

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

**A FINALIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A FALTA DE
EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL**

MICHELE BARBOSA DOS SANTOS NEVES

SÃO MATEUS

2018

MICHELE BARBOSA DOS SANTOS NEVES

A FINALIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A FALTA DE EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.^a Aline Pinheiro Lima Camargo, Pós-graduada em Docência Superior, Mestranda em Ciência, Tecnologia e Educação.

**SÃO MATEUS
2018**

MICHELE BARBOSA DOS SANTOS NEVES

**A Finalidade da Lei de Execução Penal e a Falta de Efetividade da
Aplicação no Sistema Prisional**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado _____ em de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

ALINE PINHEIRO LIMA CAMARGO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

ORIENTADORA

PROF. NOME COMPLETO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF. NOME COMPLETO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Dedico esse trabalho ao meu Deus, pois sem Ele eu não estaria aqui, aos meus pais e ao meu esposo por ter acreditado em mim e me incentivado em todo instante. A vocês eu dedico essa vitória.

Agradeço primeiramente a Deus, pois tenho certeza que a sua bondade, fidelidade e misericórdia me trouxe até aqui, aos meus pais pelo incentivo e dedicação, desde a minha infância sempre me motivaram com os estudos e se cheguei aqui foi porque eles acreditaram em mim, agradeço ao meu esposo por todo apoio, amor e compreensão, a querida professora e orientadora Aline Camargo que fez toda diferença com sua sensibilidade, conselhos e incentivos, ao professor Rubens Cruz por atender seus alunos com tanto carinho, e por me ajudado com o tema desse trabalho, muito obrigada professor, o senhor é um ser humano raro! Agradeço a vocês de todo coração. Que Deus abençoe poderosamente suas vidas!

“Posso não concordar com uma só palavra sua, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-la”.

Voltaire

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo demonstrar e analisar a aplicação da Lei de Execução Penal no sistema prisional brasileiro, analisar a realidade social através das leis e sua efetiva aplicação, visando os direitos e a valorização do ser humano apenado, uma vez que a realidade do sistema carcerário está longe do que é previsto em lei, os presos vivem em condições sub humanas, não tem seus direitos respeitados, vivem em celas superlotadas, sem condição de trabalho, o que possibilitaria aos mesmos um retorno a sociedade mais digno, tais deficiências acabam contribuindo de forma negativa para que o condenado retorne a vida criminosa após o cumprimento de sua pena, infelizmente o Brasil não tem infraestrutura para que a lei seja de fato cumprida e isso causa um grande problema jurídico e também social.

A Lei nº 7210/84, Lei de Execução Penal tem como objetivo dar cumprimento à sentença ou decisão criminal e, proporcionar condições harmônicas e eficiente para reabilitação do condenado na sociedade. Contudo esse trabalho mostrará que o objetivo da lei é praticamente inaplicável aos presos condenados, bem como aos presos provisórios, uma vez que as condições que vivem os confinados nos estabelecimentos penitenciários é totalmente contraria a pretensão da lei, na verdade a realidade do sistema prisional nos dias de hoje chega a ser desumana e precária, não se cumprindo nada do que dispõe a lei no que se referem aos seus direitos, deveres e assistências, todos assegurados por princípios executórios e constitucionais, claramente ignorados pelo Estado.

Palavras-chave: Aplicação, Direito penal. Preso. Penitenciária. Sistema prisional. Prisão. Só resultados mistos. Irrelevância. Direitos e assistências.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate and analyze the application of the law of Criminal Execution in the Brazilian prison system, analyze the social reality through effective laws and your application, the rights and the enhancement of the human being, once apenado the reality of the prison system is far from what is laid down in law, prisoners living in sub human, don't have their rights respected, live in overcrowded cells without working condition, what would make them a return to society more worthy, these deficiencies end up contributing negatively to the doomed return to life of crime after the fulfillment of your pity, unfortunately Brazil has no infrastructure to which the law is actually enforced, and this causes a big legal problem and social too. The law n° 7210/84, Criminal law enforcement aims to comply with the judgment or decision and, providing harmonic and efficient conditions for rehabilitation of the condensate.

Keywords: Criminal law enforcement. Stuck. Penitentiary. Prison System. Prison. Only mixed results. Irrelevance. Rights and assists

LISTA DE ABREVIATURAS

ART	ARTIGO
ARTS	ARTIGOS
CRFB	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CP	CÓDIGO PENAL
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
LEP	LEI DE EXECUÇÃO PENAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 - CONCEITO DA PENA	12
2 – ESPÉCIE E ORIGEM DAS PENAS.....	17
3- HISTÓRICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	20
3.1 Objetivo da Lei de Execução Penal (LEP)	21
3.2 Aplicação na Lei de Execução Penal.....	22
3.3 Assistência Expressa na Lei de Execução Penal.....	24
4 TRABALHO DO PRESO.....	26
4.1 Direitos do Preso.....	27
4.2 Deveres do Preso.....	29
5. ESTABELECIMENTO PENAL.....	31
6. REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	39
7. EFETIVIDADE NA DA LEI 7210/84.....	44
8. CONCLUSÃO.....	48
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como objetivo demonstrar a pouca efetividade no sistema prisional, bem como o conteúdo expresso na Lei de Execução Penal nº 7210/1984 (LEP), lei essa que prevê direitos e assistências aos presos, porém tais direitos e assistências não existem na prática, sendo então um contexto teórico e prático totalmente fora da realidade.

A lei de Execução Penal tem sido aplicada de forma ineficaz, sendo o sistema penitenciário precário e carente de fiscalização.

Esse trabalho apresentará o conceito de pena, espécies e origem das penas, informando a respeito do cumprimento da pena e seus requisitos. Ressaltando ainda os princípios que regem a execução penal, tais princípios norteiam a execução penal, sendo estes de extrema importância, de forma que possuem caráter constitucional, são eles: Princípio do devido processo legal, princípio da humanidade, princípio da legalidade, da jurisdicionalidade, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da individualização da pena, princípio da publicidade e por fim princípio da igualdade. Tais princípios apresentam todas as assistências asseguradas aos presos, estando eles elencados na LEP, ressaltando todos os direitos que possuem durante o cumprimento da pena, incluindo o direito ao trabalho remunerado seja externo ou interno, bem como o destino da remuneração como prevê a lei.

Esses princípios funcionam como um suporte para a lei de execução penal. Esse trabalho abordará também o histórico do sistema penitenciário, objetivo da lei de execução penal, aplicação, assistência ao preso e internado, trabalho do preso, direitos do preso abordado no artigo 41 da Lei de Execução penal, deveres do preso, estabelecimento penal, realidade do sistema penitenciário e efetividade na aplicação da Lei de Execução penal.

No primeiro capítulo está descrito o conceito de pena, histórico das penitenciárias, descrevendo como era antes da legislação entrar em vigor e após a implementação da lei como vem se desenvolvendo, sendo essa mudança mais na teoria que na prática.

A lei de Execução penal foi instaurada em 1984, sendo ela muito rica em artigos e tendo como objetivo em parte deles garantir a integridade dos presos, porém sua aplicação não é efetiva e não tem sido eficaz ao longo desses anos.

Outro ponto repreendido nesse trabalho é os estabelecimentos penitenciários, destacando a falta de aplicação da LEP e demonstrando a verdadeira situação em que vive os presos.

1 CONCEITO DE PENA

Pena é uma consequência do cometimento de um crime ou de uma medida de segurança. Trata-se de uma resposta estatal para o infrator que cometeu um mal injusto e que, após um devido processo legal, poderá ser-lhe aplicado um mal justo.

A pena é espécie de sanção penal pois, em razão de cometimento de delitos, o sistema criminal também poderá ter por consequência a medida de segurança para os indivíduos que forem inimputáveis ou semi imputáveis.

Assim, o Direito Penal Brasileiro apresenta duas vias ou dois desdobramentos possíveis por consequência do cometimento de crime: pena e medida de segurança.

