XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

TULIO LIMA VIANNA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gustavo Noronha de Avila, Marilia Montenegro Pessoa De Mello, Tulio Lima Vianna – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-080-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação que apresentamos a coletânea de artigos discutidos no Grupo de Trabalho "Criminologias e Política Criminal", realizado durante o XXIV Congresso do CONPEDI, em Belo Horizonte.

Depois de dois anos de início de nossos trabalhos, podemos dizer que as discussões criminológicas têm ganhado cada vez mais espaço. Discutir as relações do crime com as liberdades, especialmente no que diz respeito às interdições realizadas pelo sistema penal, é agenda fundamental em uma sociedade cada vez mais marcada por controles.

Temos aqui um conjunto heterogêneo, mas bastante significativo, da produção criminológica nacional. Desde artigos vinculados às rearticulações dos realismo de esquerda com a segurança pública até aproximações com as perspectivas radicais/libertárias.

Em um espaço de discussão privilegiado e democrático, como é o CONPEDI, cremos ser fundamental o aprofundamento e a continuidade dessas discussões. Não seria possível alcançar esse objetivo sem a colaboração do Professor Nestor Eduardo Araruna Santiago e, especialmente, na edição ora apresentada, do Professor Álvaro Oxley da Rocha que, com maestria, auxiliou na coordenação dos trabalhos.

É com esse espírito efetivamente democrático, marcado pela solidariedade e pela seriedade acadêmica, que seguiremos em frente. Desejamos a todos ótima leitura.

Gustavo Noronha de Ávila

Marília Montenegro Pessoa de Mello

Túlio Vianna

SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA DE PRISÃO.

PENITENTIARY SYSTEMS AND THE SOCIAL FUNCTION OF THE SANCTION OF PRISON.

Milton Vasques Thibau De Almeida
Tiago Lenoir Moreira

Resumo

O presente artigo visa o debate sobre a correlação existente entre a elevada taxa de criminalidade existente na sociedade brasileira contemporânea, a falência e a ineficácia da pena privativa de liberdade, na sua atual execução, e a atuação do Direito Penal como instrumento limitador da liberdade social. A despeito da segregação do preso do convívio social, lhe são asseguradas a visita dos familiares e as autorizações de saída, cujos objetivos são a manutenção dos vínculos familiares e o estímulo à sua reinserção no convívio social. Não obstante, o Estado não tem desempenhado uma boa gestão na formulação e na execução das políticas públicas na área da segurança pública, olvidando que a sanção penal restritiva da liberdade se reveste de um caráter social, pois a mão que bate (Estado Polícia) é a mesma mão que afaga (Estado do Bem Estar Social), pelo que o preso deve ser reintroduzido ao convívio social e não apenas permanecer isolado no cárcere.

Palavras-chave: Sistemas penitenciários, Cadeia, Prisão, Convívio social, Políticas públicas de segurança, Proteção social do preso

Abstract/Resumen/Résumé

This article is based upon the relation between the higher taxes of the criminal activities existent in the contemporary brazilian society, the bankrupt and the inefficiency of the liberty's restrictive sanctions, in it's actual model of execution, and the action of the Criminal Law as a instrument of social's liberty limitation. Even thought the prisioner's segregation from the social coesistence, there are guaranteed to him the visit of his familiar's members and the exit's authorizations, whose objectives are the manutention of the familiar's laces and to stimulates his reinsertion to the social coesistence. Furthermore, the State don't have beeing taking a good administration in the public's policies planning and execution in the security field, taking mistakes of that restrictive's liberty sanctions are covered by a social character, as the hand that hit (Policy State) is the same that takes charity (Welfare State), by the way the prisioner has to be reintroduced to the social coesistence, not only stay alone in the jail.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penitentiary systems, Jail, Prison, Social coesistence, Security's public policy, Prisioner social protection

Os Sistemas Penitenciários e a função social da pena de prisão.

