

REFLEXÕES EM TORNO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUA EXECUÇÃO - APRECIÇÃO CRÍTICA E PROPOSTAS

**José Ronald Vasconcelos de Albergaria*

SUMÁRIO

1 - Introdução. 2 - Pena Privativa de Liberdade na Constituição, no Direito Comparado e na Legislação da ONU. 3 - Pena Privativa de Liberdade e as teorias da pena. 3.1 - Retribuição. 3.2 - Prevenção. 3.2.1 - Prevenção especial. 3.2.2 - Prevenção geral. 3.3 - Teoria da união. 4 - Pena Privativa de Liberdade e forma progressiva de sua execução. 4.1 - Exame criminológico. 4.2 - Regimes: fechado, semi-aberto e aberto. 4.2.1 - Regime fechado. 4.2.2 - Regime semi-aberto. 4.2.3 - Regime aberto. 4.2.4 - Regime em meio livre. 5 - Crise da pena privativa de liberdade. 5.1 - Crítica à prisão. 5.2 - Pena de prisão e *extrema ratio*. 5.3 - Questionamento da pena de prisão e política criminal alternativa. 5.4 - Crise de ressocialização e tendências criminológicas. 5.4.1 - Síntese da criminologia tradicional com a criminologia da reação social. 5.5 - Síntese da pena-retribuição com pena ressocialização. 5.5.1 - Pena-ressocialização e medidas alternativas. 5.5.2 - Medidas alternativas e abolição da pena de prisão. 6 - O Ministério Público na Execução Penal. 6.1 - O Ministério Público e o Estado de Direito. 6.2 - O Ministério Público e a Jurisdicionalização da Execução Penal. 6.3 - O Ministério Público e a *diversion*. 6.4 - A formação especializada do Ministério Público na Execução Penal. 7 - Conclusão. 8 - Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

"Hurwitz, na conclusão de sua Criminologia, diz que se lhe pode pedir que justifique as fontes de seu conhecimento, quando se aventura a ir mais além da ciência penal. E explica: a Criminologia compreende tão amplas e heterogêneas esferas de conhecimento, que um só indivíduo é incapaz de abarcá-las ou de continuar abarcando-as em toda a sua amplitude. Mas, justifica-se, continua o Autor, que um indivíduo coordene, numa exposição sistemática, os esforços que se vêm realizando em lugares tão diferentes para a descoberta dos fatores criminógenos, ainda que a Criminologia atual

não houvesse encontrado e, provavelmente, jamais encontraria o 'abre-te sésamo' do mistério do crime, e, muito menos, a receita para a medicina eficaz, que evite a delinquência".

A grave crise que se abateu sobre o sistema penitenciário nacional, com a superpopulação carcerária, os motins, as rebeliões dos internos, a caótica situação de abandono dos miseráveis que se amontoam em minúsculas celas de cadeias públicas imundas e em estado precário de conservação, precisa ser debelada. Para tanto, o presente estudo procura enfatizar a pena privativa de liberdade e a sua crise, objetivando, com a ajuda da Criminologia, alternativas viáveis para minorar o sofrimento de muitos que se acham, atualmente, alijados não somente de sua liberdade, mas, principalmente, dos mais mezinhos e elementares direitos atinentes à dignidade da pessoa humana.

Desejo ressaltar que a presente exposição, na verdade, apresenta uma síntese do pensamento do insigne Professor Jason Soares de Albergaria, meu querido avô, Procurador de Justiça aposentado, que, pelo seu talento inigualável, vem se destacando, nas últimas décadas, sem favor algum, como um dos maiores estudiosos da árdua questão penitenciária, tanto que foi convidado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a escrever a nova Lei de Execuções Penais.

Com efeito, a pena privativa de liberdade, segundo preleciona Jason Soares de Albergaria, vem sendo admitida como *extrema ratio* ou em seu caráter excepcional pelas modernas Constituições, pela legislação da ONU e pelo direito positivo. Sob essa perspectiva, adotou-se uma solução intermediária entre posições antagônicas, tanto nas ciências normativas quanto nas ciências humanas. Nas

disciplinas jurídicas é hoje dominante a teoria da união dialética, segundo a qual se conciliam as teorias absolutas e as teorias relativas da pena, a saber: a retribuição prevalece na imposição da pena privativa de liberdade; a prevenção especial, na sua execução; e a prevenção geral, na cominação penal.

Nas ciências humanas busca-se uma síntese eclética entre criminologia tradicional ou da passagem ao ato com a criminologia da reação social (a interacionista e a crítica ou radical), isto é, um compromisso ou conciliação entre a tese reformista e a tese revolucionária, para que se harmonizem retribuição e ressocialização. Aproximam-se a contribuição da criminologia tradicional e a criminologia da reação social, para a solução da crise da pena privativa de liberdade. A retribuição, através dos princípios da culpabilidade e da intervenção mínima, está presente na aplicação das penas privativas de liberdade e das penas alternativas. A retribuição, no seu aspecto subjetivo, como expiação ou idéia pedagógica, vincula-se à prevenção especial ou ressocialização. Os programas de ressocialização não se aplicam sem atenção aos princípios de respeito à dignidade humana e às garantias jurídicas do Estado de Direito. O tratamento reeducativo não se executa sem o consentimento e participação do preso.

Segundo Bettiol, a retribuição está ligada à concepção de Estado de Direito e ao reconhecimento da liberdade do indivíduo em face do Estado. A retribuição, pelo grau da culpabilidade, limitaria o poder de punir do Estado.

Aliás, o atual conceito de retribuição atende a uma das vertentes da criminologia da reação social, a direção americana da *non intervention*, que reivindica,

precisamente, o respeito à dignidade da pessoa humana e às garantias do Estado de Direito.

Por sua vez, a ressocialização se constitui como objetivo prevalente da execução. A ressocialização se realiza tanto com as penas privativas de liberdade como com as medidas alternativas e as medidas de segurança, que se caracterizam por sua eticização. A tese reformista enfatiza a prática das medidas alternativas, a descriminalização, a despenalização e outras formas de *diversion*. A tese revolucionária, segundo Muñoz Conde, põe em relevo as garantias do Estado de Direito, o controle democrático do poder de punir do Estado, a cooperação entre os presos, suas associações, propondo a demolição dos muros do cárcere, como a demolição dos muros do manicômio reivindicado pela antipsiquiatria.¹

Enfatizando essa tese, afirma M. Pavarini:

“Il sistema carcerario contemporaneo - Chiariscono Rusche e Kirchheimer - finisce per oscillare sempre più tra la prospettiva della sua estinzione e quella della sua trasformazione in strumento del terrore, alieno definitivamente da ogni funzione oggettiva di rieducazione”.

Realmente, é preciso que se busque a descriminalização de condutas incorporadas à prática social. Não tem o menor cabimento o gasto de energia do sistema

¹ CONDE MUÑOZ, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 34.

com a criminalidade de bagatela.

A criminalidade violenta, a do colarinho branco e a do tráfico internacional de entorpecentes, todas muitas vezes ligadas a interesses políticos das elites, carecem de maior atenção das autoridades.

O Direito Penal não deve mais se ocupar com práticas como a perturbação da paz pública, vadiagem, sedução, adultério, rapto consensual e o famigerado jogo do bicho, que há muitos anos, segundo Graciliano Ramos, já evidenciava seu conteúdo socioeconômico:

"homens e mulheres do povo, impossibilitados de adquirir uma felicidade completa, buscam pedaços de felicidade, procrastinando por dias ou meses as dificuldades irremediáveis, com um palpite no bicho, verdadeira instituição da alma popular brasileira".

A criminologia crítica, conquanto tenha evidenciado a impossibilidade de pura ressocialização num sistema de exclusão de alguns dentro da lógica do capitalismo, não deixou de propor alternativas válidas para o problema da delinquência, dentre as quais, ressalta Baratta, a reforma da tutela penal nos campos essenciais para a vida.

Aproximam-se dessa síntese eclética a atual Constituição, a nova parte geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal.

A ressocialização (reeducação e reinserção social) realiza-se na execução da pena privativa de liberdade em sua forma progressiva. A ressocialização baseia-se no exame criminológico e nos regimes de progressão da execução, que trazem a contribuição das ciências criminológicas. Sob este enfoque, o presente estudo compreende cinco partes: a) pena privativa de liberdade no contexto do Direito Constitucional e da legislação da ONU; b) pena privativa de liberdade e as teorias da pena; c) pena privativa de liberdade e a forma progressiva de sua execução; d) crise da pena privativa de liberdade; e) o papel do Ministério Público na execução penal.

2 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO, NO DIREITO COMPARADO E NA LEGISLAÇÃO DA ONU

O inciso XLVI do art. 5º da Constituição prevê a pena privativa de liberdade, explicitando, outrossim, as medidas alternativas à prisão. O Código Penal, a seu turno, disciplina sobre a pena privativa de liberdade nos artigos 33 a 42. A Lei de Execução Penal também trata do assunto nos artigos 105 a 119.

Na mesma esteira, as Constituições da Itália e

da Espanha (art. 27.3, art. 25.2) trazem em seu bojo previsão da pena privativa de liberdade. As Regras Mínimas da ONU (n.ºs 56 a 83) tratam dos princípios diretores do sistema penitenciário tendo em vista o princípio de humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana para o tratamento de todos os indivíduos privados de liberdade. A recuperação social do preso, segundo a ONU, deve ser o fim essencial do seu tratamento.

Dáí se percebe que o sistema sancionatório brasileiro, centrado na pena privativa de liberdade e suas medidas alternativas, atendeu à legislação positiva da ONU e ao direito comparado.

