dificuldades burocráticas, pela ausência de estrutura, pela falta de visão de alguns operadores da área, dentre outros motivos.”²⁸⁹ Resumindo a situação atual da Lei de Execução Penal, ROGÉRIO LAURIA TUCCI²⁹⁰ enumera de forma incisiva as razões para a não implementação dos postulados trazidos pela lei sob comento em longo trecho que, dada a sua eloquência, merece ser transcrito: "realmente, diversificados e importantes fatores, a partir da falta de vontade política para a sua correlata e precisa implantação, contribuíram para que ela, efetivamente, não vingasse. Além do que, a essa triste realidade, outras, de igual relevância, foram, cada vez mais intensamente, acrescidas, e das quais

²⁸⁷ Analisando os dispositivos das constituições estaduais (exceto a de São Paulo) vinculados à execução penal, cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.130-139. Sobre a influência das regras mínimas sobre o ordenamento brasileiro, cf. LEAL, César Barros. *O tratamento dos presos no Brasil e as Regras Mínimas da ONU*. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v.1, n.4, *passim*.

²⁸⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.28.

²⁸⁹ SANTOS, Eduardo Pereira. *Execução Criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.37, janeiro-março de 2002, p.115.

²⁹⁰ *Vinte anos de vã esperança*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.140 Esp., julho de 2004, p. 4-5.

cumprir destacar: a) a grande e (até que ponto, não se sabe...) insuperável morosidade da Justiça Criminal; b) a falta de estabelecimentos prisionais, hospitalares e ambulatoriais adequados, em número suficiente ao recolhimento, à internação e ao tratamento dos condenados; c) as péssimas condições das instalações desses estabelecimentos, afrontosas, inclusive, da dignidade da pessoa humana; d) a desenfreada corrupção de administradores de estabelecimentos penais e de seus agentes penitenciários; e) a criminalidade violenta, crescente (inclusive no interior desses próprios estabelecimentos) diuturnamente; e, f) a falta de destinação de verbas orçamentárias específicas, pelo menos razoáveis, ao sistema penitenciário. Somando-se a tudo isso a incapacidade de nossos governantes para solucionar os variados problemas que se apresentam no tocante à segurança pública, à normalidade da vivência nos estabelecimentos penais, e à regularidade da execução, em seus mais diversos aspectos, não nos podemos furtar à constatação (triste e lamentável constatação!) de estarmos diante de um verdadeiro e insuportável caos!”

Todavia, a par da crônica falta de aplicação de diversos dispositivos da Lei de Execução Penal que seriam supostamente importantes para a concretização da proclamada e controvertida finalidade ressocializadora da execução, ainda resta um ponto a ser esclarecido: será apropriada a finalidade ressocializadora da pena no ordenamento brasileiro, mesmo na hipótese de aplicação plena da Lei de Execução Penal? É o que será abordado a seguir.

6. Críticas à concepção limitada de ressocialização e o direito penal brasileiro. Conceito atual de ressocialização

Passa-se à análise crítica da concepção limitada de ressocialização, usando como parâmetro o atual ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, todavia, é necessário delimitar o que se entende por ressocialização no momento atual de evolução da finalidade da pena sob análise.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar, com FRANCISCO MUNÕS CONDE²⁹¹, que apesar do termo “ressocialização” ser usualmente empregado, ninguém se ocupou em fornecer a essa “bonita palavra” um conteúdo “concreto e definitivo.”²⁹²

De fato, o conceito de ressocialização é realmente ambíguo e sem concreção. Existem diversas concepções de ressocialização, que se confundem com as próprias propostas dos programas “máximo” e “mínimo”.²⁹³ Na verdade, ainda não houve nem ao menos uma preocupação efetiva em se fornecer um conteúdo determinado ao termo “ressocialização”. RAUL CERVINI²⁹⁴ inclusive sustenta que o motivo da generalizada aceitação do termo em questão se funda justamente em sua falta de precisão, que lhe atribui um conteúdo determinado pela ideologia pessoal do intérprete.²⁹⁵ Por outro lado, é inegável que a indefinição do conceito de ressocialização impede um “controle racional” e uma “análise crítica” de seu conteúdo, pois as diversas concepções ideológicas fornecem definições antagônicas ao conceito.²⁹⁶

Superando a visão defensiva radical que permeou todas as escolas penais que sustentaram originariamente a prevenção especial positiva (positivista, correccionalista e sociológica) e tentando contornar a falta de conteúdo do termo ressocialização, percebe-

²⁹¹ *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In: Doctrina Penal, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979, p.627.

²⁹² Sobre o desenvolvimento e aceitação do termo “ressocialização” sem a definição adequada do seu conteúdo, cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979, p.648-654. Apontando também a falta de definição do termo em pauta, cf. BETTIOL, Giuseppe. *O mito da reeducação*. In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.280-281.

²⁹³ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p.143. Em sentido similar, expondo o paralelo entre os modelos ressocializadores (máximo e mínimo, médico e social) e as diversas concepções político-criminais do Estado, cf. BUENO ARUS, Francisco. *La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario*. In: Actualidad Penal, Madrid, n.5, semana: 26 de janeiro a 1º de fevereiro de 1987, p.62.

²⁹⁴ *Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.39.

²⁹⁵ Conforme expõe ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES (*Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.370), percebe-se que “o pensamento ressocializador carece de fundamento filosófico e ideológico unitário.”

²⁹⁶ MUNOZ CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In: Doctrina Penal, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979, p.627. Em sentido similar, CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.39; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.370.

se que as diversas tentativas de definição deste termo²⁹⁷ têm atualmente, em comum, a afirmação de que conceito de ressocialização abrange a busca, por meio da execução penal (concepção limitada), da *melhora social do apenado*.²⁹⁸ Contudo, isso gera uma nova questão: o que significa “melhora social”?

Para alguns, a “melhora social” implica uma reordenação da esfera moral do indivíduo a ser imposta na fase da execução penal. Essa é justamente a proposta do programa máximo que interfere na esfera interna/moral do indivíduo, procurando impor os padrões sociais dominantes.

Para outros, basta que o indivíduo não volte a praticar delitos para que seja considerado ressocializado. Esta é, por sua vez, a proposta do programa mínimo, que se importa com a esfera externa/social do indivíduo, fazendo com que ele aceite, após um tratamento ressocializador na fase executiva, as normas de convivência, não praticando mais crimes.

Em suma, conclui-se que o conceito atual de ressocialização é *a melhora social do condenado, a ser obtida na fase de execução penal*. Essa melhora social, por sua vez, possui um conteúdo diferente sob a ótica de cada um dos programas ressocializadores estudados (máximo e mínimo).

De todo modo, apesar das definições serem, por conta fundamentalmente da falta de concreção conceitual do termo “ressocialização”, insuficientes e controvertidas²⁹⁹, elas serão usadas como parâmetro para analisar a finalidade de ressocialização da pena no direito brasileiro.

²⁹⁷ Sobre as diversas definições propostas pelas diferentes concepções do direito que propugnam objetivos ressocializadores, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.370-372.

²⁹⁸ MUNOZ CONDE, Francisco. *La resocializacion del delincuente: análisis y critica de un mito*. In: *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979, p.625. Destaca-se com isso, novamente, o paralelo entre a ressocialização e a execução penal.

²⁹⁹ Sobre a polêmica gerada por este embate conceitual, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.686; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.217-218, nota 152.

6.1. Inconstitucionalidade: ofensa ao princípio da igualdade e ao pluralismo ideológico

Para analisarmos a legitimidade da finalidade ressocializadora da pena proclamada pela Lei de Execução Penal, é necessário ponderar a sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal. Por meio da análise do texto constitucional, fica claro que ao menos duas colunas básicas de sustentação axiológica do ordenamento constitucional são abaladas pela defesa dos postulados do ideal ressocializador: o princípio da igualdade e o pluralismo ideológico.

A respeito do *princípio da igualdade*, é certo que para a ressocialização o apenado é visto como um “doente”, um “diferente”, um “inferior”. Com efeito, a ressocialização sempre parte da “ideologia da diferenciação”, pela qual existem pessoas “de bem”, que são os cidadãos respeitadores das leis, e pessoas “do mal”, que são os criminosos, seres perigosos e carentes de socialização.³⁰⁰ Isso ocorre independentemente da concepção de programa máximo ou mínimo, pois ambos sustentam a melhora social, o que faz presumir que existam pessoas com reduzida socialização e que, por conta disso, praticam crimes.³⁰¹ Trata-se de posição muito cômoda, pois quem a sustenta parte da premissa de que integra uma casta superior da humanidade, os “socializados”, que de forma caridosa ou pragmática permite que a casta inferior dos “dessocializados” possa um dia desfrutar das delícias do mundo racional dos “cidadãos de bem”, após um “tratamento ressocializador por meio da pena”, mesmo que na prática venha ou continue a ter uma vida de miséria.

A “ideologia da diferenciação” não reconhece que a diferença entre o criminoso e o não criminoso é um dado essencialmente político e jurídico, pois o criminoso é apenas alguém que, por diversos motivos, violou a ordem jurídica imposta

³⁰⁰ Afirmando que a ressocialização gera um “maniqueísmo diferenciador”, cf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996, p.62.

³⁰¹ De forma contundente, afirma BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA (*Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p.144) que “o preso, no fundo, é tratado como uma criança, como um incapaz, ou como um ser inferior. Superar tais discursos, nas suas versões de periculosidade e déficits de socialização, é fundamental para que se negue, definitivamente, a existência de uma segunda categoria de cidadãos. Termos como periculosidade e déficit de socialização, quando usadas para referirem-se a pessoas imputáveis, prestam-se, apenas, à manutenção de discursos de desigualdade, adequados à divisão da natureza humana e, portanto, à categorização do ser humano.”

pelo Estado.³⁰² Em outras palavras, não se trata de uma diferenciação entre seres humanos (“cidadãos de bem” e “cidadãos do mal”), mas sim entre condutas, criminosas ou não de acordo com o interesse político do Estado em criminalizar determinadas ações ou omissões.³⁰³

Um dos maiores problemas da sociedade é o caráter diferenciador das relações pessoais e institucionais. O mencionado binômio “cidadão de bem” e “cidadão do mal”, que no seu limite já justificou genocídios, ainda impregna a nossa realidade³⁰⁴, fornecendo amparo ao ideal ressocializador.³⁰⁵ Dessa feita, a ressocialização indubitavelmente cria um caráter diferenciador entre os cidadãos, taxando alguns de “dessocializados” e, com isso, separando-os do restante da sociedade dita “de bem”; ferindo de morte o princípio da igualdade entre as pessoas, que possui assento constitucional (artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal).³⁰⁶

Mas não é só. Há, com a postura “ressocializadora”, sobretudo a propugnada pelo programa máximo, clara tentativa de imposição de valores e de comportamentos a imputáveis, tarefa esta imprópria a um Estado pluralista como pretende

³⁰² BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.96-97. No mesmo sentido, cf. CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p.144.

³⁰³ Conforme afirma com razão ALESSANDRO BARATTA (*Resocialización o control social: Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*). In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.258), a única anomalia que caracteriza toda a população carcerária é a condição de detido.

³⁰⁴ Isso é diariamente sentido quando ouvimos frases do tipo “você sabe com quem está falando?”, “você fala dessa maneira com a sua turma e não com pessoas do meu nível”.

³⁰⁵ O caráter diferenciador encontrou seu ápice no regime nazista alemão, que justificou o extermínio de milhões de pessoas sob o pretexto de “purgar” a sociedade “pura”, composta por arianos “cidadãos de bem”, de uma parcela de pessoas socialmente daninha (“cidadãos do mal”, “inimigos da sociedade”). A classificação de alguém como pessoa daninha à sociedade era feita por meio de considerações raciais (vg. judeus e ciganos) e também levando em consideração a conduta de vida do indivíduo (vg. homossexuais, mendigos e criminosos). No âmbito do direito penal, a ideologia diferenciadora nazista obteve notável aceitação de grandes juristas como, por exemplo, EDMUND MEZGER, que sustentou a punição mais gravosa para aqueles que conduziam sua vida de modo contrário à sociedade (culpabilidade pela condução da vida) e que também justificou de forma pseudodogmática punições extremamente severas para a criminalidade habitual ou por tendência, composta por pessoas com “determinação hereditária para o crime”. Sobre o tema, cf. MUÑOS CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. 4ª ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *passim*.

³⁰⁶ Para uma análise psicanalítica da divisão maniqueísta da sociedade entre “cidadãos” e “bandidos”, cf. SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p.142-143. Segundo essa perspectiva, com a execução penal há, simbolicamente, a imolação do “bode expiatório” da sociedade, que projeta no criminoso uma parte das suas próprias agruras, procurando purgá-las. Também criticamente, cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979, p.686-687.

ser o brasileiro, pois afronta o *pluralismo ideológico* garantido pela Constituição Federal. Nota-se que mesmo no programa mínimo autêntico, não deixa de haver certa imposição estatal, se bem que mais velada, quando se “oferece” a ressocialização, considerando o já aludido tolhimento da liberdade de consentimento sob a égide de uma instituição total.

Com efeito, a sociedade brasileira, a quem a nossa ordem jurídica se direciona, “não é uma sociedade monista; antes, apresenta as características de uma sociedade plural onde convivem, em permanente ebulição, classes e grupos sociais econômicos, financeiros, culturais e ideológicos de tons variados e gradações cambiantes. Cuida-se, portanto de uma sociedade conflitiva, de interesses contrapostos ou antinômicos.”³⁰⁷ Nesse contexto, o pluralismo “significa não apenas o respeito à diversidade e à diferença, mas sobretudo, a busca do equilíbrio nas relações atritivas ou tensionais e no convívio entre os opostos.”³⁰⁸

No Estado Democrático de Direito, não é concebível que o poder estatal tenha o direito de determinar qual personalidade um ser humano adulto deve ter para poder retornar ao convívio social de forma mais ou menos célere.³⁰⁹ Conforme assevera ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO³¹⁰, “o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é o direito de cada um desenvolver sua personalidade de acordo com os valores que assimila no contexto social e da forma como os compreende, num agir comunicativo com o grupo social, adequado a este desenvolvimento”. Por sua vez, JUAN BUSTOS RAMIREZ³¹¹ afirma que a ressocialização pode significar o máximo de “desumanização” e de “absolutismo arbitrário” ao querer impor uma verdade única, descartando as posições minoritárias ou divergentes.

Dessa forma, chegamos à conclusão de que nada legitima a maioria da

³⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.36.

³⁰⁸ FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.36-37. No mesmo sentido, cf. CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.41; MUNOZ CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In: *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979, p.629.

³⁰⁹ Considerando não apenas inadequada a “ressocialização” de uma pessoa adulta, mas impossível por conta de sua formação plena, cf. LESCH, Heiko. *La Función de la Pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p.33.

³¹⁰ *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.61.

³¹¹ *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986, p.87.

população (considerada “socializada”) a obrigar a minoria (considerada “dessocializada”) a seguir as suas determinações³¹², o que torna vazio de sentido e de legitimidade o ideal ressocializador da pena. No mesmo sentido, LUIGI FERRAJOLI³¹³ afirma que “qualquer tratamento penal voltado para a alteração coercitiva da pessoa adulta para fins de recuperação ou de integração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que (...) traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância.”

Diante do exposto, é necessário ressaltar que, tratando-se de imputáveis, “numa sociedade pluralista, o Estado não está legitimado a corrigir quem quer que seja, tampouco pode por meio da pena objetivar o arrependimento.³¹⁴ Ao contrário, as convicções de cada um hão de ser respeitadas. O Estado não tem legitimação para impor valores morais – o pluralismo exige respeito pelas diferenças e tolerância de qualquer subjetividade humana, por mais perversa que seja.”³¹⁵ Com razão afirma RAUL CERVINI³¹⁶ com relação à pena privativa de liberdade que “o direito de não ser tratado é parte integrante fundamental do direito a ser diferente, que toda sociedade pluralista é obrigada a reconhecer, e a imposição mais ou menos oculta, mais ou menos consentida, de um tratamento implica um grave perigo para os direitos do preso como pessoa.”³¹⁷

Enfim, diante da marcada inconstitucionalidade do ideal ressocializador, seja pela violação ao princípio da igualdade, seja por afronta ao pluralismo ideológico, concluí-se com MIGUEL REALE JÚNIOR³¹⁸ que no Estado Democrático de Direito brasileiro é necessário “abandonar a idéia-mito da ressocialização, como se o único responsável pelo delito fosse o condenado, considerado um dissidente em uma sociedade perfeita e

³¹² ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p.22.

³¹³ *Direito e Razão*. 2ªed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: RT, 2006, p.254.

³¹⁴ Articulando diversas críticas ao caráter diferenciador da ressocialização, sobretudo em uma sociedade pluralista e heterogênea, assim como quanto à inviabilidade jurídica e mesmo econômica da ressocialização nesse tipo de sociedade, cf. RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p.147.

³¹⁵ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.60.

³¹⁶ *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.42.

³¹⁷ Em sentido similar, cf. MUNOZ CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*. In: *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979, p.637.

³¹⁸ *Instituições de Direito Penal*. V. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.11.

harmônica, quando o delito é obra de um conjunto de circunstâncias, de uma sociedade de competição-hostilidade e de fruição com caráter criminógeno, criadora de desejos artificiais e de baixa solidariedade, na qual o que mais importa é o sucesso e a fama, alcançáveis com a riqueza e não com virtudes de cunho moral.”

6.2. Inadequação político-criminal

Partindo da tradicional conceituação de “ressocialização”, entendida, conforme já estudado³¹⁹, como sendo a “melhora social” do indivíduo, visando, para alguns, à reforma do seu íntimo (programa máximo) e, para outros, ao simples respeito à legalidade (programa mínimo), surge a inadequação político-criminal do ideal ressocializador.

Quando se afirma que o ideal ressocializador tem como finalidade fornecer novas oportunidades de vida para que o apenado não volte a delinquir, obviamente está se pensando nos “criminosos de sempre”, quais sejam, aqueles advindos de baixas classes sociais e autores de toscos crimes patrimoniais (violentos ou não).³²⁰ Ora, é sabido e ressabido que não são apenas as pessoas mais humildes que praticam crimes. Muito pelo contrário, os autores dos crimes mais graves à sociedade, contra bens difusos, geralmente possuem boa formação e condição financeira invejável, sendo provenientes das classes sociais mais abastadas. Desse modo, a parcela de criminalidade mais grave não necessitaria da ressocialização, pois não carece de “novas oportunidades de vida” justamente porque ela teve e continuará a ter as melhores oportunidades que a sociedade tem a oferecer.

Assim sendo, é notório que o conceito tradicional de ressocialização, defendido pela totalidade dos autores, não abrange todos os tipos de crimes e de criminosos, pois nem todos precisam de “novas oportunidades sociais” para conduzir a vida sem praticar delitos. De fato, as “estratégias ressocializadoras” propugnadas pela doutrina e pelas diversas legislações ao redor do mundo, inclusive a brasileira, focam

³¹⁹ Vide capítulo II 6.

³²⁰ ANABELA MIRANDA RODRIGUES (*A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.86) chega a afirmar, sem ressalvas, que todo delinqüente “é uma pessoa carecida de auxílio”, no que se refere, indubitavelmente, aos mencionados “criminosos de sempre”.

apenas na diminuição da vulnerabilidade social do condenado, pouco diferenciando se o programa propugnado pela legislação é máximo ou mínimo. O programa mínimo busca a redução da vulnerabilidade social por meio de oferecimento aos condenados de trabalho, assistência social, educação etc (medidas sociais e educacionais), tentando fornecer aptidão para que eles conduzam suas vidas sem praticar delitos. O programa máximo, por sua vez, que busca a reforma da personalidade do indivíduo, não possui qualquer estratégia diferenciada para tal fim, limitando-se a tentar suscitar no condenado os padrões éticos dominantes por meio da imposição de medidas de cunho social e educacional, ou seja, medidas de redução da vulnerabilidade social. Assim, não é possível enquadrar a criminalidade diferenciada, conhecida também como “criminalidade de colarinho branco” conforme a clássica lição de SUTHERLAND, autora de graves crimes econômicos, nos moldes tradicionais do conceito de ressocialização.

É bem verdade que diversos autores tentam contornar esse problema. FIGUEIREDO DIAS³²¹, por exemplo, apesar de sustentar que os delinquentes autores de crimes ocorridos em situações pessoais ou históricas irrepetíveis (que será abordado em seguida) não necessitam de ressocialização, afirma que há um equívoco quando se sustenta que o autor de crimes econômicos, por conta de seu status econômico-social, não necessitaria de ressocialização por já estar plenamente inserido na sociedade sendo, no mais das vezes, admirado por suas posses e posição social. Segundo o autor, tal raciocínio parte de um conceito errôneo do que seria a “socialização”, considerada por ele como sendo não praticar crimes em detrimento das outras pessoas. Dessa feita, a pessoa abastada e invejada pela sociedade daria provas de seu “defeito de socialização” quando praticasse um crime, mesmo que o crime fosse econômico e o tornasse ainda mais rico e mais admirado pela sociedade. Em sentido similar, afirma RENÉ ARIEL DOTTI³²² que o padrão de socialização dos autores de crimes ambientais ou econômicos (criminalidade de colarinho branco) não deve ser medida com base nos parâmetros de uma “burguesia opressiva”, devendo tal categoria de criminosos ser submetida a um processo ressocializador para que passe a proceder de acordo com os interesses da “sociedade por inteiro” e não segundo os interesses de uma de suas “negativas classes.”

³²¹ *Direito Penal: Parte Geral*. T. 1. São Paulo: RT, 2007, p.58.

³²² *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ªed. São Paulo: RT, 1998, p.233.

Todavia, FIGUEIREDO DIAS e RENÉ ARIEL DOTTI não se ocupam em descrever “como” a pena poderia ser “ressocializadora” para os criminosos da alta sociedade, não expondo também nenhuma medida para que isso pudesse ocorrer. MARIA JOSÉ FALCÓN Y TELLA e FERNANDO FALCÓN Y TELLA³²³, na tentativa de explicar como a pena seria ressocializadora para a espécie de criminosos sob análise, afirmam que a sanção deveria usar de “vias distintas das empregadas com o delinqüente comum: talvez pelo ‘susto’ e a ‘estigmatização’ de uma condenação judicial, pelo ‘golpe’ da privação de um direito profissional ou de liberdade.” Todavia, os autores espanhóis acabam deturpando por completo o conceito tradicional e mesmo lógico de ressocialização, ora confundindo-a com a prevenção especial negativa (‘susto’ - intimidação individual; ‘golpe’ na liberdade – segregação), ora sustentando que o aspecto mais dessocializante da pena, qual seja, a estigmatização, possa paradoxalmente servir como medida ressocializadora de criminosos econômicos.

Em suma, nota-se que a doutrina ainda não conseguiu delimitar como seria a ressocialização dos chamados criminosos de colarinho branco. Ademais, existe uma imensa dificuldade para tanto, primeiro por contrariar a essência do conceito tradicional de ressocialização, e também porque a tentativa de construir um conceito de ressocialização para essa espécie de criminosos esbarra na questão da impossibilidade constitucional de se impor valores à população.³²⁴ De qualquer forma, no direito brasileiro atual é inegável que a criminalidade econômica escapa do conceito de ressocialização, o que pode gerar distorções na execução penal.

De fato, pela lógica da ressocialização tradicional (conceito atual de ressocialização), sustentada, ao menos originariamente, pela Lei de Execução Penal, trata-se de forma mais branda aqueles que se encaixam em um determinado “padrão” dito como socializado (vg. autores de crimes de “colarinho branco”), mesmo que tenham cometido crimes de grande vulto; enquanto se trata de forma mais severa os párias sociais (vg. mendigos e moradores de rua), ainda que esses tenham praticado delitos de escassa relevância. Como exemplo gritante de tal fato está a progressão de regime de cumprimento de pena, no qual a pretensa dessocialização do autor do fato pode vir a interferir, e muito,

³²³ *Fundamento e Finalidade da Sanção: Existe um direito de castigar?*. Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008, p.230.

³²⁴ Vide capítulo II 6.1.

no tempo necessário para a progressão ou mesmo na obtenção do livramento condicional, penalizando determinados indivíduos apenas por sua condição de vida.³²⁵

Essa situação é indubitavelmente insustentável sob o enfoque político-criminal de um regime democrático. Em um Estado como o brasileiro, no qual um dos objetivos fundamentais é a erradicação da miséria (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal), os excluídos sociais deveriam ser submetidos à assistência social e não ao direito penal, considerando apenas as suas condições de vulnerabilidade social.³²⁶ O direito penal, por sua vez, deve cuidar apenas de punir o fato cometido e não a pessoa por sua particular condição. Dessa feita, a condição de vida da pessoa não pode fazer com que a execução da pena seja mais gravosa.

A perspectiva do porquê punir deve mudar diante da conscientização da existência de uma criminalidade mais sofisticada, praticada pelos detentores do poder político e econômico. Segundo afirmam ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLAVIO GOMES³²⁷, “uma parcela importante da criminalidade atual, freqüente e perigosa, não se encaixa nos moldes tradicionais das teorias da prevenção especial.” De fato, estamos acostumados com a punição da criminalidade comum, pobre e ignorante: a teoria ressocializadora é criada para esse grupo de pessoas, os “criminosos de sempre”, tidos como “dessocializados”. Se não há interesse em afastar do alcance punitivo estatal os autores dos crimes mais graves para a sociedade, ou mesmo em abrandar a situação de tais criminosos por mais “socializados” que eles sejam, é necessário sustentar, sem concessões, que não deve haver ligação entre a suposta necessidade ou não de ressocialização e o trato estatal com a questão criminal.

Existe ainda outra parcela de criminosos que, segundo a doutrina pacífica (incluindo os autores que defendem o ideal ressocializador), não precisariam de ressocialização: os autores de crimes ocorridos em situações históricas ou pessoais irrepetíveis. O exemplo clássico de crimes cometidos em *situações históricas irrepetíveis* é o dos delitos cometidos pelos carrascos nazistas dos campos de concentração. Mais próximo de nossa realidade estão os torturadores de dissidentes políticos nas ditaduras

³²⁵ Sobre o paralelo entre a ressocialização e o sistema progressivo de penas, vide capítulo III 2.1. e 2.2.

³²⁶ Vide capítulo III 3.