1. Introdução.

Durante a evolução dos estudos acerca do Direito Penal e função social da pena, muito se discutiu e ainda se discute a respeito de questionamentos que Luigi Ferrajoli apresenta na obra Direito e Razão, sendo eles; Por que punir? Para que punir? Quando punir? Como punir? Se punir? Pois bem, nenhuma das questões levantadas possuem respostas objetivas e completas, e diante a este turbilhão de dúvidas eis instaurado o caos Direito Brasileiro.

A criminalidade atual tem apresentado cifras alarmantes, e consecutivamente, crescido também a população carcerária e o problema da reincidência. O último mapa do encarceramento do corrente ano (2015) determinou que a partir dos dados levantados e analisados, que houve crescimento de 74% da população brasileira encarcerada entre 2005 e 2012. As análises possibilitaram identificar o perfil da população que está nas prisões do país: homens, jovens (abaixo de 29 anos), negros, com ensino fundamental incompleto, acusados de crimes patrimoniais (na grande maioria) e, no caso dos presos adultos, condenados e cumprindo regime fechado, e majoritariamente, com penas de quatro até oito anos.

Perante este cenário, não há outro caminho que não concluir que o Brasil não pune pouco, muito antes pelo contrário, pode-se afirmar que o país puni mau, uma vez que os dados referentes ao crescimento da criminalidade é diretamente ligado proporcionalmente ao crescimento da população carcerária.

Ora, nesse sentido há de se questionar onde estão as falhas de todo o sistema penal. No presente artigo, além de apontar os déficits nas políticas públicas ou a ausência de investimento no básico necessário para garantir o mínimo de dignidade a qualquer cidadão, busco também apontar a falência da pena privativa de liberdade nos moldes atuais da sua execução.

As justificativas para a ocorrência de um crime são inúmeras, na qual a responsabilidade chega até a ultrapassar a pessoa do agente e atinge uma responsabilidade social. E, por ora, questiono; porque punimos tanto? Porque punimos mal? Existe solução?

Na busca dessas justificativas para a pena, alguns doutrinadores acolhem a afirmativa, quase unânime, de que a pena justifica-se pela sua necessidade, e que seria impossível a convivência em sociedade se não houvesse pena. A pena constitui um recurso elementar com

que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens, sendo vista, portanto, como um mal necessário.

A perspectiva da pena fundada em si mesma nos aproxima da barbárie, sendo ela apenas um caminho para satisfação da vingança individual, seria alimentar a sede de sangue daquele que possui o sentimento tórrido da raiva, ainda que legítimo no papel da vítima, pois em momento algum há a defesa da criminalidade. Porém, a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos e a proteção de valores elementares para a vida em comunidade e não a institucionalização da vingança.

Sendo assim, perante a esta breve introdução crítica ao cenário criminológico brasileiro, passamos a análise da evolução dos sistemas penitenciários.

2. Os Sistemas Penitenciários.

Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, porém, não podemos afirmar que a prisão seja um invento norteamericano. Esses sistemas foram inspirados em concepções religiosas (até mesmo pela estrutura morfológica da palavra ‘penitenciária’, ou seja, o cumprimento de uma penitência, e a correlação do crime ao pecado) e em diversos estabelecimentos carcerários europeus, principalmente na Holanda, Inglaterra, Alemanha e Suíça.

Acompanhando a evolução dos sistemas penitenciários, examinaremos os modelos pensilvânico ou celular, auburniano, e por último o progressivo inglês.

2.1. O Sistema Pensilvânico, ou Celular.

Em 1681, o Rei Carlos II da Inglaterra cedeu a região da atual Pensilvânia para William Penn, como pagamento de uma dívida que a coroa tinha com o pai de William. Quando criou a Colônia de Pensilvânia, Penn garantiu o direito de liberdade de expressão religiosa, instituiu aos indígenas tratamento igualitário com relação à um branco em julgamentos e cumpriu um despacho do Rei Carlos II prescrevendo o estabelecimento de leis inglesas e por essa razão submeteu á Assembléia Colonial da Pensilvânia o que se tem chamado de a "Grande Lei" que pretendia atenuar a dureza da legislação penal inglesa.