Sobre a medida de segurança, vale trazer à baila os pressupostos de aplicação de tal medida na visão de Rogério Sanches Cunha (2014, p. 472):

[...] A prática de ato previsto como crime (leia-se, fato típico, não alcançado por causa excludente da ilicitude) aparece como primeiro pressuposto da medida de segurança. No Brasil, portanto, as medidas são sempre pós-delituais, vedando as pré-delituais. O segundo pressuposto é a periculosidade do agente, indicando sua maior ou menor inclinação para o crime. Atestada a periculosidade, duas situações se mostram possíveis: (A) Concluindo a perícia que o réu, além de portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado inimputável (art. 26, caput, do CP). Respeitado o devido processo legal, o inimputável será absolvido com imposição de medida de segurança (absolvição imprópria); (B) Se a conclusão dos expertos for de que o agente, além de portador de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era, ao tempo do fato, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será rotulado como semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do CP). Depois de processado, deve ser condenado, decidindo o juiz se impõe a pena, diminuída de 1/3 a 2/3 (art. 98 do CP), ou medida de segurança (esta quanto demonstrada a sua necessidade) [...].

É de se ressaltar que, há entendimento no sentido de admitir-se a imposição de medida de segurança decorrente da prática de contravenção penal, tendo em vista que, apesar de a Lei de Contravenções Penais não dispor expressamente sobre o assunto, o artigo 12 do CP prevê a aplicação de suas regras gerais quando a legislação extravagante for omissa CUNHA, (2014, p. 472).

Além disso, frisar-se que foi abolido o chamado sistema do duplo binário ou também denominado sistema dos dois trilhos, sendo então vedado ao juiz, aplicar

cumulativamente e sucessivamente, medida de segurança e pena para o semi-imputável. Assim, com a Reforma do Código Penal promovida em 1984, o sistema denominado de vicariante ou unitário se impõe, o qual obriga o juiz a impor uma ou outra modalidade de sanção penal, ou seja, medida de segurança ou penal diminuída, sempre fundamentando sua decisão CUNHA (2014, p.472).

Uma das diferenças entre a pena e a medida de segurança está na finalidade, pois enquanto esta tem caráter curativo, preocupando-se com o tratamento médico do indivíduo, aquela tem caráter punitivo, visando retribuir o mal praticado.

Ainda sobre a medida de segurança, urge versar sobre a sua duração, conforme explica Rogério Sanches Cunha (2014, p. 473):

[...] A internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos, diretamente proporcional à gravidade da anomalia mental do sentenciado (art. 97, § 1º, CP). Percebe-se que o legislador pátrio, partindo da premissa de que a medida de segurança tem propósito curativo e terapêutico, estipulou somente prazo mínimo (de 1 a 3 anos), perdurando a sanção até a cessação da periculosidade do agente. Essa opção legislativa, no entanto, tem sido alvo de críticas. É cada vez mais crescente doutrina e jurisprudência, argumentando que a indeterminação do prazo de duração da medida de segurança é incompatível com a Carta Magna, que proíbe sanção de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, CF/88). Uma primeira corrente sugere, então, que o tempo de cumprimento da medida de segurança não ultrapasse o limite de 30 anos (o mesmo previsto para as penas privativas de liberdade). Para outra, o tempo de cumprimento da medida de segurança não deve suplantar o limite máximo da pena cominado ao fato previsto como crime praticado pelo não imputável [...].

Logo, tanto a pena, quanto a medida de segurança focalizam a pessoa autora da infração penal.

Ocorre que, atualmente os doutrinadores tem trazido à tona uma terceira via do Direito Penal, a qual constitui a chamada justiça restaurativa que tem por finalidade precípua, trazer uma consequência do delito, mas com o foco no indivíduo.

Sobre a justiça restaurativa, vale as lições de Rogério Sanches Cunha (2014, p. 364):

[...] A resposta pra ao crime tem sofrido o influxo de novas ideais, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora). Nesse contexto, tem adquirido importância no cenário jurídico-penal a Justiça Restaurativa, baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e, em alguns casos, a própria comunidade). Sustenta que, diante do crime, sua

solução perpassa pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas para que seja restabelecido o cenário anterior (de paz e higidez das relações sociais). Representa um rompimento com a tradicional “usurpação”, pelo Estado, da relação vítima-infrator, possibilitando o surgimento de uma “ terceira via”, quebrando a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e prevenção, incluindo a reparação como nova possibilidade [...]

Logo, o enfoque tradicional retribucionista tem por características: a) O crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado (vítima formal e constante); b) A responsabilidade do agente é individual; c) O interesse na punição é público; d) predomina a indisponibilidade da ação estatal; e) o foco é punir o infrator; f) como resposta estatal, predominam as penas privativas de liberdade; g) campo fértil para penas cruéis e desumanas; h) percebe-se a pouca assistência à vítima. Por sua vez, a justiça restaurativa teria como principais características: a) o crime é ato que afeta autor, vítima e a sociedade; b) propõe responsabilidade social pelo ocorrido, concitando, por isso, a comunidade para participar da solução para o crime; c) o interesse maior é reparar o dano, envolvendo, para tanto, os personagens do crime; d) predomina a disponibilidade da ação penal; e) o foco é reparar o dano; f) predomina a reparação do dano e das penas alternativas à privativa de liberdade; g) as penas, quando necessárias, são proporcionais e humanizadas; h) o espírito é assistir a vítima CUNHA (2014, p. 365).

Agora então, passa-se a falar mais aprofundadamente das penas.

Segundo Nucci (2014, p. 55), conceito de pena: “Trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, com retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”. E ainda, “[...] na origem do termo, que vem do grego “poine”, pena significa vingança, ódio, ou ainda, nas palavras de Ana Messuti, a retribuição destinada a compensar um crime a expiação de sangue”. Outrossim, segundo Thompson (2002, p. 5), “Punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror”. A denominação de “Direito Penitenciário” foi sendo substituída pelo nome mais moderno, qual seja, Direito de Execução Penal, conforme Prado (2013). Diante disto as penas no direito penal referem-se a punições impostas pelo legislador para normatizar a parte especial do código penal, tendo por finalidade da pena um caráter preventivo de forma que sirva de exemplo para que outros cidadãos não realizem tal conduta.

O código penal brasileiro não possui todas as condutas ilícitas especificadas em seus artigos, por isso se faz necessário a criação de leis especiais que versam sobre matéria penal e que não estão elencadas no código penal, como por exemplo, o código de trânsito, lei de drogas, código de defesa do consumidor, entre outros.

A pena deverá ser aplicada de acordo com a conduta do agente e tipo penal da condenação, conforme estabelece o art. 32 do Código Penal:

Art.32. As penas restritivas de direito são:

- I- Privativa de liberdade;
- II- Restritiva de direito;
- III- De multas

As penas privativas de liberdade se divide em reclusão e detenção.

A pena de reclusão é aplicada a condenações mais severas, o regime de cumprimento pode ser fechado, semi-aberto ou aberto, e normalmente é cumprida em estabelecimentos de segurança máxima ou media. Assim reza o art. 33 do Código Penal, “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto”.

A pena de detenção é aplicada em condenações mais brandas e não admite que o cumprimento seja no regime fechado. Em regra, a pena de detenção é cumprida no regime semi-aberto, em estabelecimentos menos rigorosos como colônias agrícolas, industriais ou similares, ou no regime aberto, nas casas de albergado ou estabelecimento adequados.

As penas privativas de liberdade, nas quais são mais utilizadas nas legislações modernas, podem ser divididas em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada pelo nosso ordenamento jurídico.

De acordo com Júlio Fabrinni Mirabete (apud LEOMBINO, 2008, p. 23),

Originam-se as penas privativas de liberdade de outras penas: enquanto aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés, etc.), os sentenciados ficavam privados da liberdade de locomoção, passando a ser a prisão, depois, a sanção penal.

As penas restritivas de direito podem ser aplicadas para substituir as penas privativas de liberdade quando a lei assim autorizar, e podem ser divididas em prestações pecuniárias e perda de bens e valores.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

As penas restritivas podem ser consideradas subespécies das penas alternativas, uma vez que nem toda pena alternativa impõe restrição a direitos. Dessa forma, os tipos de penas, quais sejam as privativas e restritivas de direitos retiram e diminuem direitos dos condenados.

As penas de multas possuem natureza jurídica diversas, assim como a pena de prestação pecuniária, logo não há impeditivo legal para que haja condenação consistente em prestação pecuniária substitutiva da privativa de liberdade cumulada com pena de multa, conforme determina o tipo penal.

2 ESPÉCIE E ORIGEM DAS PENAS

A primeira pena nasceu a muito tempo atrás, mais especificamente no Jardim do Éden, quando Eva foi enganada por uma serpente, que lhe induziu a comer do fruto proibido, Eva que por sua vez induziu seu esposo Adão a também comer desse fruto, recebendo então a punição de serem expulsos do paraíso, além de outras penalidades que seguem até os dias de hoje para os seus descendentes.