³²⁷ *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.685.

latino-americanas. É indubitável que os autores dos crimes atrozes apontados não necessitariam de novas oportunidades de vida, pois estavam e continuaram a estar plenamente inseridos na sociedade, tornando-se cidadãos pacatos e cumpridores da lei passadas as situações extraordinárias que permitiram os seus crimes. Quanto aos delitos perpetrados em *situações pessoais irrepitíveis*, o exemplo mais comum é dos delitos passionais, cujos autores quase nunca reincidem. ENRIQUE CURY URZUA³²⁸ fornece um exemplo ainda mais elucidativo: quando um delinqüente especializado em furtos com escalada, autor de vários delitos dessa natureza, despenca de um muro e fica inválido, seria absurdo submetê-lo a uma pena ressocializadora, pois, atendidas as circunstâncias, já não poderá reincidir nos fatos que outrora praticava.

Destarte, segundo a teoria ressocializadora, “seria inevitável a impunibilidade em todos aqueles casos onde não exista a probabilidade de que o sujeito volte a delinqüir, embora fosse grave o delito por ele cometido”³²⁹, ou ao menos seria justificável um tratamento menos severo na fase executiva por conta da desnecessidade de “ressocialização” do agente, com claros reflexos na segurança da sociedade e no senso de justiça do sistema penal. Se deve existir a punição para tais casos (que é o que se sustenta no presente trabalho com base na prevenção geral positiva), sem qualquer abrandamento por conta de considerações preventivo-especiais, frisa-se, a punição e mesmo a execução não podem se basear na ressocialização.

CLAUS ROXIN ainda tenta salvar a idéia de ressocialização procurando abarcar até os criminosos que, mesmo segundo os autores que defendem a teoria ressocializadora, não necessitariam de ressocialização. O autor sustenta que no caso de pessoas que praticaram crimes em situações pessoais ou históricas irrepitíveis, e também no caso de criminosos já integrados à sociedade, deve ser dada oportunidade para tais indivíduos minorarem os seus estragos, por meio do trabalho que terá os seus frutos direcionados às vítimas (ou familiares das vítimas) e às pessoas necessitadas. ROXIN³³⁰ defende que “se entender o conceito de ressocialização num sentido mais amplo, como

³²⁸ *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978, p.687.

³²⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.689. No mesmo sentido, cf. LESCH, Heiko. *La Función de la Pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p.36.

³³⁰ *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz, Lisboa: Vega, 1998, p.42.

reparação do dano, mesmo nestes casos pode o delinqüente, com seu honrado esforço, conseguir forças construtivas para a sua personalidade”, se ressocializando por meio da conscientização.

Por mais que seja criativo e bem elaborado o raciocínio de ROXIN, é de se convir que ele suscita uma indevida extensão do conceito de ressocialização para além do indivíduo, focando no benefício da sociedade e não em qualquer mudança interna ou comportamental do criminoso (melhora social); o que gera, conseqüentemente, uma descabida distorção do conceito sob análise.³³¹ No mais, no Brasil, a reparação do dano é uma obrigação imposta a qualquer condenado criminal (artigo 91, inciso I, do Código Penal), e apenas uma concepção ideológica poderia inferir de tal reparação um modo de induzir o criminoso a refletir sobre os seus atos, se reinserindo no corpo social.

Em síntese, o ideal ressocializador é inadequado sob o enfoque político criminal porque pode propiciar, sob o conceito tradicional de ressocialização, um tratamento mais brando para a criminalidade mais gravosa (a praticada contra bens difusos pelos detentores do poder econômico e político), pois seus autores já estão devidamente “inseridos” na sociedade, e justificar um tratamento mais duro para os criminosos ditos “dessocializados” (os “criminosos de sempre”, os “párias da sociedade”), mesmo que eles tenham praticado crimes de escassa gravidade. No mais, a ressocialização não justifica a punição de autores de crimes cometidos em situações históricas e pessoais irrepetíveis ou ao menos justifica uma execução penal excessivamente branda para tais autores, gerando uma brecha inaceitável no âmbito do poder punitivo estatal.

6.3. Contradição entre o caráter dessocializador inerente à pena e a finalidade que se buscaria por meio dela

A pena imposta é por si só estigmatizante e, por conta disso, dessocializante. Quem passa pelas malhas do direito penal sempre tenderá a ter mais dificuldade, por exemplo, em arrumar um emprego e sempre será preferencialmente

³³¹ Crítico ao raciocínio de ROXIN, cf. STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.66, maio-junho de 2007, p.65-66.

controlado pelas instâncias punitivas. Dessa forma, resta claro que *toda e qualquer pena aplicada possui caráter dessocializador*.

Analisemos primeiro a *pena privativa de liberdade*, modalidade de pena mais estigmatizante que existe no direito brasileiro. De fato, que os efeitos da prisão na vida do condenado são terríveis, *independentemente de como seja aplicada na prática*, já ninguém mais discute seriamente.³³² A pena privativa de liberdade acarreta a “fratura-chave na vida do interno que, ao sair em liberdade, encontra as portas fechadas”³³³, dada a estigmatização e a própria inadaptação à vida em liberdade ocasionada pela privação a que foi submetido. No Brasil, em particular, desde o estudo de AUGUSTO THOMPSON³³⁴ é bastante precário (para não dizer ingênuo) sustentar que a pena de prisão possa vir a ter um efeito ressocializador, considerando o seu inerente caráter estigmatizante, que suscita associações diferenciais dentro dos presídios, ocasionando uma verdadeira “socialização” para os valores da instituição total, absolutamente diversos dos valores existentes na vida em liberdade.

É certo que não apenas a criminologia crítica, mas também as correntes criminológicas mais tradicionais, já se deram conta há muito tempo, por meio de investigações empíricas, que a pena de prisão impossibilita a reinserção social do apenado.³³⁵ Mesmo em países com estrutura prisional impecável, onde houve investimento massivo no desenvolvimento de tratamentos ressocializadores, como a Suécia, há notícias de que a idéia de ressocialização não teve o êxito esperado pelo governo, não reduzindo a reincidência ou transmitindo maior sensação de segurança para a população.³³⁶ Percebe-se,

³³² CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.53.

³³³ CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.51.

³³⁴ *A Questão Penitenciária*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 (a primeira edição é de 1974).

³³⁵ BARATTA, Alesandro. *Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal*. In: Capítulo Criminológico, Maracaibo, n.14, 1986, p.177.

³³⁶ Sobre o fracasso de todos os métodos conhecidos de ressocialização, inclusive nos países nórdicos que investiram massivamente em tais métodos, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.687-688; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000, p.53; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.206 e ss.; AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.31; THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.132-142; CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.43.

portanto, que o fracasso da finalidade ressocializadora da prisão independe dos recursos investidos, pois “reformatar criminosos pela prisão traduz uma falácia e o aumento de recursos, destinados ao sistema prisional, seja razoável, médio, grande ou imenso, não vai modificar a verdade da assertiva.”³³⁷

Justificando porque é uma falácia tentar ressocializar alguém por meio da prisão, alerta AUGUSTO THOMPSON³³⁸, com base no pensamento de DONALD CLEMMER, a respeito do fenômeno da prisionização, profundamente disseminado em qualquer estabelecimento prisional. Segundo afirma o mencionado autor, a “prisionização corresponde à assimilação dos padrões vigorantes na penitenciária, estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos propensos a melhoras. Adaptar-se à cadeia, destarte significa, em regra, adquirir as qualificações e atitudes do criminoso habitual. Na prisão, pois, o interno mais desenvolverá a tendência criminosa que trouxe de fora do que a anulará ou suavizará.”³³⁹ Nesse contexto, fica evidente o quão ilusória é a intenção de “melhorar socialmente” alguém por meio da privação de liberdade.

De toda sorte, conforme bem resume MIGUEL REALE JÚNIOR³⁴⁰, “a prisão revelou-se, com todos os esforços e toda a boa vontade dos penitenciariistas e penalistas, absolutamente imprópria para preparar o apenado para o mundo livre. É que o cárcere não reproduz em tamanho pequeno a vida em sociedade, mas configura um *mundo próprio*, levando, inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária e sim pelo poder real da cadeia, exercida pelos líderes deste universo isolado, composto por pessoas estigmatizadas em face dos “homens bons” que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará, inevitavelmente, suas danosas marcas.”

³³⁷ THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.16-17.

³³⁸ *A Questão Penitenciária*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.95-96.

³³⁹ Sobre a prisionização, cf. CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958, *passim*. No Brasil, cf. SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p.113-116.

³⁴⁰ *Instituições de Direito Penal*. V. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.6-7.

Como se não bastasse o inerente caráter dessocializador da pena de prisão, independentemente de como é aplicada na prática, temos a questão da realidade fática da execução penal brasileira. É certo que, conforme a precisa lição de FRANCISCO MUÑOS CONDE³⁴¹, educar para a liberdade em condições de não liberdade não é somente difícil, mas uma utopia irrealizável nas atuais condições da vida na prisão.³⁴² Contudo, no caso brasileiro, a utopia ganha ares de tragédia. No Brasil, “quem, na atualidade, diante da realidade prisional, sustenta que a execução da pena, em particular da pena privativa de liberdade, está movida pela idéia exclusiva de ressocialização, é, no mínimo, um cínico.”³⁴³

Como o apenado vai se “reconciliar” com a sociedade se são diuturnamente desrespeitados os seus direitos (vide superlotação carcerária, total mistura de apenados definitivos e provisórios etc)? Como a sociedade vai se reconciliar com o apenado se o vê como ameaça constante à paz (às vezes com razão, vide rebeliões; rebeliões essas geralmente motivadas pela violação de direitos legítimos, em um círculo vicioso perverso)?³⁴⁴

³⁴¹ *Direito Penal e Controle Social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.85.

³⁴² “Não é possível ressocializar ninguém (...) mediante a pena. Porque a pena, na forma que hoje é cumprida e executada, não ressocializa ninguém, ao contrário, estigmatiza e dessocializa. (...) Nossos conhecimentos empíricos atuais corroboram-no: é mais provável que se ressocialize quem não cumpriu a pena (de prisão) do que quem a cumpriu, porque não é (ou nem sempre é) o delito, senão a pena que implica um demérito diante dos olhos da sociedade.” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*, v.2, São Paulo: RT, 2007, p.687). Segundo afirma GONZALO QUINTERO OLIVARES (*Curso de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996, p.62), se referindo aos cárceres espanhóis, “a dramática visão que oferecem os centros penitenciários e a originária contradição que suscita o binômio pena de prisão – ressocialização, obrigam a concluir que o sistema penal e penitenciários atuais fomentam a estigmatização e a dessocialização do condenado.” Sobre a situação caótica das prisões na América Latina, cf. LEAL, César Barros. *A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.50, setembro-outubro de 2004, *passim*.

³⁴³ FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.43.

³⁴⁴ De acordo com a análise preocupante e profundamente realista de WANDA CAPELLER (*O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização*. In: Temas Imesc. Sociedade, direito, saúde. São Paulo, n.2, 1985), sobre a pena de prisão e sua pretensa função ressocializadora, “na formação social brasileira, o conceito de ressocialização está em pleno desajuste com o espaço não discursivo de sua aplicação – a instituição carcerária ou correccional. (...) Está pois, o conceito de ressocialização em desajuste na sociedade brasileira, porque as premissas fundamentais que construíram e formaram o conceito e o discurso sobre a ressocialização não são mais passíveis de aplicabilidade em nossa formação social. Como pressupor que o indivíduo que está preso possa ressocializar-se e ser reintegrado ao sistema produtivo se não há a menor possibilidade de que aprenda um ofício e possa trabalhar no interior do sistema penitenciário? Como pensar em dar trabalho ao homem encarcerado, se bem que este é um direito do preso sempre propalado pelo discurso jurídico, se não há trabalho para os indivíduos que *não* cumprem a pena, se o desemprego é absoluto? Como colocar em funcionamento real a idéia de ressocializar pessoas que estão sob o poder de

Apesar de ser difícil calcular, no Brasil estima-se que a reincidência dos submetidos à pena de prisão situa-se entre 47% (análise mais otimista) e 85% (análise mais alarmista), conforme afirma ANA PAULA ZOMER SICA,³⁴⁵ com base nos dados do relatório final da CPI (comissão parlamentar de inquérito) do sistema penitenciário de julho de 2008. Apesar da gritante falta de precisão dos dados, é digno de nota que uma análise considerada “otimista” tenha apurado que cerca de *metade* dos ex-detentos, número tremendamente elevado, tenha voltado a delinquir.³⁴⁶

Na atual situação do sistema punitivo brasileiro é sumamente irreal falar de ressocialização de alguém. Conforme a lapidar conclusão de ALBERTO SILVA FRANCO³⁴⁷, “o número de presos sofre um acréscimo numa proporção que não tem condições de ser adequada à quantidade de vagas. Isso significa a existência de um caótico sistema prisional em que os condenados são aglomerados como sardinhas em lata, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana e são devolvidos, após um processo de plena dessocialização, ao meio livre para que, logo em seguida, voltem ao próprio sistema, em razão da prática de novos delitos. As taxas de reincidência retratam o movimento repetitivo e cansativo de uma roda gigante: crime – sistema prisional – dessocialização – crime. Aqueles que tentam romper esse círculo infernal, que não se acomodam à máscara do “bom recluso”, que ainda logram conservar os valores da vida em liberdade e lutar por eles, podem ainda ter esperanças de sobreviver. Os demais entrarão nas engrenagens dessa máquina trituradora de seres humanos, e nunca mais dela sairão.”

Na absurda situação dos cárceres brasileiros, seguindo estritamente a idéia que a execução tem como função ressocializar, dever-se-ia abolir a pena de prisão, pois ela apenas aumenta imensamente as chances de reincidência. Para se sustentar a

controle direto do Estado, se o binômio que fundamenta o sistema penitenciário ou qualquer instituição correccional é o binômio disciplina/segurança e não trabalho/educação? Como pretender aplicar o binômio disciplina/segurança em sistemas superpopulados, que recebem a cada ano um número maior de pessoas excluídas da possibilidade de sustento e inscritas nas normas dos crimes proprietários?”

³⁴⁵ *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p.46.

³⁴⁶ É lamentável a falta de estatísticas confiáveis a respeito dos índices de reincidência, sobretudo no Brasil. Apenas como indicativo, percebe-se na prática forense um elevado número de condenados reincidentes, o que é sintomático do caráter criminógeno do sistema penal, apesar de ser leviano afirmar que os reincidentes assim o são por conta da atuação punitiva estatal. De todo modo, “ressocializados” pelo sistema penal eles não foram, senão eles não voltariam (ou voltariam menos) a delinquir.

³⁴⁷ *Crimes Hediondos*. 6ªed. São Paulo: RT, 2007, p.583.

existência da pena de prisão (que é necessária, ao menos para os casos mais graves), é imprescindível baseá-la em outras ordens de consideração, diversas da ressocialização.

Sem embargo, é muito importante destacar que *qualquer pena possui caráter estigmatizante*. A simples aplicação de uma pena restritiva de direitos, ou mesmo de uma multa, marca o condenado, que passa a ser etiquetado como um criminoso perante os olhos da sociedade.³⁴⁸ O que acontece é que a pena de prisão “apenas” estigmatiza de forma mais intensa, sendo mais dessocializante para o apenado; o que não implica que as demais sanções penais não tenham também um caráter dessocializador, só que menos intenso.³⁴⁹

Constata-se, na verdade, que o próprio processo, independentemente de condenação, gera estigma e suscita o preconceito da sociedade. Na prática forense, são comuns os casos de pessoas que têm dificuldades para obter emprego por terem sido submetidas a processos que resultaram em absolvições. Mais do que isso, simples inquéritos arquivados (antes de haver processo, portanto) são geradores de desconfiança para a sociedade que tende sempre a discriminar qualquer pessoa que tenha tido qualquer tipo de envolvimento com a justiça criminal, mesmo que na condição de simples suspeito na fase pré-processual.

Dessa forma, justificam-se as ponderações de ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLAVIO GOMES³⁵⁰, no sentido de que “a pena (e mesmo o processo, conforme explicado) estigmatiza, não reabilita. Não limpa, mancha. Como se pode apelar à sua função ressocializadora quando consta empiricamente o contrário? Como se explica o impacto reabilitador do castigo e a reinserção social do condenado se, na concepção social, costuma ser mais o mero fato de haver cumprido a pena que a própria pena um grave demérito aos olhos dos concidadãos?”

³⁴⁸ Sobre a idéia de etiquetagem social (*labelling approach*) e sua influência no incremento da criminalidade, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p.49 e ss; KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7ª ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p.115 e ss; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, São Paulo: RT, 2004, p.287-326.

³⁴⁹ Sobre a idéia de menor dessocialização possível e sua relevância na atuação penal, vide capítulo III 1.2.

³⁵⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.375 (parêntese nosso).

Segundo acertadamente afirma ANA PAULA ZOMER SICA³⁵¹, “no campo da ressocialização ou reeducação (prevenção especial) situam-se as doutrinas que preconizam objetivos como a “recuperação do delinqüente” ou sua reinserção social, finalidades já esmaecidas pela realidade, que demonstra, à exaustão, que o sistema penal é fonte de dessocialização, ‘escola do crime’, etc.” Percebe-se, assim, que é uma profunda contradição almejar a ressocialização por meio do instrumental intrinsecamente dessocializador do direito penal.

Concluindo, passada a euforia do ideal ressocializador³⁵², restou incontestável o seu retumbante fracasso. É certo que a prisão é a pena mais dessocializadora das aceitas no nosso atual estágio de civilização. Contudo, também é certo que qualquer espécie de pena sempre é recebida pelo indivíduo como uma dura restrição aos seus direitos e nada mais. Ninguém se “ressocializa” com uma pena. Isso naturalmente não impede que se aplique uma pena menos dessocializadora para o apenado, seguindo ponderações baseadas nos princípios da humanidade das penas, da proporcionalidade e da culpabilidade.

É digno de nota que a certeza da impossibilidade do ideal ressocializador no Brasil³⁵³ atualmente já tem como efeito prático a revalorização do caráter preventivo negativo da pena. De fato, desconsiderando a utópica e inadequada hipótese de abolir o sistema penal, o poder punitivo busca outras formas de legitimação. Sob um viés conservador, a pena acaba se justificando pelo seu caráter negativo geral (intimidação) e especial (segregação e inocuização).³⁵⁴ Sustenta-se, segundo essa visão, uma execução

³⁵¹ *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p.49.

³⁵² JESÚS-MARIA SILVA SANCHEZ (*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.28 e ss.) afirma que as décadas de sessenta e setenta se caracterizaram por um imenso otimismo reformista e ressocializador que foi abafado pelo fracasso prático da ressocialização inclusive nos países mais abastados que investiram massivamente nela. Fazendo um paralelo entre a o declínio do ideal ressocializador e a crise do Estado de bem estar social, cf. BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social: Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p. 251-252.

³⁵³ Não é demais lembrar que a impossibilidade do ideal ressocializador não é monopólio nacional. Nesse sentido, cf. CURY URZUA, Enrique. *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978, p.688-689.

³⁵⁴ Nesse sentido, cf. ANITUA, Gabreil Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad.Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.761-768; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Lineamientos garantistas para una transformación radical y reduccionista de la cárcel (una visión desde España)*. In: Delito y sociedad: Revista de Ciencias Sociales, Buenos Aires, n.14, 2000, p.25.

penal de “face dura”, que “não postula do encarceramento as utopias preventivas ressocializadoras, senão a mais fria e asséptica neutralização do condenado.”³⁵⁵

Contudo, conforme já analisado³⁵⁶, os efeitos das posições preventivo-negativas também são deletérios e, sobretudo, inconstitucionais, cabendo à ciência penal de base democrática buscar outras bases de sustentação. Nesse contexto, de acordo com o sustentado ao longo do trabalho³⁵⁷, entende-se que, no atual estágio de desenvolvimento da dogmática penal, a prevenção geral positiva é a teoria mais apta a justificar a sanção criminal, contanto que seja limitada pelos sólidos e estritos limites impostos pela dogmática penal e, fundamentalmente, pela Constituição Federal, com destaque ao respeito à dignidade humana do apenado.³⁵⁸ Inclusive, a finalidade preventivo-geral positiva deve ser levada em consideração na fase de execução penal, onde a finalidade da pena não deve ser diferente das demais fases de atuação estatal, sob pena de estabelecer uma profunda incoerência sistêmica.

6.4. Desnecessidade de justificar a humanidade das penas na ressocialização

O discurso dos autores que defendem a ressocialização afirma que a renúncia ao ideal ressocializador é um atraso que gera a desumanização da pena.³⁵⁹ Segundo alegam, sem o ideal ressocializador não se justificam diversos direitos do apenado, tais como o direito ao trabalho, à educação, e vários outros que garantem um tratamento humano na execução. Nesse sentido, é ilustrativo o pensamento de OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES³⁶⁰, segundo o qual “as principais críticas dirigidas à teoria socializadora têm contribuído para retirar da execução penal qualquer finalidade educativa, amparada em princípios humanitários. Com o pretexto de manter a sanção nos limites da

³⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.487.

³⁵⁶ Vide capítulos I 3.1.1. e I 3.2.1.

³⁵⁷ Vide capítulo I 3.1.2.

³⁵⁸ Vide capítulo II 6.4. a seguir.

³⁵⁹ KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7ª ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p.168; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.). *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 238-239.

³⁶⁰ *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.16.

legalidade do talião jurídico, mantém-se da pena uma concepção exclusivamente retributiva, tanto em sua aplicação quanto em sua execução nos antigos moldes do classicismo.” (...) “a retribuição pura afasta do âmbito punitivo as conquistas científicas relativas aos estudos do comportamento humano, permitindo que o direito penal, nessa parte, se divorcie de outras práticas cientificamente fundamentadas. A pena, por via de consequência, permanece com seu fundo de castigo, como nas épocas mais remotas da história. Por esse motivo, portanto, durante a fase de execução penal, a prevenção especial pela reintegração social é a única que pode conservar a humanização do delinqüente.”

No entanto, é totalmente equivocado o raciocínio segundo o qual a ressocialização deve ser mantida por conta de seu pretense matiz humanista. Em primeiro lugar, não é certo que a ressocialização, principalmente (mas não somente) sob a égide do programa máximo, tenha realmente um efeito humanitário para o apenado.³⁶¹ Muito pelo contrário. Conforme afirma SALO DE CARVALHO³⁶², “o modelo penológico Ocidental do final do século passado, estruturado na ideologia do tratamento (discursos ressocializadores), ao invés de capacitar prática direcionada à tutela dos direitos da clientela do sistema punitivo (condenados), conferiu legitimidade aos melhoradores da humanidade para intervirem violentamente contra estes direitos fundamentais, violentando, sobretudo, os direitos da personalidade.”³⁶³

Por outro lado, mesmo que se entenda que a ressocialização seja, de fato, um fator que incentiva a humanidade das penas, constata-se que ela é absolutamente inútil em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, segundo a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal e os diversos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil³⁶⁴, todos

³⁶¹ Nessa direção, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.125-126 (com várias referências).

³⁶² *Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.26.

³⁶³ Sobre os freqüentes excessos preventivos do ideal ressocializador, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007, p.685.

³⁶⁴ Eis a lista de tratados internacionais, assinados pelo Brasil, que tratam direta e indiretamente de matéria referente à execução penal e humanidade das penas: “regras para tratamento de presos da Comissão Internacional Penitenciária, 1929, com alterações em 1933 e aprovação pela liga das nações em 1934; Declaração Universal dos Direitos da ONU, 1948 (no tocante à proibição de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante) “Regras Mínimas” para tratamento de reclusos, aprovadas em Genebra pela ONU, em 1955; Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966 (arts. 9º e 10); Recomendação do IV Congresso das Nações Unidas em Kioto, para aplicação das regras mínimas, 1970; Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, 1984 (art.14 – no tocante à indenização); Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969 (Pacto de São José da Costa Rica – arts. 5º e 6º)” (MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 8ª ed. São Paulo: Atlas,

os direitos do condenado, exceto a liberdade de locomoção e direitos correlatos³⁶⁵, são mantidos durante a execução da pena, a começar pelo respeito à dignidade humana. Nesse sentido, afirma JANAINA CONCEIÇÃO PASCHOAL³⁶⁶ que “poder-se-ia, diante de todas essas críticas feitas à teoria da prevenção especial positiva, pretender aduzir que se o Estado, por meio da pena, não tem o poder de reeducar o criminoso, os presídios não precisariam ser reformulados para atender os requisitos mínimos de salubridade estabelecidos por lei, bem como para tornar possíveis o estudo e o trabalho dos presos.” (...) “No entanto, a exigências legais de salubridade, espaço físico, atribuição de trabalho etc., durante o cumprimento da pena de prisão, não estão relacionados a uma suposta finalidade de recuperação, mas sim ao respeito à dignidade humana exigido, melhor dizendo, garantido, pela Constituição Federal, já em seu primeiro artigo.”

Nesse contexto, é necessário ressaltar que a consolidação do respeito à dignidade da pessoa humana é requisito imprescindível para se obter a concretização do Estado Democrático de Direito no Brasil. Trata-se a dignidade humana do fundamento basilar da República (Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), sendo “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”³⁶⁷

Destarte, destaca-se que o apenado, por conta exclusivamente de sua situação de ser humano, sem dúvida deve ter a sua dignidade preservada. Isso porque, nas palavras de ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO³⁶⁸, “a dignidade humana representa o

2005, p.164). É importante destacar sobre os *tratados* citados (não as meras resoluções e recomendações – como as Regras Mínimas da ONU) que, tendo sido ratificados pelo Brasil, possuem plena aplicabilidade e coercitividade.

³⁶⁵ Por exemplo, o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal determina que a condenação criminal com trânsito em julgado tem como efeito a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da condenação.

³⁶⁶ *Direito Penal: Parte Geral*. Barueri: Manole, 2003, p.102-103.

³⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.48.

³⁶⁸ *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p.74 (destaque nosso). Nesse sentido, é elucidativa a normativa internacional inserta no artigo 10º do

próprio ser, como integrante de um grupo social, que merece respeito do outro, e do próprio Estado, *independentemente de qualquer atributo de ordem pessoal*, tais como: título, cargo público, patrimônio, função social etc.”³⁶⁹

Dessa forma, é desnecessário justificar qualquer um dos direitos do apenado, como o direito ao trabalho e à educação, com base na ressocialização, pois a lei (em sentido lato) já garante, ao menos no plano normativo, estes direitos; e sem fazer qualquer menção ao ideal ressocializador. Apesar do artigo 10 da Lei de Execução Penal dispor que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e *orientar o retorno à convivência em sociedade*”, é certo que não há em tal dispositivo uma ligação entre a garantia dos direitos sociais do condenado (instrumentalizados pela assistência) e o ideal ressocializador. O citado dispositivo estabelece apenas um referencial para o Estado, que deve sempre ter em consideração, ao garantir a assistência na execução, que o condenado retornará à sociedade após o cumprimento da pena de prisão, devendo com a assistência (material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa) orientá-lo para esse retorno.³⁷⁰

É oportuno observar que, sem dúvida, apenas a previsão dos direitos fundamentais constitucionais do apenado não garante devidamente a sua esfera de direitos. Por conta disso, é indispensável a previsão desses direitos em lei (em sentido estrito), com vistas a garantir o modo de realização dos direitos previstos na Constituição.³⁷¹ O que não se concebe é a necessidade de amparar direitos mínimos para existência humana digna em uma suposta finalidade ressocializadora quando bastaria respeitar os direitos básicos de todo ser humano, mesmo daquele privado de sua liberdade.