Consoante as Regras Mínimas da ONU, dois são os objetivos da pena privativa de liberdade: a proteção da sociedade e a preparação da reinserção social do condenado durante o período de reclusão. Assim, a exclusão do preso da sociedade tem precisamente o condão de ressocializá-lo, sem suprimir-lhe de forma absoluta o contato com a comunidade da qual continua fazendo parte pela posse dos direitos inerentes à pessoa humana, não afetados pela sentença condenatória. O artigo 61 das Regras Mínimas deixa expresso o *status* de cidadão do preso. Na execução penal, ensina C. Roxin², elimina-se tudo quanto seja ofensivo à dignidade da pessoa humana. A garantia e respeito à pessoa humana do preso fundam-se na dignidade moral do homem, que tem íntima conexão

² ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla, 1981. p. 33.

com os direitos do condenado. Ilustra essa afirmação a palavra de Santo Agostinho: *"a culpa e o delito não chegam nunca a extinguir do fundo do ser humano o selo impresso pela mão do criador"*.

De resto, a Resolução n.º 1/83 do Conselho Nacional de Política Criminal recomenda, na alínea "i", a adequação à legislação positiva da ONU e a atenção às recomendações de seus Congressos Internacionais, notadamente as Resoluções n.ºs 8 e 10 do VI Congresso, com vistas à política penitenciária nacional.

3 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E AS TEORIAS DA PENA

As antinomias da pena privativa de liberdade são objeto das teorias da pena, que surgiram desde a Antigüidade, e cuja polêmica, observa C. Roxin, chegou até nossos dias, pois seu conhecimento é indispensável para a compreensão dos modernos problemas do direito penal.³

Muñoz Conde⁴ resume as teorias da pena (a saber, as teorias absolutas, teorias relativas e teorias da união).

³ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla, 1981. p. 33.

⁴CONDE MUÑOZ, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 34.

As teorias absolutas atendem ao sentido (essência) da pena, prescindindo-se da idéia de fim. O sentido da pena radica-se na retribuição: imposição do mal da pena pelo mal do crime. Nisso exaure-se a função da pena. A pena é, pois, consequência justa e necessária do crime praticado, entendida como uma necessidade ética (imperativo categórico), segundo Kant, ou necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena), segundo Hegel.

As teorias relativas quanto ao fim da pena distinguem-se em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral. Para as teorias da prevenção geral, o fim da pena consiste na intimidação da generalidade dos cidadãos, para que se afastem da prática de crimes. Seu principal representante foi Feuerbach, que considera a pena como uma coação psicológica sobre todos os cidadãos.

As teorias da prevenção especial consideram o fim da pena o afastamento do delinqüente da prática de futuros crimes, mediante sua correção e educação durante sua custódia. Von Liszt foi seu principal representante.

Após essas teorias aparentemente inconciliáveis, surge a teoria da união, que defende uma posição intermediária, procurando conciliar os dois extremos. Parte da idéia de retribuição como base, acrescentando os fins preventivos especiais e gerais. Aparece como uma solução de compromisso na luta das

Escolas. Retribuição e prevenção são dois pólos opostos da mesma realidade, que se coordenam mutuamente, e não podem subordinar-se um ao outro.

Na teoria da união, em cada um dos estágios ou fases da pena, cumpre ela funções distintas: no momento da aplicação da pena, predomina a idéia da retribuição; no momento da execução da pena, prevalece a prevenção especial, porque então se pretende a reeducação e socialização do delinqüente.

3.1 - Retribuição

De fato, segundo as Teorias absolutas, todo o sentido da pena centra-se na retribuição. Maurach enfatiza a ausência de fim numa sentença, que se tornou célebre:

“A característica principal da pena retributiva é a majestade de sua desvinculação de todo fim, como se expressa na exigência de Kant, de que, no caso de dissolução voluntária de uma sociedade, deveria aplicar-se a pena ao último assassino”.

Hoje, diz Hassemer,⁵ a sentença de Maurach converteu-se em fóssil por distanciar-se da moderna discussão sobre os fins da pena.⁶ Por essa razão, os

⁵HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 32.

⁶HAAL, J. *General Principles at Criminal Law*. New York: B. Merrill. p. 309.

Códigos Penais e as Constituições de então não dispunham sobre os fins da pena.

Modernamente, os Códigos Penais e as Constituições, com ênfase no contexto penitenciário, explicitam os fins da pena.

A nossa Constituição não só prevê a pena privativa de liberdade, art. 5º, inciso LXVI, como os direitos do preso, inciso XVIX, L, a classificação ou seriação penitenciária, inciso XLVIII, e a autonomia legislativa do direito penitenciário, art. 24, I. O mesmo acontece com o Código Penal quando dispõe sobre a pena privativa de liberdade, seus regimes, exame criminológico e direitos do preso. Como se nota, toda essa matéria está relacionada com a prevenção especial, a saber, a reeducação e reinserção social do delinqüente.

O sentido da pena, para os defensores das teorias absolutas, está na retribuição, que é isenta de qualquer fim. Para Kant, a retribuição fundava-se na lei de Talião. Ele atualizava a vingança como revivescência de fase da história já ultrapassada. Del Vecchio demonstrou a falsidade do teorema de Kant, aduzindo que a personalidade do réu tem em si algo sagrado que não pode ser negado por uma suposta equação entre o mal cometido e o mal retribuído, sem que se diminua a dignidade daqueles mesmos que a negam. Uma consciência moral e jurídica mais elevada procura uma equivalência de valores, atribuída

à *pena-vendetta*, que vulnera a essência da personalidade humana.

C. Roxin⁷ propunha a supressão da retribuição como sentido da pena: deve rechaçar-se a idéia da retribuição baseada numa concepção abstrata da justiça, uma vez que um Direito Penal orientado pela necessidade social não pode basear-se num princípio metafísico. Ao contrário, ensina Jescheck⁸ que a retribuição quer dizer que a pena deve ser proporcionada ao injusto culpável, de acordo com o princípio da justiça distributiva: *quia peccatum est*. A retribuição nada tem que ver com a vingança, com obscuros sentimentos de ódio ou instintos agressivos da sociedade. Jescheck, como Bettiol, ressaltam o aspecto subjetivo da retribuição, isto é, a expiação. Para Jescheck, a expiação é uma contribuição moral do condenado, que confirma a necessidade da pena e faz o delinqüente recuperar a própria liberdade moral. Bettiol⁹ põe em relevo a idéia pedagógica da retribuição, colocando-se a expiação em sintonia com as exigências da prevenção especial.

De outra parte, afirma Recasens Siches que os filósofos do direito, em sua maioria, reconhecem a retribuição como essência da pena. A retribuição não é um

⁷ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 33.

⁸JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. 1º/87.

⁹BETTIOL, G. Relatório das Sessões *in Pena de Morte*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1967. p. 48..

produto humano, mas uma essência, *a priori*, com validade intrínseca, que o legislador terá que reconhecer.

Hodiernamente, recupera-se o caráter ético da retribuição, graças aos estudos de Cohen, J. Hall e H.L.A. Hart.¹⁰

A retribuição, no seu sentido atual, constitui um dos argumentos contra a pena de morte. A pena de morte não permite a equação do mal do crime com o mal da pena. Demonstrou-se a diferença entre o mal do crime e o mal da pena (Carnelutti, Del Vecchio e J. Hall). Para Solovief a pena-vingança nega o homem no criminoso, ao tentar igualar a dimensão do culpado com a dimensão do homem. Dizia Santo Agostinho: *"o homem e o pecador são coisas distintas. Dar morte ao culpado, para castigar o pecado, é perder o homem"*.

Com efeito, a *"pena-vendetta"*, hoje advogada pelos mais variados setores da sociedade brasileira, em última análise, obsta ao arrependimento do culpado e ao processo de expiação moral.

3.2 - Prevenção

Assim sendo, consoante as teorias relativas, a pena é um meio de prevenção. O sentido da pena consistiria

¹⁰ HAAL, J. *General Principles of Criminal Law*. New York: B. Merrill. p. 309.

em seus efeitos em face do futuro: *poena relata ad effectum*. Se para a retribuição o ponto de referência é a culpabilidade, para a prevenção é a periculosidade. Segundo Michel Foucault surgiu no século XIX a escandalosa noção de periculosidade.¹¹ Não preocupa tanto o que fez o indivíduo, mas pelo que poderá fazer. Não será tanto punir o fato, quanto corrigir o infrator. Bentham prevalece sobre Kant e Hegel. Ao lado da instituição judiciária, forma-se agora uma gigantesca rede de instituições, como a escola, o hospital, o asilo, as polícias, para o controle do indivíduo, ao nível de sua periculosidade.

Com a ênfase nos fins da pena, perderiam o sentido a glosa de Groizard, ao ressaltar que a questão dos fins da pena não devia figurar no texto legal, mas num tratado de filosofia como a sentença de Maurach, ao afirmar que *a majestade da pena retributiva estaria na desvinculação de seus fins*.

As modernas Constituições fazem expressa menção aos fins da pena, como a Constituição do México, art. 18, a Constituição da Itália, art. 27 e a Constituição da Espanha, art. 25, 3, a mais explícita, como se vê do referido dispositivo.

Também os modernos Códigos Penais inovam a esse respeito. Dois importantes projetos de código penal, como o Projeto Alternativo do Código Penal da Alemanha

¹¹ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 268.

e o Projeto Argentino de 1975. As principais leis penitenciárias são expressas quanto aos objetivos da execução, art. 1º da Lei de Execução Penal, art. 1º da Lei Penitenciária da Espanha, art. 2º, § 1º, da Lei da Alemanha, o art. 2º da Lei das Normas Mínimas do México, e art. 6º do Dec. Lei nº 402/82 português.