Genesis, livro de, capítulo 2, versículo 17:

E o Senhor Deus lhe deu esta ordem, dizendo: de toda árvore do jardim comerás livremente, mas da árvore do conhecimento do bem e do mal, dela não comerás, porque no dia em que dela comeres, certamente morrerás.

Tal condenação trouxe ao homem como condenação a quebra da promessa que garantia a Adão e Eva viver em abundância e liberdade naquele jardim, após a primeira condenação aplicada por Deus, o homem passou a viver em sociedade, e assim, passou a ser adotado o sistema de aplicação de penas toda vez que as normas estabelecidas fossem quebradas.

A história da humanidade e a história do o direito penal tem sido acompanhado por infrações da lei desde muito tempo e assim de acordo com a necessidade e avanço no tempo essas leis precisam ser atualizadas. As penas têm como base a religião, uma vez que a sociedade dita padrões a serem seguidos nesses campos, visando estabelecer a paz entre igreja, moralidade, sociedade e política, tendo como parâmetro punitivo o castigo contra o seu agressor.

A religião tinha o poder de punir, mas com o tempo esse poder foi centralizado ao Estado, que recebeu delegações por um grupo social, que se mantem até os dias de hoje.

A escola positivista tem o homem como o foco principal no direito penal, atribuindo a pena a ideia de ressocialização do indivíduo, reintegrando o criminoso a viver em sociedade. Já no direito privado, é permitido fazer tudo que a lei não proíba. Caso venha cometer algum ato que infrinja a lei será penalizado com uma pena prevista em lei.

A palavra “pena” vem do latim poena, sendo derivada também do grego poine, que significa castigo, dor, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa. Tem caráter retributivo, tendo uma vez que a sanção penal consiste em um “mal” imposto ao infrator da lei, em virtude dessa violação. O sentido desse “mal” referido pode consistir tanto na perda de bens jurídicos como a liberdade ou o patrimônio.

Para Celso Delmanto a pena é “a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada por um órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal, ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora”.

Para Fernando Capez a pena é:

Sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral, Volume 1, ed. Impetus, (2008, pág. 487):

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *jus puniendi*.

De acordo com o art. 32 do Código Penal, as penas podem ser:

- a- Privativas de liberdade;
- b- Restritivas de direitos; e
- c- Multa.

Nos casos em que cabe a pena privativa de liberdade são as de reclusão e detenção. Vale ressaltar, que a Lei das Contravenções Penais também prevê sua pena privativa de liberdade, que é a prisão simples.

Vejamos a distinção acima citada.

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a

que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente. ”

Como já citado acima as penas restritivas de direitos são:

1. - prestação pecuniária;
2. - perda de bens e valores;

O artigo 43, § 1º do código penal, a prestação pecuniária se refere ao pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz. No entanto se houver aceitação do beneficiário a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. O valor pago é deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação de civil se coincidentes os beneficiários.

Para Capez há três modalidades de prestação pecuniária em favor da vítima: prestação pecuniária em favor da vítima, prestação inominada e perda de bens e valores.

3 HISTÓRICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Entende-se por sistema penitenciário o conjunto de unidades para o cumprimento das penas em regime aberto, fechado ou semiaberto, masculinas e femininas, incluindo também os estabelecimentos penais em que o acusado ainda não foi condenado.

O sistema prisional faz parte de um conjunto de ferramentas de controle social que a sociedade mobiliza para punir aqueles que infringem a lei.

Até o século XVI o Direito Penal era marcado por penas rígidas e em alguns casos até desumanas onde a prisão era realizada com o objetivo de garantir que o acusado não iria fugir, facilitando a obtenção de provas através de métodos cruéis considerados legítimos. O acusado aguardava o julgamento e pena privado de sua liberdade em cárceres, desta forma a prisão era um meio e não o fim do processo de punição do indivíduo.

A pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições apenas no século XVIII, período esse que as penas cruéis e até desumanas foram banidas do sistema prisional, já no século XX a prisão ganhou diversos campos para alterar e melhorar o monitoramento da população carcerária, e assim surgiram diversos tipos de prisões, sendo essas separadas pelo tipo de preso, seu grau de periculosidade, gênero sexual, loucos, processados e não processados, menores, entre outros.

Os presos com maior grau de periculosidade, considerados delinquentes eram separados dos que ainda não tinham sido julgados “processados”, homens e mulheres passaram a ocupar prisões separadas, os condenados considerados loucos eram encaminhados para manicômios judiciais, visando um tratamento clínico para a perturbação mental que sofriam, e as prisões para menores eram chamadas de casa de passagem, acreditando assim na recuperação desses menores infratores e reintegração destes a sociedade. Tal relato identifica a tentativa de otimizar os espaços carcerários de forma que levasse em conta o tipo de crime, grau de periculosidade do condenado e infração cometida. Em paralelo com a legislação anterior nota-se um avanço considerável no ponto de vista da separação dos infratores com diferença de sexo e menores de idade, possibilitando assim maior controle da ordem pública.

Outro ponto a ser destacado com a separação no cárcere era a conduta e índole desse indivíduo e seus antecedentes. A preocupação com a índole do acusado demonstra também uma análise e observação quanto ao temperamento do acusado, sua tendência e predisposição ao crime que era analisada por meio de pré-conceitos desse indivíduo.

3.1 Objetivo da Lei de Execução Penal

O legislador teve como objetivo com a criação da lei de execuções penais proporcionar garantias de condições harmônicas e sociais ao preso, de forma que o preso tenha condições mínimas de vida e convivência enquanto durar o cumprimento de sua pena, além da possibilidade de reiteração na sociedade ao termino dela. O Art. 1º da Lei nº7210/84 diz que 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.

Sendo assim podemos extrair que essa lei busca a harmonia social além da recuperação dos indivíduos que apresentam algum desvio de comportamento adotado pela sociedade. Contudo a lei visa a tentativa de normatizar a sua execução de forma pacificadora, todavia a lei tem encontrado na pratica diversas deficiências, tendo por resultado uma distância entre expectativa e realidade no que tange a essencial objetivo expresso nessa lei.

Ao contrário do que está previsto na lei de execuções penais, os estabelecimentos brasileiros demonstram uma grande incapacidade em executar a lei, de forma que os presos não condenados são sujeitados a conviver no mesmo ambiente que os presos que já foram condenados, ainda que não tenham passado por condenação criminatória, o que faz com que esses presos saiam do sistema carcerário cada vez mais perigosos, revoltados e dispostos a entrar de vez no mundo do crime.

A lei de execução penal tem por objetivo traçar o caminho para que o apenado possa não apenas ter a oportunidade de ser tornar um cidadão recuperado, através do cumprimento de seus direitos e deveres, mas também em ter um tratamento digno

e humano durante a privação da sua liberdade, o que possibilitaria a sua reinserção social. O artigo 5º da lei de Execução Penal diz que os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. O artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988 também regulariza a individualização da pena.

No mesmo contexto a CRFB/88 proíbe também a tortura física e moral do apenado, sendo essa proibição um avanço na busca de humanização da pena, reforçando assim a possibilidade de reinserção na sociedade. Embora a legislação venha obtendo avanços o objetivo da lei não tem se cumprido, uma vez que não haja compatibilidade entre lei e sistema prisional, fato esse que faz com que o desequilíbrio e a dura realidade no sistema prisional seja cada vez maior

3.2 Aplicação da Lei de Execuções Penais

A aplicação da lei de execução penal é aplicada ao preso provisório, ao internado, ao condenado e também ao egresso, que é aquele preso que teve sua saída provisória.

Segundo Prado (2013, p. 35): “é com a execução da sentença que se dá vida à sanção penal”. Em outras palavras, o cumprimento da pena se dá efetivamente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo ser o condenado encaminhado para o estabelecimento correspondente delito cometido, tendo como principal objetivo a sua reintegração na sociedade após o cumprimento da pena, ou o Estado tem o dever de preparar esse indivíduo para isso com a aplicação das assistências elencadas na LEP. Entretanto a prática de tal aplicação não ocorre na íntegra, sendo o sistema penitenciário deficiente nesse aspecto, deixando muito a desejar desde as condições físicas e morais dos presos, até mesmo da condição precária do local onde ficam alojados.

Assim salienta a LEP em seu art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado”.

Outrossim, argui Renato Marcão (2015, p. 32):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Desta forma a lei de execução penal tem por objetivo não apenas punir, mas punir com humanidade e condições mínimas de bem-estar do condenado.