A atenuação obedecia a duas razões: repudiar atos violentos, limitando a pena de morte somente ao crime de homicídio, e substituir as penas corporais mutilantes por penas privativas de liberdade e trabalhos forçados.

As ações de Penn serviram de estímulo para o surgimento de associações destinadas a suavizar a condição dos presos e reformar as prisões:

> "(...) por influência dessas associações conseguiu-se, em 1786, a modificação do Código Penal, aproveitando a liberação das colônias inglesas e a formação de um Estado independente. Os trabalhos forçados foram abolidos. A pena de morte passou a ser aplicada em pouquíssimos casos e generalizou-se a pena privativa de liberdade com a ‘esperança de conseguiu a recuperação dos condenados" (BITENCOURT, 2004, p. 59).

O Sistema Penitenciário Pensilvânico teve início na Filadéfia, em 1790. Uma de suas principais características era o isolamento do preso, daí o também chamado sistema celular. O custodiado ficava isolado, sem trabalho ou visita. Tal sistema defende o isolamento absoluto do preso durante o período integral de sua reprimenda como forma de proporcionar-lhe a reflexão e o arrependimento perante ao ato delituoso cometido.

O Sistema Pensilvânico não permitia sequer o contato de um preso com outro preso ou com seus familiares. Todos eram obrigados a permanecer em absoluto silêncio, além da utilização de máscaras que impossibilitava o reconhecimento facial de um preso com o outro. Campos afirma que "enquanto sistema, foi um fracasso; pois além desumano era muito dispendioso e não possibilitava a readaptação social do condenado".

Dentro deste panorama do Sistema Celular, vale lembrar a experiência de quem passou dez anos preso segundo esse sistema penitenciário e dela deixou registro:

> "(…) Ao escurecer éramos fechados em nossos alojamentos. Que coisa insuportável sair ao ar livre, entrar numa caserna onde candeias de estearina bruxuleiam num cômodo baixo e comprido com um bafio nauseabundo. Hoje me parece incrível haver lá passado dez anos! Na espécie de beliche alongado onde dormíamos em comum trinta detentos, todo o meu espaço se restringia a três tábuas. (…)" (DOSTOIEVSKI, 1952, p. 185).

2.2. O Sistema Auburniano.

O Sistema Auburniano, surge em virtude de um desejo de superar as limitações e os defeitos do regime pensilvâncio - celular. Sua origem prende-se a construção da penitenciária na cidade de Auburn, do Estado de New York, em 1818, sendo seu diretor Elam Lynds. Campos, ensina que o sistema auburniano "tinha como característica o isolamento celular noturno e o trabalho em comum durante o dia, em silêncio".

O sistema auburniano facilita o aumento da produção no trabalho, assim como propicia melhores condições para a reeducação profissional e a ressocialização mais fácil do preso. Em contra partida o objetivo essencial deste sistema era transformar o detento em um operário disciplinado, subordinado ao poder do Estado, uma pessoa útil e produtiva.

Tal qual o anterior sistema celular, o Auburniano também proibia visitas até de familiares e não se preocupava com a instrução e o lazer dos presos. O sistema auburniano, afastadas, a sua rigorosa disciplina e a sua estrita regra do silêncio, constituiu uma das bases do sistema progressivo, que ainda é aplicado por muitos países.

2.3. O Sistema Progressivo Inglês.

O ápice do sistema progressista de liberdade coincide com o abandono dos Regimes Celular e Auburniano de cumprimento de pena.

Diferentemente dos sistemas anteriores, o sistema progressista diminuiu o rigorismo na aplicação da pena e levava em consideração a vontade do preso.