Na Lei de Execução Penal, os direitos do condenado estão previstos nos artigos 40-43, combinados com o artigo 3º, que aduz que ao condenado serão assegurados

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que foi devidamente ratificado pelo Brasil: “Todos os indivíduos privados na sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana.”

³⁶⁹ Sobre o conceito e o conteúdo jurídico do termo “dignidade humana”, assim como os seus reflexos no ordenamento brasileiro, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, *passim*.

³⁷⁰ Será abordado no capítulo III 3. que a garantia de direitos sociais na Lei de Execução Penal não pode ter qualquer conotação penal.

³⁷¹ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.51.

todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.³⁷² A enunciação de direitos na Lei de Execução Penal é, sem dúvida alguma, exemplificativa, já que o condenado mantém todos os direitos não atingidos pela sentença, direitos estes que são garantidos para todos os cidadãos (sem exceção) pela Constituição Federal, desde que compatíveis com o cumprimento da pena.³⁷³

De fato, o sentenciado deve ser tratado como uma pessoa igual a qualquer outra, exceto pela obrigação de cumprir a pena e as limitações decorrentes de tal situação. O fato é que independentemente de se concordar ou não com o ideal ressocializador, é necessário o respeito incondicional aos direitos dos condenados, sem a cobrança arbitrária de seus deveres ou os habituais excessos³⁷⁴, pelo simples fato de se tratar de seres humanos.³⁷⁵ Dessa feita, o rechaço ao ideal ressocializador da pena não implica abandonar a busca pela humanização do sistema penal.

A propósito, é bastante mesquinho afirmar que sem a finalidade ressocializadora a execução não deve ser humana. Ora, isso justificaria um tratamento desumano a todos aqueles que, segundo se alega, são tidos como não passíveis de “ressocialização”. É certo que o Estado não pode ser obrigado a tratar de forma humana os apenados apenas por razões utilitaristas (para obter a ressocialização), mas sim deve ser obrigado, por imperativo ético advindo do regime democrático de direito, a tratar todas as pessoas submetidas ao seu jugo punitivo de maneira digna.³⁷⁶ Aliás, no nosso ordenamento

³⁷² Cf. a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, item 65: “tornar-se-á inútil a luta contra a “prisionização” sem que se estabeleça a garantia jurídica dos condenados”, e item 66: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art.3º - da LEP). Trata-se de proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução.”

³⁷³ Cf. PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *O direito do preso*. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.18, janeiro-junho de 2005, p.56.

³⁷⁴ Cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.44.

³⁷⁵ Afirmando, com base no pensamento de MATHIESEN, que a garantia de direitos dos apenados prescinde do ideal ressocializador, pois todas as pessoas devem ter os seus direitos respeitados, cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p.783-784.

³⁷⁶ ANABELA MIRANDA RODRIGUES (*Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p.35), apesar de ser uma entusiasta do ideal ressocializador, acaba por corroborar o raciocínio supra ao afirmar que “rejeita-se, assim, que, em nome de qualquer euforia preventiva, se excluam princípios, como os do Estado de Direito, da humanidade, da tolerância ou da culpa, que essencialmente garantem os direitos individuais contra exigências colectivas de segurança.” (...) “a síntese deve fazer eco do Estado contemporâneo, de direito, democrático e social. Um Estado em que a defesa intransigente da dignidade da pessoa não se opõe a uma legitimação utilitarista da intervenção punitiva estadual, pois os critérios de utilidade aparecem em relação dialéctica com as garantias formais e materiais que intervêm na autolimitação do Estado.”

o parâmetro de tratamento digno é simples: basta seguir a Constituição Federal e as leis, sem precisar se amparar no ideal ressocializador.³⁷⁷

Como se não bastasse, em um sistema com preponderância na prevenção geral positiva, nem ao menos por razões utilitaristas se justifica a violação de direitos dos apenados. Com efeito, o desrespeito aos direitos dos apenados é prejudicial à finalidade preventivo-geral integradora que se espera da pena. Ao se violar os direitos do apenado (vitimizador), o Estado faz com que ele passe a ser vítima, em uma clara inversão de papéis que torna sem sentido a punição sob o aspecto de incentivo ao respeito das normas vigentes. E mais, a pena que deveria ser a reafirmação do ordenamento jurídico passaria a ser violação do mesmo ordenamento que deveria reafirmar, gerando uma contradição patente que esvaziaria de legitimidade a atuação do poder punitivo estatal.

Diante do exposto, seja pela garantia fundamental dos direitos de todas as pessoas (incluindo os apenados), seja pela finalidade preventivo-geral positiva que se espera da pena em um regime democrático de direito, constata-se ser desnecessária a ressocialização para garantir a humanidade das penas.

6.5. Considerações específicas a respeito do programa mínimo de ressocialização

Conforme já afirmado, a maioria dos autores sustenta como viável o programa mínimo de ressocialização. Esses autores relativizam as críticas tecidas à finalidade ressocializadora da execução, alegando que elas se voltam basicamente ao programa máximo.

Todavia, de acordo com o acima abordado, as contundentes críticas expostas se voltam sim contra o programa mínimo, se bem que em menor grau. E, nesse contexto, pouco importa se o programa é, por exemplo, mais ou menos inconstitucional: sendo inconstitucional, não há como sustentá-lo no ordenamento.

Sob outro enfoque, ressalta-se que existem ainda críticas específicas a respeito do programa mínimo de ressocialização, abordando o seu aspecto de *oferecimento*

³⁷⁷ Para mais detalhes sobre o reflexo dessas ponderações no âmbito da legislação infraconstitucional, vide a parte III do presente trabalho.

ao condenado de uma alternativa para ele se reinserir à sociedade e também sobre a sua proposta ressocializadora de incentivar o indivíduo a não cometer crimes.

Em primeiro lugar, a respeito da questão do aspecto de *oferecimento ao condenado de uma alternativa para ele se reinserir à sociedade*, percebe-se a *impropriedade dogmática* do conceito de voluntariedade que embasa o programa mínimo. Tentando afastar qualquer carga impositiva e autoritária do ideal ressocializador, os defensores da ressocialização em sua vertente de programa mínimo, afirmam ser finalidade da execução a mera oferta de oportunidades sociais para que o condenado conduza a sua vida sem praticar delitos, em uma “ajuda” fornecida pela sociedade ao indivíduo, que pode ou não aceitar o “auxílio”.³⁷⁸

Todavia, é certo que a pena estatal, por seu caráter intrinsecamente negativo³⁷⁹, é imposta contra a vontade do condenado. Dessa feita, é sumamente contraditório que a finalidade da pena seja uma “opção” para o condenado (se quiser, ele aceita a “ressocialização”), contrariando o caráter impositivo da sanção.

É imperativo lógico que uma função/instituto estatal, decorrente de um poder vinculante do Estado, como a finalidade da pena, não possa ficar sob o livre alvedrio do cidadão condenado. A finalidade da pena, como parte integrante da sanção, ou melhor, como *parte legitimadora da resposta punitiva estatal*, deve se impor independentemente da concordância do apenado.

Com esse raciocínio evidentemente não se objetiva justificar o programa máximo, que é impositivo. Tal programa deve ser afastado do pensamento penal por outros motivos, dos quais a inconstitucionalidade é o mais marcante.³⁸⁰ O presente raciocínio apenas elucida que o programa mínimo, largamente proclamado como idéia salvadora do ideal ressocializador, não se sustenta logicamente no sistema penal, dada a apontada impropriedade dogmática.

³⁷⁸ Cf. entre outros, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.217; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.84.

³⁷⁹ Sempre é necessário ter em mente que com a aplicação da pena há um ataque à esfera de direitos de uma pessoa, sendo sempre um mal para quem a recebe.

³⁸⁰ Vide capítulo II 6.1.

Mas não é só. Ao analisar as diversas finalidades possíveis da pena, fica claro que a *proposta ressocializadora do programa mínimo* é abrangida, com vantagem, pela prevenção geral positiva.

Conforme já estudado, o programa mínimo, de maneira simplificada, tem como objetivo incentivar que o *indivíduo especificamente considerado* (apenado) conduza sua vida *sem praticar crimes*. A prevenção geral positiva, por seu turno, também de forma resumida, tem como meta motivar *todos os cidadãos a não praticar crimes*, reafirmando os valores sociais fundamentais para determinado grupo, em certo momento histórico. É facilmente perceptível que ambas as propostas, nesse ponto (objetivo/meta), são muito semelhantes, só mudando o âmbito de atuação: para o programa mínimo de ressocialização, o indivíduo; para a prevenção geral positiva, a sociedade.

De todo modo, fica claro que a prevenção geral positiva engloba a finalidade ressocializadora do programa mínimo, pois incentiva (ao menos simbolicamente) toda a sociedade, inclusive o apenado (parte integrante da sociedade), a respeitar as normas sociais.³⁸¹ E mais, a prevenção geral positiva engloba com vantagem a ressocialização, na medida em que não possui caráter diferenciador por se voltar a todas as pessoas e não a um grupo de pessoas pretensamente “dessocializadas”; tendo, dessa forma, legitimidade constitucional e adequação político-criminal.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que o programa mínimo não consegue “salvar” o ideal ressocializador da execução, já que possui os mesmos problemas do programa máximo, trazendo ainda novos problemas e nada agregando de útil ao sistema penal.

7. Conclusão

Diante das críticas expostas, fica extrema de dúvidas a incompatibilidade da ressocialização com o Estado Democrático de Direito, seja qual for o modelo de programa

³⁸¹ Nesse sentido, CURY URZUA, Enrique. *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978, p.691 e ss; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un Futuro la dogmática Jurídico-penal?*. In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, s/d, p.505 e ss.

sustentado (máximo ou mínimo) ou o momento de atuação desse programa (concepção extremada ou limitada).

Ademais, apesar do enfoque dado ao ordenamento jurídico brasileiro quando da análise da concepção limitada da ressocialização, é certo que as críticas tecidas são aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico democrático. Com efeito, basta que um ordenamento preveja o respeito a postulados básicos da democracia, tais como os princípios da igualdade e do pluralismo ideológico, para que ele seja incompatível com qualquer finalidade ressocializadora da pena ou mesmo da execução penal.

Em suma, não é possível forjar qualquer utilidade socialmente produtiva ou constitucionalmente adequada à finalidade ressocializadora da pena, diante dos intransponíveis defeitos acima expostos.

III – FINALIDADE DA PENA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1. Considerações iniciais

Feita a análise crítica do ideal ressocializador, passa-se à análise de alguns dos institutos da Lei de Execução Penal, principal arcabouço normativo da execução penal no direito brasileiro, sob a ótica da finalidade da pena. Apesar das diversas fontes normativas, é inegável a preponderância da Lei de Execução Penal no sistema normativo da execução penal brasileira. Contudo, quando necessárias serão feitas referências a outras leis e também a normas originadas de documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Ressalta-se, como não podia deixar de ser, que toda a análise da legislação será feita sob a ótica soberana da Constituição Federal.

Os institutos estudados serão aqueles *tradicionalmente ligados à idéia de ressocialização* e também aqueles cujo *enfoque de aplicação muda quando se despreza tal idéia*.³⁸² A crítica aos institutos da Lei de Execução Penal dar-se-á da seguinte forma: serão refutados os institutos que só se justificam com base na ressocialização (exame criminológico) ou até o ponto em que eles se justificam com fundamento na ressocialização (progressão de regime e livramento condicional). Ademais, será criticada e afastada a maneira como são aplicados alguns institutos sob a ótica da ressocialização (saída temporária, direito à visita, trabalho do preso e remição), mas sem sustentar que sejam extirpados do sistema, procurando embasá-los em outros postulados, como no respeito aos direitos fundamentais e na prevenção geral positiva. De todo modo, será dado especial destaque ao que muda na aplicação prática de tais institutos, seguindo a orientação apontada ao longo do trabalho.

Desde já é necessário ressaltar que diversos institutos positivos (socialmente úteis) tiveram origem na idéia de ressocialização, da mesma forma que a ressocialização gerou institutos negativos (socialmente daninhos). Contudo, com o fracasso do ideal ressocializador, que produziu e produz efeitos muitos negativos, já está na hora de basear os institutos positivos (e refutar os negativos) com base em outras ordens de considerações.

³⁸² Ressalva-se, conforme já visto (vide capítulo II 5.2.), que toda a estrutura da Lei de Execução Penal é, de certa forma, influenciada pelo ideal ressocializador. Os institutos escolhidos para análise são apenas aqueles mais significativamente inspirados pela suposta finalidade ressocializadora da pena

1.1. Princípios limitadores da execução penal

Para situar a análise da finalidade da pena na Lei de Execução Penal no contexto do Estado Democrático de Direito, é indispensável o estudo dos princípios limitadores ou específicos da execução penal. Sem dúvida, considerando o altíssimo grau de atuação estatal na esfera de liberdade das pessoas acarretada pela execução da pena, são fundamentais os limites impostos pelos princípios em questão.

Primeiramente, é necessário destacar que no Estado Democrático de Direito não faz sentido a idéia de “relação jurídica especial de poder” supostamente existente na execução, na qual o condenado, dada a sua condição de submissão extrema ao poder estatal, não teria a sua esfera de direitos devidamente protegida como qualquer cidadão; idéia essa que, no passado, justificou oficialmente inúmeras violações de direitos específicos da execução penal.³⁸³ Segundo afirma ANABELA MIRANDA RODRIGUES³⁸⁴, “ficou para trás o tempo em que o condenado à pena privativa de liberdade era despojado de todos os direitos, transformando-se em um objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não direito.”

O raciocínio da mencionada autora quanto ao condenado à pena de prisão, certamente se estende aos condenados a qualquer modalidade de pena. De fato, “o reconhecimento da existência de direitos fundamentais do condenado torna-se mais saliente no tocante à pena privativa de liberdade, à vista da especial relevância desse direito restringido pela pena. Mas, a rigor, não há, modernamente, razão lógica para excluir a garantia de direitos fundamentais do condenado, relativamente aos condenados a penas de outras modalidades, bem como a medidas de segurança. Todas as penas, em verdade, caracterizam a supressão com a chancela penal, ainda que transitória, de direitos do condenado pelo Estado, que não se pode permitir a infringência de nenhum dos direitos e

³⁸³ HASSEMER, Winfried. *História das Idéias Penais na Alemanha do Pós Guerra*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.44. Sobre o conceito e embasamento teórico da “relação especial de poder”, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.37-54; RIVERA BEIRAS, Iñaki; MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; RODRIGUES, Anabela Miranda. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: Bosch, 2000, p.65 e ss.

³⁸⁴ *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p.65.

garantias individuais de ninguém, mormente por intermédio da sanção penal.”³⁸⁵

Contudo, a efetividade dos princípios limitadores não é sentida na prática. Conforme relata criticamente GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA³⁸⁶, “exatamente no momento em que a esfera de liberdades do indivíduo é concretamente vulnerada, suas garantias parecem diminuir, os instrumentos de proteção mais difíceis de acessar e a legislação menos clara, com pouco respaldo de construções dogmáticas”. O autor continua sua exposição sustentando, com razão, que “depois da condenação, a fragilidade do indivíduo mediante o poder do Estado é evidente; daí a necessidade de instrumentos de proteção. Não se busca com isso a impunidade, mas sim a racionalidade da execução penal, bem como sua adequação ao espírito democrático que, mais que uma convicção doutrinária, é imperativo constitucional.”³⁸⁷

Por outro lado, conforme já aludido³⁸⁸, é de se convir que o Estado, até mesmo para que possa exigir o cumprimento de suas normas e o respeito das pessoas aos direitos dos demais, deve antes dar o exemplo de respeito aos direitos fundamentais das pessoas submetidas ao seu jugo punitivo, sob pena de se desmoralizar por completo diante da sociedade.³⁸⁹ Como se não bastasse, é sabido que o desrespeito aos direitos fundamentais dos apenados, por exemplo aplicando-se uma pena mais grave ou em condições mais severas do que a lei permite, gera motivada revolta, fazendo com que eles, outrora “vitimizadores”, transformem-se em “vítimas” do Estado, em uma clara inversão de valores com acentuado efeito negativo para a credibilidade do poder estatal e com alto poder criminógeno.³⁹⁰ Conforme reconhece a própria exposição de motivos da Lei de

³⁸⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.10-11.

³⁸⁶ *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.27.

³⁸⁷ Sobre a importância de um estatuto jurídico protetivo do apenado, sobretudo do submetido à pena de prisão dada a sua especial situação de vulnerabilidade, com sede em *lei em sentido estrito* e sob *ampla tutela fiscalizatória do Poder Judiciário*, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p.65-128; FRANCO, Alberto Silva. *Jurisdicionalização da Execução*. In: *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.100 e ss.

³⁸⁸ Vide capítulo II 6.4.

³⁸⁹ Em sentido similar, cf. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p.147.

³⁹⁰ Nesse sentido, afirma ERWIN GOFFMAN (*Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996, p.56), citando RICHARD MCCLEERY, que “depois de um delinqüente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o previsto em lei, passa a justificar o seu ato – o que não podia fazer quando cometeu. Decide “descontar” o tratamento injusto na prisão, e a vingar-se, na primeira oportunidade, através de outros crimes.” Fazendo um paralelo entre o

Execução Penal (item 20), “é comum, no cumprimento das penas privativas de liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa *hipertrofia da punição* não só viola medida da proporcionalidade, como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia” (destaque nosso).

De toda forma, é certo que a realidade da falta de aplicação efetiva dos princípios limitadores da execução não pode obstar uma análise atenta de tais princípios. Pelo contrário, deve-se buscar uma construção dogmática comprometida com os princípios mencionados, buscando sempre a maior efetividade possível da Constituição Federal.³⁹¹

Antes de abordar os princípios específicos da execução, cumpre esclarecer que os princípios penais gerais, como o da *legalidade, isonomia, devido processo legal, presunção de inocência, proporcionalidade e individualização da pena* são plenamente aplicáveis à fase executiva.³⁹² É necessário recordar que, de acordo com os artigos 3º da Lei de Execução Penal e 38 do Código Penal, ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória e pela lei, sempre nos estritos limites impostos pela Constituição Federal. Conforme afirma incisivamente HEITOR PIEDADE JÚNIOR³⁹³, “pessoas jejunas em matéria de direitos humanos, desconhecem que o condenado a uma pena privativa de liberdade, ainda que pelo mais hediondo dos crimes, conserva todos os direitos do cidadão comum que não tenham sido atingidos pela sentença condenatória, nos termos dos artigos 3º da Lei de Execução Penal e 38 do Código Penal.”

Existem também princípios específicos referentes à execução penal, também chamados de princípios limitadores: o da *humanidade das penas*, o da *vedação ao*

respeito aos direitos dos sentenciados e a diminuição de eventual revolta do apenado com a sociedade que o apena, cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.40.

³⁹¹ Para uma análise pormenorizada dos princípios da execução penal, cf. GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994, principalmente p.85-110.

³⁹² Cf. QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. *Princípios constitucionais na execução penal*. In: CUNHA, Rogério Sanchez. *Leituras Complementares de Execução Penal*. Salvador: Jus Podium, 2006, p.09-37. A respeito do princípio da legalidade na execução penal, cf. FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.39. Sobre o princípio da individualização da pena na fase executiva, cf. BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, *passim*.

³⁹³ *O direito do preso*. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.18, janeiro-junho de 2005, p.53.

excesso de execução e o da personalidade ou intranscendência.

O princípio da humanidade das penas deriva do sentimento comum aos seres humanos de “boa formação ética”, que observam o apenado como um igual que apenas cometeu um crime, não tendo por conta disso negada a sua inerente natureza humana. Conforme explica RENÉ ARIEL DOTTI³⁹⁴, “embora se admita a necessidade de punição, repugna à consciência de todos a inflicção de castigos cruéis e ofensivos à dignidade humana que sempre permanece, em maior ou menor escala, até no pior delinqüente.” No mesmo sentido, ponderam SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e ALCEU CORREA JÚNIOR³⁹⁵ que “é através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo pois, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do Homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis.” Em suma, o princípio em apreço pode ser resumido à seguinte afirmação: “o condenado não perde, com sua condenação, sua condição humana.”³⁹⁶

A humanidade das penas é expressamente prevista na Constituição Federal brasileira que proíbe, no artigo 5º, inciso XLVII, as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis de todo gênero (penas corporais, infamantes etc). No mais, a Constituição Federal também garante, ao menos no plano abstrato (artigo 5º, inciso XLIX) o respeito à integridade física e moral dos submetidos à pena privativa de liberdade. Por fim, o respeito à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, exposto de maneira incondicional no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, também resguarda o princípio da humanidade das penas.³⁹⁷

É imprescindível destacar que no conceito de pena cruel, expressamente proibido pela Constituição em respeito à humanidade das penas, sem dúvida alguma se encaixa a pena privativa de liberdade cumprida em condições de superlotação, sem o

³⁹⁴ *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ªed. São Paulo: RT, 1998, p.222.

³⁹⁵ *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002, p.87.

³⁹⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.29.

³⁹⁷ Segundo afirma ALBERTO SILVA FRANCO (In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.42), “o princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.”

mínimo de higiene, salubridade, segurança ou qualquer dos requisitos mínimos de sobrevivência digna. Os cárceres nessas condições, extremamente comuns no Brasil, com sua existência indubitavelmente desrespeitam a Constituição e põe por terra o princípio da humanidade das penas.³⁹⁸

O princípio da *vedação ao excesso de execução* é decorrente do princípio do respeito à coisa julgada, que possui assento constitucional (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). De fato, conforme dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, não podendo dela se distanciar sob pena de ofender o título executivo revestido da autoridade da coisa julgada. A mesma Lei de Execução dispõe, no artigo 185, que haverá excesso de execução sempre que algum ato realizado no bojo do processo executivo for praticado fora dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares. Em consonância com o artigo 3º da Lei de Execução Penal, haverá excesso de execução sempre que for atingido algum direito do condenado não restringido pela sentença condenatória ou pela lei.

Interessante constatação sobre o princípio em pauta é feita por GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA³⁹⁹: “as conseqüências de tal princípio são óbvias na teoria geral do processo, mas mais eficazes no processo civil, quando a execução *a maior* causa escândalo e, invariavelmente, é afastada desde logo pela totalidade dos Tribunais. Incrível que o panorama não seja o mesmo na seara criminal, quando o cumprimento de pena em regime mais grave que aquele autorizado pela sentença não causa o mesmo escândalo, e subsistam ainda posições jurisprudenciais (já minoritárias) ratificando que a violência estatal efetivada seja maior que a disposta na sentença.”

Assim sendo, sempre que as condições da execução tornarem-se mais gravosas do que o previsto no título executivo corporificado pela sentença, vulnerando com isso a coisa julgada e gerando excesso de execução, deve a situação ser imediatamente corrigida pela atuação do Judiciário (essa é a posição que felizmente prepondera hoje em

³⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007, p.400. No mesmo sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.153-232; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Execução e falência do sistema carcerário*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.29, janeiro-março de 2000, p.351-363.

³⁹⁹ *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.31.

dia em nossos Tribunais). Contudo, a jurisprudência ainda não considera como excesso de execução a pena de privação de liberdade cumprida em condições inumanas; que, como já visto, viola também o princípio da humanidade das penas. Apenas quando a privação de liberdade, assim como qualquer outra modalidade de pena, respeitar estritamente os limites de restrição de direitos imposta na sentença, que deve necessariamente espelhar os limites da lei (princípio da legalidade das penas), será possível falar em efetivo respeito ao princípio da vedação ao excesso de execução.⁴⁰⁰

O princípio *personalidade ou intranscendência* é aquele pelo qual a pena só pode ser dirigida contra o infrator, não podendo transbordar suas fronteiras aflitivas para qualquer outra pessoa. Segundo explica RENÉ ARIEL DOTI⁴⁰¹, “sendo a pena o *efeito* de uma *causa* determinada e consistente no delito censurável na pessoa de seu autor, somente contra este deve recair a sanção.” Justifica-se tal princípio pela idéia de responsabilidade pessoal do autor pelo seu fato típico, ilícito e culpável.⁴⁰² A personalidade da pena possui guarida na Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso XLV, afirma que *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.⁴⁰³

Trata-se de um princípio simples de ser explicado e abstratamente aplicado. Qualquer regime democrático repudia as antigas sanções de infâmia ou confisco contra a família do criminoso. No entanto, é sabido que qualquer pena e, em especial, a de

⁴⁰⁰ Sobre o excesso de execução, com ampla abordagem sobre a responsabilidade de indenização do Estado e também sobre a possibilidade de responsabilidade criminal dos agentes estatais por abuso de autoridade, cf. MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa. *Execução Criminal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.40-48.

⁴⁰¹ *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ªed. São Paulo: RT, 1998, p.218.

⁴⁰² BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.48.

⁴⁰³ Para alguns autores, ao prever que o perdimento de bens poderá passar da pessoa do condenado, a Constituição permite uma exceção ao princípio da intranscendência (Nesse sentido: BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.48-49; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.123). Todavia, esse entendimento não é o mais acertado, justamente porque a própria Constituição ressalva que a pena de perdimento de bens, de caráter eminentemente patrimonial, se limitará ao montante do patrimônio transferido por ocasião da morte do agente, patrimônio esse que, na verdade, não era mais do agente, mais sim estava comprometido com a dívida gerada pela fixação pretérita de pena de perdimento de bens quando o condenado ainda estava vivo. O que não pode ser aceito, obviamente, é que um processo continue em aberto com o réu morto apenas para possibilitar a aplicação de pena de perdimento de bens. Contudo, essa hipótese é vedada por nosso ordenamento jurídico (v. artigo 107, inciso I, do Código Penal). Em sentido diverso, afirmando que a Constituição se refere aos efeitos da condenação e não à pena de perdimento de bens, que nunca poderá passar da pessoa do condenado, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*, São Paulo: RT, 2002, p.81.

prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado. Famílias ficam privadas de pais e de mães que, encarcerados, não podem provê-las⁴⁰⁴, ocorrendo uma verdadeira “transferência da pena.” RAUL CERVINI⁴⁰⁵ ainda adverte sobre o sério problema de “generalização” e “contágio de rótulos”, pelo qual a sociedade tende a discriminar a família do apenado pelo simples fato de um familiar ter cometido um crime, em uma espécie de “pena de infâmia” sem previsão legal.