De outra face, caiu no silêncio a frase de Maurach, ou converteu-se em fóssil, como observa Hassemer.¹² Consumou-se o abandono de Kant e Hegel exigido por Klug em 1968.¹³ *Já é hora, dizia Klug, de abandonar as teorias de Kant e Hegel, com todos os excessos irracionais do lirismo racionalista e com todas as suas incertezas teórico-cognoscitivas, lógicas e morais.*

Klug justificava a sua conclusão:¹⁴

“A retribuição carente de finalidade, com a que se pode aspirar a um bem, resulta lesiva à dignidade humana, não só no sentido das normas morais, como no sentido constitucional. No Estado de Direito, o homem não pode ser utilizado como fim exterior a ele mesmo. O autor, por isso mesmo, é o centro de todos os esforços para a ressocialização”.

¹²HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 347.

¹³KLUG, U. *Para una crítica de la filosofía penal de Kant e Hegel in problemas actuales de las ciencias penales in homenaje al prof. L. J. Asua*. Buenos Aires: Panedille. 1920. p. 35

¹⁴KLUG, U. *Para una crítica de la filosofía penal de Kant e Hegel in problemas actuales de las ciencias penales in homenaje al prof. L. J. Asua*. Buenos Aires: Pannedille. 1920. p. 35.

Como já se mencionou, a prevenção pode ser geral ou especial (individual). Jescheck desenvolve a dupla eficácia preventiva. A prevenção geral aspira a prevenir o crime na comunidade, e a prevenção especial ou individual se dirige ao condenado que, mediante a lição que recebe da pena, deve ser afastado de delitos futuros para que se adapte às idéias sociais dominantes da comunidade.

O período da privação de liberdade serve também para proteção da sociedade contra o delinqüente perigoso.

Feuerbach distinguiu a prevenção especial da prevenção geral, que vinculou à cominação penal. A cominação penal determinaria a prevenção geral, por meio da coação psicológica. Feuerbach fez da prevenção geral o centro de seu sistema.

Com Von Liszt, surgiu a teoria da prevenção especial. Liszt influenciou-se com o método de investigação das ciências físicas e naturais, que encontrava acolhida nas ciências naturais. Hassemer coincide com Jescheck, ao observar que a recepção das ciências sociais pelo Direito Penal é a expressão do trânsito das teorias absolutas para as teorias relativas,¹⁵ indo sobreviver as teorias absolutas com as teorias relativas na teoria da união.

Jescheck menciona ainda a influência do direito penal preventivo do positivismo científico, mediante

¹⁵HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1984. p. 347.

contribuição de Lombroso e Ferri.

Das modalidades da prevenção, privilegia-se a prevenção especial ou individual, que se resume na ressocialização.

Von Listz compreendia na prevenção geral não só a ressocialização, mas também a intimidação e a neutralização. Entretanto, a prevenção especial reduzia-se na ressocialização ou com esta se identificava. A prevenção especial, como ressocialização, é específica da pena privativa de liberdade. Como observa Hassemer¹⁶ a meta da ressocialização está vinculada à execução da pena privativa de liberdade. A lei penitenciária alemã de 1976 veio dar ampla acolhida à meta da ressocialização, ofertando ajuda ao delinqüente para sua reinserção na comunidade, em benefício deste e da própria sociedade. O êxito da ressocialização será a melhor proteção da sociedade em face de quem delinqüe. Mediante o regime penitenciário ressocializador, a sociedade resgata a sua culpa pela deficiente socialização do delinqüente.

Procura-se substituir ressocialização por reeducação e reinserção social, como ocorreu com a Constituição espanhola. Explica B. Mapelli Caffarena¹⁷ que a substituição dupla do conceito de ressocialização procurou conjugar a solução constitucional italiana com a experiência

¹⁶HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1984. p. 347.

¹⁷CAFFAREMA, M. *Princípios Fundamentales del Sistema Penitenciário Español*. Barcelona: Bosch, 1983. p. 115.

penitenciária alemã. A renúncia ao emprego do termo ressocialização provém do fato de que o termo usado pela Sociologia criminal ainda não foi adotado pela legislação. A Constituição espanhola dá o sentido exato de educação, que pode significar manipulação ou imposição de valores sobre o educando. Segundo o art. 27 da Constituição italiana,

“a educação terá por objeto o pleno desenvolvimento da personalidade humana com o respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais”.

Continua a lição de Caffarena:

“reeducar consiste em compensar as carências do recluso em face do homem livre, oferecendo-lhe oportunidades para que tenha acesso à cultura e ao desenvolvimento integral de sua personalidade. Distingue ressocialização penitenciária da reinserção social. A ressocialização penitenciária é reinserção social, mas, quando esta não é possível, entra em jogo a reeducação”.

Reinserção é o processo de introdução do indivíduo na sociedade. É favorecer diretamente o contato ativo recluso-sociedade. A administração penitenciária terá que iniciar o processo de reabilitação dos contatos sociais do recluso, tornando a vida no estabelecimento penitenciário semelhante à vida em liberdade. A reeducação aspira a

que a prisão não interrompa o processo de desenvolvimento da personalidade do recluso, de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição. A reinserção atenua a nocividade da privação da liberdade na esfera das relações materiais indivíduo-sociedade.

Nuvolone,¹⁸ estudando a reeducação em face do art. 27 da Constituição italiana, chega a esta definição:

"Per rieducazione del condannato deve intendersi un processo pedagogico e curativo suscettibile di modificare in senso socialmente adeguato la struttura psichica del condannato stesso, così da rendere favorevole la prognosi di un suo reinserimento nella società".

3.2.1 - Prevenção Especial

Sendo certo que o objetivo maior da imposição da pena é impedir novas práticas criminosas, a prevenção especial, também denominada de prevenção individual, está centrada em mecanismos que impedem que o delinqüente torne a cometer novas infrações penais pelo temor de sofrer uma segunda reprimenda.

Com isso, o móvel da prevenção especial é o de se intimidar o criminoso. O impulso de se praticar o delito deve ser contido pela certeza da punição, segundo

¹⁸ NUVOLONE, P. *Il Problema della Rieducazione del Condannato*. Milão: CEDAM, 1964. p. 347.

Feuerbach.

Von Liszt estabelece a idéia da função social para a pena, na medida em que ela se presta a advertir o delinqüente ocasional, a ressocializar o criminoso suscetível de correção e a neutralizar o delinqüente habitual incorrigível.

A pena, para a prevenção especial, somente seria inevitável quando e de tal modo que operasse em favor da ressocialização do indivíduo e evitasse a reincidência.

Segundo tal enfoque, o homicida, que em meio a uma situação de conflito, viesse a tirar a vida de alguém, não existindo qualquer perigo de que voltasse a delinqüir, ficaria impune.

3.2.2 - Prevenção Geral

Julgava-se como evidente a prevenção geral, sob a forma de intimidação, como fator de luta contra a criminalidade. Dizia-se então que a prevenção geral é necessária, mas é desejável a recuperação do condenado. Passa a ser questionada a prevenção geral, como se vê da obra de Andenaes: "Prevenção geral, ilusão ou realidade?" Esse questionamento deveu-se ao movimento da Nova Defesa Social, ao atribuir à pena, como seu fim

essencial, a ressocialização do delinqüente, relegando a segundo plano as outras funções da pena, principalmente a intimidação.

Entretanto, contesta C. Roxin: "*em nossos dias a prevenção geral não perdeu de modo algum a sua importância.*"¹⁹

Convém, todavia, ressaltar que a eficácia da prevenção geral não pode ser encarada isoladamente, a saber, sem relação a outros estágios da pena, como sua determinação e execução. Nesse sentido, coincidem Antón Oneca e Hassemer. Para Oneca, foi reconhecido em todos os tempos que atuam como freio em muitas consciências a cominação penal, o exemplo de sua aplicação e execução. Segundo Hassemer, são fenômenos demasiado frágeis a cominação penal e a execução da pena, quando considerados como fenômenos jurídicos isolados. Ao contrário, a prevenção geral será vista sob uma luz nova, quando a cominação penal e a execução da pena forem consideradas em relação a outros setores de controle social. A cominação penal e a execução mantêm o seu valor como instrumentos de prevenção geral, e por meio dos quais o Direito Penal afirma (cominação) e assegura (execução penal) as suas normas básicas. Sem embargo, a pena intimida o delinqüente ocasional, mas não causa espanto aos grandes criminosos. A influência da pena é impermeável

¹⁹ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*: Universidad de Sevilla. 1981. p. 23.

a certa categoria de delinqüentes. Como o criminoso profissional ou por tendência, o traficante de drogas, o falsário, o estuprador. Para estes delinqüentes, valerá a intimidação com a certeza do processo penal e execução da pena, sob a atmosfera ética dos aplicadores da lei e respeito aos direitos humanos do preso.

Sob o enfoque da teoria da união, Roxin²⁰ esclarece que

“a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral, como individual, de bens jurídicos e prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade. Pode ver que assim se conserva o princípio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de Direito e completado com as componentes de prevenção especial da sentença”.

3.3 - Teoria da união

Alf Ross²¹ salienta que está mal posto o problema da contradição entre retribuição e prevenção desde Protágoras. Realmente, é o que demonstra a teoria da união dialética da pena. Muñoz Conde expõe concisamente

²⁰ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 40.