Oriundo da Inglaterra, no século XIX, esse sistema considerava que a duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia do aproveitamento do preso, demonstrado pelo seu trabalho e pela sua boa conduta.

Por ter sido utilizado em muitas prisões inglesas, ficou conhecido como Sistema Progressivo Inglês, apresentando como características a divisão do tempo de cumprimento da pena em três períodos: a) o primeiro período é o período de prova, com isolamento celular de tipo pensilvânico; b) o segundo período tinha início com a permissão de trabalho em comum ao preso, observada porém a regra auburniana do rigoroso silêncio; c) o terceiro período era dedicado à concessão do *ticket of leave*, para o que o preso tinha que demonstrar correção de conduta e cumprir alguns requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção do beneficio ao livramento condicional.

Na contemporaneidade entende-se que o regime progressivo converteu-se em um sistema de individualização científica da pena.

3. A crise do Sistema Progressivo.

Com o advento da Criminologia, como ciência, e dos avanços legislativos, sociológicos, antropológicos e doutrinários em relação ao tema execução penal, surge um novo modelo penitenciário denominado pela doutrina como "individualização científica".

Uma das causas da crise do sistema progressivo deve-se à irrupção, nas prisões, dos conhecimentos criminológicos, o que propiciou a entrada de especialistas muito diferentes daqueles a que o regime progressivo clássico estava acostumado (BITENCOURT, 2004, p. 96).

Essa mudança conduziu a uma significante transformação dos sistemas penitenciários, e foi operada por duas vertentes: "por um lado a individualização penitenciária (individualização cientifica), e, por outro, a pretensão de que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana (por exemplo, quando se estimula o regime aberto)" (BITENCOURT, 2004, p. 97).

Com efeito, a pena privativa de liberdade, em suma, destaca-se como a resposta penal predominante, todavia, inquestionável a crise. No século XIX Rafael Garofalo já tecia comentários à falência da pena de prisão:

> "O homem se cansa de atormentar a seu semelhante indefeso. O crime mais horrível resulta, ao final de um ou mais anos, em uma página de crônica de um tempo quase esquecido. O desgosto contra seu autor é uma impressão que, como todas as demais, debilita-se pelo tempo e com a familiaridade vivida com o réu. Uma vez velho e abatido, já não suscita a nossa invencível antipatia como nos primeiros momentos logo após o delito. Um tratamento excessivamente rígido chega a parecer inútil crueldade. Se ele sofre, se pede, por piedade, não ser obrigado a enlouquecer entre as quatro paredes de sua cela, seus gemidos acabam por encontrar acolhida" (BITENCOURT, 2004, p. 97).

Bitencourt expõe a possibilidade de aumento da crise nos sistemas progressivos, pelas seguintes razões:

a) a duração das penas de prisão tem sido reduzida, não atingindo seu objetivo ressocializador. Essa situação acentua a probabilidade de reincidência produzindo efeitos significativos no recluso;
b) aumento de expectativa de vida da população. Essa circunstância permite que os delinqüentes possam aplicar, durante muito mais tempo do que ocorria no início do século XX, seus conhecimentos de vida, da técnica criminal e do tratamento com a polícia e os tribunais de justiça;
c) nos últimos tempos houve um aumento da sensibilidade social em relação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano. Inúmeros são os tratados internacionais de direitos humanos que levam a um questionamento mais rigoroso do sentido prático-teórico da pena privativa de liberdade, contribuindo para o debate sobre essa crise.

4. O impacto social que a reclusão ou a detenção gera no meio social.

A ordem jurídica constitucional delimita o poder punitivo do Estado, no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, prescrevendo as seguintes garantias aos cidadãos condenados:
a) a individualização da pena (inciso XLVI);
b) a proibição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (inciso XLVII, alíneas “a” a “e”);
c) a garantia do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, da idade e do sexo do apenado (inciso XLVIII);
d) a garantia do respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX).