Dessa forma, medidas devem ser tomadas para diminuir os reflexos que a punição penal gera sobre círculo de pessoas que circunda o condenado.⁴⁰⁶ Uma medida simples para a efetivação de tal princípio é aplicar a pena de prisão, modalidade que mais afeta as pessoas próximas ao apenado, apenas para os casos mais graves.

Concluindo, destaca-se o caráter vinculante e hierarquicamente superior (sede constitucional) dos princípios expostos. Tais princípios devem orientar a interpretação e aplicação de todas as normas da Lei de Execução Penal, assim como afastar aquelas que lhe são contrárias.

1.2. Artigo 1º da Lei de Execução Penal

Antes de abordarmos os institutos da Lei de Execução Penal em espécie, é necessária a análise prévia do artigo 1º da mencionada lei, que, conforme já visto, assim dispõe: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado* e do

⁴⁰⁴ Em sentido similar, cf. DOTTE, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ªed. São Paulo: RT, 1998, p.219.

⁴⁰⁵ *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002, p.51.

⁴⁰⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.32. O autor exemplifica o auxílio-reclusão como benefício previdenciário com essa finalidade (artigo 80 da Lei nº 8.213/91). Cita também o direito à visitas, que será abordado no capítulo III 2.4. Outro exemplo são as medidas relacionadas à mulher presidiária gestante ou lactante, a quem devem ser destinados direitos específicos em prol do desenvolvimento sadio dos seus filhos – não se olvidando ser esse também um direito da própria mãe (artigos 83, §2º e 89 da Lei de Execução Penal).

internado.” Essa disposição legal, por sua vez, é interpretada pela esmagadora maioria da doutrina nacional como justificadora da finalidade ressocializadora da pena.⁴⁰⁷

Eis, sem dúvida alguma, o ponto nevrálgico da lei sob comento, pois fornece sustentação teórica aos diversos institutos da execução. Ao definir o seu conteúdo, define-se o próprio conteúdo finalístico da execução penal como um todo, influenciando o sistema de execução, tanto no seu aspecto teórico quanto na sua aplicação prática.

Admite-se, conforme já abordado⁴⁰⁸, que a motivação do legislador que cunhou o artigo 1º da Lei de Execução Penal foi justamente a de sustentar que a pena teria que ter como objetivo último a ressocialização do apenado, sem se olvidar da efetivação do comando expresso na sentença condenatória.⁴⁰⁹ Todavia, foi esclarecido na parte II do presente trabalho que a finalidade ressocializadora da pena é marcadamente inconstitucional, funcionalmente inadequada e socialmente desnecessária. Dessa feita, inviável sustentar a interpretação do legislador de 1984 (ano de promulgação da Lei de Execução Penal) segundo a qual a finalidade da execução seria a ressocialização, porque incompatível com a ordem instituída pela Constituição Federal de 1988.

No contexto do regime democrático sustentado pela Constituição Federal, considerando ainda o caráter dessocializante de toda e qualquer pena (em especial a de prisão), a única interpretação possível para a disposição “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (artigo 1º da Lei de Execução Penal) é aquela que considera que o Estado, quando se vale do aparato penal, deve tentar causar a *menor dessocialização possível*.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Cf., exemplificativamente: KUEHNE, Mauricio. *Lei de Execução Penal Anotada*. 5ªed. Curitiba: Juruá, 2008, p.77; MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução Criminal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.39-40; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.25; NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007, p.401; TREVISAN, Mauricio. *Tratamento penitenciário (intervenção) na execução da pena na prisão*. In: Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n.50, abril-julho de 2003, p.208.

⁴⁰⁸ Vide capítulo II 5.2.

⁴⁰⁹ Cf. itens 13 e 14 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

⁴¹⁰ Observa-se que o artigo 1º da Lei de Execução Penal não é inconstitucional, pois salva-se o artigo sob comento por meio da propugnada interpretação segundo a qual ele prevê a tentativa da “menor dessocialização possível” do apenado. Como é sustentado pela doutrina constitucionalista, se há um sentido conforme a Constituição, não há necessidade de se excluir a norma do ordenamento. Sobre a temática da interpretação da Constituição, cf. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Observa-se que essa não é uma idéia nova. Diversos autores, com plena razão, dando-se conta de que a pena nunca poderá ressocializar alguém, já sustentam que a sanção penal deve focar a *não dessocialização*. SERGIO MOCCIA⁴¹¹, por exemplo, afirma que a *não dessocialização* configura um aspecto de importância basilar no âmbito de uma teoria normativa da pena, funcional às exigências do Estado Democrático de Direito.⁴¹²

Contudo, é mais adequado utilizar a expressão “menor dessocialização possível”, no lugar de “não dessocialização”. Isso porque, de acordo com o já exposto, a pena sempre dessocializa, sendo impossível que não ocorra algum tipo de dessocialização com sua estigmatizante atuação.⁴¹³

A propósito, a menor dessocialização possível não pode ser finalidade da pena, como por vezes se afirma, pois não se pune para não dessocializar (isso não faz sentido). A menor dessocialização também não pode ser a finalidade da execução, que não pode contrariar a finalidade da pena nas demais fases de atuação estatal, sob pena de profunda incoerência no sistema de penas. No mais, também carece de sentido executar uma pena com o objetivo de não dessocializar, sendo que, para tanto, o melhor seria não executar pena alguma.⁴¹⁴

⁴¹¹ *El derecho Penal entre ser y valor*. Trad. Antonio Donarlo. Montevideu: B de F, 2003, p.109.

⁴¹² Em sentido análogo, cf. BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.60; MARIA ALVAREZ, Ricardo Carlos. *Los tratados internacionales de derechos humanos y los fines de la pena en la política criminal del Estado*. In: Revista de Ciencias Penales, n.4, Montevideo, 1998, p.23-24; MUÑOS CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.103.

⁴¹³ Afirmando o caráter errôneo da idéia de “não dessocialização”, pois a pena sempre dessocializa, cf. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p.148. Em sentido análogo, sustentando uma “prevenção especial de redução dos efeitos dessocializadores” da pena, cf. CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p.179.

⁴¹⁴ Ressalta-se que a idéia de não executar pena alguma, com caráter político-criminal de evitar todo o traumático trâmite do processo penal, está inserida no instituto da *suspensão condicional do processo*, segundo o qual nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, com algumas condições previstas em lei, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 89, da Lei n.9.099/95). As condições da suspensão condicional do processo, por seu turno, não podem ser consideradas penas, porque: 1) aceitas voluntariamente pelo beneficiado, 2) não foram impostas por meio de uma sentença condenatória após o devido processo legal, e 3) não geram antecedentes criminais. O mesmo não ocorre na *suspensão condicional da pena* (não execução de pena alguma), porque são impostas verdadeiras sanções após o devido processo legal (vide artigos 78 e 79 do Código Penal). O que ocorre no chamado *sursis*, na realidade, é apenas a suspensão da pena de prisão, que é substituída por medidas menos gravosas, seguindo a lógica da menor dessocialização possível.

De fato, não há como fundamentar a pena na idéia de menor dessocialização possível, pois tal idéia apenas fundamenta um determinado *modo de atuação estatal* e não a finalidade da atuação. Trata-se tal princípio, na realidade, de um limite à intervenção estatal (não apenas da execução penal como também da aplicação/graduação da pena), intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade.

Na fase de aplicação e graduação da pena, diante do fato que qualquer pena é dessocializante, torna-se necessário ao menos limitar o poder punitivo estatal para que ele não incremente desnecessariamente e desproporcionalmente a dessocialização do apenado. Nesse contexto, a menor dessocialização possível impõe maior precaução ao julgador que, ao aplicar a pena, deve dar preferência às sanções menos dessocializantes, como as restritivas de direitos. Em outras palavras, entre as diversas penas existentes deve-se escolher aquela que produza a menor dessocialização possível, levando em consideração a escala de gravidade da ofensa praticada para não esvaziar o caráter preventivo geral da medida, ou seja, para não impor uma pena demasiadamente branda para um caso realmente grave e vice-versa.⁴¹⁵

Na fase de execução penal, por sua vez, interpretando-se o artigo 1º da Lei de Execução Penal de acordo com a Constituição Federal, extrai-se que o objetivo de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” apenas pode ser sustentado como um comando às instâncias punitivas que atuam na execução penal para que elas dificultem o menos possível a integração do condenado à sociedade quando ele se desvencilhar do dessocializante aparato punitivo do Estado (ou seja, o aparato punitivo não tem como “socializar” por ser intrinsecamente dessocializante).

Quando se afirma que execução deve gerar “o menos possível de dessocialização”, refere-se ao seguinte: menor dessocialização possível, nos limites preventivo-gerais impostos pela sentença. Com efeito, a execução penal deve ser rigorosa, para que não se transforme em um “aspecto meramente formal, impossibilitando um regular cumprimento das penas, diante de inúmeros privilégios concedidos sem medidas

⁴¹⁵ É mister ressaltar, com CLAUS ROXIN (*Estudos de Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.19-20), que as penas diversas da privação de liberdade não são menos eficientes sob o aspecto preventivo, além de serem mais humanas e baratas. Sem embargo, é necessário lembrar que a efetividade da prevenção (que de fato é dificilmente comprovável), não é o que importa, pois ela é simbólica (vide capítulo I 3.1. e I 3.1.2). De qualquer maneira, é certo que sempre que a lei permitir deve-se preferir a aplicação de penas restritivas de direitos ou multa, seguindo a lógica da menor dessocialização possível.

adequadas, o que fragiliza todo o sistema de penas e sua execução.”⁴¹⁶ Por outro lado, é descabido barrar direitos dos condenados por meio de considerações relacionadas a suposta finalidade ressocializadora da sanção penal, pois a pena, nunca é demais repetir, apenas gera dessocialização.

As medidas que visam à menor dessocialização possível na fase executiva devem ser aplicadas no âmbito de qualquer modalidade de pena, com especial destaque à privativa de liberdade. A prisão, por conta de sua inerente severidade, já é suficientemente grave quando “apenas” priva a liberdade de seus internos. O condenado, conforme sustentado diversas vezes ao longo do trabalho, deve ter preservado todos os seus direitos não tolhidos pela sentença condenatória. Assim sendo, deve-se preservar a dignidade do sujeito submetido à pena de prisão, mantendo-se uma esfera de direitos que não colidam com a privação de liberdade. Tais medidas certamente têm como efeito a minoração dos danos advindos da prisão, ou seja, a redução da imensa dessocialização gerada pela pena privativa de liberdade.

Não obstante, nesse momento pode surgir a seguinte indagação: e se estivesse inserta de forma expressa em nossa Constituição Federal, a exemplo de outras Constituições democráticas, a ressocialização como finalidade da pena? De fato, prevê a Constituição da Espanha, em seu artigo 25.2., que “as *penas privativas de liberdade* e as medidas de segurança estarão orientadas para a *reeducação e reinserção social* e não poderão constituir em trabalhos forçados (...)” A Constituição da Itália, por seu turno, prevê em seu artigo 27 que “a *pena* não poderá consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade e deverá tender à *reeducação do condenado*.” Observa-se que enquanto a Constituição da Espanha afirma que a finalidade da *pena de prisão* é a ressocialização, a Constituição italiana vai mais além, afirmando que a *pena em geral* deve visar à ressocialização.⁴¹⁷

⁴¹⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p.196.

⁴¹⁷ Nota-se que tanto a doutrina espanhola quanto a italiana, de forma pacífica, afirmam que a interpretação dos dispositivos mencionados da Constituição de seus países não deve ser interpretada de maneira absoluta, pois a pena pode ter outras finalidades além da ressocialização. Sobre a hermenêutica do artigo 25.2 da Constituição espanhola, cf. a exhaustiva análise de ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento español*. Granada: Comares, 2001, p.1-49. Sobre a posição da doutrina italiana, cf. COSTA, Costanza. *La pena tra retribuzione e rieducazione: um'incongruenza gestibile? l'operatore carcerário tra punizione e trattamento*. In: *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milão: Giuffrè, n.1, janeiro de 1990; MAROTTA, Gemma; BUENO ARÚS, Francisco. *Le basi giuridiche del trattamento*

Ressalta-se que a questão da previsão expressa da finalidade ressocializadora da pena no texto constitucional não é um problema meramente acadêmico. De fato, eventual emenda constitucional prevendo a finalidade ressocializadora da pena dificilmente seria proposta e aprovada. Contudo, o Brasil ratificou diversos tratados sobre direitos humanos que tratam do tema da execução penal. Entre os tratados ratificados pelo Brasil, destacam-se, para o presente estudo, a *Convenção Americana de Direitos Humanos* e o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, ambos marcadamente influenciados pelo movimento político-criminal da “Nova Defesa Social”.⁴¹⁸ A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 5.6., assim dispõe: “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” Em sentido análogo, assim dispõe o artigo 10.3. do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros (...)” A diferença entre os tratados está no fato de que a Convenção Americana se refere à “readaptação social”, e o Pacto Internacional se refere à “reforma e reabilitação moral”. No entanto, tal diferença não mascara o fato de que existem normas expressas nos tratados ratificados pelo Brasil, afirmando que a finalidade da pena de prisão é a ressocialização.

Atualmente, como esses tratados possuem hierarquia de lei ordinária, é fácil refutar a finalidade ressocializadora da pena prevista neles por meio de uma interpretação conforme a Constituição, a exemplo do que foi feito acima com o artigo 1º da Lei de Execução Penal.⁴¹⁹ A situação, no entanto, pode mudar se a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos tratados sobre direitos humanos, vierem a ser submetidos ao procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

penitenziario. In: *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*. Milão: Giuffrè, 1989.

⁴¹⁸ Vide capítulo II 5.

⁴¹⁹ Anota-se a existência de corrente que sustenta que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia de supralegalidade, sendo hierarquicamente inferiores às normas constitucionais e superiores às demais espécies normativas. Sobre o tema, cf. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008, p.60-61. Contudo, isso não muda o raciocínio exposto, que sustenta a inconstitucionalidade da finalidade ressocializadora prevista nos tratados.

serão *equivalentes às emendas constitucionais.*”⁴²⁰ Nesse caso, a finalidade ressocializadora prevista nos tratados passaria a ter hierarquia de norma constitucional, motivo pelo qual seria necessário um raciocínio mais complexo para afastá-la do ordenamento.

Em primeiro lugar, é digno de nota que os tratados em questão prevêm que a finalidade da pena de prisão é a ressocialização, da mesma forma que o faz a Constituição da Espanha. No entanto, é interessante que o combate ao terrorismo na Espanha (a exemplo do combate à máfia na Itália) fez com que esse país viesse a relativizar a finalidade ressocializadora da pena para determinados grupos de condenados considerados “incuráveis”, com sensível diminuição de suas esferas de direitos.⁴²¹ No Brasil, também há quem sustente que os condenados integrantes de facções criminosas seriam “incuráveis”, o que justificaria uma execução mais rigorosa.⁴²²

Apesar de não ser razoável concordar com a tendência de diminuição de direitos visando “combater o crime”, ainda mais sob a justificativa cientificamente não comprovada de “incurabilidade” sustentada pelo deletério conceito de periculosidade de imputáveis, é digno de destaque que a doutrina espanhola (da mesma forma que a doutrina da Itália e do Brasil) começa a afastar a finalidade ressocializadora da pena de prisão, independentemente da expressa disposição constitucional mencionada (artigo 25.2).

⁴²⁰ O parágrafo 3º, do artigo 5º, foi acrescentado na Constituição por meio da Emenda 45 de 2004. Por sua vez, a Convenção Americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foram ratificados pelo Brasil antes da mencionada emenda. Diante desse quadro, sustenta a doutrina que para tais tratados “terem status equivalente ao das emendas constitucionais é imprescindível que sejam submetidos a uma nova votação no Congresso Nacional e aprovados nos termos do art.5, §3º.” (NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008, p.259). Em sentido contrário, afirmando que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da vigência da EC 45/04 teriam sido recepcionados com hierarquia de emenda constitucional, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.72 e ss. Entretanto, esse entendimento não pode ser sustentado, porque a EC 45/04 não atribuiu expressamente a hierarquia de norma constitucional aos tratados ratificados anteriormente à sua vigência, sendo defeso ao intérprete presumir tal situação.

⁴²¹ Cf. SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia. *Consecuencias aplicables a delincuentes de conciencia*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.). *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995, p.213-226; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.). *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 227-249; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *El cumplimiento íntegro de las penas*. In: *Actualidad Penal*, Madrid, n.7, 2003, *passim*.

⁴²² Vide capítulo II 6.3. A respeito da adequação de *medidas disciplinares* segregadoras no caso de integrantes de facções criminosas, vide capítulo I 3.2.1.

Todavia, é certo que o afastamento de eventual *finalidade ressocializadora da prisão com hierarquia constitucional*, não precisaria ser fundamentada na “incorrigibilidade/ periculosidade”, podendo ser sustentada por meio da impossibilidade absoluta dessa meta, sobretudo no momento atual da sociedade. Conforme diversas vezes mencionado, qualquer pena é por sua própria natureza dessocializadora. Como se não bastasse, é sabido que a pena de prisão é mais dessocializadora das penas previstas em nosso ordenamento jurídico por gerar, não importando a forma como é aplicada, os deletérios efeitos da prisionização e da estigmatização.⁴²³

Como no famoso exemplo de WELZEL, não pode o legislador, mesmo o constituinte, contrariar a natureza das coisas, por exemplo determinando que as mulheres tenham filhos viáveis fora do período de gravidez adequado.⁴²⁴ Seria o mesmo, de forma alegórica, que determinar por lei que o nosso planeta parasse de girar em volta do sol.

Não sendo possível contrariar as categorias ontológicas, impossível fixar a finalidade da pena de prisão como sendo ressocializadora, por contrariar a inerente natureza dessocializadora de tal forma de sanção. Conclusivamente, afirma MANUEL DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ,⁴²⁵ que a natureza dessocializadora da pena de prisão é mais contundente do que qualquer disposição legal ou doutrinária em contrário, que, contrariando a natureza, arrisca-se ao pouco fecundo exercício de tentar suplantar a realidade com uma ficção.⁴²⁶

Assim sendo, para não negar a vigência de eventuais normas de hierarquia constitucional que previssessem a finalidade ressocializadora da pena, seria necessário achar a interpretação que não as tornassem inúteis ou impossíveis. No mais, seria necessário afastar qualquer interpretação que gerasse antinomia constitucional entre o ideal ressocializador e os princípios constitucionais da igualdade e do pluralismo

⁴²³ Vide capítulo II 6.3.

⁴²⁴ O exemplo é mencionado por RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p.149-150.

⁴²⁵ *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p.150.

⁴²⁶ Afirmando, após analisar os tratados de direitos humanos e a Constituição Federal de seu país (Argentina) que dá hierarquia de norma constitucional a estes tratados, que a pena não pode aspirar a uma fundamentação baseada no impossível ideal ressocializador, cf. MARIA ALVAREZ, Ricardo Carlos. *Los tratados internacionales de derechos humanos y los fines de la pena en la política criminal del Estado*. In: Revista de Ciencias Penales, Montevideo, n.4, 1998, p.22-23.

ideológico; sem a necessidade de se alegar que eventuais normas de hierarquia constitucional venham a ser, por qualquer motivo, inconstitucionais.

Tal tarefa é plenamente factível por meio de considerações lógico-sistêmicas quanto à finalidade da pena em geral (prevenção geral positiva) e por meio da análise da (falta de) efetividade empírica da ressocialização da pena, sobretudo em nosso estágio atual de evolução social e dogmático-penal. Os dispositivos com hierarquia constitucional que viessem a existir seriam, assim, claramente programáticos, e apenas obstariam a edição ou interpretação de leis que incentivassem a dessocialização do indivíduo, de acordo com o princípio da menor dessocialização possível acima defendido.

Em suma, independentemente de previsão legal ou mesmo constitucional, é impossível sustentar a finalidade ressocializadora da pena ou da execução no ordenamento jurídico brasileiro. Qualquer disposição existente ou que venha a existir nesse sentido deve ser interpretada apenas como um mecanismo no sentido da efetivação da meta da menor dessocialização possível da atuação penal.

2. Institutos da Lei de Execução Penal em espécie

Passa-se à análise dos institutos da Lei e Execução Penal em espécie: exame criminológico, classificação do condenado, progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, direito à visita, trabalho do preso e remição.

2.1. Exame criminológico e classificação

O exame criminológico é uma perícia feita no âmbito da execução penal, que objetiva analisar o “diagnóstico criminoso” e a “prognose de reincidência”. O “diagnóstico criminoso” é “o estudo da dinâmica do ato criminoso, de suas ‘causas’, dos fatores a ele associado.” Com tal “diagnóstico”, é analisada a maior ou menor probabilidade de o condenado voltar a delinquir, ou seja, a “prognose de reincidência.”⁴²⁷

⁴²⁷ SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p.191.

Em suma, “o exame criminológico é realizado para o resguardo da *defesa social*, e busca aferir a temibilidade do delinqüente.”⁴²⁸

Como se denota do conceito doutrinário do instituto, que interfere decisivamente em sua aplicação prática, o exame criminológico tem como única finalidade apurar a “periculosidade” de imputáveis, com vistas a orientar a “ressocialização” do indivíduo. Trata-se do instrumental técnico, inserido no “paradigma disciplinar do tratamento”, destinado a fornecer subsídios pretensamente científicos que possam guiar o Juízo da Execução no momento da análise da concretização do ideal ressocializador ao longo da execução penal, com ênfase em seus incidentes.⁴²⁹ Esclarece-se que “o paradigma disciplinar do tratamento” se baseia 1) na “avaliação da personalidade do condenado”, objetivando analisar a “prognose criminal ou de reincidência” por meio uma análise criminológica clínica (análise da possibilidade do condenado voltar a delinqüir), e 2) na “análise do comportamento”, que avalia a conduta disciplinar do indivíduo, em íntima relação com a prognose criminal (por meio do comportamento prisional, infere-se o futuro comportamento social).⁴³⁰

Por tudo o que já foi exposto no presente trabalho, fica claro que o exame criminológico não é compatível com o nosso ordenamento jurídico, pois inspirado apenas na impossível, inconstitucional e desnecessária finalidade ressocializadora da pena. Dessa feita, deve ser o exame criminológico definitivamente afastado da prática forense, apesar de sua expressa previsão legal.⁴³¹

E nem se diga, como faz GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁴³², que a proibição do exame criminológico é inconstitucional por ferir o princípio da individualização

⁴²⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.12.

⁴²⁹ Taxando de “pseudocientíficos” os laudos e pareceres criminológicos na execução, cf. FREIRE, Christiane Russomano. *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.83-84.

⁴³⁰ Cf. CARVALHO, Salo de. *Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS)*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.147.

⁴³¹ Cf. artigo 8º da Lei de Execução Penal: “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a *exame criminológico* para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.” No mesmo sentido é o artigo 34 do Código Penal.

⁴³² *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007, p.409.

da pena. Ora, valer-se de um recurso (exame criminológico) que objetiva uma finalidade inconstitucional da pena (ressocialização), para efetivar um princípio constitucional, (individualização da pena) é uma contradição gritante, que ofende a lógica sistêmica do ordenamento jurídico.

Assim, não obstante ser imperativo constitucional a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal), é certo não ser necessário o exame criminológico para cumprir tal tarefa. A individualização na execução, sob o enfoque social e pluralista (respeito ao diferentes tipos de pessoas), que caracteriza o Estado Democrático de Direito, prescinde do exame criminológico previsto na Lei de Execução Penal. O que importa é o comportamento objetivo do condenado durante a execução, não o seu íntimo, para guiar a evolução ou involução de sua situação no âmbito executivo. Aliás, é o que a própria lei passou a determinar após a reforma de 2003 quanto à análise dos incidentes da execução penal ligados ao sistema progressivo de cumprimento de pena.

Quanto à previsão legal ainda existente de exame criminológico, é necessário um maior detalhamento. Como concebido na redação original da Lei de Execução Penal, o exame criminológico era previsto em duas oportunidades. A primeira era no momento de entrada do condenado no regime fechado e, facultativamente, no regime semi-aberto, com vistas a orientar a individualização da pena na fase executiva (artigo 8º da Lei de Execução Penal). O segundo era no momento da análise do requisito subjetivo para a concessão de benefícios prisionais relacionados ao sistema progressivo de penas (artigos 112 da Lei de Execução Penal).

Após a reforma feita pela Lei nº 10.792/03, restou apenas o exame criminológico de entrada, ou seja, aquele direcionado a orientar a individualização da pena na execução. Pela lei, deixou de haver previsão expressa de realização de exame criminológico nos incidentes de progressão de regime e de livramento condicional.

Percebe-se, pela concepção original da Lei de Execução Penal, que o exame criminológico possuía uma importância tremenda, interferindo decisivamente nos incidentes mais relevantes da execução. Será abordada no capítulo seguinte toda a discussão referente às questões correlatas ao sistema progressivo de penas, inclusive a renitente tendência de se continuar exigindo exames criminológicos apesar da mudança legal apontada. No presente capítulo, passamos a discutir a previsão do artigo 8º da Lei de

Execução Penal que prevê o exame criminológico “de entrada”, única previsão expressa restante do exame criminológico em nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, é digno de nota que na prática nunca se fez “exame criminológico de entrada” para os ingressos no sistema prisional, por conta da absoluta falta de estrutura e de recursos estatais para tanto. Vozes autorizadas se levantam contra essa situação, afirmando que isso impediria uma correta classificação dos condenados, o que afetaria uma adequada individualização da pena. Sem razão, no entanto.

É certo que o artigo 5º da Lei de Execução Penal determina que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.” Tal dispositivo é louvável, pois busca efetivar o princípio constitucional da individualização da pena na execução penal. Contudo, deve-se afastar a ligação entre a classificação e o ideal ressocializador.⁴³³

Com efeito, a única classificação razoável dos apenados é aquela que prescindir de qualquer ideal ressocializador para se justificar, sendo, portanto, refratária à realização de exame criminológico. Dessa maneira, a função da classificação fica sendo a de dividir os presos impondo o cumprimento de pena em estabelecimentos (ou áreas de estabelecimentos) distintos; sem levar em consideração, portanto, uma suposta planificação de um tratamento ressocializador com base na classificação. É necessário separar os presos por motivos objetivos como, por exemplo, homens de mulheres, primários de reincidentes, apenados a longas penas daqueles que cumprem sanções mais curtas, envolvidos com o crime organizado daqueles que não o são, jurados de morte dos demais presos etc.⁴³⁴ Tal divisão tem como objetivo resguardar a segurança dos prisioneiros mais frágeis e também a segurança pública, na medida em que evita crimes⁴³⁵ e dificulta associações criminosas.