²¹ROSS, A. *Responsabilità e Pena*. Milão: Giuffrè. 1972. p. 63.

essa teoria, mas Oscar Stevenson²², fundado na lição do jesuíta Ferretti, na sua obra de 1896, *Institutiones Philosophicae Moralis*, abordando o tema em estudo, assim se posiciona:

"Por conseguinte, a caracterização da pena perfaz-se, tendo-se em mira tanto o seu conteúdo, como as suas funções, tanto a justiça como a necessidade, ou utilidade social, mediante critério axiológico, determinação valorativa, e teleológico, determinação finalista."

Na fase legislativa, prepondera a prevenção geral -

" - cominação, na fase da individualização judicial, a retribuição - irrogação; na da individualização executiva, a prevenção especial, pela reforma do delinquente - execução. Destarte, se a individualização judicial responde ao aforisma 'quia peccatum', a executiva inspira-se na necessidade de regular a execução da pena em ordem a impedir a reincidência, 'ne peccetur', porém, a questão é de prevalência".

Roxin, antes de estudar a teoria da união, imagina um caso concreto a ser apreciado pelas teorias da pena, a saber, a da retribuição, a da prevenção especial e a da prevenção geral. A hipótese facilita a compreensão

²²STEVENSON, Oscar. *Pena e Medida de Segurança*. Revista Forense. v. 102. p. 221.

da teoria da unificação dialética de Roxin, aqui resumida.

Depois de estrangular a mulher infiel durante um ataque de ciúme, o delinqüente apresenta-se à polícia. A perícia psiquiátrica constata o estado de arrebatamento ou excitação do marido.

O partidário da teoria da retribuição opinaria pela pena de um ano de duração.

Considerando a reprovabilidade do homicídio, atendeu a infidelidade da mulher e a espontânea apresentação à polícia. Ponderou ainda o estado de excitação do uxoricida. A conclusão deu como justa a pena privativa de liberdade de um ano.

O adepto da teoria da prevenção especial concluiria pela impunidade do réu. O uxoricida provavelmente não voltaria a delinqüir. Não se repetiria a situação de conflito. Não seria necessária a pena, desde o ponto de vista da prevenção especial.

Para o sectário da teoria da prevenção geral, a pena deveria ser de dez anos de prisão. Ao impor a sanção penal, deve-se ter em conta os efeitos da pena na comunidade. Não teria sentido a impunidade: o mau exemplo poderia levar a novos crimes. Uma sanção mais grave conseguiria o efeito intimidatório desejado, ao mostrar à população a firmeza da norma que proíbe matar.

Roxin analisa as três soluções, mencionando as vantagens e inconvenientes de cada uma das três teorias.

As soluções distintas mostram a importância da problemática dos fins da pena.

A vantagem da teoria da retribuição está na limitação do poder do Estado. O valor social do bem jurídico lesado e as circunstâncias averiguadas permitem determinar o grau justo da pena. Outra vantagem consiste em que se imponha uma pena mais grave para intimidar o resto dos cidadãos, como pretende a teoria da prevenção geral.

O inconveniente da teoria da retribuição consiste na natureza metafísica, compreendida como ato de fé, como é o princípio da *retribuição da culpabilidade*.

Uma pena, entendida somente como imposição de um mal, não pode recuperar o delinqüente, mas causa pesar e desespero, reforçando o deficiente comportamento social do criminoso, e fomentando sua reincidência. Este é agravado pelo atraso do sistema penitenciário.

A teoria da prevenção especial tem a vantagem de proporcionar ao delinqüente a sua ressocialização, para que leve no futuro uma vida sem delitos. Por outro lado, permite o desenvolvimento científico do sistema penitenciário. Corrige os dois inconvenientes da teoria retributiva.

Quanto à prevenção geral, não se pode renunciar à pena, quando o delinqüente não necessita de ressocialização, porque permanece o efeito da pena na

comunidade. Os efeitos da prevenção geral devem subordinar-se ao fim da ressocialização, já que também a pena ressocializadora exerce sobre a comunidade um efeito de intimidação, cumprindo, assim, uma função de prevenção geral. Não é necessário aprovar a pena para ressocialização, uma vez que o maior efeito intimidatório sobre a comunidade não provém tanto da gravidade da pena, mas da intensidade da persecução penal. O respeito pela liberdade individual impede que se persiga a todo transe o fim ressocializador, sem nenhum tipo de limitação. Por isso, deve-se recorrer ao princípio da culpabilidade, para limitar o excessivo poder de punir do Estado, o que não pode fazer nem a teoria da prevenção geral, nem a da prevenção especial. A pena não pode ir além do que corresponde ao grau de culpabilidade. Pode ser inferior para obter a reinserção social do delinqüente e a proteção da sociedade.

Roxin resume suas reflexões nestas quatro teses:

- "a) A pena serve à reinserção social do delinqüente (ressocialização) e à proteção da comunidade (prevenção geral).*
- b) A pena não pode exceder em sua gravidade o grau de culpabilidade do delinqüente (função limitadora do princípio da culpabilidade).*
- c) A pena pode ser inferior à que corresponde*

ao grau de culpabilidade. Basta aproximar-se do dito grau no que seja preciso para conseguir a reinserção social do delinqüente e a proteção da comunidade.

d) Dentro do possível, a pena não deve impor-se em virtude da proteção da comunidade, numa extensão maior da que exige a reinserção do delinqüente”.

4 - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E FORMA PROGRESSIVA DE SUA EXECUÇÃO

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, de acordo com o art. 33 do Código Penal e art. 112 da LEP.

O art. 59 do Código Penal, por sua vez, dispõe sobre a individualização judiciária da pena, com a indicação do regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade. Também o exame criminológico foi previsto no citado estatuto, quanto ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade, para o regime fechado e semi-aberto.

O caráter científico da forma progressiva da execução da pena deve eliminar a burocracia rígida do regime progressivo tradicional, dando lugar, como prevê o art. 49 das Regras Mínimas da ONU, ao concurso de novos

profissionais do sistema penal, com a inserção de trabalhadores sociais, psicólogos, psiquiatras, educadores e capelães dentro do serviço penitenciário.

O art 112 da LEP condiciona a forma progressiva dos regimes à decisão do Juiz, à proposta da Comissão Técnica de Classificação e ao Exame Criminológico.

Deve-se ter em mente que o condenado gozará de todos os direitos fundamentais não atingidos pela sentença ou pela lei, como dispõe o art. 3º da LEP.

Todavia, infelizmente, não é isso o que se observa nos depósitos de presos espalhados pelo país, que recebem o nome de “penitenciárias”.

Paulo Sérgio Pinheiro já assinalava que *as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime*. De fato, não se pode esperar que cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições de guardas penitenciários, que são, em última instância, os executantes da pena. A pena dada pelo juiz nada ou pouco tem a ver com o seu cumprimento. Os prisioneiros estão ao bel-dispor de pequenas autoridades administrativas, um tribunal interno das penitenciárias e cadeias públicas, sem regras fixas, sem defesa, que por um ato aleatório condena o interno a isolamentos e castigos corporais.

Daí se deduz que os condenados, deixados

órfãos por aqueles que os trancaram no cárcere e que deveriam cuidar do seu bem-estar, garantindo-lhes os direitos inerentes a toda pessoa humana e que são, justamente, o Juiz e o Promotor de Justiça, como forma de protesto, promovem rebeliões com o escopo de chamarem a atenção da sociedade organizada para a sua tragédia, vivida diuturnamente em porões imundos onde se amontoam, em uma cela diminuta, dezenas de homens, em condições deploráveis.

Vale lembrar o que dispõe o art. 25-2 da Constituição espanhola, que enumera, dentre os direitos do preso, os de respeito à dignidade, à assistência espiritual e jurídica, e ainda o direito ao contato e comunicação com a sociedade, ao trabalho e sua remuneração e bem assim aos benefícios correspondentes da Seguridade Social, além do acesso à cultura, tão negligenciados pelas autoridades brasileiras.

4.1 - O Exame Criminológico

O exame criminológico, segundo o Código Penal e L.E.P., está na base dos regimes da execução da pena privativa de liberdade. O regime progressivo assenta-se no exame médico-psicológico e social do delinqüente.

A Lei de Execução Penal dispõe sobre tal exame

nos seus arts. 8º, 96 e 112, parágrafo único. O Código Penal trata do assunto nos seus artigos 34 e 35.

No início do cumprimento da pena em regime fechado, o condenado deve ser submetido a exame criminológico para a individualização da execução, ficando sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno.

Entretanto, a legislação brasileira silencia quanto à necessidade da feitura do exame criminológico nos regimens em meio aberto e em meio livre (Casa do Albergado e Livramento Condicional).

De outra face, o Anexo das Regras Mínimas da ONU sobre prisão aberta é expresso quanto à exigência do exame criminológico.

Cumpre ressaltar, que o Anteprojeto Frederico Marques, nos seus artigos 396/409, incluiu a realização do exame criminológico antes da sentença.

Aliás, o art. 81 do C.P.P. francês admite o exame criminológico na fase processual.

O objetivo do exame criminológico é o estudo da personalidade do delinqüente para a individualização penitenciária. Daí se percebe que sua inclusão na fase processual seria de grande valia para a individualização judiciária.

Nesse sentido, a criminologia clínica, com seus métodos de aplicação, mediante sua visão interdisciplinar,

com a contribuição dos exames médico-biológico, psicológico, psiquiátrico e estudo social do caso, possibilitariam ao aplicador da lei um melhor conhecimento sobre a personalidade do acusado, a fim de conferir ao juiz a fixação justa de uma reprimenda, adequada à realidade.