O Direito Penal enquanto a última instância a ser acionada frente a demanda não cumprida, estabelece uma dimensão vinculada a ordem jurídica, que permite ao Estado manter o seu papel disciplinador. A execução penal, como um dos instrumentos de aplicabilidade do Direito penal, permite que a penalização devida se estabeleça de forma digna e segura, visando assim objetivar não só a aplicabilidade da pena, mas ainda o reestabelecimento do indivíduo perante a sociedade.

Alves (2003, p. 27), neste sentido, contextualiza que:

A problemática do sistema de execução penal brasileiro vem sendo objeto de preocupação, inclusive de organismos internacionais, em função das inúmeras incompatibilidades que podem ser encontradas entre o sistema primitivo carcerário e as funções legais que se propõe a cumprir, no que se refere ao tratamento dos apenados. A atual situação, não só tem aumentado as críticas dirigidas contra o sistema penitenciário, como também tem conduzido a idéia de que o mesmo se encontra em crise, necessitando de um sistema prisional reformulado, e, diverso do atual. O declínio do sistema carcerário vigente no Brasil, fundamenta-se, basicamente, nos altos custos do encarceramento e na falta de investimentos no setor por parte da administração pública, o que ocasiona uma superlotação das prisões. A partir desses pontos relevantes, decorrem problemas que termina por marcar definitivamente a pessoa presa, ficando esta impossibilitada de retomar, num futuro próximo, seu fluxo de vida normal.

Neste sentido, observa-se que o autor expressa o declínio do sistema carcerário brasileiro, diante de um cenário marcado pela banalização da administração pública, frente aos investimentos que poderiam e deveriam ser direcionados a tal sistema.

A superlotação dos presídios, as situações caóticas e as condições em que os detentos se encontram em grande maioria, dificulta o processo de ressocialização que deveria ser o objetivo central de tal aplicabilidade da pena.

A aplicação da penalização por si só, é capaz de gerar um ciclo vicioso, onde não seja possível, recuperar o indivíduo em esfera social, e as práticas criminosas assim, poderão se tornar frequentes e a cada vez ainda mais gravosas.

Ao questionar a necessidade de maior investimento no sistema carcerário, Alves, (2003, pág. 32), diz que:

Quanto a prevenção geral, o sistema penal brasileiro mostra-se ausente de rumo e está colhendo o fracasso de seus contraditórios. A inexistência de uma política criminal única estabelecida pelos poderes executivos e legislativos, além de não ter conseguido baixar os índices de criminalidade, gera a consciência popular de impunidade, aumenta a lentidão da justiça criminal e agrava o problema penitenciário.

Tal prevenção geral, é tratada pelo crítico autor, como a minimização de reiteradas práticas criminosas, e para tal, deve-se haver maior investimento por parte do Estado, visando seguir o direcionamento na defesa dos direitos humanos e princípios constitucionais que direcionam a execução penal.

3.3- Assistência Expressa na Lei de Execução Penal

A assistência ao preso e ao internado é responsabilidade do Estado, sendo elas, assistência material, assistência à saúde, assistência jurídica, assistência educacional, assistência social e assistência religiosa. Os artigos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 24 da lei 7210/84 especifica essas assistências. Vejamos alguns desses artigos:

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

Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso.

O artigo 11 da lei 7210/84 fala a respeito das assistências que são elencadas na lep, porém ainda que expresse e garantido por lei tais assistências não acontecem na íntegra, dificultando assim a efetividade da lei.

Art. 14- “A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá a atendimento médico, farmacêutico e odontológico”.

Tal assistência visa acompanhar o tratamento que o preso e internado recebem no sistema prisional, bem como o acompanhamento de sua saúde, como diz o Art. 15, ao pontuar que a assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

A assistência jurídica do preso ou internado que não tem condições de custear fica a cargo do Estado, por meio de defensor público, o que na maioria das vezes dificulta a garantia dessa assistência é a escassez desse profissional, de forma que com tal problemática vários presos e internados ficam muito tempo trancafiados nas prisões sem essa assistência, independente do crime ou infração por ele cometido ser de grande potencial ofensivo ou não. Gerando então a superlotação no sistema prisional, conforme estabelece o Art. 17 ao dizer que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso ou internado.

Os artigos 18 e 19 da LEP expressam que a assistência educacional ao ensino de primeiro grau é obrigatório, integrando-se no sistema escolar, enquanto o assistência ao ensino profissional será ministrado em nível de aperfeiçoamento técnico”.

Enquanto o artigo 22 expressa o preparo que o preso e internado deve receber para o seu retorno a sociedade.

4 TRABALHO DO PRESO

Com relação ao trabalho do preso, a doutrina trabalha com o aspecto multifuncional, ou seja, é um direito e também um dever do apenado, gerando bons frutos como a remuneração e o abatimento de dias de cumprimento da pena, bem como trazendo consequências no cometimento de falta grave.

Nucci (2016, p. 391), faz a distinção entre o trabalho forçado e o trabalho obrigatório do preso:

[...] Esse último faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado que necessita de reeducação e nada melhor do que fazê-lo por intermédio do trabalho; por outro lado, a Constituição Federal veda a pena de trabalhos forçados (art. 5, XLVII, c), o que significa não poder se exigir do preso o trabalho sob pena de castigos corporais e sem qualquer benefício ou remuneração. Diz Luiz Vincente Cernicchiaro: “Extinta a escravatura, não faz sentido o trabalho gratuito, ainda que imposto pelo Estado, mesmo na execução da sentença criminal. A remuneração do trabalho está definitivamente assentada. O Direito Penal virou também a página da história. O Código Criminal do Império estatuiu no art. 46: ‘ a pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho que lhes for designado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões’. A superação do trabalho gratuito caminha paralelamente à rejeição do confisco de bens” (Direito penal na Constituição, p.133) [...].

Assim, não há que se confundir o trabalho obrigatório do preso com o abolido e vedado constitucionalmente trabalho forçado.

Outro alerta de Guilherme Nucci (2016, p. 393), diz respeito a ausência de oportunidade de trabalho:

[...] Não cabe a remição quando o estabelecimento prisional não ofereça oportunidade de exercer atividade laborativa ou frequência a estudo, pois a lei é clara, exigindo o efetivo trabalho ou estudo para a redenção da pena. Porém, é fundamental repensar essa situação, uma vez que a falta de trabalho ou estudo não depende do condenado, mas constitui culpa do Estado. Havia controvérsia em relação à aceitação do benefício da remição para presos provisórios. A Lei 12.433/2011 reparou a polêmica e estabeleceu, com clareza, tal viabilidade (art. 126, § 7º, LEP). Aliás, andou bem, pois o direito à execução provisória da pena praticamente equiparou o condenado definitivo ao preso cautelar. Então, mais adequado que o provisório possa trabalhar ou estudar do mesmo modo que o sentenciado [...].

Logo, a Lei de Execução traz no trabalho uma importante finalidade da missão da pena, ressocializar o preso, dar-lhe respeito e dignidade, mas na prática a lei tem sido vigente, porém não eficaz.

4.1 DIREITOS DO PRESO

Inicialmente é importante frisar que direitos não são dados pelo Estado e sim significam bens e valores de vantagem conquistados pelo ser humano ao longo da história da humanidade.

Assim, no caso do preso, essa realidade não é diferente, pois o Estado apenas reconhece, viabiliza e realiza os direitos dos presos.

Segundo a doutrina, mesmo uma pessoa condenada ou presa, guarda seus direitos, conforme assevera Rogério Greco (2016, p. 619):

[...] o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38 do CP). Talvez esse seja um dos artigos mais desrespeitados de nossa legislação penal. A toda hora testemunhamos, pelos meios de comunicação, a humilhação e o sofrimento daqueles que por algum motivo se encontram em nosso sistema carcerário. Não somente os presos provisórios, que ainda aguardam julgamento nas cadeias públicas, como também aqueles que já foram condenados e cumprem pena nas penitenciárias do Estado. Na verdade, temos problemas em toda a Federação. Motins, rebeliões, mortes, tráfico de entorpecentes e de arma ocorrem com frequência em nosso sistema carcerário. A pena é um mal necessário. No entanto, o Estado, quando faz valer o seu *ius punendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de trata-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não são cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltados, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajuda-lo [...].

Logo, o autor acima faz certo desabafo de quem conhece a realidade do sistema penitenciário, um dos maiores violadores dos Direitos Humanos dos presos.