⁴³³ Admite-se que a classificação dos condenados, em sua concepção tradicional, é um dos postulados básicos do ideal ressocializador. Por meio da classificação poderia ser delineado e, posteriormente, aplicado o programa ressocializador para o apenado. O instrumento básico para a classificação “ressocializadora” seriam os laudos criminológicos e demais exames técnicos da personalidade do prisioneiro, que municiariam o corpo técnico do sistema prisional (psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais) de elementos (pseudo) científicos para avaliar a “evolução rumo à ressocialização” do submetido à pena de prisão.

⁴³⁴ Nota-se que esse raciocínio está de acordo com o artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal que prevê apenas motivos objetivos para separar os apenados: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”

⁴³⁵ Por exemplo, o apenado a larga pena, já ciente que passará longo tempo na prisão, sente que pouco tem a perder se cometer crimes durante a execução (p. ex. matar outro preso), motivo pelo qual, por regra, deveria ser separado dos outros condenados.

Em suma, “a individualização executória deve promover a adequação da pena às características pessoais de cada preso. Para tanto, utiliza o sistema de classificação que servirá para agrupar pessoas com características semelhantes e oferecer-lhes o que houver de mais adequado ao seu perfil.”⁴³⁶ De todo modo, não há necessidade do exame criminológico previsto no artigo 8º da Lei de Execução Penal.

Pondera-se que no momento da classificação pode ser feito o exame de personalidade para melhor individualização da execução. Tal exame, ao contrário do exame criminológico, não tem qualquer relação com o ideal ressocializador. Segundo ALVINO AUGUSTO DE SA⁴³⁷, o “exame de personalidade não se volta para o ‘lado criminoso’ do condenado, para a investigação das ‘causas’ de sua conduta criminosa, mas sim, para sua pessoa, na sua realidade integral e individual, incluída aí toda sua história, história de uma pessoa e não mais de um criminoso.” Com o exame em pauta é possível separar presos com personalidade mais agressiva de outros mais frágeis, pessoas mais influenciáveis de manipuladores etc.⁴³⁸ De todo modo, a exemplo do exame criminológico após a edição da Lei nº 10.792/03, não é possível que o exame de personalidade venha a influenciar a concessão de algum benefício da execução sob o argumento ressocializador. De fato, o exame de personalidade só pode ter como exclusiva serventia o auxílio à classificação dos presos, com o objetivo de uma correta individualização da pena na execução; individualização esta que não pode e nem deve ter ligação com a finalidade ressocializadora da pena.

2.2. Progressão de regime. Livramento condicional

A progressão de regime e o livramento condicional são institutos que compõem o sistema progressivo de cumprimento de pena, aplicável aos condenados à pena de prisão. Segundo este sistema, o condenado inserido em um regime inicial de cumprimento de pena adquire paulatina e gradativamente a sua liberdade, progredindo para

⁴³⁶ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.48, maio-junho de 2004, p.191.

⁴³⁷ *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p.195.

⁴³⁸ É digno de nota que o exame de personalidade, tal qual o exame criminológico de entrada, não costuma ser feito na prática.

regimes prisionais mais brandos (sendo o último estágio o livramento condicional), de acordo com o cumprimento de requisitos previstos em lei. Por outro lado, em hipóteses legalmente determinadas, pode o condenado regredir de regime ou ter o seu livramento condicional cassado, o que torna sistema progressivo uma via de duas mãos (progressão / regressão).

Na sua origem o sistema progressivo estava ligado à motivação disciplinadora, na medida em que a sua razão de existência era melhorar a disciplina interna do presídio por meio de um sistema que premiava a boa conduta e castigava o mau comportamento no âmbito carcerário.⁴³⁹ Segundo essa concepção, eram considerados apenas elementos objetivamente aferíveis para a progressão de regime (sistema progressivo puro). Destaca-se ser errado considerar que nessa fase do sistema progressivo se prescindia do “mérito” (elemento subjetivo) para a análise da progressão de regime, pois havia preocupação com a boa disciplina prisional, que não deixa de ser um elemento subjetivo, só que analisável objetivamente.

Todavia, logo o ideal ressocializador se apossou desse sistema, sustentando que a aproximação gradativa do condenado ao meio livre seria muito importante para a “ressocialização”. Passou-se à fase da “individualização científica da pena”⁴⁴⁰, estritamente vinculada ao ideal ressocializador, na qual, além dos requisitos exigidos pelo sistema progressivo puro para a progressão de regime ou para a concessão de livramento condicional, perscruta-se o íntimo do apenado para verificar o merecimento ou não do benefício (requisito subjetivo ligado ao ideal ressocializador).⁴⁴¹ O merecimento, segundo essa concepção, seria a maior socialização do apenado ao longo da execução.⁴⁴²

⁴³⁹ O sistema progressivo surgiu em 1840, no presídio situado na ilha inglesa de Norfolk. Sobre a evolução histórica do sistema progressivo de penas, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.82-99.

⁴⁴⁰ Sobre a mudança do regime progressivo para o de “individualização científica”, que também não deixa de ser um regime progressivo só que com outros critérios, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.95.

⁴⁴¹ PINZON, Natalia Gimenes. *O Discurso Ressocializador e o Princípio da Dignidade Humana*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p.307.

⁴⁴² Nesse sentido é ilustrativo o pensamento de ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e de LUIZ FLÁVIO GOMES (*Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.384): “o sistema progressivo, (...) parte de um programa gradual de cumprimento da privação de liberdade, por fase ou etapas (“graus”). A fase inicial caracteriza-se pelo intenso controle do interno, assim como pelo seu regime estrito em relação a condições materiais e

De todo modo, atualmente a esmagadora maioria da doutrina, assim como o senso comum cristalizado na jurisprudência pacífica, entende o sistema progressivo como praticamente indissociável do ideal ressocializador.⁴⁴³ Seguindo essa tendência, a Lei de Execução Penal brasileira acabou instituindo o paradigma da “individualização científica da pena”, prevendo que a progressão de regime e a concessão do livramento condicional seriam obtidas apenas quando cumpridos requisitos objetivos e subjetivos; sendo o requisito subjetivo estritamente vinculado à ressocialização do indivíduo.⁴⁴⁴

Em seu texto original, previa a Lei de Execução Penal como requisitos para a progressão de regime o cumprimento de um sexto da pena (requisito objetivo) e o mérito pessoal (requisito subjetivo). O mérito pessoal, por sua vez, era vinculado à ressocialização do apenado, sendo apurado tanto pela sua disciplina carcerária, quanto pela “prognose de reincidência”, a ser analisada pela Comissão Técnica de Classificação⁴⁴⁵ e por meio de exame criminológico, quando necessário (paradigma disciplinar do tratamento).⁴⁴⁶

Para o ingresso no regime aberto ainda era necessário, como requisito subjetivo, que o condenado estivesse trabalhando ou comprovasse a possibilidade de fazê-

liberdade de movimentos. A última fase é o regime aberto. *Passa-se de uma fase para outra conforme as condutas e as respostas mais socializadas do recluso.*”(destaque nosso)

⁴⁴³ Fazendo um paralelo íntimo entre a ressocialização e o sistema progressivo de pena: Cf. ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p.227-237; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.386-387; OLIVEIRA, Nelmo Versiani. *Ofensa à progressão de regime e a recuperação do condenado*. In: Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.53, dezembro de 2004, *passim*; RODRÍGUES NUÑES, Alicia. *Fórmulas para la resocialización del delincuente en legislación y en el sistema penitenciario españoles*. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (coord.) *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p.723 e ss; TREVISAN, Maurício. *Tratamento penitenciário (intervenção) na execução da pena na prisão*. In: Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n.50, abril-julho de 2003, 214-215. Considerando a permissão de saída, progressão de regime e livramento condicional, assim como a saída temporária (vide capítulo III 2.3.) como “instrumentos facilitadores” da ressocialização, cf. ARRIBAS, Eugenio. *Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión*. In: Revista del Poder Judicial, Madrid, n.77, 2005, p.64-67.

⁴⁴⁴ Afirmando que o sistema progressivo é o “mais importante instrumento ressocializador da legislação brasileira.” Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.63.

⁴⁴⁵ Vide o artigo 7º da Lei de Execução Penal, ainda em vigor: “A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade. Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.”

⁴⁴⁶ Vide o capítulo III 2.1.

lo imediatamente, e que ele apresentasse, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que iria se ajustar, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (artigo 114 da Lei de Execução Penal). Ambos os requisitos faziam parte, de maneira clara, da “prognose de reincidência”.

O livramento condicional, por seu turno, também necessitava, para a sua concessão, de diferentes requisitos previstos no artigo 83 do Código Penal.⁴⁴⁷ Os requisitos objetivos eram referentes a um determinado montante de pena que variava de acordo com a natureza do crime e a reincidência ou não do agente e também à reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.⁴⁴⁸ Já os requisitos subjetivos, analogamente à progressão de regime, eram o comportamento disciplinar satisfatório, durante a execução e a “prognose de reincidência” no caso de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (paradigma disciplinar do tratamento). Como requisitos subjetivos ainda se incluíam o bom desempenho no trabalho que foi atribuído ao condenado durante a execução, que integrava a idéia de comportamento disciplinar satisfatório⁴⁴⁹, e a prova da aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto, que claramente fazia parte da “prognose de reincidência”.^{450 451}

Com a reforma instituída pela Lei nº 10.792 de 2003, os requisitos para a progressão de regime e para a concessão de livramento condicional foram profundamente alterados. Se por um lado os requisitos objetivos dos institutos mantiveram-se os

⁴⁴⁷ Vide artigo 131 da Lei de Execução Penal, que originariamente regia o livramento condicional: “O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.”

⁴⁴⁸ Vide artigo 83, *caput* e incisos I, II, IV e V, do Código Penal: “O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

⁴⁴⁹ Pela Lei de Execução Penal o trabalho é dever. Essa questão será abordada no capítulo III 2.5.

⁴⁵⁰ Vide artigo 83, inciso III e parágrafo único do Código Penal: III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

⁴⁵¹ Cf. CARVALHO, Salo de. *O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.166.

mesmos⁴⁵², por outro o requisito subjetivo passou a se restringir ao bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional.⁴⁵³ Nota-se que o parágrafo 2º do artigo 112 expressamente prevê que o novo requisito subjetivo para a progressão de regime (bom comportamento) estende-se ao livramento condicional, o que revoga os elementos subjetivos previstos no artigo 83 do Código Penal.⁴⁵⁴

É certo que o ideal que permeou a promulgação da Lei nº 10.792 de 2003, ao facilitar a concessão da progressão de regimes e do livramento condicional, foi apenas o de esvaziar presídios superlotados, reduzindo conseqüentemente os custos estatais de um sistema prisional saturado. No entanto, mesmo não sendo essa a intenção de sua concepção, a lei acabou retirando o ranço ressocializador do sistema progressivo de penas, ao afastar a idéia de “prognose de reincidência”. Inclusive, a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal deixou de prever o inconstitucional exame criminológico para a progressão de regime e para a concessão de livramento condicional, que só servia para avaliar o suposto avanço rumo à “ressocialização” do apenado.

Seguindo a clareza cristalina da nova redação da Lei de Execução Penal, passa-se a entender que o único requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime e do livramento condicional é o bom comportamento penitenciário. Não se exige,

⁴⁵² Observa-se que a lei nº 10.763 de 2003 acrescentou como requisito objetivo para a progressão de regime no caso de condenados por crimes contra a administração pública a reparação do dano causado ou a devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (artigo 33, parágrafo 4º, do Código Penal).

⁴⁵³ Eis o texto vigente do artigo 112 da Lei de Execução Penal: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.”

⁴⁵⁴ Já antes da reforma de 2003, CARMEN SILVA DE MORAES BARROS (*A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.178) se opunha incisivamente, e com razão, aos então vigentes requisitos subjetivos para a concessão de livramento condicional da seguinte forma: “com a reforma penal de 1984, adotado o princípio da culpabilidade e enterrado o duplo binário, já não se pode mais falar em periculosidade de imputável, e, portanto, a determinação contida no parágrafo único do art.83 do CP, porque está em desacordo com a sistemática do Código e com a própria Constituição – que determina respeito à dignidade humana e veda, portanto, qualquer invasão na esfera íntima –, é inconstitucional e, como tal, não pode ter qualquer aplicabilidade, já tendo praticamente, salvo poucas exceções, se tornado letra morta na prática. Mesmo porque a presunção de que alguém não voltará a delinquir é impossível no mundo real: nenhuma afirmativa a respeito resultará segura diante da impossibilidade de se predizer o futuro criminal de alguém. Nesse sentido, entende-se que, como o único sentido de sua juntada seria a aferição da periculosidade, tornada inviável pela ordem constitucional, não há razão para que seja juntado para instrução do pedido de livramento condicional.”

posto que sem previsão legal, qualquer outro requisito subjetivo, sobretudo aqueles ligados à não comprovável cientificamente “prognose de reincidência” ou qualquer outro vinculado ao ideal ressocializador.

Entretanto, diversos autores, sobretudo os defensores do ideal ressocializador, ainda continuam a sustentar como existentes requisitos subjetivos não tipificados expressamente, com base no artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal que prevê que as “penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o *mérito do condenado*”. Esses mesmos autores, ignorando a revogação tácita promovida pelo novo parágrafo 2º do artigo 112 da Lei de Execução Penal, ainda consideram vigente a “prognose de reincidência” prevista no parágrafo único do artigo 83 do Código Penal para a concessão de livramento condicional. Para apurar o “mérito” e a “prognose de reincidência”, ambos claramente ligados ao ideal ressocializador, tais autores entendem cabível, inclusive, o exame criminológico.⁴⁵⁵ O entendimento doutrinário apontado encontra respaldo em diversos julgados posteriores à vigência da Lei nº 10.792 de 2003.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Nesse sentido, cf. OLIVA, Marcio Zuba de. *O Exame Criminológico e suas Peculiaridades Frente ao Criminoso*. In: *A Criminologia no Século XXI*. BITTAR, Walter Barbosa (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.163; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.59 e 423-425; NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007, p.491-497; SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Considerações acerca da progressão de regime carcerário e livramento condicional a partir das alterações inseridas pela lei n. 10.792/03*. In: *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.52, janeiro-abril de 2004.

⁴⁵⁶ Anota-se que essa é a posição pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, cf. as seguintes ementas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 112 DA LEI Nº 7.210/84, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.792/03. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS SUBJETIVOS. EXAME CRIMINOLÓGICO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. ORDEM DENEGADA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I - Nada impede que o magistrado das execuções criminais, facultativamente, requirite o exame criminológico e o utilize como fundamento da decisão que julga o pedido de progressão. Precedentes. II - Ordem denegada. (STF, 1ª Turma, HC 94356 / RS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, vencido o Min. Marco Aurélio, j.11.11.08); DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXAME CRIMINOLÓGICO. LEI 10.792/03. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DESDE QUE POR DECISÃO FUNDAMENTADA. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de o juiz das execuções penais determinar a realização do exame criminológico como requisito para obtenção da progressão do regime de cumprimento da pena. 2. Esta Corte tem se pronunciado no sentido da possibilidade de determinação da realização do exame criminológico sempre que julgada necessária pelo magistrado competente (AI-AgR-ED 550735-MG, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.04.2008). Assim, o art. 112, da LEP (na redação dada pela Lei nº 10.792/03), não veda a realização do exame criminológico. 3. Em matéria de progressão do regime prisional, cabe ao juiz da execução, além do fator temporal, "examinar os demais requisitos para a progressão no regime menos rigoroso, procedendo, se entender necessário, o exame criminológico" (RHC 86.951-RJ, de minha relatoria, 2ª Turma, DJ 07.03.2006). 4. Habeas corpus denegado. (STF, 2ª Turma, HC 94862 / RS, Relatora: Min. Ellen Gracie, v.u., j.07.10.08).

Contudo, carecem de razão os defensores da existência dos supostos “elementos subjetivos atípicos”, por diversas razões.

Em primeiro lugar, é digno de nota que os supostos elementos subjetivos não previstos em lei são todos baseados no ideal ressocializador. De fato, os autores que defendem a existência de tais elementos, entendem ser necessária a análise da “prognose de reincidência” ou da “cessação da periculosidade” de condenados imputáveis, em uma tentativa de ressuscitar o sistema enterrado pela reforma de 2003. Sendo o ideal ressocializador inconstitucional, não há como sustentar tal empreitada.⁴⁵⁷

Como se não bastasse, conforme já mencionado, a nova redação da Lei de Execução Penal é clara ao exigir como *único requisito subjetivo*, tanto para progressão de regime quanto para a concessão do livramento condicional, o bom comportamento carcerário.⁴⁵⁸ O “mérito” previsto no artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal é justamente o “bom comportamento carcerário” exigido no artigo 112 da Lei de Execução Penal. E pouco interessa se o Juiz não considerar suficiente o bom comportamento carcerário para provar o mérito, pois a lei é imperativa nesse sentido (princípio da legalidade). Conforme destaca SALO DE CARVALHO⁴⁵⁹, “a opção legislativa é clara, e eventual entrave ao alcance dos direitos em face de perícias desfavoráveis parece ser direta ofensa à legalidade penal, constituindo cerceamento de direitos. Se o requisito subjetivo existia e a reforma penitenciária optou por sua remoção, nítido o fato de que havia falhas, distorções e/ou impossibilidades técnicas de realização da prova pericial ou parecer técnico, não cabendo,

No mesmo sentido, cf. os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos dos *habeas corpus* n.º 87.362/RS, 98.034/SP e 110.417/SP. Sobre o tema, cf. a notícia “*exame criminológico pode ser feito desde que pedido seja fundamentado*”, publicada na revista eletrônica Consultor Jurídico em 09 de fevereiro de 2009 (in: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-09/exame-criminologico-feito-pedido-seja-fundamentado>, acesso em 16 de fevereiro de 2009).

⁴⁵⁷ Negando a possibilidade, por afronta à segurança jurídica, de se “penetrar na alma do condenado, com base no perigoso conceito de periculosidade”, com vistas a auferir o mérito do condenado para a progressão de regime (prognose de reincidência), cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. V.2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.33. Segundo o autor, “adentrar na análise da periculosidade é a meu ver inconstitucional, pois busca-se, depois de enclausurar o condenado no meio inatural da prisão, definir uma periculosidade que a sentença não declarou. O mérito deve ser avaliado pelo aproveitamento positivo e pelo comportamento do recluso, e não com base em formulações, muitas vezes estereotipadas de periculosidade, em juízos temerários sobre o futuro. Mérito avalia-se e recompensa concede-se em razão das atitudes passadas e não em face de possíveis atitudes futuras.”

⁴⁵⁸ Nesse sentido, cf. MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.14-17; SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p.190.

⁴⁵⁹ *O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.168.

portanto, ao julgador, ao órgão acusador, ou a qualquer outro sujeito da execução, revificar o antigo modelo. Do contrário, estar-se-á empiricamente auferindo ultratividade à lei penal mais gravosa (determinação de quantidade superior de requisitos para o gozo dos direitos), ofendendo a lógica formal e material da legalidade penal.”

Nesse contexto, o exame criminológico, cuja inconstitucionalidade (ou não recepção) já foi estudada, não é mais possível de ser exigido como condição para a progressão de regime ou para a concessão de livramento condicional, por falta de amparo legal. E mais, para que serviria um “laudo criminológico”, absolutamente subjetivo, se todos os elementos para a progressão de regime são agora objetivamente auferíveis e taxativamente previstos? A inutilidade é patente.

Uma crítica contundente e arrazoada contra os exames criminológicos no âmbito do sistema progressivo é feita por FABIANA LEMES ZAMALLOA DO PRADO.⁴⁶⁰ A autora sustenta que a Lei nº 10.792/03 concretizou a Constituição Federal, ao negar a possibilidade de se exigir exame para concessão de progressão de regime e de livramento condicional. Defende ainda que, “a extinção do exame criminológico como condição para a obtenção da progressão do regime e do livramento condicional representou, assim, um grande passo rumo à implementação de um processo de execução penal efetivamente garantista, em consonância com as opções do constituinte de 1988.”⁴⁶¹

Em suma, seja por ser o ideal ressocializador inconstitucional, seja por falta de amparo legal, fica extirpada de dúvidas que o único elemento subjetivo para a concessão de progressão de regime ou para a concessão de livramento condicional é o bom comportamento prisional. Com isso, há o resgate de um sistema progressivo puro, que além de não ser eivado da inconstitucionalidade advinda do ideal ressocializador, destaca-se por ser muito mais justo, pois não depende de juízos absolutamente subjetivos e

⁴⁶⁰ *Execução penal e garantismo: as alterações introduzidas na lei de execuções penais sobre o exame criminológico.* In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.146, janeiro de 2005, p. 6-8.

⁴⁶¹ Em sentido contrário, criticando a exclusão do exame criminológico do sistema progressivo, cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Vinte anos de vã esperança.* In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.140 Esp., julho de 2004, p.4.

processualmente irrefutáveis de “prognose de reincidência” para a concessão de progressão de regime ou de livramento condicional.⁴⁶²

Observa-se, todavia, uma preocupação razoável dos defensores da existência de maiores critérios para a concessão de progressão de regime ou de livramento condicional. Alegam esses autores que, no atual sistema, o condenado pode obter rapidamente a progressão de regime ou o livramento condicional, sendo de bom alvitre impor maiores critérios para a concessão de tais benefícios carcerários. De fato, principalmente no caso da progressão de regime, a lei brasileira, via de regra, exige apenas, como requisito objetivo, o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior⁴⁶³, o que é incrivelmente pouco, chegando a esvaziar o caráter preventivo-geral da sanção penal.

Apesar da razoabilidade da previsão do cumprimento de um montante maior da pena para a concessão de progressão de regime e de livramento condicional, é certo que isso não pode ser justificativa para sustentar a exigência de requisitos não previstos em lei com vistas a “atrasar” a concessão pleiteada, pois tal medida feriria o princípio da legalidade. No mais, no plano legislativo, aumentar os requisitos subjetivos não seria justo, pois certamente apenaria mais gravemente apenas os “criminosos de sempre”, tidos sempre como “dessocializados”, condenados por crimes toscos, violentos ou não.⁴⁶⁴ *Lege ferenda*, seria mais conveniente e isonômico o aumento do *quantum* para progredir de regime para todos os tipos de crimes, tornando mais rigoroso o requisito objetivo para a progressão e para a concessão de livramento condicional, com o cuidado de não se esvaziar o sistema progressivo de penas (por exemplo, exigindo-se montantes muito elevados). Nesse sentido, inclusive, existe projeto de Lei, da lavra de uma comissão de juristas presidida por MIGUEL REALE JÚNIOR, que propõe a reforma da Lei de Execução

⁴⁶² Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.123, fevereiro de 2003, p. 11-13. Analisando criticamente a realidade normativa antes da reforma de 2003, SALO DE CARVALHO (*Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS)*). In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.148) afirmava que “o modelo jurisdicional eleito pelo legislador de 1984, defronta-se, pois, com uma teia de procedimentos que aprisiona a decisão do juiz, gerando, em realidade, prática substancialista regida pelo primado de constatação da periculosidade do apenado. Em virtude do redimensionamento científico da criminologia psiquiátrica, a opção normativa pelo máximo de jurisdicalização dos ritos ficou prejudicada, atribuindo à decisão judicial sobre o provimento dos ‘benefícios’ legais do preso necessário vínculo aos laudos técnicos das comissões legalmente instituídas.”

⁴⁶³ A única exceção é o caso dos crimes hediondos para os quais é exigido o cumprimento de dois quintos da pena no caso de condenado primário e três quintos no caso de reincidente.

⁴⁶⁴ Vide capítulo II 6.2.

Penal. Dentre as diversas medidas previstas, o projeto aumenta para um terço o montante necessário para progressão de regime, sem aumentar requisitos subjetivos, ou seja, mantendo apenas a necessidade de bom comportamento carcerário.⁴⁶⁵

Ainda resta uma questão a ser abordada: o que justifica o sistema progressivo de penas sem o ideal ressocializador? Diversos motivos são alinhados.

O primeiro motivo tem como base a origem do sistema progressivo puro, qual seja, o incentivo à disciplina penitenciária. De fato, como o bom comportamento carcerário é requisito para a concessão de progressão de regime e de livramento condicional, o condenado tende a se manter disciplinado, com vistas a se beneficiar dos mencionados institutos.⁴⁶⁶ Ressalta-se que o fornecimento de perspectiva ao apenado é a maneira mais humana e eficiente de manter a segurança interna do estabelecimento prisional.

Os outros motivos são mais contundentes, pois possuem base constitucional. Com efeito, o *princípio da individualização da pena na execução* impõe o sistema progressivo. Sem a progressão/regressão de regime e o livramento condicional, a execução se torna uma fase estática, na qual é impossível ser efetivado o princípio constitucional em apreço.⁴⁶⁷

A progressão/regressão de regime e o livramento condicional são o principal modo de individualizar a pena na execução, em obediência ao imperativo constitucional destacado, por conta dos méritos pessoais do apenado. Da mesma forma em que há individualização da pena no momento da sentença por conta da exteriorização de comportamentos considerados positivos ou negativos para a sociedade observando o passado (vide artigo 59 do Código Penal: “personalidade”, “conduta social” etc), na

⁴⁶⁵ Para maiores detalhes, cf. o projeto de lei publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.34, abril-junho de 2001, p.358-362.

⁴⁶⁶ Destacando o caráter disciplinador da existência do regime progressivo no direito argentino, cf. TOSELI, Nicolas. *Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República Argentina*. In: FELINI, Zulita (dir.). *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p.265.

⁴⁶⁷ Nesse sentido, é digna de nota a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional a vedação de progressão de regime anteriormente existente na Lei de Crimes Hediondos essencialmente por ofensa ao princípio da individualização da pena (STF, Tribunal Pleno, HC 82.959 / SP, rel. Min. Marco Aurelio, j.26.02.06). Após essa decisão foi editada a Lei nº11.464/07 que modificou a Lei nº 8.072/90, tornando possível a progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados, se bem que mais dificultosa em relação aos demais crimes da legislação brasileira.

execução há individualização pela exteriorização futura (pós-sentença) de comportamentos positivos ou negativos. Não se trata evidentemente de ressocializar o indivíduo, mas de colocá-lo como real protagonista de seu futuro, respeitando a sua autonomia de vontade, e incentivando a exteriorização de comportamentos tidos como positivos na fase de execução; mesmo que tais comportamentos não sejam necessariamente bons na vida em liberdade.⁴⁶⁸

Também o *princípio da humanidade da pena* impõe o sistema progressivo. Sem dúvida, “o princípio da humanidade da pena importa (...) no acolhimento de um sistema progressivo de cumprimento de pena, através do qual se possibilite ao condenado, por meio de etapas, e ainda, em razão de seu mérito, alcançar a liberdade.”⁴⁶⁹ Sem a progressão, impõe-se uma execução cruel, pois retira-se qualquer perspectiva do condenado de melhora da sua condição prisional.