Sob o ponto de vista da execução penal, o exame criminológico tem por objetivo o diagnóstico do criminoso e a prognose de sua conduta futura e o programa de tratamento ou plano de readaptação social. A partir desse estudo se deduziria a possibilidade de reeducação, a probabilidade de reincidência, as causas da inadaptação social do recluso e, bem assim, as dificuldades para sua ressocialização e, finalmente, seriam indicadas as medidas mais eficientes para o seu tratamento reeducativo.

O exame criminológico está afeto ao Centro de Observação, art. 96 da L.E.P. , que o realiza, e seu relatório - síntese é analisado pelo Juiz da execução penal, sobretudo na passagem de um regime para o outro, art. 112, parágrafo único.

A equipe interdisciplinar de observação, constituída de assistente social, psicólogo, psiquiatra, educador e capelão, efetua o exame criminológico, que consiste, em síntese, numa peça pericial, que analisa o binômio delito - delinqüente e o foco central para o qual devem convergir todas as avaliações, a fim de ser compreendida a origem e o desenvolvimento da conduta

criminal do examinando.

De outra face, a organização do tratamento reeducativo nos regimes fechado e semi-aberto cabe à Comissão Técnica de Classificação. Deve a referida comissão, junto ao Juízo da Execução, compor o programa de tratamento alternativo ou não institucional, cercando-se da equipe interdisciplinar e dos representantes da comunidade (art. 7º da LEP), tudo isso com vistas a ensejar maior apoio e confiança do público.

Vale anotar que os técnicos responsáveis pelo exame criminológico precisam despir-se de suas ideologias para melhor elaborarem o seu trabalho. Há equipe que vê no examinando a primeira grande vítima: vítima do sistema, da justiça, da própria sociedade. De outro lado, em posição antagônica, há técnicos que vêem no trabalhador honesto a grande vítima, passando o criminoso a ser o grande foco de toda maldade e que deve ser excluído ou, quando não, exterminado. Outros vêem nos fatores psicossociais, familiares, as únicas causas da conduta criminal, e, de outra banda, técnicos há que vêem nos fatores orgânicos, endógenos, constitucionais, os grandes determinantes últimos dessa conduta.

O alvo da equipe interdisciplinar é a motivação criminal, visando-se, a partir da análise da mesma, a um diagnóstico criminológico e, em decorrência deste, a um prognóstico criminológico, expurgando-se influências de

escolas criminológicas alheias e refratárias a uma criminologia científica.

4.2 - Os Regimes

Os regimes estão previstos no Código Penal e na LEP. São aplicados de acordo com os estabelecimentos e órgãos instituídos pela lei penitenciária, como a penitenciária, a colônia agrícola e a casa do albergado (arts. 87, 91 e 93 da LEP), a Comissão Técnica de Classificação e o Juiz da Execução Penal (art. 112 da LEP).

Distinguem-se os regimes fechado, semi-aberto e aberto, de acordo com as modalidades do tratamento criminológico. Aliás, regime e tratamento não têm vida independente. Eles se entrelaçam e são fatores que, identificando-se com o fim penitenciário, atuam pelos mesmos canais.

Com efeito, as diversas fases do regime progressivo correspondem às modalidades do tratamento criminológico, compreendendo o tratamento em meio fechado, em meio semi-aberto, aberto e livre.

O que se busca é a preparação para o livramento condicional (regime em meio livre).

Ao mesmo passo, esse tratamento imposto pela lei merece ser repensado. Deve existir uma integração maior

entre o ensino obrigatório e o trabalho. Ao lado da educação, o contingente de mão de obra penitenciário precisa estar ligado à realização de serviços estatais, sem quebra de continuidade quando do término do cumprimento da pena. Com isso, seria possível diminuir os casos de contratação de obras e serviços à iniciativa privada, que têm arruinado as finanças públicas para o enriquecimento de grupos privados, que evoluíram da histórica corrupção das licitações para uma verdadeira apropriação privada do Estado.

Por tal razão, o Poder Público, através de uma legislação adequada, necessita ser envolvido, a fim de se ver obrigado a garantir o trabalho penitenciário em obras que venham ao encontro das carências sociais.

4.2.1 - Regime Fechado

O regime fechado, segundo a LEP, se cumpre em Penitenciária (art. 86). É antecedido pelo exame criminológico e pela classificação penitenciária. Apenas aqueles condenados que acabam inseridos no grupo dos dificilmente recuperáveis e de elevada capacidade criminal merecem tal enquadramento.

Aqui, o que se procura é o tratamento do recluso, isto é, a sua ressocialização, através do trabalho, da instrução, da religião, da recreação e do esporte. Daí a

razão para um maior empenho da equipe interdisciplinar, a fim de afastar a oposição inicial do preso ao processo de reeducação. Nessa fase, as visitas do Juiz e do Promotor são imprescindíveis.

No entanto, o que se vê na realidade, infelizmente, é o cumprimento de pena em cadeias públicas, sem a menor observância da progressividade de regimes prevista no art. 112 da Lei n.º 7.210/84.

O acesso à segunda fase da progressão vertical deve ser conferido aos condenados que aderiram ao tratamento, com a decisão do Juiz, fundada na conclusão do exame criminológico e na proposta da Comissão Técnica de Classificação (art. 112, parágrafo único da LEP).

Para que isso se torne exeqüível, deve ser exigida a seriedade necessária da equipe interdisciplinar, através de sua profissionalização. Pessoas estáveis, vinculadas ao sistema, ganhando bem e em regime de exclusividade, cuidariam melhor do problema. Aliás, cada presídio deveria ter a sua equipe.

4.2.2 - Regime Semi-aberto

Consiste o regime semi - aberto na segunda fase da progressão vertical. Nessa fase, o condenado já manifestou o seu consentimento, aderindo voluntariamente ao processo de ressocialização. É maior o contato pessoal

do condenado com o educador e com o pessoal penitenciário.

No regime semi-aberto, a vida em comum dos grupos e as atividades do processo de reeducação se desenvolvem na instituição, mas há contato com o exterior, como prevê o art. 35 da LEP em seu parágrafo único. O trabalho externo, a frequência a cursos de instrução escolar e profissional e outras atividades de reinserção social deverão executar-se segundo técnicas do trabalho social. Funcionário qualificado deverá orientar e assistir o probacionário no emprego, na escola e na família. As atividades de semiliberdade estão subordinadas à supervisão do Juiz, responsável pelo contato do preso com o mundo exterior.

No regime semi-aberto, inicia-se, pois, a execução das medidas alternativas, entendidas no sentido lato, e cumprem-se sob o regime de confiança.

Poderá ainda ser afeto ao regime semi-aberto o condenado pelo Juiz criminal, na hipótese do art. 33, § 2º, letra "b", do Código Penal.

4.2.3 - Regime Aberto

O regime aberto ocorre em duas hipóteses. Como terceira fase da progressão vertical e como afetação direta do Juiz criminal, no caso do art. 33, § 2º, letra "c", do C. Penal. No regime aberto propõe-se a realização intensiva

da formação escolar e profissional e a reinserção social progressiva, notadamente a reinserção profissional. O acesso da segunda fase para a terceira fase dependerá de decisão do Juiz, proposta da Comissão Técnica de Classificação e indicação do exame criminológico. Na hipótese de afetação direta pelo Juiz criminal, supõe-se a primeira seleção dos candidatos ao regime aberto, segundo o estudo de sua personalidade, para evitar a reincidência e proteger a sociedade. Não é aconselhável esse regime para o reincidente, o instável e o indisciplinado.

Ao mesmo passo, no regime aberto há mais ênfase nas atividades de transição da prisão para a sociedade. Deposita-se plena confiança no condenado, pois há prova de que não regredirá no processo de sua ressocialização. Há também ausência de precaução sobre segurança e vigilância, em razão da aceitação voluntária de disciplina e do senso de responsabilidade do condenado.

O regime aberto se cumpre na Casa do Albergado ou instituição similar. São as seguintes as condições para o funcionamento da Casa do Albergado:

- 1) localização em meio urbano ou rural, com autonomia administrativa;
- 2) número reduzido de candidatos selecionados segundo sua aptidão para o trabalho;
- 3) aceitação do programa de tratamento pelo candidato (art. 112 da LEP);

4) afetação ao trabalho, como preparação profissional para a reinserção social;

5) colaboração da comunidade.

Sem essas condições será inexecutável o tratamento alternativo. A instituição aberta conclui ou aperfeiçoa a aprendizagem para a vida social do probacionário e o familiariza com seu ofício e contexto profissional, em que se integrará após a liberação, pondo em relevo que o condenado continua fazendo parte da comunidade (n.º 61 das Regras Mínimas).

O número limitado e a seleção dos candidatos facilitarão o tratamento reeducativo.

Outra condição da maior importância é a aceitação do programa de tratamento, pois não se impõe coativamente a reeducação.

O anexo das Regras Mínimas refere-se à efetiva cooperação do público e da vizinhança. A Resolução nº 8 do VI Congresso da ONU salienta a necessidade da cooperação da comunidade na execução das medidas alternativas. De outra parte, potencia-se a necessidade de pessoal qualificado para realizar o tratamento em semiliberdade.

Considera C. Calon a prisão aberta como uma das criações mais ousadas e interessantes da moderna penalogia.²³

²³CALON, C. *La Moderna Criminologia*. Barcelona: Bosch. 1974. p. 345.

