



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO OESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS DA SOCIEDADE
BACHARELADO EM DIREITO**

ANA PAULA PEREIRA GALÚCIO

**A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL
BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO REGIME ABERTO**

**SANTARÉM - PARÁ
2021**

ANA PAULA PEREIRA GALÚCIO

**A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL
BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO REGIME ABERTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito, do Programa de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Oeste do Pará, como componente curricular obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Shirlei Guimarães Florenzano Figueira

**SANTARÉM - PARÁ
2021**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/ UFOPA

G181f Galúcio, Ana Paula Pereira
A função preventiva da pena e a lei de execução penal brasileira sob a
ótica do regime aberto. / Ana Paula Pereira Galúcio. – Santarém, 2021.
58 p.: il.
Inclui bibliografias.

Orientadora: Shirlei Guimarães Florenzano Figueira
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do
Oeste do Pará, Instituto de Ciências da Sociedade, Curso Bacharelado em Direi-
to.

1. Pena. 2. Função preventiva. 3. Execução penal. I. Figueira, Shirlei Guima-
rães Florenzano, *orient.* II. Título.

CDD: 23 ed. 344.03565



Universidade Federal do Oeste do Pará - Ufopa
Instituto de Ciências da Sociedade - ICS
Programa De Ciências Jurídicas – PCJ
Coordenação de Trabalho de Conclusão de Curso - TCC

Ana Paula Pereira Galúcio

A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO REGIME ABERTO.

Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito com objetivo de obter aprovação na disciplina de TCC, e obtenção de grau de Bacharelado em Direito na Universidade Federal do oeste do Pará.

Conceito: 10,0

Santarém, PA, 11 de outubro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Shirlei Guimarães Florenzano Figueira
Orientador(a)
Presidente

Amadeu de Farias Cavalcante Jr
Examinador(a)

Jefferson Lima Brito
Examinador(a)

PARECER FINAL REFERENTE À MONOGRAFIA JURÍDICA II

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, por me fazer forte e persistente na busca dos meus objetivos. À minha família, em especial aos meus pais, pelos esforços empreendidos em prol de uma criação honesta e voltada aos bons valores, e à minha avó Edite, que sempre sonhou em me ver formada, mas que não está mais conosco. Ao meu namorado Felipe, por me acolher nos momentos difíceis. Por fim, a todos os que contribuíram para o meu crescimento pessoal, acadêmico e profissional nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste trabalho foi, sem dúvidas, um grande desafio. Assim sendo, não poderia deixar de agradecer determinadas pessoas que sempre caminharam ao meu lado, em meio às vitórias e dificuldade diárias.

Primeiramente, agradeço a Deus, por ser minha força e luz nos momentos em que me vi perdida ou me senti incapaz. À Ele, a honra e a glória.

Agradeço à toda a minha família, em especial aos meus pais Agenor e Edilene, tios Arino, Glória e Gleide e irmãos João Marcos, João Carlos e Ana Clara, pelo apoio no convívio diário.

Agradeço ao meu namorado Felipe, pelo amor e paciência, pelas conversas esclarecedoras sobre a temática, bem como por fortalecer meus sonhos.

Meus agradecimentos também ao Promotor de Justiça Adleer Sirotheau, pelos ensinamentos, pela amizade, pelos conselhos e por acreditar no meu potencial.

À Renata Godinho e à Larissa Lemos, pelos bons momentos que vivenciamos no dia-a-dia de trabalho e fora dele, sendo um escape necessário à rotina árdua de elaboração desta monografia.

De igual forma, agradeço aos colegas de turma Emerson Macêdo e João Lourenço, bem como à Ana Pâmela Guimarães, minha primeira orientadora de estágio – e de vivências na juventude. O caminho, com vocês, tornou-se mais alegre.

Sou muito grata, também, à orientadora deste trabalho, Profa. Shirlei Florenzano, a qual, em meio a todas as dificuldades do excepcional período em que estamos vivendo, nunca deixou de me auxiliar.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Oeste do Pará, em especial ao corpo de docentes do curso de Direito, fundamentais nesse processo de eterno aprendizado.

*“Quando as portas da percepção forem abertas,
o homem verá as coisas como elas realmente
são: infinitas.” (William Blake)*

RESUMO

A pena sempre esteve presente no decorrer da história, alinhada à organização dos grupos sociais. Desde as formas primitivas de aplicação, até o sistema modernizado que hoje se conhece, ela assumiu as mais diversas finalidades, sendo que atualmente, no Brasil, é dotada de uma tríplice função: retribuir pelo injusto ocorrido; prevenir a ocorrência de futuros crimes; e ressocializar o infrator. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a conceituação da finalidade preventiva da pena e sua aplicabilidade/efetivação dentro das diretrizes legais estabelecidas pela Lei de Execução Penal, com enfoque no regime aberto de cumprimento em Santarém/PA. A fim de compreender essa questão, utilizar-se-á a revisão bibliográfica, baseada na análise de leis, jurisprudências, livros, artigos e textos de caráter científico produzidos sobre o tema da Execução penal, as diretrizes de cada regime de cumprimento de pena, estudos sobre a temática da função da pena e de seu papel no decorrer dos tempos, bem como na análise de dados quantitativos em sistemas de informações públicos pertinentes ao sistema carcerário do Estado do Pará. Observa-se, assim, que a não observância integral das disposições legais previstas na Lei de Execução Penal prejudica o cumprimento da função preventiva visada pela pena no ordenamento jurídico brasileiro, sob o critério da prevenção penal, porquanto o sistema de progressão não é efetivado em sua completude, fomentando a descredibilização do ordenamento penal e o fenômeno reincidência.

Palavras-Chave: Pena. Função preventiva. Execução penal. Regime aberto.

ABSTRACT

Penalty has always been present throughout history, in line with the organization of social groups. From the primitive forms of application, to the modernized system that is known today, it has taken on the most diverse purposes, and currently, in Brazil, it has a triple function: to repay for the unjust that occurred; prevent the occurrence of future crimes; and resocialize the offender. Therefore, this paper aims to analyze the concept of the preventive purpose of the penalty and its applicability/effectiveness within the legal guidelines established by the Penal Execution Law, with a focus on the open compliance regime. In order to understand this issue, a bibliographic review will be used, based on the analysis of laws, jurisprudence, books, articles and texts of a scientific nature produced on the subject of Criminal Execution, the guidelines of each regime for serving a sentence, studies on the theme of the function of the penalty and its role over time, as well as quantitative data will be collected in public information systems relevant to the prison system referring to the State of Pará. It is observed, therefore, that failure to fully comply with the legal provisions provided for in the Criminal Execution Law jeopardizes the fulfillment of the preventive function aimed at by the penalty in the Brazilian legal system, as the progression system is not implemented, fostering the discrediting of the penal system and the recurrence.

Keywords: Penalty. Preventive function. Penal execution. Open regime.

LISTA DE TABELAS

- Tabela 1** – Quantidade de Presos custodiados por regime no Pará.....47
- Tabela 2** – População Prisional em Programa Laboral no Pará (em celas físicas)...50
- Tabela 3** – População Prisional em Programa Laboral no Pará (prisão domiciliar)...50

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPB – Código Penal Brasileiro

LEP – Lei de Execução Penal

PNPCP - Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A EVOLUÇÃO DA PENA E O DIREITO PENAL: BREVE ANÁLISE.....	16
2.1 Da Vingança Penal.....	16
2.2 “Novos” Paradigmas da Finalidade da Pena.....	18
2.2.1 Direito Penal na Grécia Antiga.....	18
2.2.2 Direito Penal Romano.....	19
2.2.3 Direito Penal Germânico.....	20
2.2.4 Direito Penal Canônico.....	21
2.2.5. A Pena no Período Humanitário.....	22
2.3. Escolas Penais.....	24
2.3.1 Escola Clássica.....	24
2.3.2 Escola Positiva.....	26
2.3.3 Outras Escolas.....	27
3 DOS FINS DA PENA: TEORIAS SEGUNDO A DOUTRINA PENAL MODERNA...31	
3.1. Teoria Retributiva ou Absoluta.....	31
3.2 Teoria da Prevenção ou Relativa.....	32
3.2.1 Prevenção Geral.....	33
3.3.2 Prevenção Especial.....	35
3.3 Teoria Eclética ou Mista.....	37
4 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E A PREVENÇÃO PENAL.....	40
4.1 Princípios.....	40
4.1.1 Princípio da Igualdade.....	40
4.1.2 Princípio da Legalidade.....	41
4.1.3 Princípio da Humanização da Pena.....	42
4.1.4 Princípio da Individualização da Pena.....	44
4.2 Regimes de cumprimento de pena na Lei de Execução Penal.....	45
4.2.1 Regime Fechado.....	45
4.2.2 Regime Semiaberto.....	48
4.2.3 Da Problemática do Regime Aberto e a Prevenção Penal.....	51
5 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal, como ciência jurídica, tem por principal missão a busca do justo. Aplicar ao infrator reprimenda proporcional ao dano causado, com o fim de proteger os bens jurídicos e coibir uma possível nova prática ilícita, ao passo em que se confere à sociedade uma resposta da atuação estatal em prol da preservação da ordem sempre foi um grande desafio da justiça. Nesse ver, como principal instrumento para uma resposta do Estado à prática de um fato típico, ilícito e punível, tem-se o *jus puniendi*, cuja real materialização se verifica no respectivo cumprimento de pena por parte daquele que é condenado.

Essa premissa se fundamenta, principalmente, na concepção histórica de que é necessária a punição a fim de que não ocorra o caos ou a descredibilização do ordenamento perante a ordem pública. Para tanto, a imagem do condenado retirado do convívio da sociedade ainda é o que atende aos clamores sociais sobre a justiça.

Nesse viés, a pena, em suas mais variadas concepções difundidas pelo decorrer da história, assume papel primordial, considerando que está intimamente ligada à manutenção da ordem social.

No Brasil, a sanção penal possui uma finalidade tríplice, qual seja: retributiva, preventiva e ressocializadora (ou reeducativa), porquanto é adotada, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a Teoria Mista ou Eclética, que preconiza a natureza retributiva, com enfoque na prevenção, mas também visa a ressocialização da pessoa condenada, de modo a reinseri-la na sociedade após exaurida a dívida para com a Justiça Penal.

Utilizando-se dessas bases, a Execução Penal brasileira objetiva alcançar a reintegração social do condenado, bem como a prevenção de novas infrações, por meio do sistema de progressão de pena disposto pela lei. A saber, em sendo cumprida determinada parte da pena instituída em sentença condenatória transitada em julgado, permite-se a mudança gradativa do regime fechado de reclusão, no caso de penas privativas de liberdade, perpassando pelo regime semi-aberto, para, enfim, alcançar o regime aberto de cumprimento de pena, desde que preenchidos os critérios objetivos e subjetivos instituídos pela legislação que rege a matéria.

Nesse contexto, verifica-se que o último estágio da progressão supramencionada, qual seja, o regime aberto, na condição de etapa-fim para que o condenado atinja a liberdade sem precedentes, é de total relevância no cumprimento da finalidade ressocializadora e preventiva da pena, considerando que, nesta, há a

efetiva reaproximação daquele que cumpre a pena com a sociedade. É a etapa de aplicação da função reeducativa do preso, *in concreto*, o que conclama, para tanto, que seja realizado nos exatos termos da legislação especial.

Ocorre que a maioria das Comarcas do país não detém estrutura adequada ao cumprimento de pena dos presos nesta modalidade de regime – afora outras problemáticas envolvendo o sistema carcerário –, o que, por vezes, permite um verdadeiro “afrouxamento” do sistema penal e, por conseguinte, acaba por descredibilizar a funcionalidade deste perante a sociedade. É o caso, por exemplo, do do Pará, considerando que esse estado não possui estabelecimento próprio ao cumprimento de pena em regime aberto, tendo que se adaptar diante desta que é realidade da maioria dos entes federativos do Brasil.

Observa-se, ademais, que a temática do cumprimento de pena em regime aberto ainda desperta pouco interesse no meio acadêmico, o qual ainda prioriza a análise dos regimes de cumprimento de pena fechado e semi-aberto, notadamente pelo impacto das problemáticas envolvendo estes serem mais visíveis à coletividade e ao Estado. Incentivar o estudo da execução penal no regime aberto, contudo, é fundamental para entender o funcionamento de sua logística, bem como apontar a real funcionalidade visada pelo Direito Penal enquanto ciência: prevenir e ressocializar.

Diante desse cenário, o presente trabalho pretende analisar a função preventiva da pena, sob a perspectiva do regime aberto, considerando as peculiaridades existentes na maioria das cidades do país quanto ao não cumprimento integral dos parâmetros estabelecidos na LEP, a exemplo a ausência da Casa de Albergado como estabelecimento próprio ao feito.