Sendo a menor dessocialização possível uma das metas da execução penal, “o sistema progressivo é uma tentativa de reorganizar o ‘eu’ mortificado pelo encarceramento, por via da paulatina atribuição de responsabilidades, para deixar de ser o autômato cumpridor de ordens do mundo prisional, aprendendo aos poucos a voltar a viver com capacidade de iniciativa.”⁴⁷⁰ Com a perspectiva do gradual retorno à sociedade, o condenado é tratado como ser humano, sujeito da execução, é não mero objeto da fase executiva; respeitando-se, portanto, o princípio da humanidade das penas.⁴⁷¹

É digno de nota que, por conta de sua base constitucional, o sistema progressivo não pode ser extirpado de nosso ordenamento. Mesmo o *quantum* para

⁴⁶⁸ Por exemplo, a prisão exige passividade em relação ao Estado e a vida em liberdade, em um Estado Democrático de Direito, não.

⁴⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007, p.43.

⁴⁷⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. V. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.32.

⁴⁷¹ Sobre o tema, destaca-se a posição de MIGUEL REALE JÚNIOR (*Instituições de Direito Penal*. V.2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.12) que afirma, com propriedade, o seguinte: “reconhecendo que a vida social é árdua e desarmônica, deve-se preparar o condenado por meio do trabalho e das diversas assistências a lhe serem prestadas no cárcere, bem como por uma *progressiva aproximação com a vida livre*, a enfrentar os desafios da liberdade, podendo superar o que denomino de ‘choque de liberdade’, apesar de carregar o estigma da condenação e da reclusão prisional. Não se deve ter a pretensão da transformação do criminoso no ‘não criminoso’, nem deixar aos técnicos com seus preconceitos e juízos peremptórios dizer se tem o condenado, após ser minado em sua alma no mundo da prisão, condições de viver em liberdade.” (destaque nosso).

progredir de regime ou para obter o livramento condicional, conforme já aludido, não pode ser excessivo, sob pena de esvaziar tal sistema.

Sem embargo do exposto, isso não impede que alguém, no caso de múltiplas condenações, venha a ser impedido de progredir de regime ou de obter o livramento condicional. Como no nosso ordenamento o máximo de cumprimento de penas é trinta anos (artigo 75 do Código Penal), e como os institutos da progressão de regime e do livramento condicional incidem sobre o total de penas impostas⁴⁷², uma pessoa condenada a cento e oitenta anos de prisão ou mais não conseguirá progredir de regime antes de trinta anos (um sexto da pena), o que impossibilita a efetivação, nesse caso extremo, do sistema progressivo.

Ocorre que, no caso de imensa condenação, seria desigual favorecer alguém com uma progressão de regime em tempo similar a outro que possui uma condenação menor. Isso ofenderia o princípio constitucional da igualdade (e também o caráter preventivo-geral da sanção). Então, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais, é justificável que em casos absolutamente excepcionais, que envolvam condenações por diversos crimes, seja impossibilitado, na prática, o sistema progressivo de cumprimento de penas.

2.3. Saída temporária

A Lei de Execução Penal prevê, nos artigos 122 a 125, o instituto da saída temporária. Diz a lei (artigo 122) que “os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em *atividades que concorram para o retorno ao convívio social.*”

⁴⁷² Vide a acertada Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: “A pena unificada para atender o limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art.75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.” Em sentido contrário, de forma pouco convincente, cf. CHIES, Luiz Antônio Bogo; MOURA, Marcelo Oliveira de. *Por Que a Súmula 715 do STF está errada? Unidade de Pena e Limite de 30 Anos na Execução Penal.* In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal.* 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.563-574.

Nota-se, pela própria redação do transcrito artigo 122, que a saída temporária é um instituto originariamente cunhado sob a égide do ideal ressocializador. Segundo JASON ALBERGARIA⁴⁷³, “as permissões de saída são meios por que se operam estes dois elementos do tratamento reeducativo: o contato com o mundo exterior e as relações com a família. Sobretudo a permissão ordinária (saída temporária) serve à visita familiar, ao trabalho externo, à frequência a cursos e atividades de preparação para a liberdade”. Também fazendo paralelo entre o ideal ressocializador e o instituto da saída temporária, afirma RENATO MARCÃO⁴⁷⁴ que “visa-se com tal benefício o fortalecimento de valores ético-sociais, de sentimentos nobres, o estreitamento de laços afetivos e de convívio social harmônico pautado por responsabilidade, imprescindíveis para a (res)sociação do sentenciado, bem como o surgimento de contra-estímulos ao crime.” No mais, JULIO FABBRINI MIRABETE⁴⁷⁵, ao comentar as saídas temporárias, chega a alegar que “a opinião doutrinária é unânime em considerá-las como muito benéficas para a ressocialização dos presos.”

Para evitar confusões, é necessário diferenciar a saída temporária da permissão de saída, prevista nos artigos 120 e 121 da Lei de Execução Penal. A permissão de saída pode ser concedida para qualquer prisioneiro, seja qual for o regime prisional que estiver inserido, com escolta, nas hipóteses de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão e também no caso de necessidade de tratamento médico do próprio preso. Outra diferença está no fato de que a permissão de saída, dado o seu caráter de urgência, é conferida pelo diretor do estabelecimento carcerário, sem maiores formalidades, enquanto a saída temporária, que possui vários requisitos legais e dispensa escolta, exige decisão do Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e o diretor do estabelecimento carcerário. No mais, a permissão de saída não possui prazo certo (dura o tanto que a causa que a motivou exigir), ao contrário da saída temporária que possui duração pré-definida. Para o presente trabalho, todavia, destaca-se que a permissão de saída é um instituto com exclusivo caráter humanitário, que

⁴⁷³ *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p.238 (parêntese nosso).

⁴⁷⁴ *Curso de Execução Penal*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.156.

⁴⁷⁵ *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.507.

nunca foi diretamente ligado ao ideal ressocializador⁴⁷⁶, motivo pelo qual não será estudado.

Partindo da premissa estabelecida ao longo do presente estudo, é impossível justificar a saída temporária no já combatido ideal ressocializador da pena. Diante desse quadro, indaga-se: será que esse instituto se justifica em uma execução refratária ao ideal ressocializador? É certo que sim.

Com efeito, a saída temporária pode ser justificada na idéia de menor dessocialização possível.⁴⁷⁷ O contato esporádico com o mundo exterior, com saídas limitadas do regime semi-aberto, preenchidos determinados requisitos, pode ser, sem dúvida alguma, uma medida eficaz para minorar os efeitos perversos da prisionização.

Também se justifica a existência da saída temporária por razões disciplinares. Explica-se: ao se exigir comportamento adequado para a concessão do instituto em pauta (artigo 123, inciso I, da Lei de Execução Penal), estimula-se a boa disciplina carcerária, atendendo indiretamente aos reclamos da segurança interna do estabelecimento prisional.

Afastada a ressocialização, é evidente que os requisitos para a concessão da saída temporária devem ser interpretados de maneira objetiva, sem indagar o suposto grau de socialização do beneficiado. Assim, o “comportamento adequado” (artigo 123, inciso I, da Lei de Execução Penal) deve ser apurado objetivamente pela ficha disciplinar do condenado e não por juízos subjetivos de quem quer que seja.

O segundo requisito (artigo 123, inciso II, da Lei de Execução Penal) é por sua natureza objetivo, não sendo necessárias maiores explicações: “cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente”.

Por fim, ao se afastar o ideal de ressocialização do instituto da saída temporária, percebe-se a necessidade de limitar a sua concessão sem parâmetros, por vezes até excessiva, que pode esvaziar por completo o caráter preventivo-geral da pena. Sendo

⁴⁷⁶ Cf., por exemplo, a posição de GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA (*Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.92) que afirma que a permissão de saída “não se funda na confiança ou na intenção de ressocialização, mas sim na preservação da mínima dignidade e saúde do preso.”

⁴⁷⁷ Vide capítulo III. 1.2.

concedida com parcimônia a saída temporária, será atendido o terceiro requisito para a sua concessão (artigo 123, inciso III, da Lei de Execução Penal), qual seja, “compatibilidade do benefício com os objetivos da pena” que, no Estado Democrático de Direito, entende-se ser a prevenção geral positiva, conforme sustentado no presente trabalho.

De toda sorte, a previsão ou não da saída temporária é uma escolha político-criminal do legislador, que não é imposta por nenhum princípio constitucional maior. Assim, por exemplo, ao contrário de progressão de regime (que não pode ser extirpada do sistema por conta dos princípios da humanidade e da individualização da pena), pode o legislador, se assim aprouver, retirar o instituto da saída temporária de nosso ordenamento.

De fato, uma pena de prisão inserida em um regime progressivo não será desumana apenas porque deixou de existir o instituto da saída temporária. Sem esse instituto o condenado continuará a ter autonomia, sendo considerado sujeito da execução que, por meio do seu mérito, pode reaver gradativamente a sua liberdade plena. Assim, a ausência de saída temporária não atinge o núcleo essencial do direito fundamental de ser punido apenas de maneira humana. Da mesma forma, não há ligação alguma entre o princípio da individualização da pena e a saída temporária.

Não obstante, não parece ser uma boa escolha político-criminal a simples eliminação do benefício da saída temporária de nosso ordenamento. Os salutares efeitos na diminuição da dessocialização do apenado e o incentivo à disciplina carcerária são motivos político-criminais bastante significativos, que aconselham a existência do instituto em questão. No entanto, seria necessário que as hipóteses de concessão do instituto em pauta fossem mais restritas, para evitar esvaziar o caráter preventivo-geral da execução penal.

2.4. Direito à visita

O direito à visita está previsto no artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal que dispõe ser direito do preso a “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e

amigos em dias determinados.”⁴⁷⁸ Segundo a doutrina que defende o ideal ressocializador da pena, “o acompanhamento da execução da pena por parentes e amigos e, em particular, pelo cônjuge ou companheiro(a) é fundamental para a ressocialização.”⁴⁷⁹ Percebe-se, portanto, que tradicionalmente se liga o direito de visita à suposta finalidade ressocializadora da sanção penal.

No entanto, afastando a ressocialização do direito penal, não há qualquer necessidade ou mesmo conveniência em se basear o direito à visita no ideal ressocializador. Diversas outras razões, muito mais contundentes, justificam o direito em questão.

Do enfoque do preso, o direito à visita se justifica pelo direito de manutenção ou reconstrução de seus vínculos afetivos, que se insere na lógica da menor dessocialização possível que deve permear a execução da pena.⁴⁸⁰ De fato, é sabido que a visita, principalmente sem a quebra da privacidade, é extremamente benéfica para minorar os danos advindos da estrutura massificante da instituição total.⁴⁸¹ Destaca-se ainda que o direito à convivência familiar é um direito constitucional⁴⁸², o qual o preso não está privado por conta dos efeitos da sentença (artigo 3º da Lei de Execução Penal).

Conforme bem resume JULIO FABBRINI MIRABETE⁴⁸³, “fundamental ao regime penitenciário é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e

⁴⁷⁸ Também está previsto na Lei de Execução Penal, como dispositivo instrumentalizador do direito à visita, o artigo 90 que dispõe: “A penitenciária (estabelecimento prisional para cumprimento de pena de prisão em regime fechado) de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visita.” Quanto aos demais estabelecimentos prisionais, inclusive as penitenciárias para mulheres, entende-se que eles devem ser construídos em locais próximos ao centro urbano, sendo, portanto, desnecessária uma previsão específica quanto à distância e sua interferência na visita; que, por óbvio, também deve ser garantida e facilitada em tais estabelecimentos.

⁴⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p.431.

⁴⁸⁰ Vide capítulo III. 1.2.

⁴⁸¹ Cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996, p.37. O autor cita inclusive a visita íntima como medida eficaz contra os efeitos da institucionalização do indivíduo (prisionização). Em sentido análogo, cf. MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas Penitenciários*. São Paulo: RT, 1999, p.181-182 e 186.

⁴⁸² Vide artigos 226 e ss. da Constituição Federal. Ressalta-se ainda que o artigo 5º, inciso LVIII, ao regram a prisão afirma que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, que também destaca a importância da família no caso de privação da liberdade.

⁴⁸³ *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.124.

amigos. Não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade.”⁴⁸⁴

Como não há ligação entre o ideal ressocializador e o direito à visita, pouco importa se o visitante, familiar ou mesmo amigo, seja uma pessoa de “má influência” sobre o preso, por exemplo portadora de antecedentes criminais. Isso porque o foco do direito em apreço não é guiar o condenado a uma vida sem cometer crimes, mas sim manter os seus laços afetivos prévios à sua atual condição de prisioneiro, não cabendo ao Estado fazer juízos de moral sobre os potenciais visitantes do preso.⁴⁸⁵

Sob o prisma da família do condenado, justifica-se o direito à visita no princípio da personalidade ou intranscendência da pena.⁴⁸⁶ Segundo esse princípio, de hierarquia constitucional, a pena não deve passar da pessoa do condenado, atingindo os seus familiares e amigos. Nesse contexto, é extrema de dúvidas que a visita é um direito das pessoas próximas ao encarcerado, de modo a não atingi-las tão gravemente com a segregação total de um ente querido.⁴⁸⁷

Não obstante a visita ser um direito tanto do apenado quanto de sua família e amigos, isso não impede, evidentemente, que em casos devidamente motivados seja imposta alguma restrição ou mesmo a suspensão de tal direito. A Lei de Execução Penal, inclusive, prevê no parágrafo único do artigo 41 que o direito à visita poderá ser suspenso ou restringido por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Observa-se, entretanto, que o citado autor acaba ligando equivocadamente o direito à visita ao ideal ressocializador ao assim complementar o trecho citado: “Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de *reinserção social* produzir-se-á de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário.” (destaque nosso)

⁴⁸⁵ Obviamente, se houver suspeita que o visitante esteja mancomunado com preso para práticas criminosas, tal visita deve ser vedada.

⁴⁸⁶ Vide capítulo III. 1.1.

⁴⁸⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.32.

⁴⁸⁸ Criticando o fato da decisão de restrição do direito à visita ser feita pelo diretor do estabelecimento, o que pode gerar arbitrariedades, cf. ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p.76.

Sobre a limitação que pode ser feita pelo diretor do estabelecimento prisional ao direito de visita, cabe destacar que ela não pode ser fundamentada em razões ligadas ao ideal ressocializador, pelos motivos destacados ao longo do trabalho. Apenas razões de segurança pública ou de disciplina, sempre devidamente e objetivamente motivadas, podem ensejar alguma restrição ao direito de visita. Por outro lado, não podem ser arbitrárias ou abusivas as restrições, ao ponto de praticamente esvaziar o direito em pauta.⁴⁸⁹ De todo modo, a decisão do diretor pode ser reformada pela autoridade judicial.

Por fim, considerando a sua matriz constitucional, é certo que o direito de visita não pode ser extirpado do ordenamento jurídico pelo legislador ordinário. As limitações ao comentado direito, sejam legislativas, sejam administrativas, não podem privar por completo o condenado e os seus familiares e amigos do direito à convivência familiar, ferindo com isso também o princípio da intranscendência da pena. Nesse contexto, é sabido que alguns amigos são até mais importantes que os familiares do ponto de vista da afetividade, o que pode gerar vínculos familiares sócio-afetivos, que não devem ser desprezados pelo legislador na concretização de uma execução penal mais humana.

2.5. Trabalho do preso

O trabalho prisional, em sua origem, é ligado ao caráter aflitivo da pena. Usado como uma forma de agravar a privação de liberdade, o trabalho era imposto por meio de coação física e consistia em tarefas extremamente penosas e geralmente improdutivas. Essa realidade, que surge no antigo Egito, prolonga-se por longo período da história da humanidade, sendo ainda presente em regimes autoritários. Com a humanização das penas, os Estados, sobretudo os democráticos, passam a abandonar as aflitivas penas de trabalhos forçados. No Brasil, essa modalidade de pena foi banida da legislação com o Código Penal Republicano de 1890.⁴⁹⁰

O trabalho como algo positivo, instituído da forma mais próxima possível do trabalho em liberdade, com caráter produtivo e sem coação física, surge com o

⁴⁸⁹ Cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.40.

⁴⁹⁰ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002, p.332.

desenvolvimento do ideal ressocializador.⁴⁹¹ De fato, todos os autores que defendem alguma finalidade ressocializadora da pena afirmam que o trabalho é um dos instrumentos principais para tanto.⁴⁹² Ilustrativamente sustenta JASON ALBERGARIA⁴⁹³, que “a reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de castigo, opressão e exploração. O trabalho é um dos elementos do tratamento reeducativo.”

Segundo criticamente afirma CHRISTIANE RUSSOMANO FREIRE⁴⁹⁴ sobre o ideal ressocializador, “o trabalho prisional aparece como mais um aspecto dos rituais da cultura disciplinar. Coerente com os anseios de *reabilitação* e *ressocialização*, será atribuída ao trabalho prisional a mítica tarefa de docilizar, corrigir e ordenar comportamentos.” Dessa forma, é notória a íntima ligação entre o ideal ressocializador e a previsão do trabalho na Lei de Execução Penal.⁴⁹⁵

A Lei de Execução Penal, seguindo os postulados do *programa máximo* de ressocialização, prevê que o trabalho é um *direito* e um *dever* do apenado.⁴⁹⁶ O seu caráter de direito é indubitável, pois o trabalho é necessário para a “higidez mental e condição humana” do apenado, sendo “imprescindível para fazer o tempo perdido passar e assim não ser tão perdido.”⁴⁹⁷ O seu caráter de dever, contudo, é extremamente controvertido em nosso ordenamento jurídico.

⁴⁹¹ MARCHETTI, Maria Riccarda. *O tratamento penitenciário: o trabalho em função reeducativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, Valença, n.1, 1998, p.62.

⁴⁹² Cf. KAISER, Günther. *Derechos humanos en la ejecución de la pena y de medidas de corrección*. Trad. Gabriela N. Jugo. In: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, n.4, 2005, p.360; MARCHETTI, Maria Riccarda. *O tratamento penitenciário: o trabalho em função reeducativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, Valença, n.1, 1998; MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas Penitenciários*. São Paulo: RT, 1999, p.188; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.89-90; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p.94-96.

⁴⁹³ *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p.55.

⁴⁹⁴ *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.100.

⁴⁹⁵ Vide, principalmente, artigos 28-37 da Lei de Execução Penal.

⁴⁹⁶ Afirmando que o trabalho prisional tem natureza de direito e de dever, cf. ALVIM, Rui Carlos Machado. *O trabalho penitenciário e os direitos sociais*. São Paulo: Atlas, 1991, p.32.

⁴⁹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. V. 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004, p.16. Segundo dispõe o artigo 28 da Lei de Execução Penal, “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

Com efeito, prevê a Lei de Execução Penal que o trabalho é um dever, punindo com falta grave aquele que se recusar a trabalhar.⁴⁹⁸ Observa-se, todavia, que o preso político e o preso provisório não são obrigados ao trabalho (artigos 31, parágrafo único e 200 da Lei de Execução Penal), mas podem trabalhar se assim quiserem, pois, conforme já afirmado, o trabalho é, para lei, também um direito. A não submissão do preso provisório ao trabalho justifica-se, pela ótica ressocializadora que inspira a Lei de Execução Penal, na idéia de que não é possível impor um programa ressocializador, no qual o trabalho ocupa lugar de destaque, a alguém ainda não considerado culpado. Já em relação ao preso político, sustenta-se que não há necessidade de “ressocializá-lo” por meio do trabalho, pois o seu crime teria sido praticado apenas por razões ideológicas, “manifestando seu desacordo com o regime ou com certas práticas do poder dominante e negando o estabelecido social ou politicamente.”⁴⁹⁹

Por outro lado, a Constituição Federal prevê, no artigo 5º, inciso XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” No mesmo artigo, inciso XLVII, alínea “c”, prevê que não haverá penas de trabalhos forçados. O princípio do livre exercício do trabalho combinado com a vedação de penas de trabalhos forçados, dessa forma, seria justificativa bastante significativa para considerar como inconstitucional a imposição do trabalho como um dever na Lei de Execução Penal.

Contra esse raciocínio, afirma-se que a obrigação de trabalho não é inconstitucional, porque trabalho “obrigatório” (sancionado disciplinarmente) não é trabalho “forçado” (compelido fisicamente).⁵⁰⁰ No mais, o livre exercício do trabalho não

⁴⁹⁸ Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está *obrigado ao trabalho* na medida de suas aptidões e capacidade; Art. 39. Constituem *deveres do condenado*: V - *execução do trabalho*, das tarefas e das ordens recebidas; Art. 50. Comete *falta grave* o condenado à pena privativa de liberdade que: VI - *inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39*, desta Lei. Já as Regras Mínimas da ONU, dispõe (regra número 71.2.): *Todos os presos condenados deverão trabalhar*, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com a determinação do médico. (destaques nossos).

⁴⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.836. Destaca-se que o autor critica a abrangência do conceito de “crime político”, que não deveria abranger terroristas cruéis e profissionais.

⁵⁰⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.36-37. Em sentido análogo, afirma PAULO LÚCIO NOGUEIRA (*Comentários à Lei de Execução Penal*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.43), que “a atual Constituição dispõe que não haverá penas de trabalho forçados (CF, art.5º, XLVII, c), o que de modo algum pode ser entendido como trabalho obrigatório de todo condenado, sob pena de instalar-se definitivamente o regime da ociosidade, já existente nas prisões e que precisa ser substituído pelo regime do trabalho, como único meio de realmente reeducar o condenado.”

se aplicaria de forma plena ao privado de liberdade, por conta de sua própria condição, sendo possível a imposição do trabalho como dever no âmbito da execução penal.

Há ainda quem sustente, como JOÃO JOSÉ LEAL⁵⁰¹, a constitucionalidade do dever de trabalho do preso com base nos artigos 1º, inciso IV (A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os *valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa), 170 (A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios) e 193 (A ordem social tem como base o *primado do trabalho*, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais), todos da Constituição Federal. Observa-se, entretanto, que nenhum dos dispositivos mencionados impõe o trabalho como dever para qualquer cidadão.⁵⁰²

No entanto, não é possível sustentar a obrigação de trabalho como sendo conforme a Constituição. Em primeiro lugar, está a já discutida questão da inconstitucionalidade do ideal ressocializador que permeia a obrigatoriedade do trabalho prisional. Acontece que retirando o ideal ressocializador do direito brasileiro, ainda assim seria possível impor o trabalho com motivação diversa, por exemplo como requisito objetivo para aferir o mérito prisional, interferindo no regime progressivo de penas, o que seria bem razoável. Contudo, a imposição do trabalho no ordenamento brasileiro não é possível, seja qual for a motivação, por conta do artigo 6º da Constituição Federal que prevê, sem qualquer ressalva, ser o trabalho um *direito* do cidadão.

Ora, é impossível ler *dever* onde na Constituição está escrito *direito*. Considerar que o trabalho é dever na execução só se justifica por consideração ideológica desprovida de qualquer respaldo constitucional. E mais, o direito ao trabalho, como direito

⁵⁰¹ *Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.46, janeiro-fevereiro de 2004, p125-127.

⁵⁰² Considerando a obrigação de trabalhar constitucional, cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006, p.36-37 MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.27; MARCHETTI, Maria Riccarda. *O tratamento penitenciário: o trabalho em função reeducativa*. In: Revista da Faculdade de Direito de Valença, Valença, n.1, 1998, *passim*; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.90; NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007, p.417-418. Defendendo ser possível impor o trabalho, por considerar inseparável o dever do direito de trabalhar, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, São Paulo: RT, 2001, p.99.

social fundamental, é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, não podendo ser eliminado ou mesmo reduzido, sob pretexto de regulamentação, por lei ordinária ou mesmo por emenda constitucional.⁵⁰³ Em outras palavras, apenas o constituinte originário poderia ter considerado o trabalho prisional como sendo um dever, criando uma exceção à norma que postula ser o trabalho um direito do cidadão.⁵⁰⁴

Isto posto, impossível considerar o trabalho como sendo um dever na execução por conta da expressa disposição constitucional em sentido contrário.⁵⁰⁵ Como conseqüência lógica desse raciocínio, constata-se que o artigo 31 da Lei de Execução Penal (trabalho como dever) não foi recepcionado pela Constituição Federal, sendo impossível impor qualquer penalidade ao preso que não queira trabalhar. Da mesma forma, impossível condicionar a concessão de livramento condicional ao “bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto” e

⁵⁰³ Apesar do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal se referir a “direitos e garantias individuais”, sustenta-se que o termo abrange os direitos sociais na medida em que tais direitos, como o direito ao trabalho, são usufruídos individualmente. No mais, não há diferença hierárquica entre os direitos individuais e sociais, havendo inclusive o princípio da complementaridade, que prega serem indissociáveis tais categorias de direitos, sempre objetivando a maior proteção possível do indivíduo. Por fim, uma interpretação evolutiva do conceito “direitos e garantias individuais” faz com que os direitos sociais, de importância basilar em nosso contexto social atual, sejam incluídos em suas fronteiras. Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.636-647; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.599-601 (com base em posição extensiva do Supremo Tribunal Federal que inclui direitos sociais no rol do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal). Em sentido contrário, afirmando que esse raciocínio deturpa o sentido do citado dispositivo constitucional que prevê as cláusulas pétreas, cf. GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.199.

⁵⁰⁴ É importante destacar que seria perfeitamente adequado que o constituinte originário tivesse colocado o trabalho prisional como dever, por ser extremamente razoável a imposição de trabalho, evidentemente sem coação física, para o submetido à pena privativa de liberdade. Todavia, a opinião estritamente pessoal de quem quer que seja não pode sobrepujar a hierarquia superior da Constituição, pois não há hermenêutica que possa sustentar o sentido de “dever” onde está escrito “direito”.

⁵⁰⁵ Entendendo o trabalho como direito e não como dever, e afastando qualquer possibilidade de se punir o condenado por não trabalhar, posto que inconstitucional, cf. BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.184-185. Na p.184 a autora afirma que trabalho imposta a qualquer título, é inconstitucional por se tratar de trabalho forçado (art.5, XIII e XLVII, “c”, e art.6º da CF). No mesmo sentido, cf. CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p.188-196; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *A lei 10.792/2003 e as modificações na execução penal*. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia (coords.). *Reforma Criminal*. São Paulo: RT, 2004, p.331; FREIRE, Christiane Russomano. *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.101; MARTINS, Sergio Mazina. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. V. 5. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.375; SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*, São Paulo: RT, 2002, p.336-337; SCHIMIDT, Andrei Zenker. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.242-244.

a progressão para o regime aberto ao fato de “estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente” (artigo 83, inciso III, do Código Penal e artigo 114, inciso I, da Lei de Execução Penal).