4.2.4 - Regime Em Meio Livre

O regime em meio livre executa-se no meio natural do probacionário com as medidas alternativas. O livramento condicional e a suspensão condicional sob prova (*sursis* probatório) são executados no regime em meio livre. Esses dois institutos se caracterizam como medidas alternativas em sentido lato. São modalidades do tratamento alternativo, que se cumprem fora da prisão, isto é, no meio natural do condenado. O indivíduo permanece no seu meio social, na família e no emprego. Essas duas espécies de regime em meio livre não teriam sentido sem a assistência e orientação do trabalhador social e a supervisão do Juiz.

Todavia, essas medidas de tratamento precisam ser marcadas pelo estudo da personalidade do probacionário. Será um risco para a sociedade o retorno ou a permanência do condenado, sem o conhecimento de sua personalidade e o grau de sua emendabilidade.

A legislação comparada prevê igualmente o período de prova, em que se executam o livramento condicional e o *sursis*. Exemplo disso é o que dispõe o Código Penal Português sobre esses dois institutos (art. 54, I). Maia Gonçalves estuda o período de prova e o concurso do serviço social.

5 - CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Por mais contundentes que possam ser as críticas à pena privativa de liberdade, ela continuará a ser a espinha dorsal do sistema penal e é a única sanção aplicável em casos de grande criminalidade e multirreincidência.

Os seus inconvenientes, entretanto, vêm sendo minorados, através da diminuição do seu grau máximo e bem assim com a humanização de sua execução.

A tendência mundial e dominante é no sentido da redução do grau máximo da pena privativa de liberdade para 15 ou 20 anos, com o objetivo da eliminação dos males da instituição total enfatizados por Goffman, Clemmer e outros. R. Devesa adverte que a pena privativa de liberdade não deve ultrapassar os limites em que se opera a destruição espiritual do preso²⁴. Em uma das sessões da Comissão Revisora do Código Penal Português, o Professor Eduardo Correia afirmara que, segundo a moderna penalogia, a pena além dos 10 anos perde a sua eficácia ressocializadora, abandonando-se o objetivo da pena.

5.1 - Crítica à Prisão

Ferri, criticando a pena privativa de liberdade, disse que a pena celular constituía, já no século XIX,

²⁴DEVESA RODRIGUES, J. M. *Derecho Penal Espanol*. Madrid: Caracas. 1981. p. 848.

verdadeira aberração.

G. Rusche e O. Kirchheimer, visitando o sistema carcerário norte-americano, transcreveram as críticas à prisão privativa de liberdade, formuladas por Beaumont e Charles Dickens.²⁵ Afirmou Beaumont:

“este sistema não reforma: extermina. Creio que poucos são capazes de entender quanta tortura e agonia inflige aos castigados esta pena terrível e prolongada. Deduzindo o que vi escrito em seus rostos, de seus sentimentos, sinto, seguro de minha intuição, que há um abismo terrivelmente profundo que somente os punidos compreendem e que ninguém tem o direito de impor ao próximo pena semelhante. Considero esta lenta e diária manipulação dos mistérios da mente, infinitamente pior que qualquer tortura física”.

No II Congresso Internacional de Criminologia, realizado em Paris, em 1950, enfocou-se a prisão como fator criminógeno. O relator-geral, Olof Kimberg, com base nos relatórios parciais de J. Pinatel e D. Clemmer, chegou a esta conclusão:

*“A própria noção da pena é um obstáculo a uma política racional e realista. **Eliminar la notion de peine du systemes d' idées qui a jusqu' ici guidé la politique criminelle pratique equivaut à produire une révolution d' idées**”.*

²⁵HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 347.

Kaufmann desenvolve o enfoque de Clemmer, ao observar que o preso é incapaz de viver em sociedade com outros indivíduos, por se compenetrar tão profundamente na cultura carcerária, o que ocorre com o preso com pena de longa duração. A prisonização constitui grave problema que aprofunda as tendências criminais e anti-sociais.²⁶

5.2 - Pena de Prisão e *Extrema Ratio*

Os doutrinadores, de uma forma geral, concordam que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada como *ultima ratio*. Caffarena,²⁷ ao considerar o seu enfoque, afirma o caráter excepcional da pena privativa de liberdade, prevendo a sua abolição no futuro, assim como foi abolida a tortura. A pena de prisão determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana.

Apesar disso, a pena de prisão não é inconstitucional, porquanto a Constituição a prevê, em caráter excepcional. O argumento ajusta-se à nova Carta Máxima, que instituiu o Estado Democrático de Direito e prevê as penas privativas de liberdade, ao lado das medidas alternativas à prisão.

²⁶KAUFMANN, H. *Ejecución Penal y Terapia Social*. Buenos Aires: Depalma. 1974. p. 119.

²⁷CAFFARENA, M. B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Espanhol*. Barcelona: Bosch. 1983. p. 139.

Sem embargo de tudo isso, o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade passou a ser questionado, em face do ceticismo ante os resultados da ressocialização nos países que a adotaram, como os Estados Unidos, a Suécia e a Holanda. São conhecidas as críticas de ressocialização de Bettiol, Bergalli e M. Conde.²⁸

5.3 - Questionamento da Pena de Prisão e Política Criminal Alternativa

Depois da Segunda Guerra Mundial, o questionamento sobre a pena privativa de liberdade e sobre o próprio sistema penal intensificou-se. O impacto da rápida industrialização, desordenada urbanização e mudanças tecnológicas em descompasso com a dimensão humana, trouxeram, como consequência, o aumento da criminalidade e a discussão sobre o tema ganhou importância maior entre os estudiosos da matéria.

Exacerbou-se a controvérsia sobre a função da pena privativa de liberdade e sobre a impotência do sistema penal para enfrentar o aumento da criminalidade e suas novas formas, a superpopulação carcerária, a contaminação penitenciária e todos os males referentes à instituição total.

Enfatizou-se, então, a nível internacional, a

²⁸ CONDE MUÑOZ, F. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975. p. 285.

criação de uma política penal alternativa. Houve uma reorientação da política criminal, ressaltando-se o papel da política judiciária na desinstitucionalização da execução penal, após referir-se aos processos de descriminalização e despenalização promovidos pela política legislativa, bem como censurar o isolamento da política penitenciária.

Daí se percebeu que o elemento chave para a efetiva implementação de qualquer reforma centrava-se na política judiciária, com o incentivo para a formação do pessoal reeducativo, para o tratamento comunitário ou alternativo dos condenados.

Constatou-se, também, que em termos de análise custo-benefício, a prisão é altamente dispendiosa em prejuízo dos recursos humanos. O custo da prisão é mais alto do que o de educação universitária. Daniel Glaser²⁹ ajuntou que o custo do preso é superior ao gasto com o jovem universitário.

5.4 - Crise da Ressocialização e Tendências Criminológicas

C. Roxin,³⁰ depois de discutir a crise da ressocialização, referindo-se às novas tendências

²⁹GLASER, Daniel. *Alternatives de Incarceration in International Review of C. Police*. p. 65.

³⁰ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. 1981. p. 156.

criminológicas, a da interpretação marxista e psicanalítica, chegou à conclusão de que o Direito Penal, sem renunciar à sua exatidão de ciência normativa, tem que cooperar com a investigação do tratamento, com a psicologia e a psiquiatria.

Em última análise, o Direito Penal terá que integrar e traduzir em suas categorias conceituais as ciências do homem e da sociedade, porque trabalhar com o Direito Penal é trabalhar sempre com a sociedade e com as condições de existência que esta propiciou ao indivíduo. Na verdade, a chamada criminologia da “passagem do ato”, limitada ao estudo do delinqüente, foi incapaz de explicar a crise da pena - ressocialização ou a crise do sistema penal e as novas formas da criminalidade, como a criminalidade não convencional, que passou a estudar não o indivíduo delinqüente, mas a instituição criminógena e a sociedade global.

Segundo Lola Anyar de Castro,³¹ a tarefa da criminologia da Reação Social (que engloba a tendência interacionista e a tendência radical ou crítica) não é modificar o delinqüente, mas a lei, o sistema total, de que a lei é o instrumento mais poderoso.

A teoria da etiquetagem (*labeling approach*) e a *Non intervention* criticam a administração da justiça penal, porquanto essa não leva em conta a dignidade humana e

³¹ CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da Reação Social*. Forense. 1983. p. 61.

as garantias do Estado de Direito.³² Esta é a lição de Jescheck:

*“a tendência otimista da **Non intervention** propõe a reestruturação, aperfeiçoamento, desburocratização e cumprimento com humanidade dos programas de ressocialização. Propõe ainda a derrogação dos preceitos penais antiquados e supérfluos, especialmente no âmbito dos chamados **victimless crimes**; a exclusão do culpado de processo penal, exceto nos casos graves e de multirreincidência, substituindo o processo por meios de caráter não penal. Estas soluções entre o processo penal e a **Non intervention** denominam-se **diversion**, e podem consistir na indenização do dano, na **pre-trial probation**, em acordos informais entre as partes, num tratamento psiquiátrico, numa cura de desintoxicação, logoterapia, terapia de grupo, prestação de serviços à comunidade. A intervenção jurídico-penal limitar-se-á à criminalidade grave e reincidente, observando-se no processo penal todas as garantias jurídicas”.*

A Lei n.º 9.099/95, trouxe realmente alguns avanços, procurando buscar alternativas para a criminalidade não violenta, como forma de esvaziar as pautas de julgamentos dos magistrados, tornando a Justiça menos formal e ocupando-a somente com os casos mais graves.