Assim, partir-se-á da seguinte problemática: “Em que medida a função preventiva da pena, sob o critério geral e especial, é prejudicada ante a não concretização das diretrizes dispostas na Lei de Execução Penal pertinentes ao cumprimento de pena em Regime Aberto?”

A pesquisa busca analisar, como objetivo geral, a conceituação da finalidade preventiva da pena, sua aplicabilidade/efetivação, os critérios de prevenção, bem como se há o efetivo alcance visado pela norma em relação ao regime aberto.

Para tanto, como objetivos específicos, o estudo pretende verificar de que forma se dá o cumprimento de pena quando ausentes os requisitos exigidos em lei à referida modalidade, bem como perpassar pelas peculiaridades de cada regime da Lei

de Execução Penal, com enfoque no regime aberto, por meio de análise jurisprudencial e doutrinária, além de explorar a evolução da pena e de suas funções no ordenamento jurídico até a concepção preventiva, de modo a relacionar com os dados obtidos para aferir sua incidência.

Como hipóteses deste trabalho, sugere-se que o não cumprimento integral das diretrizes estabelecidas na Lei de Execução Penal quanto ao regime aberto, o que se verifica ante a ausência da Casa de Albergado na maioria das Comarcas do país, bem como a inobservância das demais diretrizes legais pertinentes aos regimes fechado e semiaberto, notadamente quanto ao sistema de progressão, gera prejuízos à efetivação da função preventiva geral e especial da pena, na medida em que descredibiliza a efetividade do sistema penal e o caráter intimidador da sanção perante a sociedade, fomenta o fenômeno da reincidência e não se mostra suficiente aos processos de ressocialização e inocuidade visados por esses critérios.

Pertinente à abordagem da pesquisa, esta será qualitativa, buscando-se, através da análise do contexto histórico, das leis e dos estudos produzidos na área em referência, aprofundar o conhecimento do tema, utilizando-se, para tanto, o método de investigação dedutivo, analisando-se o geral para chegar a conclusões particulares, de forma a construir um conhecimento específico sobre o objeto principal. No mais, também terá abordagem quantitativa, eis que serão colhidos dados numéricos em sistemas de informações públicos pertinentes ao sistema carcerário no Estado do Pará, de modo a relacionar as informações com o objeto principal do trabalho.

Quanto à metodologia de pesquisa aplicada, utiliza-se a revisão bibliográfica, baseada na análise de leis, jurisprudências, livros, artigos e textos de caráter científico produzidos sobre o tema da Execução penal, as diretrizes de cada regime de cumprimento de pena em regime aberto, bem como estudos sobre a temática da função preventiva da pena e de seu papel no decorrer dos tempos, razão pela qual o presente trabalho se propõe a fazer um breve excuro histórico antes de enfrentar o tema.

No que tange ao referencial teórico, este trabalho se pauta principalmente nas lições de Cezar Roberto Bitencourt, Rogério Greco, Rogério Sanches Cunha, Guilherme de Souza Nucci, bem como nas lições de Jakobs, Roxin, Boschi, Sérgio Salomão Shecaira, Jorge Figueiredo Dias, dentre outros, buscando entender o processo histórico da finalidade da pena nas sociedades, além de explorar o aspecto

normativo e jurisprudencial sobre a Execução Penal no Brasil.

No primeiro capítulo, será realizada uma abordagem introdutória acerca da evolução da pena e do Direito penal no decorrer dos tempos, inicialmente analisando as formas de punição no período de vingança penal, perpassando pela Grécia Antiga e pelos direitos Romano, Germânico e Canônico, até a chegada do período Humanista, sendo exploradas, nesse aspecto, a finalidade da pena nas respectivas Escolas penais.

No segundo capítulo, serão exploradas as teorias da pena de forma mais aprofundada, de forma a esclarecer e delimitar suas funções retributiva, preventiva e mista, apontando qual das vias o ordenamento jurídico brasileiro adota.

O terceiro e último capítulo analisará a Lei de Execução Penal brasileira, perpassando pelos princípios adotados pela legislação, pelas modalidades de regime no âmbito do sistema de progressão, com enfoque no regime aberto, a fim de verificar de que forma ocorre o cumprimento em tais modalidades, além de abordar a incidência dos critérios de prevenção penal de acordo com as peculiaridades da realidade do Estado.

Por fim, serão apresentadas as conclusões a que se chegou com o propósito de encerrar as ideias expostas nesta introdução.

2. A EVOLUÇÃO DA PENA E O DIREITO PENAL: BREVE ANÁLISE

É possível afirmar que as concepções acerca do significado de pena, bem como das teorias que visam explicar sua finalidade, mudaram, progressivamente, conforme a evolução do próprio Direito Penal, de modo que se pode construir cronologicamente – ainda que por uma questão didática –, os diversos posicionamentos sobre o papel exercido pela punição alinhados aos respectivos períodos históricos da ciência penal.

O Estado, entendido em sua concepção formal, sempre utilizou a pena como forma de controle e como instrumento de organização da sociedade (PINTO; PRADO, 2014). As primeiras manifestações de pena na história, contudo, verificam-se na própria origem da civilização humana (MEDEIROS, 2011), antes mesmo da instituição do *jus puniendi* propriamente dito.

É sabido que nestas, a penalização detinha caráter predominantemente punitivo, cruel e desumano, de modo que se faz necessário analisar a evolução deste instituto a fim de entender a sua contribuição na construção do que se compreende por Direito Penal atualmente.

Por tal razão, necessário abordar, de forma breve, o excursus histórico da pena antes de enfrentar o objeto principal deste trabalho, a fim de estabelecer o entendimento a respeito dos seus diversos papéis exercidos pela construção da ciência penal como se tem atualmente.

2.1 Da Vingança Penal

Para a doutrina majoritária, a história do Direito Penal, primativamente, inicia-se com a fase da vingança penal, a qual se subdivide em divina, privada e pública.

No período da vingança divina, a punição do infrator se dava pelo sacrifício de sua própria vida como desdobramento do desagravo às manifestações divinas (BITENCOURT, 2020).

Nesses termos, conforme explana Cunha (2017), as sociedades primitivas, influenciadas por misticismos e crenças em seres sobrenaturais, puniam o membro do grupo social que descumprisse regras que pudessem vir a ofender os chamados “*totens*”, divindades com poderes infinitos que regiam a vida da comunidade. Sob o fundamento da vontade divina, portanto, “a pena assumia caráter cruel, desumano e degradante” (CUNHA, 2017, p. 43), o que se perdurou por um longo período.

A exemplo disso, tem-se que a manutenção do teor de crueldade da pena pode ser observada na fase da vingança privada, na qual, a reação punitiva, em um primeiro momento, permaneceu a par do grupo social, entretanto, não mais fundamentada no sobrenatural, mas notadamente na ideia de proporcionalidade. A aplicação da pena neste período, conforme escreve Bitencourt (2020), causava, muitas vezes, a completa dizimação de grupos, a depender de quem teria cometido a infração:

Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), deixando-o à mercê de outros grupos, que fatalmente o levariam à morte. Quando, no entanto, a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue”, verdadeira guerra grupal (BITENCOURT, 2020, p. 89)

À medida em que a sociedade aprimorava seu sistema de organização, no entanto, mesmo sendo mantida a finalidade de vingança da pena (CUNHA, 2017), surgiu a Lei de Talião, instituindo a reação proporcional ao mal praticado.

Destarte, considerada o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima até aquele momento, esse sistema normativo compôs a primeira tentativa de humanização da sanção criminal (BITENCOURT, 2020), a saber, a concepção de que a punição deveria ser aplicada tão somente àquele que infringiu a lei, não mais atingindo o grupo que este compunha de forma integral, de modo a apontar para uma crescente aprimoração da finalidade da pena, isto é, pautada na responsabilização pessoal.

Nesse contexto, o Estado passou a assumir, progressivamente, o poder-dever de punição (BITENCOURT, 2020), inaugurando a fase da vingança pública.

Em que pese a referida mudança, isto é, passa-se a vigor o protagonismo estatal na garantia da ordem e da segurança social, a pena manteve “seu aspecto cruel e violento, transcendendo, em alguns casos, a pessoa do culpado, atingindo descendentes por diversas gerações” (CUNHA, 2017, p. 44).

Fato é que o surgimento da pena pública, conforme escreve Cunha (2017), ao assumir como função primordial a proteção do próprio Estado e da figura do Soberano, passou a gerar novas perspectivas à finalidade do ato de punir a partir de então. Noutras palavras, cresceu, ainda mais, uma preocupação maior acerca das consequências e impactos inseridos na penalização dos indivíduos, a respeito do que já vinha acontecendo desde o período da vingança privada.

Para Greco (2015), tal premissa pode ser denotada com o surgimento de

formas alternativas de resolução de conflitos, mais especificamente a *compositio*. Nesta, o infrator comprava sua liberdade, isentando-se do castigo (BITENCOURT, 2020), sendo largamente aceita na sua época, ao que, segundo o referido autor, foi um dos antecedentes da concepção de reparação presentes no Direito Civil e nas penas pecuniárias do Direito Penal.

2.2 “Novos” Paradigmas da Finalidade da Pena

A análise da finalidade da pena em sociedades mais organizadas perpassa, necessariamente, pela abordagem de sua aplicação nos períodos anteriores à Idade Moderna. Compreender como se deu a transição de um modelo para outro é significar a própria mudança de pensamento em relação ao tratamento dado ao infrator e às consequências da penalização à sociedade.

Assim sendo, estudar os modelos de punição na Grécia Antiga, bem como no direito Romano, Germânico e Canônico é fundamental para se entender de que forma a finalidade visada pela pena evoluiu até a chegada de sua concepção preventiva, objeto análise deste trabalho, o que será feito a seguir.

2.2.1 Direito Penal na Grécia Antiga

Após os períodos de vingança privada e de vingança divina, numa terceira época denominada “histórica” (GRECO, 2015), a pena passou a comportar fundamento moral e civil apoiado na estrutura do período político daquele momento (CUNHA, 2017).

Na Grécia Antiga, tal preposição pôde ser melhor visualizada, principalmente quanto à evolução nos aspectos relacionados à individualização e à responsabilidade, porquanto, neste momento, começaram a surgir questionamentos acerca da finalidade da punição, conforme mencionam Smanio e Fabretti (2012, p. 15, apud CUNHA, 2017, p. 45, grifos do autor):

Não se pode olvidar que os filósofos gregos trouxeram à tona questões geralmente ignoradas pelos povos anteriores, como, por exemplo, qual seria a razão e o fundamento do direito de punir e qual seria a razão da pena. As opiniões mais conhecidas são de Platão e Aristóteles, o primeiro nas *Leis* e *Protágoras*, o segundo na *Ética à Nicomaco* e na *Política*.

Nesse contexto, tem-se duas concepções inovadoras trazidas pelas ideias de Platão e Aristóteles, no que se refere ao direito penal na Grécia Antiga, sendo

estas, respectivamente, a antecipação da finalidade da pena como meio de defesa social, isto é, como instrumento não somente restrito à punição propriamente dita, mais à intimidação para coibir novas práticas delituosas, e a ascendência do livre-arbítrio, apontando o que viria a ser o começo dos estudos sistematizados acerca da culpabilidade (BITENCOURT, 2020).

Sob esse novo viés, ainda que prematuramente, pode-se observar indícios de caráter preventivo na punição, contudo, referencia-se que a pena permaneceu abrangendo as características das fases anteriores, inspirando-se no sentimento religioso (BITENCOURT, 2020).

Ainda nos ensinamentos de Platão, a pena era visualizada como “uma espécie de remédio” (CUNHA, 2017, p. 45) em resposta ao que o filósofo denominava como “doença da delinquência”. Sob essa perspectiva, conforme escreve Cunha (2017), a finalidade alçada pela penalização era intimidar não somente quem cometia a falta, mas também aos demais indivíduos, buscando, assim, um efeito social como resposta.

Ainda, o legado deixado por Platão no que se refere ao entendimento à finalidade da punição, incidiu diretamente aos estudos de Protágoras e Epicuro, tendo o primeiro reafirmando que a pena visava a intimidação do autor e da sociedade, e o segundo, que o Estado deveria se utilizar da penalidade quando necessário (CUNHA, 2017).

Por fim, sobre o Direito Penal na Grécia Antiga, é importante mencionar a ideia basilar de Aristóteles, consistente na concepção de que “a educação era a base para evitar o delito, e que a sensação da impunidade também podia conduzir a pessoa à prática do crime” (CUNHA, 2017, p. 45), a qual influenciou notoriamente os estudos sobre a função preventiva da pena como se entende hoje.