De toda sorte, a única aplicação constitucional e razoável da punição prevista no artigo 50, inciso VI, da Lei de Execução Penal (constitui falta grave o condenado inobservar o dever de trabalhar), seria aquela segundo a qual a punição por não trabalhar só pode ser aplicada quando previamente o condenado aceitou o trabalho oferecido. Dessa forma, não se obriga inconstitucionalmente o preso a trabalhar, mas apenas o sanciona por não honrar o compromisso *espontaneamente aceito*.⁵⁰⁶

Há ainda uma questão normalmente não debatida: a referente à normativa internacional sobre o trabalho prisional. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos possuem dispositivos que regem o tema em pauta. Dispõe o artigo 8º do Pacto Internacional o seguinte: “1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos. 2. Ninguém poderá ser submetido à servidão. 3. a) ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios; b) a alínea "a" do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalho forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente; c) para os efeitos do presente parágrafo, *não serão considerados trabalhos forçados ou obrigatórios: qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea "b", normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional.*”

No mesmo sentido, o artigo 6º da Convenção Americana *in verbis*: “Proibição da escravidão e da servidão 1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. 2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de

⁵⁰⁶ Tal raciocínio faz especial sentido quando se constata que, na realidade, as vagas de trabalho para os submetidos à pena privativa de liberdade são limitadas. Assim, o preso que deixa de trabalhar está ocupando ociosamente uma vaga que poderia estar sendo ocupada por outro preso, sendo o seu ato uma afronta ao direito dos demais.

liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso. 3. *Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente.* Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado.”

Em primeiro lugar, os tratados mencionados proíbem a pena de trabalhos forçados. Contudo, por conjunturas políticas que antecederam a feitura dos documentos, ambos os tratados afirmam que a proibição não impede que os países que previam essa modalidade de pena antes da ratificação do tratado possam aplicá-la por meio de “um tribunal competente”. Na realidade, essa disposição é uma “cláusula de não-retrocesso”, que impede que os países que baniram a pena de trabalhos forçados, como o Brasil, voltem a fazer uso de tal modalidade de pena.

Contudo, mais relevante para o presente estudo é a previsão dos tratados que afirma não ser trabalho forçado aquele “normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial.” Com tal disposição, os tratados diferenciam o trabalho prisional do trabalho em liberdade, afirmando ser possível impor o trabalho como dever ao submetido à pena de prisão.

Tais documentos internacionais atualmente têm no Brasil hierarquia de lei ordinária, sendo fácil refutá-los, pois são, nesse ponto (obrigação do trabalho prisional), inconstitucionais. Contudo, conforme já abordado⁵⁰⁷, na hipótese de passarem pelo procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, eles podem vir a ter hierarquia de norma constitucional, já que são tratados sobre direitos humanos. De todo modo, mesmo nesse caso pode-se refutar a disposição do trabalho como dever do preso.

Primeiramente, há a questão já citada do núcleo constitucional intangível da Constituição, do qual o direito ao trabalho faz parte como cláusula pétrea. Da mesma

⁵⁰⁷ Vide capítulo III. 1.2.

forma que é vedado ao constituinte derivado, por meio de emendas à Constituição, alterar a disposição referente ao direito ao trabalho, com vistas a restringi-lo a uma camada da população, é impossível que o Estado brasileiro faça valer em seu território um dispositivo de tratado de direitos humanos que contrarie uma cláusula pétrea constitucional, restringindo o direito ao trabalho dos submetidos à pena de prisão.

Como se não bastasse, há ainda a questão da hermenêutica dos direitos humanos fundamentais. Na hipótese de normas de igual hierarquia, quando uma norma interna do Estado parte colidir com uma norma com sede em um tratado internacional cujo Estado ratificou, é aplicável a norma que conferir maior proteção ao indivíduo titular do direito tolhido (regra da norma mais favorável).⁵⁰⁸ No caso sob análise, o titular do direito é o cidadão privado de liberdade, sendo aplicável a norma que o afeta de maneira menos gravosa, qual seja, o artigo 6º da Constituição Federal que postula ser o trabalho um direito para todas as pessoas, indistintamente. Afastar-se-iam, nessa hipótese, o artigo 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos que afirmam ser o trabalho um dever do condenado.

É necessário ressaltar que no Brasil, infelizmente, a discussão sobre a obrigatoriedade do trabalho é meramente acadêmica. O Estado não fornece vagas suficientes de trabalho e há filas de presos tentando obtê-las, seja por conta da remição⁵⁰⁹, seja porque é penoso passar o dia sem fazer nada.⁵¹⁰ Destaca-se que a falta de oferecimento de trabalho aumenta sensivelmente (e ilegalmente) a gravidade da pena, tendo efeitos deletérios sobre os apenados.

⁵⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.64 e 98-99.

⁵⁰⁹ Vide capítulo III 2.5.1. a seguir.

⁵¹⁰ E nem se pense no preconceituoso raciocínio que o preso é um “vagabundo”, que gosta de não fazer nada, pois além de não possuir respaldo empírico (pelo contrário, muitos tentam trabalhar e não conseguem por falta de postos de trabalho), está claramente influenciado pelo estereótipo de criminoso dessocializado que ofende o princípio da igualdade (vide capítulo II 6.1.). Em sentido oposto, sem razão, afirma PAULO LÚCIO NOGUEIRA (*Comentários à Lei de Execução Penal*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.41): “em regra, a clientela das prisões não é propensa ao trabalho, mas à vida ociosa, bastando fazer uma pesquisa sobre a modalidade de trabalho desenvolvida pelos presos, quando em liberdade para se verificar que não são criaturas muito laboriosas.” “É por isso também que o trabalho carcerário deverá ser obrigatório, já que, sendo voluntário, provavelmente muitos preferirão manter-se ociosos.”

2.5.1. Remição

Conceitua-se a remição “como um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional o tempo de duração da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto.”⁵¹¹ Por meio da remição, a cada 3 (três dias) de trabalho desconta-se 1 (um) dia de pena. Trata-se tal instituto de um incentivo ao trabalho prisional, e está previsto nos artigos 126 a 130 da Lei de Execução Penal.

Por ser um incentivo ao direito ao trabalho, os autores que sustentam o ideal ressocializador defendem que a existência da remição se justifica no seu potencial de incentivo à ressocialização.⁵¹² A contrário senso, para tais autores, se não houver ideal ressocializador da pena, não deveria haver remição.

Entretanto, afastando a ressocialização de nosso ordenamento, ainda assim é possível justificar a remição em outras razões.⁵¹³ Com efeito, é plenamente justificável e socialmente produtiva a existência da remição pelos motivos a seguir expostos.

Primeiramente, a remição é um incentivo ao trabalho honesto e produtivo dentro do cárcere. Além de o trabalho ser um direito do preso, há o interesse social que o indivíduo no cárcere trabalhe e que esteja motivado e capacitado a trabalhar quando voltar ao meio livre. Frisa-se que isso não se confunde com ressocialização, pois há interesse da sociedade que todas as pessoas trabalhem, independentemente de sua condição de preso, não podendo, todavia, impor-se o trabalho a alguém.⁵¹⁴

Considerando ser impossível impor o trabalho como dever, já que tal imposição é inconstitucional, a existência da remição é um incisivo incentivo ao trabalho

⁵¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.517.

⁵¹² Nesse sentido, ilustrativa a posição de JASON ALBERGARIA (*Comentários à Lei de Execução Penal*, Rio de Janeiro: Aide, 1987): “a remissão parcial da pena pelo trabalho, também chamada redenção da pena pelo trabalho ou liberdade antecipada, é uma causa de exclusão da pena, isto é, de extinção da responsabilidade criminal. *Se o condenado está recuperado antes do fim da pena, a parte final ser-lhe-ia inútil.*” (destaque nosso).

⁵¹³ Nessa direção, cf. CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p.198.

⁵¹⁴ Nesse sentido, vide os já citados artigos 1º, inciso IV, 170 e 193 c.c. artigo 6º, todos da Constituição Federal.

prisional, sobretudo porque a sua remuneração é muito baixa.⁵¹⁵ No mais, é sabido que um incentivo positivo (oferecimento de prêmio) tende a ser muito mais efetivo que um incentivo negativo (imposição de sanção).

O incentivo ao trabalho prisional por meio da remição também interessa à sociedade porque, por disposição legal, parte do salário do condenado é destinada “à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios” (artigo 28, parágrafo 1º, alínea “a” da Lei de Execução Penal). Como a maioria dos condenados é economicamente miserável, situação essa que só tende a agravar com a privação de liberdade, o fruto do trabalho prisional, mesmo que parcamente remunerado, torna-se a única chance de algum tipo de ressarcimento para as vítimas, o que é de notável interesse social.⁵¹⁶

Outra razão que justifica a remição é de ordem interna. Dentro do estabelecimento prisional é importante o incentivo ao trabalho como controle da segurança. Com o trabalho, há diminuição das tensões e do tempo ocioso que podem gerar atritos entre os presos e os funcionários, e mesmo entre os próprios presos.

No mais, o trabalho, por conta de sua conotação positiva na sociedade, gera um aumento da auto-estima do apenado, o que pode vir a ser positivo na redução dos danos da prisionização. Seguindo a mesma lógica, a redução da severidade da pena por meio da redução de sua duração ocasionada pela remição, pode vir a ser um benéfico meio individualizador da sanção penal, reduzindo os efeitos dessocializadores da pena de prisão por ensejar uma volta mais rápida ao convívio social.⁵¹⁷

Segundo a ótica sustentada, até o presumidamente inocente (preso provisório), a respeito do qual não é possível sustentar a ressocialização, pode e deve trabalhar, com incentivo para tanto (apesar de não fazer sentido, ao menos imediatamente,

⁵¹⁵ Segundo o artigo 29 da Lei de Execução Penal, o preso pode receber apenas 3/4 (três quartos) do salário mínimo, que já é extremamente baixo, por seu trabalho.

⁵¹⁶ O artigo 29, parágrafo 1º, da Lei de Execução Penal ainda prevê que o salário do preso também se destina ao “ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada” (alínea “d”), que seria, teoricamente, de interesse da sociedade. Contudo, o ressarcimento do Estado está condicionado ao cumprimento prévio das demais destinações legais (indenização da vítima, assistência à família do condenado e pequenas despesas pessoais), o que, na prática, o inviabiliza, considerando o já apontado baixo valor da remuneração.

⁵¹⁷ BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p.183.

a remição). Nota-se que a Lei de Execução Penal, imbuída do ranço ressocializador, não incentiva de forma alguma o trabalho do preso provisório.

É controvertida a questão se a existência da remição decorre diretamente do princípio constitucional da individualização da pena. Nesse caso, seria defeso ao legislador retirá-la de nosso ordenamento, sob pena de retroceder na efetivação do apontado princípio constitucional.

No entanto, ao que parece, a existência ou não da remição é uma escolha político-criminal legislativa, pois não há qualquer determinação constitucional que imponha a sua existência. Apenas de forma indireta é possível usar a remição para individualizar a pena na execução, não sendo este o objetivo central do instituto, conforme acima abordado. Dessa forma, pondera-se que a remição não está vinculada à individualização da pena, podendo o legislador, se assim considerar conveniente, eliminá-la de nosso ordenamento, apesar de não ser essa uma boa decisão político-criminal por conta dos seus já mencionados efeitos positivos.

De todo modo, o mesmo raciocínio aplicável à remição pelo trabalho aplica-se à remição pelo estudo, que ainda não possui expressa previsão legal. No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e diversos autores defendem, com razão, a remição pelo estudo.⁵¹⁸ Além do mais, a educação, que é igualmente valorizada pela Constituição Federal⁵¹⁹, ainda é útil para a diminuição do uso da violência para dirimir conflitos, o que não deixa de ser socialmente importante.⁵²⁰ Nesse contexto, existe o já mencionado projeto de Lei⁵²¹ da lavra da comissão de juristas presidida por MIGUEL REALE JÚNIOR, que prevê expressamente a remição pelo estudo,

⁵¹⁸ Fazendo um interessante apanhado doutrinário, jurisprudencial e de projetos legislativos sobre a remição pelo estudo, mencionando inclusive outros países onde é adotada, cf. FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Remição pela instrução: um apanhado político-criminal, doutrinário e jurisprudencial*. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.16, janeiro-julho de 2003, *passim*.

⁵¹⁹ Vide artigo 6º e, especialmente, o a seguir transcrito artigo 205 da Constituição Federal: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, *será 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.” (destaque nosso).

⁵²⁰ Novamente frisa-se que isso não se confunde com ressocialização. Nesse caso, inclusive, a pessoa educada pode apenas passar a cometer crimes sem violência, as vezes mais graves que os violentos, por serem mais vantajosos.

⁵²¹ Vide capítulo III 2.2.

estabelecendo um parâmetro bastante razoável, qual seja, a remição de um dia de pena a cada vinte horas de estudo.⁵²²

Critica-se, no entanto, a falta de parâmetros legais determinados do *quantum* que pode ser abatido da pena por meio de qualquer modalidade de remição. A imprecisão do montante máximo possível de ser remido afeta o caráter preventivo-geral da sanção, pois não há como saber, de antemão, qual será o período mínimo que o indivíduo suportará de pena, por conta da incidência (ou não) da remição.⁵²³

3. Ressocialização como efeito desejável de tratamentos terapêuticos e de medidas sociais extra-penais paralelas ou posteriores à execução

O fato de a ressocialização não poder ser finalidade da pena, mesmo na execução penal, não significa que o Estado deve abandonar os cidadãos mais necessitados, deixando de fornecer meios mínimos para que eles enfrentem a vida em sociedade de maneira digna. Destaca-se que a maioria dos acusados e condenados fazem parte da parcela mais empobrecida da população, com menos recursos educacionais, habitacionais e assistenciais em geral.⁵²⁴

Ora, o abandono de qualquer cidadão à míngua, seja submetido ou não ao jugo penal, significa violação aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil expressos no artigo 3º, incisos I a IV da Constituição Federal, *in verbis*: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;

⁵²² Observa-se que pelo projeto mencionado o condenado poderá cumular a remição pelo trabalho com a remição pelo estudo.

⁵²³ Anota-se que a comutação, o indulto e a graça, também têm como efeito a diminuição do montante da pena a ser efetivamente cumprida, sendo, portanto, problemáticos quanto ao caráter preventivo-geral da sanção. Todavia, sendo instrumentos de indulgência soberana do Presidente da República, é muito difícil controlar legalmente a concessão dos mencionados institutos, ao contrário da remição. Talvez o único controle possível da comutação e do indulto, indulgências coletivas, seja o judicial, quando eles ofenderem princípios constitucionais fundamentais (vg. beneficiando apenas pessoas de determinada etnia). No mais, qualquer tipo de indulgência do Presidente da República não pode incidir nos casos vedados pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLIII). Sobre o tema, cf. MARTINS, Sérgio Mazina. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. V. 5. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p.791-795.

⁵²⁴ Sobre a inegável e empiricamente constatável seletividade do sistema penal, cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. 2ªed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.164-165.

III - *erradicar a pobreza e a marginalização* e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - *promover o bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*” (destaques nossos). Ressalta-se que há todo um cabedal de dispositivos constitucionais que garantem os direitos sociais, com destaque para os artigos 6º-11 (dos direitos sociais) e 193-232 (da ordem social).

O que significa afastar a ressocialização do direito penal, na verdade, é o fato de que essa tarefa não cabe ao poder punitivo do Estado, mas sim a outras instâncias do aparato estatal; sem se olvidar da vital importância da participação da sociedade como um todo em tal tarefa.⁵²⁵

Nesse contexto, a ressocialização, ou melhor, o conjunto de medidas assistenciais a ser oferecido a quem necessite, seria a finalidade, v.g., da psicologia e da assistência social, não interferindo nos institutos do direito penal. Com efeito, o fato da pena não objetivar a “ressocialização” (sendo inclusive uma espécie de obstáculo para tanto) não impede que o sujeito se “ressocialize” *apesar da pena*, seguindo o pensamento de ALESSANDRO BARATTA.⁵²⁶ Qualquer ser humano possui imensas potencialidades que podem vir a ser desenvolvidas. Existem excelentes tratamentos psicológicos, psiquiátricos e, sobretudo, medidas sociais que o Estado, sob um enfoque humanista, deve incentivar para o desenvolvimento de seus cidadãos submetidos ao poder punitivo estatal.⁵²⁷ Entretanto, tal tarefa não é incumbência do direito penal e, tampouco, finalidade da pena.

⁵²⁵Sobre a importância da participação da comunidade no trato das questões carcerárias, cf. LEAL, César Barros. *A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.50, setembro-outubro de 2004, p.145. Afirmando que a participação da sociedade diminui os efeitos da prisionização, cf. SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 111-121.

⁵²⁶ *Resocialización o control social: Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.253.

⁵²⁷ Como exemplos de estratégias ditas “ressocializadoras” interessantes, cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.376 e ss; SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, p.62 e ss. ALESSANDRO BARATTA (*Resocialización o control social: Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.257 e ss.) também expõe medidas válidas para a melhoria do sistema prisional, nomeando-as de medidas de “reintegração social”. O problema só está quando tais estratégias ou medidas se inserem no aparato punitivo estatal, interferindo na pena e nos institutos da execução (progressão de regime, livramento condicional etc). Se a estratégia social não interferir na esfera estritamente punitiva, não há problema nenhum, podendo inclusive vir a ser positiva se adequadamente implementada.

Com razão afirma HEIKO LESCH⁵²⁸, que a dita “ressocialização” não pode ser fundamento ou fim da pena, pois se trata, na verdade, de uma tarefa inerente à natureza social do Estado, e não a qualquer missão preventiva ou repressiva do poder punitivo. Por ser uma tarefa ligada à assistência social, o conjunto de medidas assistenciais deve ser apenas uma *oferta* ao condenado *desvinculada de qualquer natureza impositiva penal*.

É digno de nota que a manutenção do ideal ressocializador no âmbito penal acaba prejudicando políticas públicas de inclusão social úteis, mas incompatíveis com o sistema penal.⁵²⁹ De fato, quando se atribui à pena a finalidade de “socialização”, ou seja, de modificar a forma pela qual o indivíduo relaciona-se com a sociedade (melhora social), está se transferindo para a estância punitiva estatal, de forma inoportuna e inconveniente, uma função que não lhe é própria e, conseqüentemente, subtrai-se da estância adequada a tarefa de “socialização” a que estaria obrigada (esferas educacionais, assistenciais etc).⁵³⁰ Dessa forma, é necessária a separação de esferas, mesmo no caso de assistência social no momento da execução da pena, em uma verdadeira política social alheia ao direito penal.⁵³¹

Fica ainda mais clara a necessidade de ser desvinculado o aparato punitivo da tarefa assistencial quando focados os egressos prisionais.⁵³² Os egressos compõem, via de regra, uma das parcelas da sociedade mais necessitada de assistência, por conta do marcante estigma de “ex-presidiário” (assistência posterior à execução). Todavia,

⁵²⁸ *La Función de la Pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson. 1999, p.39.

⁵²⁹ SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p.51.

⁵³⁰ CURY URZUA, Enrique. *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978, p.693-694.

⁵³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007, p.207. Sobre a necessidade de medidas preventivas da criminalidade fora do direito penal, cf. SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, *passim*.

⁵³² Nos termos dos artigo 26 da Lei de Execução Penal, considera-se egresso o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento, e o liberado condicional, durante o período de prova. Nos locais onde não há casa do albergado (estabelecimento prisional para regime aberto), como em São Paulo, por analogia, pode-se considerar egresso também o indivíduo submetido a regime aberto sob a condição de “prisão albergue domiciliar”, cuja situação fática é idêntica ao liberado condicional.

principalmente no caso dos indivíduos que terminaram a pena, não faz sentido a ligação da necessária assistência a ser prestada ao egresso com qualquer aspecto punitivo.⁵³³

Neste momento, poder-se-ia levantar a objeção de que as medidas de assistência social podem vir a ter caráter diferenciador, pois só se direcionam aos apenados (ou egressos) socialmente fragilizados (“criminosos de sempre”). No entanto, o caráter diferenciador não é problema quando abordamos a assistência social, já que tal ramo das ciências humanas busca medidas exclusivamente positivas para os cidadãos desamparados, sem nenhuma característica negativa ou estigmatizante.

Em suma, as medidas sociais e os tratamentos terapêuticos voltados a oferecer novas oportunidades de vida aos submetidos ao jugo penal podem ser legítimos e positivos, sem incidir em qualquer das objeções tecidas ao ideal ressocializador, contanto que absolutamente desvinculados do direito penal.

Seguindo a lógica exposta, os técnicos envolvidos com a execução (principalmente psicólogos e assistentes sociais) passam a ser agentes “minimizadores dos efeitos perversos da sanção penal”⁵³⁴, desvinculando-se de qualquer tarefa ligada ao aspecto penal da execução (vg. progressão de regime, livramento condicional).⁵³⁵ SALO DE CARVALHO⁵³⁶ afirma, com propriedade, que dessa forma o técnico da execução abandona “o histórico papel de tarefeiro redator de laudos e prognoses delitivas (paradigma etiológico)”⁵³⁷, sendo que o trabalho por eles realizados “seria o de propor (não impor) ao

⁵³³ A Lei de Execução Penal prevê a assistência ao egresso nos artigos 25-27 (tratam também da assistência pós-carcerária as regras mínimas da ONU n.64 e n.81), visando “reintegrá-lo à vida em liberdade” (artigo 25, inciso I), de maneira desvinculada, contudo, de qualquer aspecto punitivo, pois se o egresso não se “reintegrar”, não sofrerá nenhuma sanção - sendo assim digna de encômios.

⁵³⁴ Sobre o papel do assistente social na execução, cf. GUINDANI, Miriam Krensinger A. *Tratamento Penal: a Dialética do Instituído e do Instituinte*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.175-188. Sobre o papel do psicólogo, além da já mencionada obra de ALVINO AUGUSTO DE SÁ (*Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007, *passim*), cf. HOENISCH, Julio César Diniz. *A Psicologia entre Nuvens e Granito: Problematizando as Perícias Criminais*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.189-195.

⁵³⁵ CARVALHO, Salo de. *O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.170.

⁵³⁶ *O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.170.

⁵³⁷ Vide capítulos III 2.1. e III 2.2.

condenado programa de gradual ‘tratamento penal’ objetivando a redução de danos causados pelo cárcere (prisionalização).”⁵³⁸

4. Análise conclusiva sobre a ressocialização na execução penal brasileira

Como foi possível constatar, a Lei de Execução Penal, apesar de sua concepção defensiva, pode muito bem ser aplicada de forma socialmente construtiva, afastando-se o ideal ressocializador da pena. A solidez dos princípios jurídicos escorados no regime democrático fornece base suficiente, ao menos no plano dogmático, para construir uma execução humana e justa.

Com efeito, como acima foi explicitado, os diversos institutos da Lei de Execução Penal socialmente positivos originados na idéia de ressocialização podem, com vantagem, ser baseados em outros postulados, com destaque para os princípios insertos na Constituição Federal, e também em considerações político-criminais. Da mesma forma, pode ser afastado de nosso ordenamento o exame criminológico, instituto justificado exclusivamente na ressocialização, que com sua inserta “prognose de reincidência” gera insegurança jurídica e instrumentaliza o ser humano na execução.

Por outro lado, sem a suposta finalidade ressocializadora da execução não ocorre uma antinomia entre os fins da pena nas fases de atuação do poder punitivo estatal. De fato, a finalidade da pena, seja qual for a fase de atuação estatal (incriminação de condutas, aplicação/graduação da pena e execução penal), fica sendo exclusivamente a prevenção geral positiva, devidamente limitada pelos princípios constitucionais e penais.

Por fim, o afastamento da ressocialização da execução não impede que o Estado se desincumba de prestar assistência social ampla aos submetidos à pena estatal. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal deve ser interpretada como *norma complexa*, com dispositivos de natureza penal e com outros de natureza social, sendo que os dispositivos sociais não podem ter reflexo na atuação punitiva do Estado na execução.

⁵³⁸ Ressalta-se que SALO DE CARVALHO usa o termo tratamento penal sem o sentido habitual de tratamento ressocializador, mas apenas (por falta de outro termo), citando MARIA PALMA WOLFF, como sendo o “conjunto de prática educativas e terapêuticas que podem ter significados e funções diferenciadas no processo de cumprimento da pena, dependendo dos diferentes fatores teóricos, políticos e institucionais que o envolvem.”

Assim, analisados os dispositivos da Lei de Execução Penal à luz da atual Constituição Federal democrática, conclui-se que não há mais lugar para a ressocialização na execução penal brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordar a finalidade da pena na execução penal, o presente trabalho se encaminhou no sentido de contribuir para o afastamento da ressocialização da esfera penal.

Foram analisadas as principais posições quanto às finalidades da pena desenvolvidas pelas doutrinas filosófica e penal. Nesse contexto, houve a abordagem das finalidades de retribuição, de prevenção geral (negativa e positiva) e de prevenção especial (negativa e positiva). Nesse ponto, foi feita a tomada de posição quanto à viabilidade de se sustentar a prevenção geral positiva como única finalidade da pena, desde que devidamente limitada pelos princípios constitucionais e penais fundamentais (prevenção geral positiva limitadora).

Seguindo o estudo, foram estruturadas as críticas à finalidade ressocializadora da pena, sob os seus diversos aspectos. Foi dado especial destaque à crítica no contexto da execução penal brasileira. No mais, foi possível perceber ser incompatível a prevenção especial positiva com qualquer ordenamento jurídico democrático, não importando a modalidade de programa sustentada (máximo ou mínimo) ou o momento de atuação da ressocialização (concepção extremada ou limitada).

Por fim, foi feita a análise do ideal ressocializador nos diversos institutos da Lei de Execução Penal brasileira. Foram refutados os institutos que só se justificam com base na ressocialização ou até o ponto em que eles se justificam com fundamento na ressocialização. Ademais, foi criticada e afastada a maneira como são aplicados alguns institutos sob a ótica da ressocialização, mas sem sustentar que fossem extirpados do sistema, procurando embasá-los em outros postulados, como no respeito aos direitos fundamentais e na prevenção geral positiva. Destacou-se também que o afastamento da ressocialização do âmbito penal não impede que ela tenha relevância em outras áreas do conhecimento humano, como a assistência social e a psicologia, de forma absolutamente desvinculada de qualquer natureza repressiva ou preventiva.