As tendências da reação social, não obstante o

³²JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. 2.º/1060.

seu aspecto ideológico ou político, tiveram o mérito de apontar os pontos negativos da ressocialização.³³

1) a imposição coercitiva do tratamento penitenciário, sem o consentimento do delinqüente;

2) o poder discricionário do pessoal técnico, sem respeito pelos direitos da pessoa humana do preso;

3) a falta de pessoal qualificado;

4) o pretenso tratamento apenas no papel;

5) a omissão do plano de tratamento e do exame criminológico;

6) a deficiente fiscalização do tratamento penitenciário pelo Juiz, pelo Ministério Público e pelos órgãos de execução penal;

7) a não-implantação do centro de observação e da comissão técnica de classificação;

8) a indefinida protelação da implantação da reforma penitenciária para a permanência da política penal repressiva (veja-se, nesse sentido, a abusiva lei dos chamados “crimes hediondos”);

9) a falta de inclusão da planificação da política criminal nos planos nacionais de desenvolvimento.

Para Baratta, a demolição dos muros do cárcere tem para a Nova Criminologia o significado da demolição dos muros do manicômio para a antipsiquiatria. M. Conde

³³ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 281.

aponta como solução a combinação da tese reformista com a tese revolucionária. Os reformistas advogam a descriminalização, a despenalização, a ampliação das medidas alternativas à prisão, como o “*sursis* probatório”, o livramento condicional, o regime de confiança e de semiliberdade, o trabalho externo, a remuneração do trabalho do preso igual à do trabalhador livre.

Os revolucionários, por sua vez, defendem a cooperação entre os presos, suas associações organizadas através do modelo dos movimentos operários. Chamam de “mito burguês” a ressocialização pretendida pela política atual.

5.5 - Síntese da Pena-retribuição com a Pena-ressocialização

A crise da pena privativa de liberdade tende a encontrar a sua solução numa síntese entre a pena-retribuição (ênfatisado o seu sentido ético) e a pena-ressocialização (a pena, como *ultima ratio*, com ampliação das medidas alternativas).

A reforma penal alemã trouxe uma solução intermediária entre o movimento da Nova Defesa Social e da direção americana da *Non intervention*, privilegiando o princípio da culpabilidade, baseado na Constituição, que considera todo cidadão como pessoa livre e responsável,

segundo atesta Jescheck.³⁴

Nesse novo conceito internacional subscrevem-se a nova Parte Geral do C. Penal e a Lei Penitenciária, além da nossa Constituição.

Com efeito, a moderna concepção da retribuição está vinculada às exigências da dignidade humana e garantias do estado de Direito, como propõe uma das vertentes da *Non intervention*.

Em outros termos, a idéia de retribuição está vinculada ao respeito à dignidade humana, e às garantias jurídicas do estado de Direito.

Nesse sentido, o art. 59 do Código Penal dá posição dominante à retribuição, ao privilegiar a culpabilidade, ao lado de outros elementos do processo da determinação judicial da pena. O mesmo artigo refere-se ao início do regime de execução, o que aproxima a retribuição da prevenção especial. Esse vínculo ressalta o aspecto subjetivo da retribuição, a expiação, para que o culpado recupere a liberdade moral e se reconcilie com a sociedade (Jescheck), isto é, que se reedueque e se reinsira na comunidade.

A retribuição, com isso, assume uma característica pedagógica, fazendo com que o delinqüente conheça o valor moral de sua ação censurável, em sintonia com a prevenção especial.

³⁴JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. 2.º/1060.

5.5.1 - Pena-ressocialização e Medidas Alternativas

A pena-ressocialização como pena privativa de liberdade e as medidas substitutivas da prisão se cumprem como tratamento institucional ou alternativo, respectivamente, nos regimes fechado, semi-aberto e de confiança.

A reeducação e a ressocialização se realizam com a execução da pena privativa de liberdade e das medidas alternativas.

Após a reforma penal alemã,³⁵ segundo dados estatísticos, verificou-se a porcentagem de apenas 12% na aplicação da pena privativa de liberdade em face de outras penas.

As medidas alternativas que, em sentido estrito, são as penas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade, prisão de fim de semana e interdição provisória de direito), todas elas cumpridas em liberdade, resultaram da crise das penas privativas de liberdade, sobretudo das sanções de curta duração. Permitem que o condenado cumpra a pena junto à família, e no emprego, com as restrições necessárias à sua educação e proteção da sociedade. Eliminam a contaminação carcerária, diminuem a superpopulação prisional e suprimem a contradição segurança e reeducação.

³⁵ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 250.

5.5.2 - Medidas Alternativas e Abolição da Pena de Prisão

Os abolicionistas afirmam que, no futuro, tendo em vista a ampliação das medidas alternativas, sem prejuízo da prevenção geral, a pena privativa de liberdade desaparecerá.

O Código Penal de Portugal, em seu art. 71, confere ao Juiz, na hipótese de opção entre a pena privativa de liberdade e a medida alternativa, a preferência pela medida substitutiva, sempre que for suficiente para promover a recuperação social do delinqüente e satisfaça as exigências de reprovação e de prevenção do crime.

Essa opção do legislador, por certo, estimulará a prática das medidas alternativas com a conseqüente diminuição da pena de prisão, como já acontece em muitos países. Para Marc Ancel, maior expoente do movimento da "Nova Defesa Social", a pena de prisão será abolida do elenco das sanções penais, como foram abolidas a tortura e a pena de morte, verificando-se, então, *"o espanto do século XXI pela prática aberrante de uma pena herdada do passado, de que a experiência demonstrava a sua ineficácia"*:

"Le XXI siècle s'étonnera sans doute de notre étrange fidélité à des modes de réaction criminelle hérités du passé, et dont l'expérience démontre l'inefficacité".

6 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO PENAL

As garantias e atribuições do Ministério Público foram aumentadas pela Constituição Federal, como se verifica no seu artigo 127. Bielsa³⁶ registrava que o conceito e as funções do Ministério Público modificar-se-iam com o fortalecimento do Estado de Direito.

Segundo a Carta Máxima, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado. Para Sabatini, o Juiz administra a Justiça no exercício da função jurisdicional e o Ministério Público concorre para essa administração no exercício do poder requerente, como órgão indispensável ao exercício da função jurisdicional.

No Seminário da Criminalidade Violenta,³⁷ afirmou-se que o Ministério Público deve atender ao princípio da integração global dos subsistemas da administração da justiça penal (Magistratura, Defensoria Pública, Serviço Penitenciário e Polícia), acompanhando de perto não somente a execução penal mas a própria administração penitenciária, contribuindo, com isso, de forma sensível, para minorar as condições precárias dos internos e, via de consequência, de todo o sistema prisional brasileiro.

Para tanto, o Ministério Público necessita da liberdade e das garantias constitucionais que asseguram a sua independência. Ao mesmo passo, além da formação

³⁶BIELSA, R. *Direito Administrativo*. VI, 581, n. 950.

³⁷REALE JÚNIOR, M. *Política de Repressão e Crise no Sistema Penal in Seminário sobre Criminologia Violenta*. OAB, 1980, p. 299.

jurídica, o Ministério Público deverá ser especializado em ciências criminológicas e direitos humanos, através da Escola Judicial, como ocorre com a Magistratura, freqüentando seus cursos de formação e atualização.

6.1 - O Ministério Público e o Estado de Direito

O Ministério Público pode ser definido, atualmente, como sendo uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Suas funções e garantias avançam na medida em que a sociedade organizada se expande.

Nesse sentido, Bielsa³⁸ anota o seguinte, *verbis*:

"O conceito do Ministério Público e suas funções têm variado com a transformação relativa ao Estado de Direito. Sua gênese demonstra que é um órgão que aumenta incessantemente suas funções, que progride irreversivelmente suas funções. Este crescimento tem suas raízes e sua explicação nas novas funções do Estado, que também aumentam de forma progressiva".

Para Jescheck³⁹, o Estado Democrático de Direito é um dos fundamentos da política criminal. A salvaguarda da dignidade humana é norma básica de todo o sistema constitucional de valores. Da dignidade humana

³⁸BIELSA, R. *Direito Administrativo*, VI, 581. n.º 950.

³⁹JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. p. 28.

deriva também a extinção das penas cruéis ou degradantes, assim como a proibição do tratamento indigno do interno na execução da pena.

Aliás, o art. 61 das Regras Mínimas da ONU considera o condenado como membro da sociedade, que deve ser tratado como pessoa e não como objeto, respeitada a sua dignidade, e asseguradas a sua reeducação e reinserção social. Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional assegura o direito de voto aos condenados privados de sua liberdade.

O Ministério Público, em face disso, não poderá ser apenas o *custos legis*, mas, sobretudo, parte militante na defesa do preso e da sociedade, no curso do processo de reeducação, como durante a execução das medidas alternativas à prisão.

6.2 - O Ministério Público e a Jurisdicionalização da Execução Penal

S. Riccio⁴⁰ observou que o Estado tem o poder-dever de punir, mas há ainda a obrigação de respeitar a dignidade do homem e de seus direitos invioláveis. A garantia de liberdade e da dignidade humana na execução da pena somente pode ocorrer com a jurisdicionalização:

⁴⁰RICCIO, S. Parecer su Disegno di Legge: Ordinamento Penitenziario in *Rassegna di Studi Penitenziario*, 1972. p.3.

José Ronald Vasconcelos Albergaria

Dopo la violazione delle norme penali e la condanna definitiva, sorgano tra condannato e stato nuove relazioni giuridiche che si svolgano su posizioni dintra tra lo Stato e l'uomo.