Dessa maneira, mesmo reconhecendo a falta de efetividade da Lei de Execução Penal por falha generalizada do Estado e de suas instituições, vale informar, ao menos os direitos trazidos pela norma:

[...] Art. 41 - Constituem direitos do preso:
I - alimentação suficiente e vestuário;
II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
III - Previdência Social;
IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 XI - chamamento nominal;
 XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
 Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento [...].

Tem-se nesse dispositivo um rol meramente exemplificativo, pois não nega outros direitos inerentes a condição humana previstos em outras fontes normativas.

Destaca-se que nesse rol deve existir certa proporcionalidade entre o descanso, o lazer e o trabalho.

Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 388 e 389) fala do direito do preso à visita íntima:

[...] trata-se de polêmica não resolvida, infelizmente, pela Lei de Execução Penal, de modo que não se pode considerar um direito do preso, exigível judicialmente. Observa-se que, atualmente, é uma prática comum nos grandes presídios, autorizada pela direção, como forma de acalmar a população carcerária, evitar a violência sexual no seu interior e fomentar os laços familiares do preso com suas companheiras ou esposas. Parece-nos, ao menos enquanto não houver lei expressa a respeito, seja um costume introduzido no sistema carcerário e, como tal, não pode ser arbitrária e discricionariamente aplicado. Concede-se o benefício de modo genérico ou nega-se. O que configuraria abuso, por parte da direção do presídio, é a seleção de alguns condenados, em detrimento de outros, para a obtenção da visita íntima. Nesse caso, excepcionalmente, poderia haver a intervenção do juiz da execução pena, a fim de corrigir eventuais distorções. Por outro lado, vale destacar que o Decreto Federal 6.049/2007, estabelecendo regras para o funcionamento dos presídios federais, considerou existente o direito à visita íntima, delegando ao Ministério da Justiça a sua regulamentação. Embora creiamos ter o Poder Executivo extrapolado a sua competência, uma vez que a “criação” de um direito ao preso cabe ao Legislativo, a realidade evidencia a assimilação, pelo sistema carcerário, em relação ao mencionado benefício [...].

Portanto, os direitos existentes na LEP são ótimos, mas sua realização ainda carece de melhorar aparelhamento do Estado para tanto. Assim como outros direitos, a exemplo da visita íntima necessita do trabalho do Poder Legislativo em implementar a norma, o que tem sido uma constante nos parlamentares brasileiros, ou seja, uma omissão naquilo que efetivamente é importante.

4.2 DEVERES DO PRESO

A lei de execução penal prevê os direitos e obrigações dos presos, e tem por finalidade preparar o preso para retornar ao convívio com a sociedade após o cumprimento de sua pena. A lei 7210/84 é composta por 204 artigos e foi sancionada pelo presidente João Figueiredo, em sua disposição prevê principalmente assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e assistência ao egresso.

Ainda falando sobre os direitos dos presos que tem previsão legal no art. 41 da LEP constituídos de dezesseis incisos, prevendo a possibilidade de o preso trabalhar e ser remunerado (II), à previdência social (III), atividades diversas (incisos V e VI), chamamento nominal (XI), contato com o mundo exterior (XV) e a emissão anual, sem necessidade de requerimento, do atestado de pena a cumprir (XVI). Nos incisos citados estão presentes os maiores problemas acerca da execução da pena, principalmente no que se refere ao trabalho.

O trabalho é referido na lei como componente obrigatório, sendo dever do Estado promover já que o preso pode executar o trabalho por si só. E como já destacado, o trabalho é um direito conforme menciona Oliveira:

A ociosidade ou mesmo o trabalho sem atender às diferenças de idade saúde e cultura do preso, tornam inválidos os propósitos de evasão e ocupação, pois, pela sua intemperança, causam-lhe desvios naturais de produtividade e empreendimento. (OLIVEIRA, 1980, apud BRITO p. 108).

Castiglione (1959, apud BRITO, 2011, p. 108) ainda destaca que a ausência da promoção do trabalho torna o “„criminoso em perspectiva” pois não possuirá meios de sustentar-se de forma honesta”. Por isso deve ser preferido o treinamento de um ensino profissionalizante, de caráter autônomo, para que o egresso possa, sem depender de outras pessoas, desempenhar trabalho honesto, sem que seja preciso novamente, por exemplo, cometer crimes contra o patrimônio.

Outro ponto importante é a possibilidade de remissão pelo trabalho, uma vez que os presos que trabalham sem remuneração podem descontar um dia de sua pena a cada três dias de trabalho.

Os deveres dos presos estão previstos no art. 39 da LEP, onde o preso no cumprimento de sua pena, deve se submeter a alguns deveres inerentes ao Estado, tais deveres representam um código de postura do condenado perante a administração prisional e o Estado, ou seja, existe um código de postura carcerária, segundo diz Marcão (2015, p. 63), assim dispõe o referido artigo:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal. Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

Vale ressaltar que, o desrespeito aos deveres impostos incumbe à aplicação de falta disciplinar, conforme disposto no art. 50, VI da LEP.

5 ESTABELECIMENTO PENAL

O estabelecimento penal é local de cumprimento da penal, o qual deve realizar o princípio da individualização, bem como da humanidade e dignidade humana.

Pela individualização da pena, os estabelecimentos penais permitem que o apenado saia de um regime mais rigorosa para o regime menos rigoroso, numa espécie de progressão da penal, onde o detento vai conquistando confiança do Estado, na medida que vai demonstrando estar mais reintegrado ou em vias de reintegração ao seio social.

Fernando Capez (2012, p. 61), diz da importância dos estabelecimentos penais, trazendo à tona uma classificação:

[...] os estabelecimentos penais destacam-se por sua importância na reinserção do indivíduo ao convívio social, devendo possuir uma arquitetura adequada às características da pena a ser cumprida pelo condenado. A lei pátria elenca como espécies de estabelecimentos penais:

As penitenciárias;

As colônias agrícolas, industriais ou similares;

As casas de Albergado;

Os Centros de Observação;

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico;

As cadeias públicas.

Estes estabelecimentos destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso (art. 82) [...].

Assim, por exemplo, a lei penal prevê que o indivíduo condenado no regime fechado deve iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em uma penitenciária. Com a progressão de regime para o regime semiaberto, o indivíduo deve cumprir a pena em uma colônia agrícola ou industrial e progredindo para o regime aberto em uma casa de albergado.

Todavia, não há número suficiente de estabelecimentos penais dessa natureza a viabilizar o cumprimento da norma referente a devida progressão de regime, conforme estabelece a Lei de Execução Penal, Lei 7210/1984:

[...] Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes (sitio do planalto, 2018) [...].

Daí, a doutrina fala que para ocorrer a progressão de regime exige-se a confluência de dois requisitos: um deles é a quantidade de pena cumprida no regime anterior, cuja regra é de 1/6 da pena para a maioria das infrações, havendo exceção em caso de crime hediondo ou equiparado a hediondo, hipóteses em que a Lei 8.072/90, que versa sobre os crimes hediondos vai trazer quantum mais elástico.

Veja-se a propósito a disposição da Lei dos Crimes Hediondos:

[...] Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante)

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública [...].

Além de trazer maior rigor na progressão de regime, o artigo 3º da Lei de Crimes Hediondos prevê a existência de estabelecimentos penais de segurança máxima.

Além disso, para a progressão de regime, deve existir o critério subjetivo, qual seja, o bom comportamento carcerário, atestado pelo Direito do estabelecimento.

Ainda, conforme a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal é possível à exigência de exame criminológico a ser requisitado no caso concreto para a progressão:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a

inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico (Súmula vinculante nº 26).

Já sobre as espécies de regime, vale informar que, quanto ao regime fechado, de acordo com a doutrina, a pena no referido regime, deve ser cumprida em penitenciária, alojando-se o indivíduo, ao menos, conforme determina a LEP, em cela individual, salubre e aerada, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de área mínima de seis metros quadrados, nos termos dos artigos 87 e 88 da Lei de Execução Penal (CUNHA, 2014, p.409).

Veja-se a propósito a dicção da Lei de Execução Penal sobre a penitenciária:

[...] Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

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

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

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

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

~~Art. 89. Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.~~

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação [...].