Em suma, ao longo do presente estudo chegou-se à conclusão de que o ideal ressocializador na execução penal é incompatível com qualquer ordenamento jurídico democrático, incluindo nessa constatação o nosso ordenamento, devendo ser inteiramente

refutado. E mais, foi possível elucidar que o ideal ressocializador é um *mal desnecessário*, que pode ser inteiramente afastado do direito penal brasileiro, inserido em um Estado Democrático de Direito, sem qualquer prejuízo aos cidadãos, que devem ter os seus direitos respeitados por conta simplesmente de sua condição de ser humano.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de La pena y limites al jus puniendi desde el Estado Democrático*. Madrid: Dilex, 2006.

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamento español*. Granada: Comares, 2001.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *O trabalho penitenciário e os direitos sociais*. São Paulo: Atlas, 1991.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Direito penal simbólico e finalidade da pena*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 171, fevereiro de 2007.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Teoria unificadora dialética e direito penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 173, abril de 2007.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Os grandes movimentos atuais de política criminal*. In: Fascículos de Ciências Penais, v.1, n.9, novembro de 1988.

ARENAL, Concepción. *Estudios Penitenciários*. 2 v. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1895.

ARRIBAS, Eugenio. *Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión*. In: Revista del Poder Judicial, Madrid, n.77, 2005.

ARROYO ZAPATERO, Luis; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. V.1. Barcelona: Praxis, 1994.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, 2ªed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Integración-Prevención: Una “nueva” fundamentacion de la pena dentro de la teoria sistémica*. In: Doctrina Penal, Buenos Aires, n.29 a 32, 1985.

- BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social: Por um conceito crítico de “reintegración social” del condenado*. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998
- BARATTA, Alesandro. *Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal*. Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social, Maracaibo: Universidad del Zulia, n.14, 1986.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado, 2004.
- BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. In: RT, n. 727, 1996.
- BARROS, Carmen Silva de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001.
- BARROS, Carmen Silva de Moraes. *As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.48, maio-junho de 2004.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERGALI, Roberto *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1976.
- BETTIOL, Giuseppe. *O mito da reeducação*. In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.
- BETTIOL, Giuseppe. *O Problema da Pena*. In: *O Problema Penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra Editora: Coimbra Editora, 1967.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. V.1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUENO ARUS, Francisco. *La resocializacion del delicto adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciário*. In: *Actualidad Penal*, Madrid, n.1, 1987.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1986.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Um Novo Sistema do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

CAPELLER, Wanda. *O direito pelo avesso: análise do conceito de ressocialização*. In: *Temas Imesc. Sociedade, direito, saúde*. São Paulo, n.2, 1985.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS)*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos Fins e a Limitação do Poder Punitivo*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Deslegitimação do Tratamento Prisional* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

CEREZO MIR, Jose. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ara/RT, 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *A lei 10.792/2003 e as modificações na execução penal*. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia (coords.). *Reforma Criminal*. São Paulo: RT, 2004.

CERVINI, Raul. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed. Trad. Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; MOURA, Marcelo Oliveira de. *Por Que a Súmula 715 do STF está errada? Unidade de Pena e Limite de 30 Anos na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958.

COSTA, Costanza. *La pena tra retribuzione e rieducazione : un'incongruenza gestibile? : l'operatore carcerario tra punizione e trattamento*. In: Rassegna Italiana di Criminologia, Milão: Giuffré, n.1, janeiro de 1990.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

CURY URZUA, Enrique. *La prevención especial como limite de la pena*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.41, n.1, janeiro-abril de 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. T.1. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. T.2. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. In: Actualidad Penal, n.1, 1-7 de janeiro de 2001.

DORADO MONTERO, Pedro Garcia. *El Derecho Protector de los Criminales*. 2v. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: Existe um direito de castigar?*. Trad. Claudia de Miranda Avena. São Paulo: RT, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2007.

- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *El tratamiento penitenciario resocializador*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.) *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et. al. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo, RT, 2001.
- FERRI, Enrico, *Princípios de Derecho Criminal*. Trad. José Arturo Rodriguez Muños. Madrid: Réus, 1933.
- FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. Soto y Hernandes. 5ª ed. Madrid: s.e., 1930.
- FEUERBACH, Anselm Von Ritter. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 24ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6ªed. São Paulo: RT, 2007.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua Interpretação*. 8ªed. São Paulo: RT, 2007.
- FRANCO, Alberto Silva. *Jurisdicionalização da Execução*. In: *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FREIRE, Cristiane Russomano. *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Remição pela instrução: um apanhado político-criminal, doutrinário e jurisprudencial*. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n.16, janeiro-julho de 2003.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V.1. T.2. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta funcion resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t.32, fac.3, setembro-dezembro de 1979.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tendencias del actual derecho penal*. In: *Actas y Congresos, Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Uned*, Madrid, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. V.2. São Paulo: RT, 2007.

GAROFALO, Rafeale. *Criminologia*. Trad. Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira e irmão, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*. In: *Estudios de Derecho Penal*. s.l.: Civitas, s.d.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994.

GRAMMATICA, Filipo. *Princípios de defesa social*. Trad. Jesus Muños y Nuñes de Prado e Luiz Zapata Aparicio. Madrid: Montecorvo, 1974.

GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n.7, 2000.

GUINDANI, Miriam Krensinger A. *Tratamento Penal: a Dialética do Instituído e do Instituinte*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Trad. Carlos Eduardo de Oliveira et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Fins da pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*. Trad. Maria Teresa Castiñeira. In: *Derecho y Ciências Sociales*, Barcelona: Universidad Autonoma de Barcelona, 1982.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Trad. Francis Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1974.

HASSEMER, Winfried. *História das Idéias Penais na Alemanha do Pós Guerra*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos. In: *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, Trad. Francisco Muños Conde e Maria del Mar Diaz Pitta, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1986.
- HOENISCH, Julio César Diniz. *A Psicologia entre Nuvens e Granito: Problematizando as Perícias Criminais*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.
- ISEHARD, Antônio Maria. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- JAKOBS, Günter. *Derecho Penal: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Serrano Gonzales Mourollo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: Cuadernos de Conferencias y artículos, n.16, Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.
- JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4ª ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial*. V.1. 3ªed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.
- KAISER, Günther. *Derechos humanos en la ejecución de la pena y de medidas de corrección*. Trad. Gabriela N. Jugo. In: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, n.4, 2005.
- KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7ª ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- KARAM, Maria Lúcia; PASSETI, Edson; OLIVEIRA, Salette de; RODRIGUES, Thiago; BATISTA, Vera Malaguti; BATISTA, Nilo (eds.). *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- KUEHNE, Mauricio. *Lei de Execução Penal Anotada*. 5ªed. Curitiba: Juruá, 2008.

KLUG, Ulrich. *Despedida de Kant y Hegel (una crítica filosófica básica)*. In: *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, s.l.: Fontamara, s.d.

LEAL, César Barros. *A execução penal na América Latina e no Caribe: realidade e desafios*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.50, setembro-outubro de 2004.

LEAL, César Barros. *O tratamento dos presos no Brasil e as Regras Mínimas da ONU*. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v.1, n.4.

LEAL, João José. *Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.46, janeiro-fevereiro de 2004.

LEAL, Luisa; GARCÍA, Adela. *La Pena y la ejecución en el ordenamiento jurídico venezolano*. In: *Capítulo Criminológico; Revista de las disciplinas del Control Social*, Maracaibo, v.32, n.1, janeiro-março de 2004.

LESCH, Heiko. *La Función de la Pena*. Trad: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.

LISZT, Franz von. *La Idea del fin en el Derecho Penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle. Bogotá: Temis, 1998.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinqüente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. *A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo n.123, fevereiro de 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *El cumplimiento íntegro de las penas*. In: *Actualidad Penal*, Madrid, n.7, 2003.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARCHETTI, Maria Riccarda. *O tratamento penitenciário: o trabalho em função reeducativa*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Valença*, Valença, n.1, 1998.

MARIA ALVAREZ, Ricardo Carlos. *Los tratados internacionales de derechos humanos y los fines de la pena en la política criminal del Estado*. In: *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, n.4, 1998.

- MAROTTA, Gemma; BUENO ARÚS, Francisco. *Le basi giuridiche del trattamento penitenziario*. In: *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*. Milão: Giuffré, 1989.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MARTINS, Sergio Mazina. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. V. 5. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Execução Criminal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas Penitenciários*. São Paulo: RT, 1999.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ªed. Buenos Aires: B de F, 2003.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 7ªed. Buenos Aires: B de F, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOCCIA, Sergio. *El derecho Penal entre ser y valor*. Trad. Antonio Donarlo. Buenos Aires: B de F, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ªed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Execução e falência do sistema carcerário*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.29, janeiro-março de 2000.
- MUÑOS CONDE, Francisco. *Direito Penal e Controle Social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MUÑOS CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. 4ª ed. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- MUÑOS CONDE, Francisco. *La resocializacion del delincuente: análisis y critica de un mito*. In: *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1979.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ªed. São Paulo: RT, 2007.
- OLIVA, Marcio Zuba de. *O Exame Criminológico e suas Peculiaridades Frente ao Criminoso*. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *A Criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- OLIVEIRA, Nelmo Versiani. *Ofensa à progressão de regime e a recuperação do condenado*. In: *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, n.53, dezembro de 2004.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal: Parte Geral*. Barueri: Manole, 2003.
- PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista da (orgs.). *Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.
- PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.). *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 1995.
- PETRONE, Daniel. *Sobre la ejecución penal en las cárceles argentinas*. In: FELINI, Zulita (dir.). *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- PIACESI, Débora da Cunha. *Funcionalismo roxiniano e fins da pena*. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coords.). *Temas de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *O direito do preso*. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n.18, janeiro-junho de 2005.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PINZON, Natalia Gimenes. *O Discurso Ressocializador e o Principio da Dignidade Humana*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.
- PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Execução penal e garantismo: as alterações introduzidas na lei de execuções penais sobre o exame criminológico*. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.146, janeiro de 2005.

- PRADO, Luis Regis. *Teoria dos fins das penas*. In: Ciências Penais, São Paulo, n.1, 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine. *Princípios constitucionais na execução penal*. In: CUNHA, Rogério Sanchez. *Leituras Complementares de Execução Penal*. Salvador: Jus Podium, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. V. 1 e 2. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2004.
- RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Lineamientos garantistas para una transformación radical y reduccionista de la cárcel (una visión desde España)*. In: Delito y sociedad: Revista de Ciencias Sociales, Buenos Aires, n.14, 2000.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki; MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; RODRIGUES, Anabela Miranda. *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona: Bosch, 2000.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001.
- RODRÍGUES NUÑES, Alicia. *Fórmulas para la resocialización del delincuente en legislación y en el sistema penitenciario españoles*. In: GUZMAN DALBORA, José Luis (coord.). *El Penalista Liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, proceso penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. *Franz Von Liszt e a Concepção Político-Criminal do Projecto Alternativo*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: RT, 2007.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciário colombiano*. In: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.12, dezembro de 1998.

SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia. *Consecuencias aplicables a delincuentes de conciencia*. In: DÍAZ-SANTOS, Rosario Diego; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coords.). *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Eduardo Pereira. *Execução Criminal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.37, janeiro-março de 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Considerações acerca da progressão de regime carcerário e livramento condicional a partir das alterações inseridas pela lei n. 10.792/03*. In: *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.52, janeiro-abril de 2004.

SCHIMIDT, Andrei Zenker. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SERRANO MAILLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2007

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002.

SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais* (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramatica*. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SANCHES, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriale*. Madrid: Civitas, 1999.

STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.66, maio-junho de 2007.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOSELI, Nicolas. *Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República Argentina*. In: FELINI, Zulita (dir.). *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

TREVISAN, Maurício. *Tratamento penitenciário (intervenção) na execução da pena na prisão*. In: Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n.50, abril-julho de 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Vinte anos de vã esperança*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.140 Esp., julho de 2004.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. 11ª ed. alemã, 4ª ed. castellana. Trad. Juan Bustos Ramirez. Santiago: Valparaíso, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. V.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBERGARIA, Jason. *A reforma penal e a opinião dos criminólogos*. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, n.12, julho de 1998 a dezembro de 1999.

ALBOR, Adrián. *Hacia una progresividad objetiva en el proceso de ejecución de las penas privativas de libertad*. In: Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, n.17, maio de 2004.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *La reeducación y reinserción en el momento de la conminación*. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (coords.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profeso José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Arazandi, 2001.

ALVES, Amy Adelina Faria. *De volta à sociedade: o mundo lá fora*. In: ALVES, Amy Adelina Faria (org.). *De gente a gente só tem o nome*. Aracaju: Universidade Federal do Sergipe, 2001

ALVIM, Rui Carlos Machado. *De quando a psiquiatria se torna um juiz paralelo na execução penal*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n.20, junho de 1983.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANYAR DE CASTRO, Lolita. *El tratamiento de delincuentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.22, fac.1, janeiro-abril de 1979.

BALDIN, Antonio. *A reforma da LEP não aboliu o mérito do condenado*. In: Revista Jurídica, n.317, março de 2004.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *Indulto condicional: triste equívoco*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.144, p. 6, novembro de 2004.

BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. *Estado social e democrático de direito e jurisdição penitenciária: um novo paradigma da execução da pena privativa de liberdade*. In: Verba Juris. Anuário da Pós Graduação em Direito, João Pessoa, n.4, janeiro-dezembro de 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 11ª ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Indulto natalino de 2008: pelo fim da hipocrisia em matéria jurídico-penal*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 195, fevereiro de 2009.

BENTHAM, Jeremy. *Teoria das Penas Legais*. São Paulo: Logos, s/d.

BERGALI, Roberto. *Controle Social: suas origens conceituais e usos instrumentais* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.3, junho-setembro de 1993.

BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias Punitivas e Legitimação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BESSA, Noeli Kühl Svoboda. *Os instrumentos técnicos previstos pela Lei de Execução Penal Brasileira para formalizar a classificação dos condenados e avaliar o requisito subjetivo por ocasião da progressão de regime ou livramento condicional*. In: Direito e Sociedade, Curitiba, v.1, n.1, setembro-dezembro de 2000.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Magia no cárcere: a possibilidade do encontro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 171, fevereiro 2007.

BRUNO, Anibal. *Comentários ao Código Penal*. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BUENO ARUS, Francisco. *A proposito de la reinsercion social del deliciente*. In: Cuadernos de política criminal, Madrid: Cesej, n.25, 1985.

BUENO ARUS, Francisco. *La asistencia social carcelaria y postcarcelaria*. In: Cuadernos de política criminal, Madrid: Edersa, n.21, 1983.

BUSATO, Paulo César. *A progressão de regime prisional como exigência funcionalista-teleológica do sistema de execução penal*. In: Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, n.2, maio-agosto de 2004.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Los mitos de la ciencia del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad*. In: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don Jose Cerezo Mir, s.l.:Tecnos, s.d.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *A pena e suas teorias*. In: Fascículos de Ciências Penais. Trad: Cândida Silveira Saibert e Odone Saguiné, Porto Alegre, v.5, n.3, julho-setembro de 1992.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Edusp, 2000.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. *A Prisão*. São Paulo: PubliFolha, 2002.

COSTA, Álvaro Marynk da. *Reflexões Críticas e Propostas para a Execução Penal*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v.1, n.3, 1998.

COSTA, Débora Dayse Tavares da. *O regime disciplinar diferenciado ante os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais: garantia do direito do preso não perigoso ao cumprimento da pena e à ressocialização*. In: Revista da ESMape, Recife, v.11, n.23, janeiro-junho de 2006.

COSTA, Jose de Faria. *Poder e Direito Penal: atribuições em torno da liberdade e da segurança*. In: Reflexões - Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto, n.1, 2006.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de La. *Reflexiones acerca de la relacion entre regimen penitenciario y resocializacion*. In: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.2, outubro de 1989.

DANIEL CESANO, José. *El valor del informe técnico criminológico en la concesión de las salidas transitorias*. In: *Revista de derecho penal integrado*, n.8, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Carrara e o paradigma penal actual*. In: *Revista de Direito e Economia da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n.14, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Execução da Pena de Prisão e Direitos Humanos, Hoje e Amanhã*. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araujo Júnior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DOTTI, René Ariel. *O sistema geral das penas. Penas restritivas de direitos*. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.69, São Paulo: RT, novembro-dezembro de 2007.

FERNANDEZ PEREZ, Miguel. *El derecho fundamental a la reconstruccion de la persona en las prisiones*. In: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.8, 1994.

FOUCALT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Jurisdicionalização da Execução*. In: *Temas de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FRANCO, Alberto Silva. *Os figurantes no Sistema Prisional*. In: *Revista do ILANUD*, n.17, São Paul, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: Parte Geral*. V.1. São Paulo: RT, 2007.

GARRIDO, Vicente; STANGELAN, Per; REDONDO, Santiago. *Principios de Criminologia*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

GOMES, Mariângela Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (orgs.). *Execução Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

HASSEN, Maria de Nazarth Agra Hassen. *O trabalho e os dias: enfoque antropológico sobre trabalho e prisão*. In: Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Universidade Católica de Pelotas, v.1, n.1, janeiro-dezembro de 2002.

HASSEMER, Winfried. *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no debería suprimir el derecho penal*. In: Revista Penal, Barcelona, n.11, janeiro de 2003.

HASSEMER, Winfried. *Porqué e con que fin se aplican las penas? Sentido e fin de la sanción penal*. In: Revista de Derecho Penal Y Criminologia, Madrid, n.3, janeiro de 1999.

HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales Problemas de la Prevención General*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. B de f: Buenos Aires, 2004.

HEFENDEHL, Roland. *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, Günter. *O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*. In: *Direito Penal e Funcionalismo*. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESHECK, Hans Heinrich. *La crisis de la política criminal*. In: *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, n.9-12, 1980.

KAUFMAN, Hilde. *Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada por el tratamiento*. In: *Nuevo pensamiento penal: revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires: Depalma, n.3, 1974.

KAUFMAN, Hilde. *Ejecucion penal y terapia social*. Trad. Juan Bustos Ramires. Buenos Aires: Depalma, 1979.

KAUFMAN, Hilde. *La función del concepto de la pena en ejecución del futuro*. In: *Nuevo pensamiento penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires: Depalma, v.4, n.5/8, 1975.

KAUFMAN, Hilde. *Principios fundamentales de una Reforma de la Ejecución Penal*. In: *Capitulo Criminológico*, Maracaibo: Universidad del Zulia, v.1, n.5, 1977.

KARAM, Maria Lúcia. *Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade e supremacia da ordem constitucional*. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003.

KENT, Jorge. *La Resocialización de los Penados: Un desafío en el nuevo milenio*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

LAURRARI, Elena. *Penas Degradantes*. In: Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

LOPES, Jair Leonardo. *Sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade*. In: Revista ICP, Belo Horizonte, n.1, 2006.

MACHADO, Ricardo; ELVERDIN, Marcela; RIVAS, Ezequiel; GRUNINGER, Erica. *Educación y tratamiento penitenciario: Estudio diagnóstico sobre un indicador de evolución*. In: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, maio de 2007.

MACAULAY, Fiona. *Os centros de ressocialização no Estado de São Paulo: Estado e sociedade civil em um novo paradigma de administração prisional e de reintegração de ofensores*. Trad. Luis Carlos Cintra. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Notadez, v.7, n.26, julho-setembro de 2007.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento)*. In: CEREZO MIR, José et. al. (ed.) *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López)*. Granada: Comares, 1999.

MAPELI CAFFARENA, Borja. *Desviacion social y resocializacion*. In: Cuadernos de política criminal, Madrid: Edersa, n.23, 1984.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A Individualização da pena e a Progressividade de Regimes Prisionais*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS, Sérgio Mazina. *A construção da execução penal em face da doutrina dos direitos humanos: uma conversaçao histórica*. (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

MARTINS, Sérgio Mazina; POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Crítica e ausência: o pluralismo e seu avesso na execução penal*. In: Juizes para a Democracia, n.26, outubro-dezembro de 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESSUTI, Ana. *Algumas reflexões sobre a proporcionalidade da pena de prisão*. Trad. Marcelo de Oliveira Moura. In: Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, n.1, janeiro-dezembro de 2006.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. *A supressão do exame criminológico como (mais um) obstáculo à efetividade da execução pena – revisitando o paradigma behaviorista*. In:

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.5, julho-dezembro de 2002.

MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

MUÑOS CONDE, Francisco. *La prision en el Estado social y democrático de derecho*. In: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.02, outubro de 1989.

MUÑOS CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

NAHUM, Marco Antonio Rodrigues. *O retorno dos conceitos de periculosidade, e de inocuidade, como defesa da sociedade globalizada*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.161, abril de 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A Individualização da Pena*. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *Os Direitos Humanos e o Sistema Carcerário ou os Direitos dos Sub-Humanos do Sistema Carcerário*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.74, janeiro de 1999.

OLIVEIRA, Janira de. *A remição de parte do tempo de execução da pena pela educação formal do condenado: estudo comparativo a instituto da remição pelo trabalho*. In: Revista da ESMESC, Florianópolis, n.16, 2003.

ORTIZ, Serafin. *Delincuencia organizada y readaptacion social*. In: Capitulo Criminológico, Maracaibo: Universidad del Zulia, v.24, n.1, janeiro-julho de 1990.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2002.

PASSOS, Josué Modesto; WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *O direito de execução penal brasileiro: uma análise à luz do pensamento criminológico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.23, julho-setembro de 1998.

PASSOS, José Olavo Bueno dos. *Educação como meio de ressocialização do condenado à pena privativa da liberdade*. Pelotas: Universidade Católica de Pelotas, 2000.

PAVARINI, Massimo. *¿A dónde vamos?*. In: Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social, Maracaibo: Universidad del Zulia, n.22, 1994.

PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes. *Algunas reflexiones sobre la readaptación social*. In: Criminalia – Academia Mexicana de Ciencias Penales. México - D.F.: Porrúa, maio-agosto de 1997.

PEREIRA, Claudio José. *Política Criminal e os Fins do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito*. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Lei de Execuções Penais: Retrospectiva e Perspectiva*. In: Revista IOB – Direito Penal e Processo Penal, n.36, fevereiro-março de 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Aspectos da Execução Penal*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.20, junho de 1983.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Conceito de mérito no andamento dos regimes prisionais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.27, julho-setembro de 1999.

PONTI, Gianluigi. *Sul mito rieducativo della pena*. In: Rassegna Italiana di Criminologia, Milão: Giuffré, n.3, 1992.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Tentativa de Eliminação do Critério de Periculosidade*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.140 Esp., julho de 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ROBERT, Luc; PETERS, Tony. *Cómo la restauración puede saltar los muros de la cárcel. Una discusión sobre el proyecto 'detención dirigida a la restauración*. In: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.17, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Temas Fundamentais de Execução Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.24, São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1998.

RODRIGUEZ ALONSO, Antonio. *Reflexiones criticas al ejercicio del tratamiento penitenciario: realidad o ficción*. In: Actualidad Penal, Madrid, n.1, 1995.

RODRIGUEZ ALONSO, Antonio. *Resocialización y Política Penitenciaria*. In: Cuadernos de política criminal, Madrid: Cesej, n.84, 2004.

RODRÍGUES NUÑES, Alicia. *Fórmulas para la resocialización del delincuente en legislación y en el sistema penitenciario españoles*. In: GUZMÁN DALBORA, José Luis (coord.). *El penalista liberal: Controversias nacionales e internacionales en Derecho Penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Tenerife: Universidad de la Laguna, 1997.

ROSA, António José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: RT, 1995.

ROXIN, Claus. *A culpabilidade como critério limitativo da pena*. Trad. Luis Greco. In: Revista de Direito Penal, n.9-10, janeiro-junho de 1973.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROXIN, Claus. *Pena y reparación*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, n.52, 2002.

ROXIN, Claus. *Prevención e Determinación de la Pena*. In: Doctrina Penal, Buenos Aires, n.9-12, 1980.

ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. In: Revista Jurídica, n.317, março de 2004.

ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal*. Trad. Luis Greco. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.55, julho-setembro de 2001.

SÁ, Alvin August de. *A 'ressocilação' de presos e a terceirização de presídios: impressões colhidas por um psicólogo em visita a dois presídios terceirizados*. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v.21, janeiro-junho de 2003.

SÁ, Alvin August de. *Considerações e sugestões acerca do projeto de reforma do código penal e de uma possível reforma da lei de execução penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.97, dezembro de 2000.

SÁ, Alvin August de. *Programa de apoio à reintegração social de encarcerados através de sessões de debates: relato de uma experiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.38, abril-junho de 2002

SABADEL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 4ªed. São Paulo: RT, 2008.

SALES HEREDIA, Renato. *La falacia readaptadora*. In: Iter Criminis. Revista de derecho y ciencias penales, México, n.1, dezembro de 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenker. *Hermenêutica na Execução Penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.38, abril-junho de 2002.

SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*. Madrid: s.e., 1981.

SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Ley de peligrosidad y rehabilitación social*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, t.27, n.2, maio-agosto de 1974.

SERRANO MAILLO, Alfonso. *Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia*. Madrid: Dykinson, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvinho Augusto de (orgs.) *Criminologia e os Problemas da Atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: Ius Podium, 2007.

SILVA, Brenda Maris Scur da. *Ressocialização: mito, língua e intenção*. In: Revista transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Universidade Católica de Pelotas, n.1, janeiro-dezembro de 2002.

SILVA, Everaldo Duarte. *O problema carcerário no Brasil*. In: Revista do Direito da Faculdade de Direito de Cachoeira de Itapemirim, s/n, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ªed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*. São Paulo: RT, 2003.

TAVARES, Juarez. *Crítérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, número especial de lançamento, dezembro de 1992.

TEIXEIRA, Alessandra; BORDINI, Eliana Blumer Trindade. *Mais punição para os punidos: as decisões judiciais da Vara das execuções criminais da capital do estado de São Paulo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n.44, julho-setembro de 2003.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Derecho Penitenciario colombiano: Una aproximación desde la experiencia española*. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, n.49, maio-agosto de 1996.

TORRES, Andrea Almeida. *Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da ressocialização*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Notadez, v.7, n.26, julho-setembro de 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e regras da execução da sentença penal*. In: Revista de Processo, v.25, n.98, abril-junho de 2000.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: RT, 2003.

VILLAR, Mario. *Derecho penal y castigo, el mito del eterno retorno*. In: *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

VIÑAS, Esteban I. *Pena de Prisión, sus fines e su ejecución*. In: Cuaderno de doctrina e jurisprudencia penal, Buenos Aires, n.17, 2004.

WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLFF, Maria Palma. *Equipes técnicas de classificação: humanização da prisão ou reforço da repressão?* In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.13, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Trad.Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.