Com efeito, para a garantia dos direitos do sentenciado e da proteção da comunidade exige-se a intervenção do Juiz e do Ministério Público na execução da pena, o que seria impossível em caso de se levar adiante a nefanda idéia da privatização dos presídios, hoje advogada por grande parcela da sociedade.

O reconhecimento dos direitos humanos do preso deu origem à relação jurídico-penitenciária e, conseqüentemente, ao princípio da relação jurídico-executiva, da qual o Ministério Público participa, como sujeito ou órgão da execução penal.

O agente do Ministério Público deve participar do procedimento do tratamento institucional, do tratamento em meio semi-aberto, aberto e livre, colaborando com a comunidade.

A presença do Ministério Público, com seu caráter obrigatório, visitando mensalmente os estabelecimentos prisionais, certamente colaborará com a ordem e disciplina das instituições penitenciárias, com ênfase na aplicação da lei, na proteção dos direitos do preso, o que prevenirá o arbítrio do diretor da penitenciária e a freqüência dos motins e rebeliões, tão explorados pelo

sensacionalismo da imprensa, que excita e alimenta os distúrbios entre os encarcerados.

6.3 - O Ministério Público e a *Diversión*

A desjudicialização atribuiu posição relevante do Ministério Público, ao colaborar no aperfeiçoamento do sistema penitenciário.

A *diversion*, pouco divulgada no ordenamento jurídico brasileiro, nos dizeres de Jescheck⁴¹ ensina a seguinte lição, *verbis*:

*“A **diversion** está vinculada à tendência da **non intervencion**. Os defensores da **non intervencion** propõem melhorar a situação atual da administração da justiça penal. Na execução dos programas de tratamento, não se tem considerado a dignidade da pessoa humana do preso e as garantias do processo penal. Querem evitar, o quanto possível, as sanções privativas da liberdade e reforçar as garantias jurídicas do culpado. Não querem abolir os programas de ressocialização, mas reestruturá-los e cumpri-los com mais humanidade”.*

A *non intervention* propõe que se exclua o culpado do processo penal, corrigindo-o com meios de caráter não penal, excetuando-se a criminalidade grave e

⁴¹JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1981. p. 28.

a multirreincidência.

Estas soluções entre o processo penal e a *non intervention* denominam-se *diversion*, consistindo no seguinte: reparação do dano, *pre-trial probation*, acordo informal entre as partes, tratamento psiquiátrico, terapia de grupo, *community service* (grupos de trabalho).

Daí se percebe que a intervenção jurídico-penal deve limitar-se à criminalidade grave e reincidente, com todas as garantias jurídicas do processo penal. Em tais hipóteses a pena não se concebe como um tratamento benfeitor, mas como dolorosa intervenção do Estado na liberdade e na propriedade.

Logo, a *diversion* tem por principal objetivo manter os indivíduos fora do sistema da justiça penal.

6.4 - O Ministério Público e sua Formação Especializada na Execução da Pena

Como já salientado, o pessoal do sistema penal deve encontrar-se profissionalmente preparado para executar a lei penitenciária. Convém acentuar que a formação profissional não deve limitar-se ao pessoal penitenciário, mas estender-se ao pessoal do sistema penal: magistrados, promotores, defensores públicos e policiais. A formação especializada do pessoal dos subsistemas da

administração da Justiça Penal atende ao princípio da integração harmônica desses subsistemas (Szabo, Lopez - Rey).

Os artigos 75 e 77 da LEP prevêem novo regime jurídico para o pessoal penitenciário, com base no paradigma das Regras Mínimas da ONU. A Resolução n.º 1/83 do CNPCP enfatiza a formação especializada do pessoal do sistema penal. Não se ignora a resistência do Poder Público em aplicar os citados artigos 75 e 77.

Merece ser transcrita a citação de M. Pont, *verbis*:

“Ou se renuncia à idéia de recuperação ou emenda, e suprime-se a palavra hipocritamente expressa na lei, diz C. Arenal, ou será necessário dar aos presos os meios de recuperação, pois os atuais são como ferrovias sem trilhos ou telégrafos sem fios”.

Para Basalo, um bom pessoal penitenciário pode tornar aceitável um mau estabelecimento e o melhor dos estabelecimentos será um fracasso se o pessoal não estiver à altura de sua missão.

De outra face, a formação especializada do pessoal do sistema penal não atenderá apenas à Administração da Justiça Penal, mas também à Universidade e à Comunidade. A Universidade, com a adequada formação científica do pessoal destinado ao

ensino e a pesquisa. A preparação especializada do pessoal do sistema penal daria condição ao Estado e à Comunidade para realizarem uma política criminal integrada na política social, visando a garantia da sobrevivência da sociedade e segurança da estabilidade do Estado.

C. Roxin afirma que somente uma política social de base científica poderá eliminar as condições criminógenas da sociedade ou a violência estrutural da comunidade consumista, que obsta à auto-realização do homem como ser livre.

7 - CONCLUSÃO

Como corolário lógico da presente exposição, a dedução que necessariamente deve ser feita é a de que o sistema penal encontra-se em profunda crise. As rebeliões, as denúncias de maus-tratos aos internos, a corrupção no seio das penitenciárias e cadeias públicas, a prática comum da venda de vagas nos citados estabelecimentos, triste realidade prisional brasileira, tornou-se conhecida da grande massa da população, através da farta matéria jornalística hoje veiculada pela mídia.

A prisão, em vista disso, nos moldes atuais, avilta, deforma e corrompe a personalidade do condenado, porquanto o sistema funciona de forma seletiva, sendo

injusto e opressivo.

Com efeito, se a sanção funda-se na idéia da necessidade de se defender a sociedade e não na irracional concepção da retribuição do mal da pena pelo mal do crime, por que tantos desencontros e decepções são fomentados pela política criminal do país? Qual a razão de ser de normas penais abusivas e ultrapassadas que elevam as reprimendas para patamares inconcebíveis, que negam aos cidadãos os mais mezinhos e elementares direitos e que suprimem liberdades garantidas pela Constituição? O Direito Penal, pelo simples e tolo aumento de penas, jamais servirá como fator determinante de proteção social.

Na verdade, urge a feitura de reformas de base, para que a pena tenha uma outra finalidade, que não o castigo pelo castigo, como ocorre na sociedade brasileira atual.

A legislação mais moderna cairá no descrédito e se tornará inócua sem uma profunda reforma política. A persistência de uma sociedade hipócrita que finge clamar por segurança e, ao mesmo tempo, alimenta o crime, com escândalos como os dos precatórios, dos anões do orçamento, da compra e venda dos votos de parlamentares, apoiada num capitalismo selvagem, que seleciona e estigmatiza, impede a plena aplicação da norma mais bem elaborada pelos melhores gênios. O maior exemplo disso, que aliás foi amplamente discutido nesse estudo, é o da

Lei de Execuções Penais que, ainda hoje, depois de treze anos, sequer entrou em vigor. Basta uma simples visita a um dos inúmeros depósitos de presos espalhados pelas grandes cidades brasileiras para a constatação do que acima foi dito.

***José Ronald Vasconcelos de Albergaria é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.**

8 - BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia*. p. 250, 268 e 281.

ALBERGARIA, Jason. Obra citada, Casa de Albergado in *Revista dos Julgados*. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, v. 26 – 27. p. 45.

BETTIOL, G. *Relatório das Sessões in Pena de Morte*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 1967. p. 48.

BIELSA, R. D. *Administrativo*. VI, 581, n.º 950.

CAFFARENA, M. *Princípios Fundamentales del Sistema Penitenciário Espanhol*. Barcelona: Bosch, 1983. p. 115 e 139.

- CALON, C. *La Moderna Criminologia*. Barcelona: Bosch, 1974. p. 345.
- CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da Reação Social*. Forense, 1983. p. 61.
- CONDE MUÑOZ, F. *Introduccion al Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 34 e 285.
- DEVESA RODRIGUES, J. M. *Derecho Penal Espanol*, Madrid: Caracas, 1981. p. 848.
- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio: PUC, 1978. p. 68.
- GLASER, D. *Alternatives de Incarceration in International Review of C. Policy*. p. 65.
- HAAL, J. *General Principles of Criminal Law*, N. York: B. Merrill. p. 309.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1984, p. 342 e 347.
- JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1981, 1º/87, 2.º/59, 2.º/1060. p. 3.
- KAUFMANN, H. *Ejecución Penal Y Terapia Social*. Buenos Aires: Depalma, 1974. p. 119.
- KLUG, U. *Para una critica de la filosofia penal de Kant e Hegel in problemas actuales de las ciencias penales en homenagem al prof. L. J. Asua*. Buenos Aires:

Pannedille, 1920. p. 35.

NUVOLONE, P. *Il Problema della Rieducazione del Condannato*. Milão: CEDAM, 1964. p. 347.

REALE JÚNIOR, M. Política de Repressão e Crise no Sistema Penal in *Seminário sobre Criminologia Violenta*. OAB, 1980. p. 299.

RICCIO, S. Parecer su Disegno di Legge: Ordinamento Penitenziario in *Rassegna di Studi Penitenziario*. 1972. p. 3.

ROSS, A. *Responsabilità e pena*. Milão: Giuffrè, 1972. p. 63.

ROXIN, C. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy* - Universidad de Sevilla, 1981, p. 23, 33, 40 e 156.

STEFANI, G. *Droit Pénal Général*. Paris: Dalloz, 1941. p. 295.

STEVENSON, O. Pena e Medida de Segurança in *Revista Forense*. v. 102. p. 221.