2.2.2. Direito Penal Romano

De outro lado, já adentrando às bases do Direito Romano, observa-se que o caráter religioso, como resquício do período da vingança divina, ainda pôde ser aferido na aplicação da pena, mantendo o caráter cruel nas penalizações, notadamente no período de fundação de Roma (753 a.C.).

Nas palavras de Bitencourt (2020, p. 91):

Ainda nos primeiros tempos da realeza surge a distinção entre os crimes públicos e privados, punidos pelos *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente.

Crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), enquanto os demais eram crimes privados — *delicta* — por constituírem ofensas ao indivíduo, tais como furto, dano, injúria etc. O julgamento dos crimes públicos, que era atribuição do Estado, através do magistrado, era realizado por tribunais especiais, cuja sanção aplicada era a pena de morte. Já o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício. Os crimes privados pertenciam ao Direito privado e não passavam de simples fontes de obrigações. Na época do império surge uma nova modalidade de crime, os *crimina extraordinaria*, ‘fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto’.

Com a divisão pela natureza do crime e respectiva delimitação da forma de punição de acordo com esta, sem olvidar outras estruturas de Direito — como a do “*pater familiae* (aplicação de punições conforme a conveniência deste líder) e a *Lex Valeria*, julgamento popular feito em praças públicas” (CUNHA, 2017, p.46) —, o Estado passou a assumir o poder de punição, entretanto, com certas limitações, principalmente após a vigência das *leges Corneliae* e *Juliae*, “as quais exigiam que os crimes estivessem previamente catalogados.” (FRAGOSO, 1985, p. 29, apud BITENCOURT, 2020, p. 92).

De mais a mais, é certo que neste período a pena detinha caráter essencialmente retributivo (Bitencourt, 2020), em que pese as referidas mudanças.

2.2.3 Direito Penal Germânico

Pode-se visualizar no Direito Germânico, “considerado pela doutrina fonte do Direito Penal de Transição” (CUNHA, 2017, p. 46), ainda, a forte influência do período da vingança penal, que determinava a espécie de penalidade a ser aplicada de acordo com a conduta do infrator.

Quanto ao ponto, faz-se importante destacar a lição de Greco:

Os problemas penais eram resolvidos pela vingança ou pela perda da paz (*friedlosigkeit*). O agente infrator era colocado fora da proteção jurídica do grupo a que pertencia, podendo ser perseguido e morto por qualquer pessoa (GRECO, 2015, p. 21)

Complementa, ainda, o autor:

O direito aplicado a cada indivíduo variava de acordo com o grupo a que efetivamente pertencia. Aos poucos, o contato com o mundo romano fez com que esse direito consuetudinário fosse sendo modificado, uma vez que Roma

prezava suas leis escritas. As ordálias, ou juízos de Deus, foram amplamente utilizadas pelo Direito Penal germânico durante toda a Idade Média, onde eram consideradas uma espécie de prova judiciária utilizada para a determinação da culpa ou mesmo da inocência dos acusados. A palavra “ordália” tem o significado de um julgamento no qual não existe interferência dos homens, pois seu resultado depende exclusivamente de Deus. O acusado, portanto, deveria provar sua inocência se submetendo a diversas provas, a exemplo de segurar, durante determinado tempo, uma pedra incandescente ou colocar suas mãos dentro da água fervente. Se suportasse o sofrimento, significava que era inocente e que Deus o havia absolvido; caso contrário, estaria comprovada sua culpa (GRECO, 2015, p. 21)

Tal como em períodos anteriormente mencionados, a *compositio* também foi largamente aceita no âmbito do Direito Penal Germânico, principalmente com a instalação da Monarquia (Bitencourt, 2020). Conforme explana Greco (2015), a vingança de sangue (*blutrache*) era entendida como forma de resposta obrigatória à prática, sendo superada pela composição progressivamente, que passou a ser legal.

Compreende-se, entretanto, pela análise do sistema jurídico em questão, inicialmente, que não havia a vigência dos institutos de dolo e culpa, culpabilidade e outros introduzidos pelo Direito Romano, conforme escreve Bitencourt (2020). Neste, em contrapartida, preponderava a responsabilidade objetiva, importando o resultado causado em detrimento do comportamento humano, o que foi sendo superado somente com a influência dos institutos jurídicos romanos.

2.2.4. Direito Penal Canônico

No Direito Penal durante a Idade Média, por volta do ano 476 d. C., quando houve a queda do Império Romano, ocorre, em um primeiro momento, um retrocesso às formas de punição. Nas palavras de Cunha (p. 47, 2017):

[...] Volta-se à ideia do Direito Privado e da vingança na fixação da pena ao infrator. A composição é possível, mas pode gerar a pena capital se o infrator não consegue indenizar a vítima. Na realidade, trata-se de um reflexo do Direito Germânico primitivo, que pode ser dividido em duas etapas: a época germânica e a época franca (monarquia franca – 481 d.C.). Apenas com a evolução e a intervenção dos reis na fixação das penas é que surgem as ideias de penas públicas; surge também a ponderação entre a possibilidade de o ofendido aceitar a composição civil e a necessidade de o rei impor a pena pública.

As penas, a despeito do fim do Império Romano, passam a concretizar verdadeiras barbáries (CUNHA, 2017), porquanto, no período, o delinquente passa a ser inimigo do Estado, ao que merece tratamento proporcional à sua condição, endossando o caráter disciplinar da pena (BITENCOURT, 2020).

Somente com a vigência do Direito Canônico, com fortes raízes no Cristianismo, e conseqüente enfraquecimento do poder estatal, é que a pena passou a ser medida com base na gravidade da intenção, conforme elenca Cunha (2017). Ocorreu, nesses termos, uma verdadeira estruturação das competências nos julgamentos de acordo com a classificação dos delitos, conforme lição de BITENCOURT (2020, p. 95):

A classificação dos delitos era a seguinte: a) *delicta ecclesiastica* — ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* — lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam as sanções comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* — violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativae*.

De outro lado, conforme elenca Bitencourt (2020), denota-se uma importante contribuição do Direito Canônico no surgimento da prisão moderna no que se refere à reforma do delinquente, a qual teve influência direta dos valores cristãos incorporados preponderantes à época. A punição, a este momento, procurou corrigir e reabilitar o delinquente, pautando-se nas ideias de fraternidade, redenção e caridade (BITENCOURT, 2020), valores basilares da Igreja.

Nesse sentido, a pena no referido período tinha por preocupação reabilitar o delinquente, de modo que se pode afirmar a incidência de uma individualização no tratamento ao infrator.

2.2.5. A Pena no Período Humanitário

Conforme alhures mencionado, a pena adotou diversas concepções conforme a organização e evolução da estrutura social, exercendo ora função unicamente punitiva, ora intimidadora, revelando, pois, em certos períodos, as primeiras manifestações de sua finalidade de prevenção. Contudo, não há que se negar que o destino a ser alcançado por esta, até então, era a intimidação pura (NUCCI, 2014), o que somente sofreu mudanças a partir do período Iluminista.

Nesse sentido, dita o professor Greco:

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora, necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que

pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição” (GRECO, 2015, p. 24)

Com o início do século XVIII, o nascimento do jusnaturalismo e a consequente consolidação do Estado Moderno, o ser humano passou a ser visualizado sob uma perspectiva diferente dentro da ótica penal, assumindo posição de sujeito com direitos inatos à sua condição.

A primeira sistematização dessa corrente foi feita com os pensadores clássicos do “século das luzes”, quais sejam, Thomas Hobbes e John Locke, os quais “pregavam a contraposição à justiça absoluta, indicando que a finalidade da pena era a manutenção da obediência da população a um determinado regimento e a segurança comum” (CUNHA, 2017, p. 49), e, posteriormente, Montesquieu, cuja teoria voltou-se a ressaltar a proporcionalidade das penas e da legislação prévia ao delito.

Esse conjunto de princípios, entretanto, não aboliu determinadas modalidades de punição — heranças dos períodos anteriores e que perduram até os dias atuais —, como a pena de morte por exemplo, mas fez com que fossem repensadas as formas com as quais estas eram aplicadas, a despeito da crueldade que vigorava até então, conforme explana o professor Greco:

[...] algumas formas de aplicação foram sendo aperfeiçoadas, com a finalidade de trazer o menor sofrimento possível ao condenado, como ocorreu com a utilização da guilhotina, sugerida por Ignace Guillotin, pela primeira vez no dia 25 de abril de 1792, que consistia em fazer com que a morte ocorresse rapidamente por meio de um golpe seco, produzido por uma lâmina afiadíssima e pesada, que pendia sobre a cabeça do executado (GRECO, 2015, p. 24).

Com efeito, sob influência desses teóricos, “surgem as grandes ideias sobre a soberania da lei, sobre a defesa dos direitos subjetivos e sobre as garantias necessárias no processo penal e sobre a oportunidade de racionalizar as penas” (CALDEIRA, 2004, p. 267).

Houve, assim, a chamada modernização do Direito Penal, marcada pelas contribuições de Beccaria, Bentham, Filangieri e Pagano, “grandes pensadores iluministas e elaboradores de princípios iluminados no projeto de uma sociedade baseada na razão” (CALDEIRA, 2009, p. 267), instituindo-se, a partir desse momento, uma “nova ordem garantista, principiológica e moderna” (BOSCHI, 2011, p. 87).

Com efeito, as penas privativas de liberdade passaram a se desenvolver de forma cada vez mais significativa em face das penas corporais, sendo buscado na imposição dessa modalidade os ideais vigentes à época.

2.3. Escolas Penais

Ainda a respeito da construção histórica da finalidade da pena, faz-se necessário perpassar pelas divisões teóricas delineadas a partir das chamadas Escolas Penais. Abordar as diferenças dentre as principais é, de certa forma, compreender os modelos atuais construídos e desenvolvidos por essas correntes, o que se passa a fazer a seguir.

2.3.1 Escola Clássica

O primeiro lineamento teórico da pena estatal, cujas vertentes passaram a se organizar nas denominadas Escolas Penais, surgiu com a instituição da Escola Clássica.

Fortemente marcada pela influência iluminista, notadamente quando já consolidada, no século XIX, a Escola Clássica tem por principal característica a projeção dos ideais do humanismo racionalista sobre seu arcabouço teórico (SHECAIRA, 2004), de modo que houve a consolidação do livre-arbítrio como parâmetro à aferição da responsabilidade penal (NUCCI, 2017).

Conforme escreve Greco (2015), o livre-arbítrio pode ser compreendido como a capacidade que o agente possui para decidir a adoção de um comportamento lícito ou ilícito. Esse poder de escolha, por óbvio, permite a responsabilização daqueles que optaram pelo agir ilícito, já que escolhido de forma livre e soberana.

O crime, a partir dessa perspectiva, adotou caráter fortemente moral, e a pena como resposta estatal e meio de tutela jurídica (BITENCOURT, 2020), por conseguinte, assumiu função de retribuir, à proporção, o mal causado pela prática da infração.

Shecaira (2004) ressalta que a pena, para os clássicos, era a reparação do dano causado pela violação de um contrato (o contrato social de Rousseau). Sobre o ponto, menciona-se a seguinte constatação sobre o objetivo da pena para a Escola Clássica:

O primeiro objetivo da pena é a restauração da ordem externa da sociedade, que foi violada pelo crime, produto de uma vontade livre e consciente. E, como o crime tem sua essência na violação do direito, a sua repressão

também, surgindo do direito, deverá ter como razão fundamental a tutela jurídica ou defesa do direito (BITENCOURT, 2020, p. 117).

Em que pese não ser esta corrente composta de ideias unificadas entre seus pensadores, é fato que seus elementos teóricos foram utilizados como base para os modernos sistemas jurídicos-penais, consolidando princípios como, conforme cita Greco, “da necessidade e da suficiência da pena, utilidade, prevenção geral e especial, *in dubio pro reo*, publicidade dos julgamentos, presunção de inocência” (GRECO, 2015, p. 49), como também, principalmente, a progressiva superação da punição de caráter aflitivo em prol da privação da liberdade como modalidade principal.

Assim, a privação como forma de penalidade, conforme ressalta Greco (2015), pode ser entendida como uma modalidade relativamente recente. Ainda, para o referido autor, “na comparação entre o mal da pena e o benefício a ser alcançado pela prática da infração penal, aquele teria de ser um fator desestimulante ao agente” (GRECO, 2015, p. 51).

Noutras palavras, verifica-se que, mais do que um sistema compensatório ou meramente retributivo, a Escola Clássica apresentou a função preventiva, geral e especial, aplicada em um modelo de punição que não mais se limitava tão somente ao castigo do infrator. A pena, pois, passou a representar como finalidade última o bem social, de modo que a garantia do restabelecimento da ordem, materializada pela tutela da lei jurídica, era a razão de sua legitimidade, o que representava uma verdadeira manifestação das bases da função preventiva geral.