Essa primeira modalidade de estabelecimento penitenciário é a que existe em maior quantidade no Brasil, em vários Estados da Federal há déficit de vagas, mas em quantidade de estabelecimentos até que o número é razoável, como ocorre no Estado do Espírito Santo, justamente nas últimas gestões de governo. A exemplo

disso, no Município de São Mateus, tem-se um Centro de Detenção Provisória que fica às margens da BR 101, antes do centro urbano da cidade e um presídio ao fundo, local afastado do centro urbano como manda a lei. Só em São Mateus existe cerca de 900 detentos, sejam presos provisórios ou condenados em definitivo, porém não se tem notícia de colônia agrícola ou industrial, quem dirá de Casa de Albergado.

Porém, importa verificar como é o funcionamento desse regime, quanto algumas de suas características, notadamente sobre o trabalho do condenado:

[...] em regra, o preso fica sujeito a trabalho durante o dia e o isolamento à noite (art. 34, § 1º, CP). A labuta se realiza dentro do próprio estabelecimento prisional e de acordo com as aptidões do reeducando (sempre que possível). A lei admite, em caráter excepcional, o trabalho externo, desde que autorizado pelo juiz ou diretor do estabelecimento, a ser realizado em obras ou serviços públicos. Pressupõe, no entanto, que o condenado tenha demonstrado aptidão, bem como cumprido, pelo menos, um sexto da pena, tomando-se as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art., 34, § 3º, CP e art. 37 da LEP). É importante lembrar que o trabalho carcerário é, ao mesmo tempo, um dever (art. 39 da LEP) e um direito (art. 41 da LEP) do reeducando (mesmo no regime mais rigoroso). Dever no sentido de que o preso tem a obrigação de contribuir com o Estado para sua ressocialização; direito porque a cada três dias trabalhados resgata um dia de cumprimento da pena (remição – art. 126, § 1º, II, LEP). De qualquer modo, o trabalho não está sujeito ao regime de Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, §2º, da LEP), mas será remunerado, com as garantias da previdência social [...] (CUNHA, 2014, p. 410).

Embora seja o trabalho um direito e ao mesmo tempo um dever, fato é que a estrutura penitenciária, não tem permitido o exercício completo desse direito, bem como não há acesso para a maioria dos detentos dessa possibilidade. Na verdade, não há quantidade de penitenciárias suficiente, tampouco colônias agrícolas e industriais, além do que praticamente inexitem as casas de albergado.

Já com relação às colônias agrícolas e industriais, vale informar o que diz a Lei de Execução Penal:

[...] Da Colônia Agrícola, Industrial ou Similar
 Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.
 Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.
 Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:
 a) a seleção adequada dos presos;
 b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena [...].

Também aqui a realidade é de inefetividade da Lei de Execução Penal por falta de estabelecimentos penais necessários ao funcionamento de uma Colônia Agrícola ou industrial, o que inviabiliza a individualização da pena e joga por terra todo o sistema.

Não dá para avaliar um sistema que nunca foi realizado em seu todo, conforme prevê a legislação. O sistema penitenciário, no seu conjunto, nunca foi exercido, o que impede de ser fazer maiores análises sobre sua efetividade.

Com relação ao regime semiaberto, a doutrina informa que o mesmo será cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo o apenado ser alojado em compartimento coletivo, desde que atendidas às condições adequadas à dignidade e existência humana prevista para as celas individuais próprias do regime fechado CUNHA (2014, p. 410).

Assim, vale demonstrar como funciona o trabalho do apenado e outros detalhes desse regime semiaberto:

[...] O trabalho será comum durante o período diurno, realizando-se dentro do estabelecimento, com a possibilidade de ser realizado no ambiente externo, inclusive na iniciativa privada (a jurisprudência tem exigido prévia autorização judicial). Não há previsão para o isolamento durante o período do repouso noturno. Admite-se, por fim, mesmo que fora do estabelecimento prisional, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, § 2º, CP) [...] (CUNHA, 2014, p. 410 e 411).

Veja-se o ideal é que, cumprindo uma parcela da pena e demonstrando bom comportamento a ponto de merecer confiança do Estado, o indivíduo, passando do regime fechado para o semiaberto, agora se prepara, profissionalmente e intelectualmente, para prosseguir em direção ao seu retorno para o convívio social normal, se aproximando da sociedade, da comunidade local. Enquanto a penitenciária fica longe das cidades, a colônia agrícola ou industrial já fica mais próxima.

Ocorre que no Brasil, são poucas as colônias agrícolas e industriais e as que existem, por vezes, não atendem a demanda. Não é possível que um sistema que não cumpra seus elementos básicos que é a viabilidade de seus componentes, possa sobreviver e dar resultados minimamente satisfatórios.

Por fim, vale falar do regime aberto, já que o menos rigoroso e, na definição da doutrina se funda na autodisciplina e senso de responsabilidade do detento. Assim, o condenado deverá ficar fora do estabelecimento e sem vigilância, devendo frequentar

curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga, nos termos do artigo 36, § 1 do CP CUNHA (2014, p. 411).

Demais características do regime aberto são assim apresentadas pela doutrina:

[...] O recolhimento dar-se-á, em regra, no estabelecimento denominado Casa de Albergado, prédio que deverá se situar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras (arts. 94 e 95 da LEP). A legislação prevê, ainda, duas possibilidades para o cumprimento do regime aberto: 1ª) na falta de Casa de Albergado, estabelecimento adequado (art. 33, §1º, do CP); 2ª) conforme as condições pessoais do reeducando, prisão domiciliar (art. 117, LEP). A prisão domiciliar, portanto, é espécie do gênero regime aberto, cabível quando o condenado tem mais de 70 anos (setenta anos), é portador de doença grave, tem filho deficiente físico ou mental que dele dependa efetivamente, ou se trate de reeducanda gestante [...] (CUNHA, 2014, 411).

Infelizmente, a maioria dos Estados da Federação não conta com a Casa de Albergado, o que implica na ineficiência do sistema. Há inconstitucionalidade na omissão estatal pois, os Entes Federativos, somente constroem penitenciárias, esquecendo de cumprir a lei quanto às colônias agrícolas e Casas de Albergada, o que caminha na contramão da proporcionalidade, da máxima efetividade das normas constitucionais e da supremacia da Constituição Federal de 1988.

Vale informar como a Lei de Execução Penal versa sobre a Casa de Albergado:

[...] Da Casa do Albergado

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados [...].

Aqui há total descaso dos poderes públicos com a inexistência das Casas de Albergado.

Vale ainda informar, ao menos no que tange a previsão legal da LEP a existência de outras espécies de estabelecimentos do sistema penitenciário:

[...] Do Centro de Observação

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Art. 97. O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

CAPÍTULO VI

Do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Art. 100. O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.

CAPÍTULO VII

Da Cadeia Pública

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei [...].

Logo, pode-se inferir que a LEP é uma lei excelente, tendo sido construída de maneira a organizar o funcionamento do sistema, trazendo diversos dispositivos que com as reformas, tornam o sistema mais efetivo, porém, tal norma ainda não é cumprida adequadamente, o que inviabilizar a realização de sua missão.

Tem-se então um Poder Judiciário que exige do cidadão o respeito de suas decisões, mas não cumpre a lei, permitindo uma situação de desrespeito à Constituição, pois a situação das prisões viola frontalmente o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da dignidade da pessoa, e que deve zelar pelo fiel cumprimento da Lei Maior, não toma atitudes capazes de cessar tais agressões aos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, cochila em berço esplendido o Poder Executivo que exige do cidadão o respeito pelo recolhimento de altíssima carga tributária, mas não implementa obras e políticas públicas para dar aos condenados e as demais pessoas uma vida minimamente decente. A desculpa teórica é que os tributos não são

vinculados, se esquecendo que a razão da tributação é permitir que o Estado realize suas funções precípuas.

Por fim, tem-se um Poder Legislativo que até poderia atuar para melhorar o sistema, legislando e fiscalizando o cumprimento das metas do governo, mas possui o foco de tensão na feitura de normas populista, baseadas no Direito penal de emergência ou no Direito Penal simbólico que visa atender imediatamente os reclames sociais com penas altas, ou buscando realizar políticas públicas com o direito repressor, o que não funciona, gerando um efeito em cascata, produzindo maior população carcerária, formada por pessoas totalmente à margem da sociedade.

Portanto, neste cenário de total omissão estatal, sobrevive uma superpopulação carcerária, desassistida, sofrendo tortura, ao menos psicológica, discriminações, sem esperança, fadada ao tratamento desumano e degradante, formada em sua maioria, por afrodescendentes que não obtiveram um apoio estatal dos Entes da República, totalmente descomprometidos com a efetividade da Constituição Federal e das Leis, bem como pessoas pobres, em sua maior parte, as quais, ficam ao relento, esperando um milagre de um Poder Judiciário despótico, arcaico e lento, persistindo a cada dia, uma escravidão, não como era nos primórdios do Brasil, mas uma escravidão da incompetência dos poderes, do descaso e da inefetividade: um verdadeiro estado de coisas inconstitucional.