Assim são assegurados os direitos sociais do preso, que passará para a responsabilidade exclusiva do Estado durante o cumprimento da pena. Contudo, o recolhimento do condenado para o cumprimento de pena em recinto fechado deflagra uma série de impactos sociais no meio social do qual é privado do convívio, indo desde o contato direto e necessário da mãe-condenada com os seus filhos, passando pela privação do contato do preso com a sua família e se projetando sobre as relações jurídicas futuras do preso com a previdência social.

4.1. O impacto social da privação do convívio da mãe-condenada com os seus filhos.

Os filhos menores possuem uma grande dependência econômica e emocional em relação às suas mães, especialmente aqueles que sejam recém-nascidos que estejam na

dependência do aleitamento materno, razão pela qual o legislador constituinte erigiu como garantia constitucional diretamente incorporada ao texto da Constituição Federal de 1988, em sua artigo 5º, inciso L, que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".

Tal preceito constitucional recepcionou a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que assegura às mães presas e aos recém-nascidos as condições mínimas de assistência social, estando perfeitamente articulada com as políticas públicas de assistência social desenvolvidas pela seguridade social, em cujo artigo 203, inciso I, da Constituição Federal de 1988, está assegurada a proteção à família e à maternidade (assim como, também, à infância, à adolescência e à velhice).

Na atualidade, o preceito constitucional do artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal de 1988, é regulamentado pela Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, que acrescentam novas disposições aos artigos 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), a fim de:

a) assegurar acompanhamento medido à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido;

b) determinar que os estabelecimentos penais destinados a mulheres sejam dotados de berçários, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade;

c) determinar que a penitenciária de mulheres seja dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa;

d) determinar que são requisitos básicos das referidas seção e creche, serem dotadas de atendimento por pessoal qualificado, de acordo com a legislação educacional e em unidades autônomas, e que adotem horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

4.2. O impacto social da privação do convívio do preso com a família.

O condenado, enquanto recolhido ao sistema penitenciário, é privado do convívio social cotidiano com a família, o que conduz a sua família às privações de natureza material e afetiva.

Como o cumprimento da pena é individualizado, a família não é alcançada pela punição infligida ao preso, razão pela qual merece a proteção da assistência social do Estado,

por intermédio da seguridade social, conforme dispõe o mesmo artigo 203, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o que lhe confere o direito subjetivo público aos benefícios concedidos, direto ou indiretamente, às famílias dos presos, conforme o sistema penitenciário admita o regime de visitas familiares aos presos e um regime de autorizações de saídas ou um regime de saída temporária aos presos.

No ordenamento jurídico brasileiro, cabe à Lei da Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), regulamentar esses regimes de visitas familiares aos presos, assim como essas saídas esporádicas de natureza comemorativa para fins de convívio social dos presos com suas famílias, a fim de que o cumprimento da pena não imponha a degeneração ou o rompimento dos vínculos familiares ou para que propicie o retorno do preso ao convívio social. Ademais, a Lei da Execução Penal também possibilita a saída temporária do condenado por motivo de falecimento de pessoa da família ou por necessidade de tratamento médico.

4.2.1. O direito do condenado às visitas de familiares e ao contato com o mundo exterior.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) assegura aos presos o direito à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (artigo 41, inciso X).

Também constitui direito do preso o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (artigo 41, inciso XV, da mesma Lei da Execução Penal).

Embora não relacionado diretamente com esses direitos a visitação ou ao contato com o mundo exterior, também não deixa de ser uma garantia de convivência social, a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares e dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (artigo 43 da mesma Lei da Execução Penal).

4.2.2. O direito à permissão de saída do estabelecimento prisional.

A Lei da Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) concede aos condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto, assim como aos presos provisórios, a possibilidade de saída do estabelecimento prisional, mediante escolta, nas hipóteses de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente

ou irmão (artigo 120, inciso I), e em caso de necessidade de tratamento médico (artigo 120, inciso II).