De mais a mais, a Escola Clássica passou a ser amplamente criticada, eis que os doutrinadores clássicos, nos termos da lição de Bitencourt, “limitavam o Direito Penal aos extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa” (BITENCOURT, 2020, p. 117), bem como por se pautarem em um direito teoricamente absoluto, o que, sabe-se, não condiz com a realidade, mormente com a evolução social, a qual necessariamente acarreta mudanças na estrutura jurídica de sociedades organizadas, sendo progressivamente substituída, em um lineamento teórico, pela Escola Positiva.

2.3.2 Escola Positiva

A Escola Positiva consolidou-se com a publicação do livro “O homem delinquente”, de Cesare Lombroso, em 1876, fincando a separação, em definitivo,

com os ideais classistas instituídos até então. Superando-se o conceito de livre-arbítrio, o criminoso passa a ser o centro dessa corrente, de modo que é ele o responsável pelas mazelas sociais, porquanto, para os positivistas – notadamente os seguidores da antropologia social –, o homem seria um “criminoso nato”, em termos biológicos (NUCCI, 2017).

Quanto à representação do “criminoso nato” para os positivistas, faz-se importante destacar a lição de Shecaira (2004):

O criminoso nato em ambos os sexos era considerado um espécime retardatário de formas que a humanidade já superara. Existem tais formas em face da existência do atavismo, em vista de certas anomalias anatômicas e psicológicas serem características desses criminosos. Por ser o delinquente um subtipo humano, seu estudo é prioritário, estando a análise do criminoso acima do relevo que se possa atribuir ao estudo do crime, abstratamente considerado (SHECAIRA, 2004, p. 98)

Assim sendo, pressupondo-se que o homem nasce biologicamente criminoso, o crime seria algo inevitável à sociedade, razão pela qual a punição abandonou o caráter moral e adquiriu, como principal fundamento, a defesa social (NUCCI, 2017). Sendo o delinquente incorrigível, portanto, não caberiam as sanções morais, mas sim as previamente estabelecidas.

Também visando a proteção do corpo social, e diferenciando, nesse sentido, o tratamento entre os infratores, afere-se que a Escola Positiva utilizava a penalização para recuperar os criminosos recuperáveis. Ou seja, não obstante o criminoso seja indesejado em uma sociedade ideal, a pena era uma forma de restaurá-lo de modo a possibilitar que este conviva no campo social, já que não se poderia simplesmente eliminar, de maneira permanente, o indivíduo cuja correção seria possível.

Nesse contexto, a punição pela proporcionalidade do ato, que era priorizada pela Escola Clássica, deixa de ser propagada no viés positivista, conforme pode se compreender do estudo de Cunha:

A concepção retribucionista da pena até então trazida pela Escola Clássica, com algumas intervenções como a de Feuerbach, passa a ser combatida com a introdução de um sistema de ‘prevenção especial, com base no estudo antropológico do homem delinquente e do crime como fato social, retornando à ideia de defesa social acentuada à época do Iluminismo’” (CUNHA, 2017, p. 52).

O determinismo biológico, por se pautar em caracteres físicos e psíquicos específicos nos indivíduos de modo a identificar e diferenciar o criminoso influenciou aspectos na individualização da pena, sendo possível afirmar que tal postulado é, atualmente, visualizado como um dos princípios basilares do Direito Penal, a exemplo da utilização de elementos como a personalidade e a conduta social do delinquente na cominação da pena.

2.3.3 Outras Escolas

De forma inevitável, várias vertentes teóricas surgiram, progressivamente, após o surgimento das Escolas Clássica e Positiva. É válido referenciar, todavia, que nenhuma atingiu, com efeito, o grau de consistência daquelas (NUCCI, 2017), de modo que não se constatou nenhuma inovação considerável no estudo da pena, visando ora conciliar, ora tomar parte de um posicionamento.

É o que nos alerta Shecaira (2004):

Todos os autores viam, no adotar uma das posturas, uma necessidade imperiosa de sobrevivência intelectual. Ou se era clássico, ou positivista. O máximo que se permitia era ter uma opinião distinta das ditas escolas, criando uma terceira, cujo pensamento não deixava de ser o resultado da tomada de postura ora coincidente com uma delas, ora com outra. As tentativas não eram de superação daquelas perspectivas, mas sim de posicionamento em face daqueles pensamentos. (SHECAIRA, 2004, p. 127).

Como primeira característica notável em comparação às vertentes preexistentes, as Escolas Críticas ou Ecléticas propagavam a ideia principal de que a pena tinha por finalidade a defesa social, assemelhando-se, nesse aspecto, à Escola Positiva. Diferenciam-se desta, nitidamente, na aceitabilidade de que os chamados “loucos” não eram indivíduos irrecuperáveis, humanizando, de certa forma, o tratamento destes.

A despeito das vertentes ecléticas não possuírem ideias uniformes, nesse sentido, cabe aqui ressaltar as que se destacaram, de maneira mais incisiva, na tentativa de conciliação entre os ideais clássicos e positivos, a saber: a Terza Scuola Italiana, a Escola Alemã, a Escola Correccionalista, a Escola Técnico-jurídica e a Escola da Defesa Social.

A Terza Scuola Italiana, também conhecida como Escola Crítica, conforme escreve Bitencourt (2020), retomou a ideia de responsabilidade moral, remetendo aos ensinamentos dos clássicos. Em contrapartida, essa responsabilidade não se pautava

mais ao livre arbítrio, sendo influenciada, nesse ponto, pela Escola Positiva, com o chamado determinismo psicológico (BITENCOURT, 2020), do que se afere a tentativa de conciliação entre as correntes opostas. O crime, nesse sentido, era tido como um “fenômeno individual e social e a pena visava à defesa social, embora tivesse um caráter aflitivo” (CUNHA, 2017, p. 52).

A Escola Moderna Alemã, por outro lado, teve como enfoque a neutralidade, a qual, de acordo com SANTOS (2014), era visualizada na dualidade entre livre-arbítrio e determinismo. Nesse ínterim, a pena, conforme elenca o referido autor, “detinha caráter intimidativo, para os delinquentes normais, e de medida de segurança, para os perigosos” (SANTOS, 2014, p. 18), mantendo-se, assim, a individualização, elemento propagado pela Escola Positivista, bem como a utilização da punição como instrumento de defesa (CUNHA, 2017).

Surgida na Alemanha, em 1839, a Escola Correccionalista instituiu como finalidade da pena “a correção à injusta e perversa vontade do criminoso” (MASSON, 2020, p. 75). Diferentemente da concepção clássica, entretanto, essa resposta não poderia ser fixa, tampouco caracterizada como repressão ou punição, mas voltada estritamente à ressocialização do criminoso. De mais a mais, é de se notar o predomínio da função preventiva especial – qual será abordada em tópico próprio posteriormente –, buscando-se a recuperação dos delinquentes, sem exceção (MASSON, 2020).

A Escola Técnico-jurídica, por sua vez, foi um importante movimento no sentido de provocar mudanças metodológicas ao Direito Penal. Nas palavras de Masson, “o mérito do movimento, atualmente dominante na Itália e abraçado pela maioria das nações, foi excluir do Direito Penal toda carga de investigação filosófica, delimitando-os aos ditames legais” (MASSON, p. 76, 2020).

Assim, fortemente marcada pelo viés positivista, o Tecnicismo Jurídico sustentava o Direito Penal como ciência autônoma a partir de um critério propriamente jurídico (BITENCOURT, 2020), de modo que se pode aferir a incidência da exegese na aplicação da ciência penal. No mais, a pena, para o referido movimento, constituía uma reação e uma consequência do crime, adotando-se nessa perspectiva a função preventiva geral e especial, de acordo com Bitencourt (2020).

A Segunda Guerra Mundial foi um marco à delimitação dos novos Estudos de Direito Penal (NUCCI, 2017), de modo que a Escola da Defesa Social, surgida no

início do século XX, passa a criticar a Escola Positiva e a ênfase dada por essa corrente à

Em termos de política criminal, tem-se que a Defesa Social foi a primeira a traçar postulados de influência progressista na aplicação da pena (NUCCI, 2017). Reconhecendo a prisão como um mal necessário à readaptação do delinquente, a referida Escola institui a pena como uma reação da estrutura social em prol do cidadão, tendo por finalidade, assim, a proteção do coletivo das ações delituosas. Portanto, a ressocialização do criminoso, conforme ressalta Cunha (2017), era, antes de tudo, uma atribuição da própria sociedade.

Nesse contexto, percebe-se que a finalidade da pena, a partir do conjunto de correntes apresentadas, passa a incluir, também, uma forma de controle social, seja este exercido pelo Estado ou pela própria coletividade. Essa aceção provocou avanços nos estudos da Criminologia e da Política Criminal a respeito das teorias da pena, de modo a afastar, quase que de forma definitiva, a incidência da punição estritamente como castigo cruel ou aflitivo em face do infrator nas sociedades ditas como modernas.

É válido referenciar que todo esse debate em torno dos aspectos da pena também ampliou as discussões quanto à sua utilização como instrumento de proteção estatal para além da finalidade unicamente direcionada ao criminoso. Destaca-se, nesse sentido, a discussão teórica entre Roxin, para o qual a pena tem por finalidade a proteção do bem jurídico delimitado pela norma, e Günther Jakobs, segundo o qual a pena tem como função precípua a própria proteção da lei penal. Essa discussão teórica será mais bem aprofundada no capítulo seguinte.

Ao momento, cabe ressaltar alguns aspectos mais precisos da teoria de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, desenvolvida em 1985, sobretudo pelo estabelecimento da supremacia do papel da pena nesta vertente.

Para o doutrinador alemão, certos tipos de infratores, por transgredirem a norma penal, não podem ser considerados como cidadãos, o que implica na incidência de penas mais rígidas como resposta estatal a essa violação e na supressão das garantias constitucionais próprias de um Estado Democrático de Direito.

Sobre o ponto, destaca-se o pensamento de Razaboni Júnior (2017, p. 43-44):

A teoria, originada de um pensamento funcionalista sistêmico fundado na racionalidade comunicativa, traz consigo uma distinção entre duas espécies de criminosos: a) os criminosos que têm suas garantias legais preservadas devido ao fato de terem praticados crimes de baixo grau ofensivo, assegurando-se-lhes sua preservação do status de cidadão e garantindo-se após o cumprimento da penalidade, permanecer com seus direitos e com a perspectiva de reintegração social (Direito Penal do Cidadão); b) os criminosos de alta periculosidade que cometeram ou possivelmente poderão cometer crimes de elevado teor ofensivo, e por conta disso sofreriam medidas de segurança próprias, ou seja, penas rígidas a fim de controlá-los, mesmo que de forma antecipada, suprimindo para isto garantias legais e processuais (Direito Penal do Inimigo).

As premissas basilares acima expostas decorrem principalmente da busca pela proteção da norma como finalidade da pena, sendo esta, no entendimento do teórico alemão, a única forma de pacificação social. Para tanto, observa-se que há uma flexibilização integral dos direitos do infrator, ponto este que é a principal crítica da doutrina contrária, sobretudo pelas razões estudadas alhures, quais sejam, a própria humanização do criminoso e o reconhecimento deste como sujeito de direitos na ordem jurídica.

Nesse ver, volta-se a priorizar o estudo da pena como direcionada ao criminoso, bem como suas implicações ao controle social, o que será melhor delineado a partir das teorias abordadas no capítulo a seguir.

3. DOS FINS DA PENA: TEORIAS SEGUNDO A DOUTRINA PENAL MODERNA

Diante das ideias expostas até o momento pelo presente trabalho, pelas quais observam-se as mudanças ocorridas nas finalidades visadas pela pena, reporta-se necessária uma análise mais aprofundada e específica das teorias que abordam a função desse instituto, de modo a compreender a aplicabilidade destas para além do campo teórico, isto é, no próprio ordenamento jurídico e no regime de execução penal adotado no Brasil, o que será feito nos tópicos que seguem.

3.1. Teoria Retributiva ou Absoluta

A teoria retributiva ou absoluta surgiu com a Escola Clássica do direito penal.

Como característica principal dessa corrente, como do próprio nome pode-se denotar, tem-se o exclusivo caráter de retribuição da pena, ou seja, de retaliação, “expição, reparação ou compensação do mal do crime” (DIAS, 2007, p. 45). Os eventuais efeitos secundários que dela possam advir, tais como a intimidação social, são meramente reflexos, porquanto a essência da penalização é castigar o infrator, de forma justa.