6 REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A realidade do sistema penitenciário brasileiro é a falta de estrutura em todos os aspectos do sistema, tanto que o Supremo Tribunal Federal já admitiu que o problema é tão grave e generalizado que não basta somente uma atitude do Poder Judiciário ou do Poder Executivo, isoladamente, e sim, uma solução integrada, chegando ao ponto de afirmar que o que se vive é um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional.

Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, vale trazer à tona o conceito e a evolução histórica do instituto nas palavras de Marcelo Novelino (2016, p. 162):

[...] o termo “estado de coisas inconstitucional”, cunhado pela Corte Constitucional da Colômbia, ganhou projeção por aqui com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, na qual postulada a adoção de providências estruturais relativas ao sistema penitenciário brasileiro com o objetivo de sanar lesões decorrentes de ações e omissões dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal [...].

Então veja, que o problema não é apenas de um ente, ou seja, trata-se de omissões e ações causadas ou permitidas pelos entes da Federação Brasileira.

Assim, a doutrina apresenta 3 pressupostos principais para a configuração do estado de coisas inconstitucional: a) pressuposto fático, aquele que versa sobre uma violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais, afetando um número extenso ou indeterminado de pessoas. Daí, em caso de atuação apenas do Poder Judiciário, essa atuação se daria apenas para assegurar o direito de poucas pessoas, implicando em proteção deficiente dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva; b) já o pressuposto político consiste na constatação da existência de condutas reiteradamente omissivas ou comissivas por parte das autoridades públicas, as quais tenderiam a perpetuar ou agravar o quadro de inconstitucionalidade. A ausência de políticas públicas adequadas ou a falta de coordenação entre elas resultaria não da inércia ou incapacidade de apenas um órgão, mas sim de falhas estruturais na atuação do Estado como um todo; c) por fim, o pressuposto jurídico, consistente nas medidas necessárias à superação de tais agressões. A correção do mau funcionamento sistêmico do Estado depende da atuação conjunta das

autoridades no sentido de aprimorar as políticas públicas existentes, realocar recursos orçamentários e reajustar os arranjos institucionais. Tal contexto legitima a atuação mais engajada da corte constitucional, no caso o STF, de modo a permitir a superação dos desacordos políticos e institucionais, da falta de coordenação entre órgãos públicos, dos temores relacionados ao custo político de determinadas decisões e da sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados (NOVELINO, 2016, p. 162).

Vale citar um resumo extraído do sítio do Supremo Tribunal Federal (2018), em que versa sobre a tramitação da ADPF 347:

[...] Quinta-feira, 27 de agosto de 2015

STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou nesta quinta-feira (27) o julgamento de cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pede que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Após o voto do relator da ação, ministro Marco Aurélio, concedendo parcialmente a cautelar, o julgamento foi suspenso.

O relator votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade; que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão. À União, o relator determina que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstenendo-se de realizar novos contingenciamentos.

PSOL

Da tribuna, o advogado do partido ressaltou que em nenhum outro campo a distância entre “as promessas generosas da Constituição e a realidade é maior, é mais abissal”, do que no que se refere ao sistema prisional. “Não há, talvez, desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional”, afirmou. “Trata-se da mais grave afronta à Constituição que tem lugar atualmente no país”.

O representante da legenda argumentou que o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), criado pela Lei Complementar 79/1994, e que reúne recursos destinados à melhoria do sistema carcerário, é sistematicamente contingenciado pelo Poder Executivo. “Há dinheiro, há recursos que não são gastos. Hoje há R\$ 2,2 bilhões disponíveis no Funpen”, destacou.

AGU

Também em manifestação no Plenário, o advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, afirmou não é o contingenciamento de recursos que impede a execução e realização de projetos, mas a má aplicação da legislação pelos estados, desistências e incapacidades de execução.

Para o AGU, a resolução da crise do sistema carcerário exige ações que já estão sendo adotadas por todos os Poderes do Estado, inclusive pelo Judiciário, em matérias já decididas e a serem ainda analisadas. “Falta

entendimento entre os Três Poderes”, ressaltou. “Precisamos buscar um diálogo nacional que passe pelos Três Poderes e pelos estados de forma ativa”.

PGR

Em nome do Ministério Público Federal, a vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, declarou que, embora reconheça a importância dos pedidos e do tema tratado na ADPF, as medidas cautelares pleiteadas são muito “abrangentes e generalizadas”.

Segundo a vice-procuradora, o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária exige o cumprimento de regras no sistema prisional nacional que não são observadas pelos estados. “Simplesmente descontingenciar, deixar uma liberdade total para os estados, significa abrir a porta para o descomprometimento com a obediência a essas normas e tornar esse estado de coisas ainda mais inconstitucional”, afirmou.

Voto do relator

O ministro Marco Aurélio observou que o tema do sistema prisional está na “ordem do dia” do Tribunal, e tem sido matéria de várias ações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5170, que discute direito de indenização de presos por danos morais, o RE 592581, que discute a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar obras em presídios, e a ADI 5356, sobre a inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional.

De acordo com o ministro, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos. “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”, afirmou.

Nesse contexto, o ministro declara que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecidas dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”, disse.

Para o ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. “A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”, afirmou. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “Falta coordenação institucional”.

Papel do Supremo

Para o ministro, o papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas,

assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”, concluiu [...].

Veja-se que o quadro de crise sistêmica no equipamento penitenciário é notório. O próprio Ministro Marco Auréio, reconhece que o Brasil possui uma das maiores populações carcerária do mundo, mas em contrapartida, a estrutura carcerária é deficitária, ou seja, faltam celas e as que existem, em sua maioria, violam a dignidade da pessoa humana.

O ambiente carcerário favorece a violência, a tortura, o tratamento desumano e degradante, abusos de toda sorte, demonstrando um sistema falido. Fatores como má aplicação de leis, contingenciamento de recursos, falta de articulação e demora dos processos judiciais, favorecem e agravam o problema.

Logo, não se trata de uma omissão inconstitucional ou uma ação inconstitucional, e sim uma inconstitucionalidade em todos os horizontes, por isso chama-se de estado de coisas inconstitucional, pois a inconstitucionalidade é generalizada.

Daí, de acordo com a doutrina urge o papel gerenciador do Poder Judiciário frente aos demais poderes da República:

[...] Caracterizado o “estado de coisas inconstitucional”, o guardião da constituição deve impor medidas estruturais flexíveis e monitorar o seu cumprimento (CAMPOS, 2015). Tais providências consistem em determinações judiciais voltadas ao redimensionamento dos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, a fim de viabilizar melhor coordenação estrutural. Cabe ao tribunal constitucional definir as balizas dentro das quais os poderes públicos deverão atuar, mas sem estabelecer pormenorizadamente as providências a serem adotadas. Deve ser assegurada uma margem de ação constitucionalmente adequada, não podendo o Judiciário substituir o Legislativo e o Executivo na implementação de tarefas que lhes são próprias. Para assegurar maior eficácia à decisão na fase de execução dos comandos, deve haver o monitoramento contínuo por parte do tribunal, com a realização de audiências públicas periódicas e a participação conjunta das autoridades públicas responsáveis e de setores da sociedade civil. Em síntese, o órgão judicial exerce o papel de instaurador e coordenador do diálogo institucional, instaurando o debate em torno do tema e impulsionando a atuação das autoridades públicas no sentido de promover a adequada proteção aos direitos fundamentais violados [...] (NOVELINO, 2016, p. 162 e 163).

Assim, a conclusão é que o sistema penitenciário nacional vive um estado de coisas inconstitucional, ou seja, um caos de toda ordem, situação que impõem não

uma medida isolada, mas uma coordenação de medidas, capitaneadas pelo STF para implementação de políticas controladas a partir, inclusive de maior articulação das autoridades públicas, sempre ouvida a sociedade.

7 EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI 7210/84

É inegável essa inefetividade, pois como se verificou, não há estabelecimentos penais em quantidade suficientes para fazer valer a correção progressiva de regime, o que implica na ineficácia da primeira missão que a Lei de Execução Penal se propõe, qual seja, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme reza seu artigo 1º.