Sobre o ponto, é necessário repisar essa última premissa – “de forma justa” – pois, ao contrário do que se pode subentender, mormente pelo fato de os retribucionistas conclamarem a punição como fundamento basilar nesta corrente, a teoria absoluta não deve se compreender como reforço teórico à legitimação das penas cruéis ou o retorno da vingança penal. É o que explica Boschi:

Em suma: para a teoria da retribuição, a pena tem por fim castigar o criminoso, sem que se possa concluir que o castigo em si é o início e o fim último da pena. O próprio Kant, aliás, rejeitou esse extremo, ao vincular a imposição da pena à necessidade de realização da Justiça (BOSCHI, 2011, p. 89)

Dessa forma, diferentemente dos postulados vigentes no período da vingança privada, como a Lei de Talião, para a qual a retribuição ocorria em prol de uma compensação fática (DIAS, 2007), esta, na Teoria Absoluta, voltava-se à esfera normativa. Reside, na presente questão, a principal contribuição dos retribucionistas, a saber, a instituição da ideia de que a pena deveria ser uma resposta pautada na proporcionalidade à culpa, de maneira individualizada, conforme elenca Dias:

[...] Aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole eminente dignidade da pessoa (DIAS, 2007, p. 47)

Amplamente adotada pelos clássicos, a Teoria Retributiva foi criticada por diversos estudiosos. De acordo com Boschi:

A concepção da pena como retribuição sem limites atende muito bem aos interesses dos regimes totalitários, porque culmina por conferir um cheque em branco ao legislador para criminalizar e sancionar as condutas que bem entender e do modo como quiser, arrendando o interesse na discussão sobre o conteúdo ético que relaciona os fundamentos e os limites do direito de punir (BOSCHI, 2011, p. 90).

Por sua vez, Zaffaroni e Pierangeli (2011) afirmam sobre a retribuição:

Parece evidente que, como consequência dessas últimas colocações, se admita a possibilidade da reprovação e, portanto, a culpabilidade. O que não nos parece admissível é que a pena tenha por objeto retribuir a culpabilidade e, menos ainda, que esta seja o único limite da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.109).

De outro lado, Jorge Figueiredo Dias (2007, p. 48) escreve que “a doutrina da retribuição deve ser recusada pela sua inadequação à legitimação, à fundamentação e ao sentido da intervenção penal”. Adotando uma postura mais radical, o autor afirma que a Teoria Absoluta sequer aborda os fins da pena, que seriam justamente as implicações e efeitos desta à estrutura social.

Diante de todos os pensamentos expostos, verifica-se que a Teoria Absoluta é alvo de críticas por se limitar à definição de que a pena é, tão somente, instrumento de retribuição com base na culpa do infrator, desconsiderando outros fatores que necessariamente implicam consequências em sua aplicação. Não se pode olvidar, contudo, que essa corrente foi fundamental, ainda que de forma limitada, na imposição da sanção baseada na proporcionalidade, de modo que o Estado passou a aplicar a pena de forma utilitária e com zelo à justiça, superando a aplicação pelos particulares.

3.2 Teoria da Prevenção ou Relativa

Em pólo oposto à doutrina da retribuição, surgiu a teoria da prevenção ou

relativa.

Para essa teoria, a pena tem por finalidade a intimidação e a neutralização da prática de novos crimes, tendo por enfoque tanto o infrator como a sociedade, a depender da perspectiva analisada, isto é: se geral ou especial, se positiva ou negativa.

Em virtude desta subdivisão teórica delineada na própria doutrina utilitarista, é fundamental a compreensão individualizada de cada sentido, o que será feito nos subtópicos que seguem.

3.2.1 Prevenção Geral

Pelo critério da prevenção geral, a teoria relativa direciona a pena como instrumento de controle social propriamente dito, isto é, voltado aos próprios membros da comunidade. Nesse viés, procura afastar a ocorrência das infrações através da ameaça penal instituída por lei, pela sua aplicação e pela efetividade de sua execução (DIAS, 2007), qualificando-se, para tanto, em duas vertentes, quais sejam, a positiva e a negativa.

A positiva concebe à pena a função de reforçar a confiança e fidelidade dos indivíduos em relação ao ordenamento jurídico penal, o que, por conseguinte, assegura o cumprimento das normas. Pode-se afirmar que a pena, de acordo com esse critério é vista:

[...] como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequados às normas: neste sentido se fala hoje de uma prevenção geral positiva ou de integração. Nela se tornou comum distinguir diversos 'efeitos', nomeadamente o aludido 'efeito de confiança', o de 'aprendizagem' (resultante da demonstração dos custos do facto punível) e o de 'integração verdadeira e própria' (resolução do conflito social suscitado pelo crime)" (DIAS, 2007, p. 51)

A aplicabilidade da prevenção geral positiva, no entanto, é palco de diversos debates, mormente pelos estudos de Claus Roxin e Günther Jakobs, que se desdobram em teorias opostas.

Para Roxin, conforme cita Cunha (2017), o referido preceito é aplicável na medida em que se prioriza a incidência, na ordem jurídica, do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, bem como, para limitação da pena, do próprio postulado da culpabilidade, o qual se diferencia do previsto na teoria retributiva na

medida em que “se liga direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos” (DIAS, 2007, p. 52).

Trata-se, assim, de uma visão limitadora, a qual prega a mínima intervenção estatal.

De outro lado, Günther Jakobs, seguido de Welzel, parte do pressuposto de que a pena não possui função retributiva, e, adotando uma visão sistêmica, entende que esta não tem o condão de reparar qualquer dano social ocorrido. Desse modo, conforme referencia Cunha (2017), para o teórico, a pena não visa a proteção dos bens jurídicos – a despeito do que escreve Roxin –, mas tão somente garantir a vigência da norma.

Nesse sentido, escreve Cunha (2017, p. 53) em relação ao pensamento do referido autor:

[...] A pessoa que infringe a norma de maneira consciente assim age por não se importar com um comportamento adequado a ela, gerando um conflito social. Jakobs contempla a culpabilidade como demonstração da necessidade de punir, confirmando a obrigatoriedade da norma para a sociedade e para o infrator. Somente assim o cidadão terá ‘confiança na norma’, possibilitando uma interação social.

É de se anotar que ambas as visões, contudo, sofrem críticas. A corrente fundamentadora, adotada por Jakobs, é considerada fragilizada na medida em que não se pode esperar que a aplicação da pena faça emergir efeitos a serem sentidos pela sociedade. Sob essa concepção, afirma Nucci (2017) que a punição do condenado não pode ser utilizada para legitimar o respeito à norma, pois quem a sente, com efeito, é somente o próprio infrator.

Nesse sentido, percebe-se que a doutrina de Jakobs, no abordar da prevenção geral positiva, acaba por instrumentalizar o condenado, reduzindo-o a meio de intimidação coletiva em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, a vertente limitadora, defendida por Roxin, é questionada por restringir a finalidade da prevenção geral unicamente à proteção dos bens jurídicos, desconsiderando a necessidade de aplicação desse critério em relação à necessidade de respeito dos indivíduos à ordem jurídica, relegando, nas palavras de Bitencourt (2020), a premissa de convivência em qualquer tipo de agrupamento: o predomínio do coletivo sobre o individual.

Tem-se, a partir do exposto, que a prevenção geral positiva busca difundir

a concepção, na própria sociedade, da necessidade de respeito aos valores a fim de, noutras palavras, prevenir a prática de futuras infrações pela fiel obediência às leis, o que se materializa pela aplicação da sanção penal. É o prevenir pela integração.

Superado o viés positivo, passa-se a abordar a prevenção geral negativa, a qual prega a ideia de prevenir por intimidação. De acordo com essa vertente, o fato de ser uma pena aplicada ao infrator é o que enseja que as demais pessoas evitem cometer delitos. Parte do pressuposto, dessa forma, de que um indivíduo, ao ver o semelhante ser condenado por uma prática, assim a evitará.

É o que afirma Boschi, para o qual:

É, outrossim, negativa a prevenção, porque ao mesmo tempo em que se castiga o infrator dissuade-se os cidadãos “honestos” a não praticarem crimes de qualquer espécie com a ameaça da pena. A punição serve, então, para alertar os cidadãos de que também devem evitar o caminho do crime. Desse modo, ainda na base da teoria, castiga-se para que a sociedade, como um todo, puna o ofensor, permaneça em estado de alerta e reforce seu sentimento de confiança no direito (BOSCHI, 2011, p. 94).

Nesse sentido, percebe-se que a prevenção geral negativa acaba por instrumentalizar o condenado, reduzindo-o a meio de intimidação coletiva em detrimento da dignidade da pessoa humana, sendo este o ponto de crítica ao critério negativo.

3.2.2 Prevenção Especial

O critério da prevenção especial, que passou a ganhar espaço na segunda metade do século XIX, delimita a finalidade da pena como voltada à esfera do próprio delincente, isto é, não mais se dirige à estrutural social. Conforme o entendimento de Dias:

As doutrinas da prevenção especial ou individual têm por denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de actuação preventiva sobre a pessoa do delincente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes. Neste sentido se deve falar de uma finalidade de prevenção da reincidência (DIAS, 2011, p. 54)

Tal como o critério geral, a prevenção especial, a qual tem por principais nomes Feuerbach e Franz Von Litz, também se subdivide em positiva e negativa.

A positiva versa sobre a ressocialização do criminoso, isto é, a reinserção do sujeito ao convívio social. Conforme explica Nucci (2017), essa vertente objetiva

reeducar o preso transmitindo a estes valores a fim de impedi-lo de delinquir novamente.

É de se mencionar que a prevenção especial positiva destaca-se dentre as demais funções da pena, pois pode-se observar sua incidência em quase todas as doutrinas que tratam do assunto, inclusive na retributiva, na medida em que não se pode dirigi-la a segundo plano quando é dirigida ao próprio delinquente. Nesse sentido, afirma Dias:

O pensamento da prevenção especial – nomeadamente quando se assume como prevenção especial positiva ou de socialização – é decerto, a muitos títulos, tão prezável, quanto indispensável. Tal como se viu suceder com o pensamento da prevenção geral, ele revela desde logo uma particular sintonia com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos; pois não é outra coisa que se pretende senão aquela tutela quando com a pena se visa actuar sobre o delinquente no sentido da prevenção da reincidência. Ao que se acresce que o Estado só se afigura instância legítima para inflingir ao delinquente uma pena que de todo o modo constitui um mal quando a esse mal pode ser assacado carácter social-positivo, tal como se encontra no pensamento da socialização (DIAS, 2007, p. 56)

Conforme se extrai do escrito acima colacionado, a prevenção especial positiva se preocupa com a ressocialização – ou socialização – do criminoso, reconhecendo, nesse ver, o inevitável retorno daquele que cumpre pena à sociedade. Introduce, portanto, umas das principais problemáticas no cerne da Política Criminal atualmente, notadamente por se revelar, nas palavras de Santos (2014), como uma teoria de carácter humanista, que considera as particularidades dos indivíduos e permite uma melhor individualização do remédio penal.

Noutro giro, ainda com acento ao condenado, tem-se a prevenção especial negativa, a qual busca intimidar o agente através da segregação (inocuidade) para que este não volte a delinquir. Parte do pressuposto, dessa forma, de que, em cárcere, o criminoso deixa de prejudicar e colocar em risco a sociedade (NUCCI, 2017).

De acordo com Dias, fala-se em prevenção especial negativa nas seguintes hipóteses:

Para uns, a “correção” dos delinquentes seria uma utopia, pelo que a prevenção especial só poderia dirigir-se à sua intimidação individual: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, assim procurando atingir-se a

neutralização de sua perigosidade social (DIAS, 2007, p. 54).

Um ponto que merece atenção diante do pensamento exposto é o termo “correção”. Isso porque, em uma visão mais extremista da referida teoria, acredita-se que a prevenção especial negativa tem o condão de “reformatar moralmente” o criminoso por meio da atuação no tratamento das próprias tendências individuais que conduzem ao crime (DIAS, 2007). Para o autor:

Em definitivo, do que deve tratar-se no efeito de prevenção especial é, bem mais modestamente, de – com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico – criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes (DIAS, 2007, p. 55).

De mais a mais, a prevenção especial – tanto a positiva como negativa – é também criticada em suas proposições. Boschi (2011) afirma que tal critério, a título de exemplo, não indica se o propósito da pena seria evitar que o criminoso reincida pela mesma infração ou por outra qualquer. Igualmente, o autor elenca que, para muitos críticos, “a força intimidativa da pena não passa de dogma, haja vista criminosos habituais continuam cometendo seus ilícitos, muitas vezes como ‘modo de vida’” (BOSCHI, 2011, p. 95).

Outra crítica pertinente diz respeito ao papel que a prevenção especial confere à pena e ao Direito Penal, revestindo-os de finalidade educativa na medida, o que não os convém, porquanto o papel educativo é exercido pela sociedade civil, por meio das instituições de controle social informal, como a escola e a família.