Ora, se não há sequer penitenciárias, colônias agrícolas ou industriais em número suficiente, e falta Casa de Albergado é impossível que as decisões judiciais sejam cumpridas na sua integridade ou inteireza.

Logo, há clara afronta à obtenção das finalidades da pena, que na maioria dos casos não são alcançadas, veja-se a propósito, o que teoricamente se busca:

[...] A finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (punitur quia peccatum est)... A pena tem um fim prático e imediato de preservação geral e especial do crime (punitur ne peccetur). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição)... A pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela redução e pela intimidação coletiva (punitur quia peccatum est et ne peccetur) [...] (CAPEZ, 2012, p. 15).

Então dessas lições de Fernando Capez (2012), pode-se extrair que há inefetividade da Lei de Execuções Penais, pois se adotada a teoria da retribuição, com a defasagem de vagas no sistema penitenciário, em muitos casos, indivíduos que deveria ser recolhidos ao cárcere são compelidos a cumprir penas em regimes alternativos.

Também caso seja adotada a teoria relativa com a prevenção, permitindo inclusive a ressocialização como deseja a prevenção especial positiva, esta não acontece em muitos casos, pois a falta de colônias agrícolas ou industriais e a inexistência das Casas de Albergada impede que se tenha progressividade no cumprimento das penas, um incentivo ao retorno do indivíduo ao mundo do crime. As penitenciárias funcionam como verdadeiras universidades do crime, pois o indivíduo que passa uma vez pelos estabelecimentos penais, retorna ao crime e à espécie criminosa mais grave.

Assim, as finalidades não são alcançadas na execução penal, nem quanto a efetivar à sentença, tampouco quanto a proporcionar a ressocialização.

Como Fernando Capez (2012, p. 16), vale entender melhor como são essas finalidade da execução, ainda que já adiantando pode-se afirmar que, pelo que foi pesquisado, não são obtidas na realidade prática:

[...] De acordo com o art.1º, a execução penal tem dupla finalidade: a correta efetivação dos mandamentos existentes na decisão criminal e o oferecimento de condições para a readaptação social do condenado. A finalidade precipuamente preventiva pela “proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade” (prevenção especial) está expressa na Exposição de Motivos da Lei. A execução aproxima-se da doutrina mista, tendo finalidade precipuamente utilitária e preventiva, embora conserve seu caráter aflitivo, por meio da efetivação da sanção imposta na sentença condenatória. Pune-se o delinquente, ao mesmo tempo em que se busca sua recuperação. No caso da medida de segurança, só há objetivo de prevenir a prática de novos delitos por meio do tratamento. Em diversos dispositivos a lei revela sua preocupação com a reinserção do sentenciado na coletividade: arts. 3º, 5º, 10, 11, 25, 28, 40, 41, 45, 56, 82, § 1º, 83m 84, § 1º, 85, 112, 120, 122, 126, 131, 203 e seus parágrafos [...].

Dessa maneira, o fim da Lei de Execução Penal, seus anseios, sua missão e suas normas são fantásticas, inclusive estão dentro de um contexto constitucional, embora a lei seja de 1984. Porém na realidade prática essas normas não tem-se sido observadas pelos governantes.

Veja-se alguns desses dispositivos da Lei de Execução Penal que presam pela ressocialização:

[...] Da Remição

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

~~§ 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.~~

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;
II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho

~~§ 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.~~

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

~~§ 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.~~

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. §

4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa [...].

Sem dúvidas a remição, instituto que permite ao condenado descontar certa quantidade de pena a ser cumprida, em razão do trabalho e do estudo é um dos maiores mecanismos voltados a ressocialização, já que, de um lado incentiva ao apenado cumprir sua cadeia de forma mais rápida, almejando uma vantagem legal, e por outro lado, ao trabalhar, o mesmo poderá ajudar sua família, se sentindo pertencente a sociedade, além de poder estudar e com isso se aperfeiçoar intelectualmente, estando melhor preparando, inclusive aprendendo uma prova, já que logo estará no seio social.

Na prática essa remição até acontece, porém faltam postos de trabalho e melhores condições de estudos para os apenados.

Outro dispositivo que guarda uma busca por maior efetividade da Lei de Execução Penal é o artigo 203, ao obrigar a viabilização das Casas de Albergado, o que implicaria em melhor os mecanismos da lei para atingimento de sua missão:

[...] Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança [...].

Isso na prática não se tornou realidade, já que ainda não se tem Casas de Albergado, não havendo como a lei se tornar efetiva, pois sequer consegue ser minimamente realizada quanto as condições estruturais para cumprimento das medidas judiciais e possibilitar a reinserção do apenado na sociedade.

8 CONCLUSÃO

Infelizmente, a maioria dos Estados da Federação não conta com a Casa de Albergado, o que implica na ineficiência do sistema. Há inconstitucionalidade na omissão estatal pois, os Entes Federativos, somente constroem penitenciárias, esquecendo de cumprir a lei quanto às colônias agrícolas e Casas de Albergada, o que caminha na contramão da proporcionalidade, da máxima efetividade das normas constitucionais e da supremacia da Constituição Federal de 1988.

Tem-se então um Poder Judiciário que exige do cidadão o respeito de suas decisões, mas não cumpre a lei, permitindo uma situação de desrespeito à Constituição, pois a situação das prisões viola frontalmente o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da dignidade da pessoa, e que deve zelar pelo fiel cumprimento da Lei Maior, não toma atitudes capazes de cessar tais agressões aos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, cochila em berço esplendido o Poder Executivo que exige do cidadão o respeito pelo recolhimento de altíssima carga tributária, mas não implementa obras e políticas públicas para dar aos condenados e as demais pessoas uma vida minimamente decente. A desculpa teórica é que os tributos não são vinculados, se esquecendo que a razão da tributação é permitir que o Estado realize suas funções precípua.

Por fim, tem-se um Poder Legislativo que até poderia atuar para melhorar o sistema, legislando e fiscalizando o cumprimento das metas do governo, mas possui o foco de tensão na feitura de normas populista, baseadas no Direito penal de emergência ou no Direito Penal simbólico que visa atender imediatamente os reclames sociais com penas altas, ou buscando realizar políticas públicas com o direito repressor, o que não funciona, gerando um efeito em cascata, produzindo maior população carcerária, formada por pessoas totalmente à margem da sociedade.

Portanto, neste cenário de total omissão estatal, sobrevive uma superpopulação carcerária, desassistida, sofrendo tortura, ao menos psicológica, discriminações, sem esperança, fadada ao tratamento desumano e degradante, formada em sua maioria, por afrodescendentes que não obtiveram um apoio estatal

dos Entes da República, totalmente descomprometidos com a efetividade da Constituição Federal e das Leis, bem como pessoas pobres, em sua maior parte, as quais, ficam ao relento, esperando um milagre de um Poder Judiciário despótico, arcaico e lento, persistindo a cada dia, uma escravidão, não como era nos primórdios do Brasil, mas uma escravidão da incompetência dos poderes, do descaso e da inefetividade: um verdadeiro estado de coisas inconstitucional. Desta forma seria praticamente impossível devolver a sociedade um condenado que foi submetido a tais condições durante o cumprimento de sua pena reabilitado e disposto a não cometer mais crimes, por um lado tendo sido ele condenado por praticar um crime ou contravenção por outro lado agora condenado e discriminado pela sociedade.

A maior problemática não está nas leis brasileiras, mas sim na falta de aplicabilidade e fiscalização das mesmas, pois uma vez que foram criadas essas leis precisam funcionar, e isso na prática é muito raro. Portanto há uma inefetividade dos Poderes Públicos: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, os quais não cumprem suas missões constitucionais, o que produz uma ineficácia da Lei 7.210/1984 que é a Lei de Execução Penal a qual não consegue proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, já que a progressão de regime não ocorre na prática como determina a norma legal, o que leva a falta de ressocialização, criando um efeito em cadeia que é a volta para à sociedade, de um cidadão, outrora infrator e agora também vítima, discriminado, abusado, violado, e cuja única saída tem sido o retorno às atividades criminosas, retroalimentando o sistema já falido que é o sistema penitenciário.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Léo da Silva. **O Programa Nacional de Direitos Humanos**. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex. 2003

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 108.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte geral, 2003, p.332.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador-BA: Juspodium, 2014.

DELMANTO, Celso. Et al. **Código Penal** comentado, p.67.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Niterói-RJ: Impetus, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrinni (apud LEOMBINO, 2008, p. 23),

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador-BA: Juspodium, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