Em que pese as críticas, não se pode negar que a razão para o fundamento da pena guarda, intrinsecamente, a finalidade de coibir futuros delitos, a despeito da inadmissibilidade de ser esta um instrumento, unicamente, de retribuição, conforme já afirmado anteriormente.

3.3 Teoria Eclética ou Mista

A partir das duas teorias referenciadas acima, surgiu uma terceira visando unificar ou conciliar as finalidades descritas em cada uma. Foi a denominada teoria eclética ou mista.

Em termos gerais, a teoria eclética funde as ideias de uma a outra, ora utilizando a retributiva como finalidade visada, ora utilizando a preventiva, não

deixando de considerar a autonomia de uma em face da outra. Conforme esclarece Dias (2007, p. 61):

Numa e noutra formulação estará presente a concepção da pena, segundo a sua essência – e nesta acepção primariamente – como retribuição da culpa e subsidiariamente como instrumento de intimidação da generalidade e, na medida possível, de ressocialização do agente. Concepção esta que pode de algum modo ligar-se a uma outra que se designa teoria diacrónica dos fins da pena: no momento da sua ameaça abstracta a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua veste retributiva; na execução efectiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial.

Para os ecléticos, todavia, as finalidades retributiva e preventiva são indissociáveis. Conforme escreve Cunha (2017, p. 422), “a teoria mista se utiliza do fundamento de que ‘a imposição da sanção penal é sempre um castigo e um meio para prevenir’”.

De outro lado, a teoria eclética sofre críticas quanto a visão unidimensional da pena, na medida em que ignora e não consegue abordar a complexidade dos fenômenos sociais existentes (MATTOS; MOREIRA, 2015).

Ademais disso, cabe referenciar que, por acolher a via retributiva dentre as finalidades da pena, a respeito do que já fora elencado em tópico próprio (*vide* tópico 3.1), acerca de que a teoria absoluta não pode ser aceita como teoria dos fins da pena, a concepção unificadora é também questionada nesse sentido pela doutrina, conforme explica Dias (2007, p. 61):

Porque, fazendo entrar na composição desejada, como quer que ela concretamente se estabeleça, a ideia retributiva, está a chamar para o problema das finalidades da pena um vector que, como procurou mostrar-se, não deve ser tomado em consideração neste contexto: a retribuição ou compensação da culpa não é nem pode constituir uma finalidade da pena. Nisto reside o essencial e decisivo da crítica global, não sendo outras considerações senão conseqüências decorrentes dessa proposição fundamental.

Não obstante os pontos controversos referenciados, sabe-se que a legislação brasileira, embora não adote expressamente nenhuma das teorias que tratam sobre a finalidade da pena, alinha-se à teoria mista, nos termos do art. 59 do Código Penal, *in verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do

crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940, ART. 59, grifo nosso)

Dessa forma, a partir da compreensão das teorias que tratam da pena e de sua função no ordenamento penal, é possível afirmar que o cumprimento de pena do condenado, no Brasil, deve se fundar nas duas finalidades previstas pelas respectivas teorias.

Com efeito, é o que busca a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), sobre a qual se debruçará o próximo capítulo, abordando o respectivo diploma legal, bem como as especificidades dos regimes de cumprimento de pena, com enfoque no regime aberto, a fim de ser analisada a incidência da função preventiva neste.

4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E A PREVENÇÃO PENAL

Diante das ideias expostas no capítulo anterior, notadamente a respeito da teoria adotada pelo Brasil – ainda que implicitamente –, qual seja, a teoria mista, faz-se necessário compreender os mecanismos e instrumentos que a Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal (LEP) se utiliza para abordar os referidos critérios, com enfoque na prevenção como finalidade a ser lastreada, ante ao objeto do referido trabalho.

4.1 Princípios

A Lei de Execução Penal brasileira (LEP), implementada em 11 de julho de 1984, é a disposição legal que regula toda as fases de cumprimento de pena do condenado, de acordo com as especificidades delimitadas na sentença condenatória. Nesse sentido, tem como objetivo, conforme prescreve o art. 1º da LEP:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984, ART. 1º).

Para alcançar os objetivos propostos acima, o referido diploma legal se funda em uma base principiológica que reproduz, em sua grande maioria, os postulados previstos implicita e explicitamente na Constituição, mas que se torna fundamental à preservação dos valores inclusos na legislação penal brasileira, buscando, em igual sentido, a finalidade preventiva da pena. A seguir, os principais princípios pertinentes ao tema, previstos na LEP, serão abordados.

4.1.1 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, genuinamente de natureza constitucional, dispõe que todos os sentenciados deverão receber tratamento igualitário, excetuando-se as exigências que dizem respeito à individualização da pena. Possui previsão no parágrafo único do art. 2º, da LEP, que prevê:

Art. 2 A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (BRASIL, 1984, ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO).

De outro lado, é válido referenciar que o referido postulado se limita por ele próprio, pois, a despeito da previsão acima, tem-se que os presos provisórios possuem tratamento diferenciado em relação aos condenados por sentença transitada em julgado, com base em critérios delimitados pela própria lei, a saber: pela natureza (se crime hediondo ou equiparado), pelo modo de execução (se cometido com violência ou grave ameaça à pessoa), ou se infração de natureza diversa das apontadas (BRASIL, 1984, ART. 84, §1º, I, II, III). Trata-se, no entanto, de diferenciação restrita ao campo processual, que não afeta os direitos fundamentais.

Pertinente é a crítica de Miranda ao abordar as problemáticas relacionadas ao princípio da igualdade, no âmbito da execução penal brasileira:

Infelizmente, a igualdade no Brasil é aplicada somente a uma classe de presos (e.g. furtadores, pequenos traficantes, roubadores de celular), enquanto que grandes traficantes e presos condenados por 'crimes do colarinho branco' conseguem 'regalias' dentro do sistema prisional (MIRANDA, 2019, p. 24)

Com efeito, a observância das disposições legais da LEP relacionadas ao princípio da igualdade incide diretamente na prevenção especial (positiva e negativa), sobretudo porque diz respeito à percepção do condenado em relação ao seu próprio tratamento em face dos demais sentenciados. Destarte, também envolve o critério de prevenção geral, eis que, acaso descumprido, a sociedade acaba por questionar ou até mesmo descredibilizar a efetividade das instituições.

4.1.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade se constitui, primariamente, como instrumento de proteção à pessoa sentenciada. Nos termos da Lei de Execução Penal, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984, ART. 3º), de modo que, ao mesmo tempo em que o postulado limita as garantias da lei em face do condenado – porquanto este, naturalmente, ao ser submetido à medida penalizadora, não mais desfrutará, em caráter absoluto, de todas as garantias a ele inerentes –, assegura que somente os direitos atingidos pela sentença ou pela lei sejam prejudicados.

De igual maneira, pode-se verificar o princípio da legalidade no art. 45, da do mesmo diploma legal, o qual dispõe que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar” (BRASIL, 1984, ART.45),

consolidando o princípio da reserva legal também em âmbito de execução penal.

É notório que no sistema carcerário brasileiro, contudo, a legalidade não é, respeitada em seus exatos termos. De acordo com Miranda (2019, p. 21), “Lamentavelmente, a realidade demonstra que o sistema carcerário está impregnado de ofensas aos direitos dos sentenciados não alcançados pela sentença. Essa triste constatação não só viola a dignidade do sentenciado, como o impele à reincidência”.

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da legalidade se liga diretamente ao critério de prevenção especial positivo e negativo no que tange ao condenado. Por conseguinte, gera impactos na sociedade, que passa a descredibilizar o ordenamento e a estrutura legislativa e judiciária do país em razão de não serem atingidos os objetivos propostos pela lei, incidindo com a função geral em seus critérios positivo e negativo.

4.1.3 Princípio da Humanização da Pena

Notadamente um reflexo do teor de crueldade presente nas formas de penalização pela história (*vide* capítulo 1), e sendo visualizado como medida a evitar o retrocesso ao tratamento punitivo que desconsiderava a dignidade da pessoa humana, o princípio da humanização da pena deve ser considerado como orientador de toda a aplicação da LEP.

A Constituição Federal (1988) prevê o princípio da humanidade das penas na medida em que estabelece ser assegurado ao preso o respeito à sua integridade, tanto física como moral. De igual forma, pode-se verificar a adoção do postulado em razão de a Carta Magna vedar penas de caráter perpétuo, de morte, de trabalhos forçados, banimentos e cruéis, além de assegurar, às presidiárias, o direito de permanecer com seus filhos pelo período da amamentação.

Nesse sentido, pelo referido postulado, entende-se que o condenado e a condenada são percebidos como sujeito de direitos, sendo, por conseguinte, portadores de todas as garantias constitucionais conferidas por um Estado Democrático de Direito, razão pela qual devem estas serem respeitadas.

Por tal razão, o tratamento humanizado aos condenados, sem dúvidas, é fator decisivo na recuperação do indivíduo. Noutras palavras, tem influência direta nos índices de reincidência criminal.

A exemplo disso, afora as comparações de cunho histórico, político e econômico, é fato notório que nos lugares onde existem sistemas carcerários com

melhor estrutura e voltados à proteção da dignidade da pessoa humana, de forma notória nos de países desenvolvidos, os índices de reincidência – e, por conseguinte, tratando-se da prevenção especial – são consideravelmente mais baixos.

Sobre o ponto, utilizando como exemplo a Suécia, elencam Bazzo e Sanchez:

No caso da Suécia outros fatores contribuíram para a redução da população carcerária, como adoção de penas alternativas, mas o que esses países têm em comum é o comprometimento com a reinserção do preso na sociedade. A ressocialização não é opcional, mas sim obrigatória nas unidades penitenciárias por lá. Nelas se dá o processo de recuperação do criminoso, que circula livremente entre os funcionários e é tratado dignamente. Além disso, a prisão proporciona inúmeras atividades como trabalho e lazer (BAZZO; SANCHEZ, p. 03)

Nesse sentido, não obstante a LEP prever, em seu texto, diversos instrumentos a fim de buscar a efetivação do referido postulado, mormente por observância à própria Constituição Federal, é de se verificar que a própria estrutura carcerária do Brasil prejudica a praticabilidade desse princípio, fator este reconhecido pela jurisprudência do STF, no julgamento da ADPF nº 347/DF em 2015, delimitando o chamado Estado de Coisas Inconstitucional, conforme ementa abaixo:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.
SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015, ADPF nº 347/DF)

Com efeito, não é outra a realidade do Pará, senão vejamos:

O que se observa, de fato, são presídios com estruturas antigas e inadequadas, superlotação, condições insalubres e indignas, exiguidade dos serviços prisionais (alimentação, asseio e higiene pessoais, vestuário, assistência jurídica, programas de reabilitação) que, conforme já afirmado, são “pratos cheios” para a proliferação das facções criminosas e arregimentação de novos integrantes. Situações essas que remontam ao estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário paraense, nos termos reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF (HERCULANO, 2020, p. 129)

Diante do exposto, verifica-se que a atual situação do sistema carcerário brasileiro constitui a própria razão de impedimento, em termos, da efetivação do princípio da humanidade da pena, na medida em que não confere meios suficientes a garantir a ressocialização do condenado nos termos da Carta Magna e da legislação infraconstitucional. Isso, por sua vez, acaba por prejudicar a prevenção especial positiva objetivada pela pena, conforme se verá adiante.

4.1.4 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena, cuja previsão inicial se pode aferir, como outrora mencionado, primariamente na teoria retributiva, e de forma mais incisiva sob o critério da prevenção, também pode ser verificada na fase de execução da pena.

A CF, em seu art. 5º, inciso XLVI, prevê o referido princípio delimitando que "a Lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação da liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos" (BRASIL, 1988, ART. 5º).

Por conseguinte, em respeito à hierarquia das normas, o princípio da individualização da pena está também delimitado no corpo da Lei de Execução Penal nos seguintes dispositivos: art. 5º, que determina a classificação dos condenados seja de acordo com seus antecedentes e personalidade; art. 82 §1º, pelo qual a condenada e o sentenciado maior de 60 anos serão recolhidos em estabelecimento próprio, de acordo com a sua condição pessoal; art. 83 §2º, que delimita que os estabelecimentos penais para condenadas possuirão berçário, a fim de que estas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (BRASIL, 1984).

Nesse contexto, o postulado tem por escopo a premissa de que o tratamento ao condenado deve ser feito de forma única e de acordo com o crime cometido, bem como considerando a personalidade e a conduta e demais particularidades pertinentes ao sentenciado. Conforme diz Miranda:

Cada sentenciado possui suas peculiaridades e se encontra em diferente situação processual, afinal, cada pessoa no sistema prisional se diferencia pela idade, data do início de cumprimento de pena, quantidade de pena, espécie de delito a que foi condenada, de modo que o legislador previu uma série de dispositivos legais destinados a cada situação (MIRANDA, 2019, p.

25)

Para o referido autor, o tratamento de forma individualizada gera consequências diretas ao cumprimento da prevenção especial positiva, sobretudo porque permite ao sentenciado alcançar o retorno harmônico à sociedade (MIRANDA, 2019).

4.2 Regimes de cumprimento de pena na Lei de Execução Penal

Para a análise da incidência dos princípios e demais normativas na busca pelo objetivo traçado pela Lei de Execução Penal – o qual, repise-se, trata da efetivação das disposições da sentença e de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado –, faz-se necessária a análise dos regimes aos quais são submetidos os sentenciados, de modo a compreender a estrutura do sistema penal brasileiro, sobretudo as falhas nele existentes.

Como já antecipado no tópico anterior, a realidade do cárcere brasileiro possui muitas problemáticas. Para isso, muitas são as razões apontadas: a omissão estatal; a falência do modelo de penalização atual; a carência de políticas públicas voltada às populações marginalizadas; a falta de investimento na estrutura carcerária, transvestida na superlotação de presídios e precariedade das instalações; a falha nas instituições de controle social.

Observa-se, contudo, que todas as hipóteses acabam por se redirecionar, de forma geral, ao não cumprimento das garantias em respeito à dignidade do preso, cuja importância à efetivação dos critérios de prevenção já foi amplamente debatida.

Para melhor ilustrar os fatos, a seguir, serão abordados, primeiramente, os regimes de cumprimento de pena Fechado e Semiaberto, a fim de compreender as consequências implicadas por ambos ao regime aberto, para, assim, realizar a análise do objeto principal do trabalho.

4.2.1 Regime Fechado

O Código Penal Brasileiro (CPB), em seu art. 33, §1º, alínea “a”, define:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança

máxima ou média (BRASIL, 1940, ART. 33, §1º, 'A').

Ainda, afere-se da leitura do §2º, alínea "a", do mesmo artigo:

[...] § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (BRASIL, 1940, ART. 33, §2º, 'A')

De pronto, da leitura das disposições legais, afere-se que o cumprimento de pena em regime fechado deve ser realizado em estabelecimento de segurança máxima ou média. Ademais, o condenado à pena superior a 8 (oito) anos, necessariamente, começará a cumpri-la nessa modalidade.

O regime fechado, portanto, é o que comporta maior rigidez em relação aos demais. Todavia, não deixa de se submeter ao sistema de progressão previsto na LEP, o que somente foi consolidado na ordem jurídica com a entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, dando nova redação ao art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), conforme disposição do art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna (MARCÃO, 2018).

Segundo a nova leitura, como destaca Marcão (2018), essa modalidade admitirá a concessão de liberdade provisória em relação aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, estabelecendo, ademais disso, novos prazos para progressão de regime em relação a delitos desta natureza. Tais disposições destacam a progressão como fator imprescindível no processo de execução penal, de modo que, para além da discussão acerca dos direitos fundamentais da pessoa condeanada, devem os referidos crimes admitir os benefícios comportados aos outros modelos.

O regime fechado é a modalidade que detém o maior quantitativo de sentenciados no país. O estado do Pará, por exemplo, no segundo semestre de 2020, comportava, de um total de 7.755 (sete mil setecentos e cinquenta e cinco) presos custodiados em regime fechado, em comparação aos 3.628 (três mil, seiscentos e vinte e oito) em regime semiaberto e aos 3.302 (três mil, trezentos e dois) no regime aberto, distribuídos da seguinte forma:

Tabela 1 - Quantidade de Presos custodiados por regime no Pará

		Homens	Mulheres	Total
Item: Sistema Penitenciário - Regime Fechado	Justiça Estadual	7.473	245	7.718
	Justiça Federal	37	-	37
	Outros (Just. Trab., cível)	-	-	-
	Total	7.510	245	7.755
Item: Sistema Penitenciário - Regime Semi Aberto	Justiça Estadual	3.502	83	3.585
	Justiça Federal	43	-	43
	Outros (Just. Trab., cível)	-	-	-
	Total	3.545	83	3.628
Item: Sistema Penitenciário - Regime Aberto	Justiça Estadual	2.938	364	3.302
	Justiça Federal	-	-	-
	Outros (Just. Trab., cível)	-	-	-
	Total	2.938	364	3.302

FONTE: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, jul/dez 2020

Destaca-se o presente dado pois, como repisado alhures, são os condenados a essa modalidade de regime que se submetem de maneira mais precisa ao processo de ressocialização e de prevenção a partir do cumprimento de pena, razão pela qual deve essa modalidade conferir toda a estrutura adequada prevista na legislação. Sobre a questão, válido referenciar o estudo de Silva, Holz e Gomes, segundo os quais são os principais problemas em relação ao cumprimento em regime fechado:

[...] a desatualização da Lei de Execução Penal, a falta de investimentos no sistema carcerário, a superlotação de celas, a corrupção dentro dos presídios e penitenciárias, a falta de condições sanitárias, a ausência de investimento em infraestrutura e recursos humanos só auxilia no fracasso da proposta de ressocialização dos detentos, visto que muitos presos que passam pelo sistema penitenciário voltam à prática de crimes, e por vezes mais graves que o anterior (SILVA; HOLZ; GOMES, 2021, p. 69)

A partir da ideia exposta, depreende-se que a realidade o Brasil não detém estrutura e condições suficientes de modo a colocar em vigor as disposições legais da LEP, o que acarreta em duas consequências imediatas em relação ao critério de prevenção da pena.

A primeira é a nítida prejudicialidade à função preventiva especial em suas duas vertentes: a positiva, na medida em que todo o processo de ressocialização se dá por prejudicado, ante as mínimas condições de estrutura a possibilitar o feito, na maioria das vezes implicando no fenômeno da reincidência; e a negativa, eis que, por

vezes, observa-se um efeito reverso buscado pela inocuização, o qual se materializa pelo incentivo à criminalidade no interior dos próprios presídios, fortalecendo a manutenção de organizações criminosas.

A segunda, por conseguinte, trata da prevenção geral, pois, ao mesmo tempo em que não perpassa confiança à norma pela sociedade diante do não cumprimento integral das disposições da LEP, não intimida o corpo social, sob o mesmo fundamento, a saber, o de que as instituições e o diploma legal que trata da matéria são enfraquecidos.

Em suma, conforme exposto, o regime fechado é o que denota maior atenção às disposições legais, por ser mais rígido que os demais – e, por conseguinte, comportar presos com maior periculosidade. Além disso, o sentenciado submetido a essa modalidade, em razão de, necessariamente, ter de perpassar por todas as etapas da progressão, deve ser foco principal nas ações de reintegração e assistência social, o que acaba por não ser observado ante à realidade ora evidenciada dos presídios do país.

4.2.2 Regime Semiaberto

O regime semiaberto, por sua vez, destina-se aos condenados à pena de detenção, salvo necessidade de transferência a regime fechado (BRASIL, 1940), admitindo, de igual forma, o cumprimento da pena de reclusão. Ademais disso, de acordo com a LEP, o estabelecimento dessa modalidade é a Colônia Agrícola, Industrial ou similar (BRASIL, 1984), sendo que o condenado também por ser alojado em compartimento coletivo (BRASIL, 1984, ART. 92), observadas as demais disposições legais.

Acrescenta-se, nesse sentido, que a referida modalidade também permite que o não reincidente condenado à pena que seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), cumpra pena nessa modalidade inicialmente (BRASIL, 1940).

Acerca da referida modalidade, referencia-se, de início, que esta admite o trabalho externo por parte dos presos, o que também é possível no regime fechado, com as devidas ressalvas. Outro ponto válido a se referenciar é que, nos termos da Súmula 562, do STJ, a remissão de parte de execução da pena é permitida pelo desempenho de atividade laborativa.

O trabalho externo, em especial, adquire importância no processo de ressocialização do condenado – e, por consequência, na observância da prevenção

especial positiva – por permitir maior flexibilidade na comunicação com o mundo exterior (GIAMBERARDINO, 2021). Nesse sentido, destaca FRANKLIN (2009, p. 43):

Por ser o trabalho a força motriz de toda a sociedade deixar o preso reabilitando fora dessa realidade é mais que desqualificá-lo para a nova vida que passará a viver quando de seu retorno ao “mundo livre”, fora das grades e do sistema prisional. É coloca-lo novamente em uma linha tênue entre o desemprego, devido a sua baixa qualificação, e a criminalidade, que lhe mostrará formas mais rápidas de conseguir dinheiro e *status*.

De igual modo, percebe-se que se trata, ainda que indiretamente, de uma forma de retribuição do preso em favor da sociedade, influência da teoria absoluta da pena, sobretudo pelo fim visado pela atividade laboral. É o que estabelece a LEP, no art. 29, §1º e alíneas:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.
§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:
a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
b) à assistência à família;
c) a pequenas despesas pessoais;
d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores (BRASIL, 1984, ART. 29, §1º, A, B, C, D)

Do que se afere que a atividade laboral do preso, assim, deve ser voltada a fomentar resultados de cunho do interesse público, sem olvidar de sua própria remuneração, a qual não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo vigente (BRASIL, 1984, ART. 29).

A fim de propiciar tais medidas, como já mencionado, é necessário o cumprimento das disposições previstas em lei em sua integralidade, o que não ocorre na realidade do país.

No Estado do Pará, inseriam-se no programa laboral, no segundo semestre de 2020, cerca de 9,75% dos presos, sendo considerados os dispostos em celas físicas, conforme se afere:

Tabela 2 – População Prisional em Programa Laboral no Pará (em celas físicas)

Ano	UF	Número de Presos	Número de Presos Trabalhando	Porcentagem
2016	PA	14886	1574	10,57%
2017	PA	16981	1543	9,09%
2018	PA	19079	1591	8,34%
2019	PA	20825	1555	7,47%
2020	PA	16138	1573	9,75%

FONTE: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, jul/dez 2020

Do quantitativo apresentado, tomando-se como referência o ano de 2020, apesar do discreto aumento em relação ao ano anterior (2019), verifica-se que ainda são poucos os presos inseridos nas referidas ações de integração pertinentes ao trabalho.

Esse percentual se reduz, ainda mais, se forem considerados os presos em prisão domiciliar no referido período, os quais representam somente 0,23% do total daqueles submetidos a essa modalidade, senão vejamos:

Tabela 3 – População Prisional em Programa Laboral no Pará (prisão domiciliar)

Ano	UF	Número de Presos	Número de Presos Trabalhando	Porcentagem
2020	PA	3418	8	0,23%

FONTE: Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, jul/dez 2020

Assim sendo, observa-se que os números de presos inseridos nas atividades de trabalho não são significativos em relação ao total das respectivas amostras. A consequência disso é, novamente, a fragilização do processo de ressocialização, ou seja, da própria finalidade preventiva da pena, principalmente sob o viés da prevenção especial positiva e da prevenção geral.

Isso porque, como bem consignado por Andrade, Oliveira Júnior, Braga, Jakob e Araújo (2015, p. 23):

Dentro de um sistema complexo de punições e recompensas, o trabalho pode ser uma das recompensas mais importantes que o preso pode receber. Pela lei, além de haver um desconto de um dia na pena a cada três dias de trabalho, o interno ainda recebe um pecúlio por hora de trabalho.

De mais a mais, não obstante os dados apresentados não se refiram tão somente ao regime semiaberto, também incluindo o regime fechado, mostra-se pertinente afirmar que um ponto de crítica em face da referida modalidade é exatamente esta, a saber, o fato de que o regime semiaberto nem mesmo deveria ser considerado uma etapa da progressão, pois se confunde, ora com o regime fechado, ora com o regime aberto, já que as disposições legais pertinentes a este, quando aplicadas *in concreto*, não se mostram efetivas, sobretudo pela falta de estrutura necessária (como é o caso da ausência quase total de estabelecimentos).

Essa premissa é apontada no próprio Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária - PNPCP (2020-2023), elaborado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública no ano de 2019, o qual delimita que: “Nesse contexto, considera-se o fim do regime semiaberto como etapa do sistema progressivo. Em princípio, os regimes seriam apenas dois: aberto e fechado, com suas nuances e microssistemas próprios. [...]” (BRASIL, 2019, p. 18).

Reconhece-se, portanto, diversas falhas no regime semiaberto, o que, de igual forma, fragiliza o sistema de progressão de pena em prol do regime aberto, conforme se verificará a seguir.

4.2.3 Da Problemática do Regime Aberto e a Prevenção Penal

O regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, *caput*, do CPB, dirige-se tanto àqueles condenados com pena de reclusão, como à de detenção, sendo que o estabelecimento para essa modalidade é a chamada casa de albergado ou, na falta deste, outro similar, nos termos da lei (BRASIL, 1940).

É válido referenciar, ademais, que o referido regime, quando fixado como modalidade inicial, é voltada ao condenado não reincidente, cuja condenação seja de pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos (BRASIL, 1940, ART. 33, §2º, C). Ou seja, destina-se o regime aberto ao sentenciado sem periculosidade, conforme aponta Cunha Júnior (1998, p. 153): “há condenados cujo tipo de personalidade e cuja atitude consciente de aceitação da sentença condenatória e da pena aplicada fazem com que se submetam à disciplina do estabelecimento penal sem conflitos e sem intentar fuga”.

As casas de albergado, nos termos da LEP, em tese, devem ser localizadas nos centros urbanos e não podem ostentar obstáculos à fuga, porquanto se supõe, nessa fase, que o apenado já está apto a exercer a responsabilidade e a autodisciplina.

Não há que se negar, contudo, que para além das características referenciadas, analisando a realidade social, verifica-se ser esta principal problemática envolvendo o regime aberto, qual seja, a ausência das casas de albergado nas comarcas do país.

Diante desse contexto, o sentenciado é posto em prisão domiciliar – previsão restrita, nos termos da legislação, ao condenado maior de 70 (setenta) anos ou acometido de doença grave, bem como à condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou se gestante (BRASIL, 1984, ART. 117) –, porquanto não se admite a regressão a regime mais gravoso.

Com efeito, não seria adequado e proporcional regredir ao modelo anterior, dotado de disposições diferenciadas em relação ao estágio de progressão do sentenciado em regime aberto. Conforme esclarece Cunha Júnior (1998, p. 55-56):

Se o agente apenado com regime aberto tem direito a cumprir a pena em Casa de Albergado não pode, diante da inexistência desta, ser compelido a sofrer a reprimenda em regime mais severo. Impõe-se que o Poder Público providencie, com urgência, a instalação das Casas de Albergado. Enquanto isso não ocorre, afigura-se correta a decisão com temperamentos que permitem o cumprimento da pena em “regime domiciliar”.

O referido entendimento, que é amplamente consolidado na jurisprudência pátria, afeta a percepção do coletivo a respeito do ordenamento e da efetividade da norma penal (prevenção geral negativa). De modo que, novamente, o não cumprimento das disposições legais traz descredibilidade a toda a lógica de progressão.

Nesse sentido, não há exageros em afirmar que, em certos termos, inexistente o regime aberto no Brasil, sobretudo porque, quando realizado o respectivo cumprimento de pena em outro estabelecimento correspondente, ainda se lida com o fato de que não há efetiva fiscalização por parte do poder público (NUCCI, 2020).

Sobre a questão, afirma Cunha Júnior:

Não havendo o Poder Público diligenciado para construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízes e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado (CUNHA JÚNIOR, 1998, p. 154)

Ademais, no que se refere ao condenado submetido ao regime aberto por progressão, não obstante essa modalidade comportar, no Estado do Pará, um quantitativo muito abaixo da média se comparado com a totalidade dos submetidos a regime fechado, a saber, cerca de 3.302 (três mil, trezentos e dois) apenados, alhures mencionado, referencia-se que a ineficiência das medidas de ressocialização tomadas nos regimes semiaberto e fechado incide diretamente nesse último estágio.

De fato, a partir dos dados já referenciados nos capítulos anteriores, observa-se que o critério de prevenção geral, tanto no viés positivo como no negativo já se encontra previamente prejudicado, pois a sociedade, ante a falta de cumprimento da legislação, não se intimida (prevenção geral negativa) e tampouco atua na reinserção do condenado (prevenção geral positiva),

Isso porque o sentenciado que perpassa pela fases de cumprimento de pena e alcança o regime aberto, no ver da coletividade, somente foi submetido a esta etapa da progressão em virtude dos critérios objetivos previamente estabelecidos em lei, isto é, pelo mero decurso do tempo. Não se consideram, nessa análise, a efetividade das medidas de ressocialização, tampouco a individualidade de cada condenado no que se refere à sua autodisciplina, senso de responsabilidade e vontade.

Sobre o ponto, destaca o PNPCP que isso é um reflexo do próprio sistema de progressão atual, que não detém eficácia, pois:

[...] de fato, imaginar que a mera transferência de um estabelecimento ao outro seria suficiente para dar efetividade aos fins da pena é desconhecer a alma humana e seus contornos. Não se colhem nos poucos dados estatísticos e na prática elementos que evidenciem a eficácia desse modelo. Ao revés, a constatação empírica é desfavorável, expõe um sistema falido e inoperante” (BRASIL, 2019, p. 86-87)

De outro lado, a prevenção especial, negativa e positiva, também não se materializa sob a égide do regime aberto, na medida em que a própria estrutura do sistema de progressão, como visto, inviabiliza o cumprimento das disposições da LEP, ocorrendo um verdadeiro “afrouxamento” do sistema penal, que não atua na efetiva inocuidade do apenado, nem na sua reinserção social.

Diante da presente situação fática, verifica-se que o regime aberto enfrenta problemáticas que não se restringem ao seu âmbito, ou seja, deficiências que poderiam simplesmente ser resolvidas com a melhoria de estrutura e a construção de estabelecimentos pelo país.

É visível, nesse sentido, que o próprio sistema de progressão instituído pela Lei de Execução Penal, diante de tantas falhas constatadas na realidade, contribui para o agravamento do quadro prisional no país, de modo que os critérios de prevenção da pena, e os quais se constituem como finalidades, não se consolidam. Em especial em relação ao regime aberto, que tem de se constituir como uma verdadeira “colcha de retalhos” e “adaptações” para que haja, ainda que forçosamente, a ideia de cumprimento da legislação em prol daqueles que são submetidos a essa modalidade, o que certamente desqualifica as instituições perante o corpo social e não propicia um processo de reinserção efetivo.

5 CONCLUSÃO

Apesar do nítido avanço em relação às formas de aplicação da pena no decorrer da história, de modo que esta desenvolveu, a partir de debates e da modernização do sistema penal, finalidades específicas a serem alcançadas (retributiva, preventiva e ressocializadora), porquanto é inegável que, atualmente, a legislação regente da matéria conclamou diversos dispositivos para garantir a integridade do condenado, nota-se que a execução penal brasileira ainda enfrenta muitos problemas no cumprimento de suas disposições, e, por conseguinte, da finalidade preventiva visada pela pena.

Afora as inúmeras motivações para tanto – às quais o presente trabalho não abordou diretamente –, tais como a omissão estatal, a falta de investimentos por parte do poder público e outras problemáticas, percebe-se que o próprio sistema de progressão é passível de críticas e ávido à reformulação, eis que sua fiel aplicabilidade, diante de todas as circunstâncias sociais e da estrutural penal do país – aqui tendo por enfoque, mais precisamente, o sistema carcerário do Estado do Pará –, é praticamente uma utopia legislativa.

Nesse sentido, diante da problemática proposta inicialmente neste trabalho (“Em que medida a função preventiva da pena, sob o critério geral e especial, é prejudicada ante a não concretização das diretrizes dispostas na Lei de Execução Penal pertinentes ao cumprimento de pena em Regime Aberto?”), conclui-se que a ausência de condições básicas à efetivação do regime aberto, tal como a falta de casas de albergado como estabelecimento próprio de cumprimento de pena, inviabiliza a prevenção em suas duas vertentes (positiva e negativa).

Isso se observa na medida em que esta premissa acarreta descredibilidade, pela sociedade, em face das instituições (prevenção geral negativa); por conseguinte, promove o sentimento de inadmissibilidade, pela mesma coletividade, do apenado como sujeito ressocializado através do sistema penal, dificultando sua recepção ao campo social (prevenção geral positiva); denota falha no processo de inocuidade previsto pela prevenção especial negativa, porquanto, ao mesmo tempo em que o sistema é falho em suas diretrizes, flexibiliza as disposições legais em prol de uma adaptação da falta de estrutura; bem como prejudica o sistema de ressocialização de forma geral.

Dessa forma, denotou-se que as hipóteses a serem aferidas se

confirmaram, pois em consonância ao estudo realizado, a saber, a de que a função preventiva da pena, ante ao não cumprimento da Lei de Execução Penal, é prejudicada.

Em igual sentido, consolidaram-se os objetivos buscados pelo trabalho, os quais se materializaram através de revisão bibliográfica, baseada na análise de leis, jurisprudências, livros, artigos e textos de caráter científico produzidos sobre o tema da Execução penal, as diretrizes de cada regime de cumprimento de pena em regime aberto, bem como estudos sobre a temática da função preventiva da pena e de seu papel no decorrer dos tempos, notadamente no sistema penal brasileiro.

O primeiro capítulo realizou uma importante abordagem a fim de se compreender a construção do significado de pena de acordo com a evolução da estrutura social, sendo esta análise necessária para analisar as mudanças conceituais e as implicações destas na atual concepção.

No segundo capítulo, foi abordada a teoria da pena propriamente dita, perpassando pelas suas vertentes, quais sejam: absoluta, relativa e mista. De modo que, ao abordar a teoria relativa, tratou-se mais especificamente do objeto deste trabalho, porquanto os critérios de prevenção geral e especial foram amplamente discutidos, o que se constituiu como importante contextualização ao entendimento da temática.

O terceiro capítulo discorreu sobre uma análise fática e normativa da questão. Assim, foi revisada a Lei de Execução Penal, sendo abordados os princípios basilares desse diploma, as formas de cumprimento de pena, adentrando em suas especificidades, bem como fora discutido, no âmbito do regime aberto, as consequências, em prejuízo da função preventiva da pena, de toda problemática pré-existente nos regimes anteriores, além da falta de estrutura da referida modalidade.

A efetivação da finalidade preventiva da pena é dever constitucional do Estado e da própria sociedade, portanto, para sua aplicabilidade, devem ambas as instituições caminharem juntas. Discutir sobre a referida temática se mostra, igualmente, como uma alternativa de extrema relevância, pois somente assim, isto é, por meio a exposição dos problemas envolvidos e da discussão sobre os referidos, é que se promovem mudanças em prol da proteção do apenado e da própria sociedade, o que efetivamente se espera diante desta que ainda é a única realidade possível de manutenção da ordem pública.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Tatiana Daré; BRAGA, Alessandra de Almeida; DE ANDRADE, Carla Coelho; JAKOB, André Codo; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de. **O desafio da reintegração social do preso**: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Brasília, 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf. Acesso em: 05 set 2016.
- BAZZO, Manuela Barrocal; SANCHEZ, Claudio José Palma. A importância do processo de ressocialização. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 12, n. 12, 2016.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal volume 1** - parte geral. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. *E-book*.
- BOSCHI, José Antônio Paganella Boschi. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. *E-book*.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)**. Brasília, 2019.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago 2021.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.846, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 ago 2021.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 ago 2021.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 set 2021.
- CALDEIRA, Felipe Machado. A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf

. Acesso em: 21 agosto 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Fernando. **Prisão-albergue domiciliar**: Discrepância da realidade social com a posituação penal, dissonância jurisprudencial. Brasília, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 21 agosto 2021.

DE MATTOS, Aline Fernandes; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. PARA QUE SERVE A PENA?. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**-ISSN 21-76-8498, v. 11, n. 11, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4923>. Acesso em: 14 set 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Tomo I, 2 ed. São Paulo: Coimbra, 2007. *E-book*.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 29.

FRANKLIN, Gabriel. **Da ressocialização do preso através do trabalho, à luz da lei de execução penal**. 2009. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/28551>. Acesso em: 13 ago 2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. v.1. 3 ed. Belo Horizonte: CEI, 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HESPAHOL, Cibelih. Prisões suecas: aqui se reabilitam seres humanos. **Blog da redação**, jan 2014. Disponível em: <https://outraspalavras.net/blog/prisoes-suecas-aqui-se-reabilitam-seres-humanos/>. Acesso em: 15 set 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 17 ed. Editora Saraiva, 2018. 9788553608522. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608522/>. Acesso em: 17 Setembro 2021

MASSON, Cléber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). – v. 1. 17 ed. São Paulo: Método, 2020.

MEDEIROS, Camila Dias de. **O monitoramento eletrônico de presos**. 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual de Execução Penal**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2019. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

PINTO, Ana Caroline Espinhosa; PRADO, Florestan Rodrigo do. As funções da pena no ordenamento jurídico brasileiro. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-** ISSN 21-76-8498, v. 10, n. 10, 2014.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Direito Penal do Inimigo e seu eco na sociedade brasileira: Estudo de caso na fundação educacional do município de Assis (FEMA). **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**, São Paulo, Ano 2017, ed 19- mai. 2017.

SANTOS, João Henrique de Brito. **As finalidades da pena no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. Monografia (Especialização em Gestão de Segurança Pública), Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. *E-book*.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro: parte geral**. v. 1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.