A referida Lei da Execução Penal dispõe que essa autorização será concedida pelo diretor do estabelecimento (artigo 120, parágrafo único), pelo tempo necessário ao cumprimento da finalidade da saída (artigo 121).

4.2.3. O direito de saída temporária do estabelecimento prisional.

A Lei da Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) também concede aos condenados que cumprem pena no regime semiaberto, permissão para a saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nas seguintes hipóteses dispostas no artigo 122:

a) visita à família (inciso I);

b) frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior na Comarca do Juízo da Execução (inciso II);

c) participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (inciso III).

A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução (artigo 122, parágrafo único, da mesma Lei da Execução Penal, com redação dada pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010).

A autorização para a saída temporária será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos dispostos no artigo 123 da Lei da Execução Penal:

i) comportamento adequado (inciso I);

ii) cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente (inciso II);

iii) compatibilidade do benefício com os objetos da pena (inciso III).

O artigo 124, *caput* e § 1º, da Lei da Execução Penal estatui que a autorização será concedida por prazo não inferior a sete dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano, desde que o preso cumpra condições impostas por lei ou outras que o juiz da execução entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado.

Dentre as condições impostas por lei estão o fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; o recolhimento à residência visitada, no período noturno; e a proibição de freqüentar bares,

casas noturnas e estabelecimentos congêneres (artigo 124, § 1º, incisos I a III, da Lei da Execução Penal).

Quando se tratar de saída temporária para freqüência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes (artigo 124, § 2º, da Lei da Execução Penal, acrescido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010), e, nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra (artigo 124, § 3º, da Lei da Execução Penal, também acrescido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010).

O benefício da saída temporária será automaticamente revogado se o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condiçõe impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso (artigo 125, *caput*, da Lei da Execução Penal).

A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado (artigo 125, parágrafo único, da Lei da Execução Penal).

4.3. O impacto social nas relações jurídicas futuras do preso com a previdência social.

Quando a sentença condenatória transita em julgado, e, finalmente o condenado é recolhido ao sistema penitenciário, para cumprir a pena restritiva de liberdade, rompem-se os vínculos jurídicos profissionais do preso com a categoria profissional à qual pertence e com o meio profissional no qual convivia, assim como, também, rompem-se os vínculos contratuais trabalhistas de emprego.

O artigo 482, alínea “d”, da CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), estatui que constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a “condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena”. Neste caso, o vínculo contratual de emprego se rompe devido à impossibilidade física de o empregado condenado poder comparecer ao emprego todos os dias, já que estará cumprindo pena em recinto fechado.

O afastamento do trabalhador condenado, seja ele empresário, profissional liberal ou empregado, o privará da realização de trabalho, o que faz cessar o auferimento de renda, com prejuízo ao financiamento da seguridade social na condição de segurado obrigatório, razão pela qual o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999)

prevê a manutenção da condição dessa condição de segurado obrigatório, do recluso e do preso que já eram inscritos antes do advento do início do cumprimento da pena, a fim de o vínculo jurídico previdenciário seja mantido durante todo o período do cumprimento da pena, até 12 (doze) meses após a cessação do cumprimento da pena (artigo 13, inciso IV), a fim de assegurar-lhes a aquisição de benefícios previdenciários futuros, para si e para a sua família.

O sistema previdenciário também se articula com o sistema penitenciário (segundo a Lei das Execuções Penais), relativamente ao enquadramento jurídico do condenado, como segurado da previdência social, pois também possibilita a inscrição dos presos e dos reclusos na condição de segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social, nas seguintes condições:

a) quando não exercer atividade remunerada, nem estiver vinculado compulsoriamente a qualquer regime de previdência social (artigo 11, § 1º, inciso IX, do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, inserido pelo Decreto nº 7.054, de 28 de dezembro de 2009);

b) quando for recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem a intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria (artigo 11, § 1º, inciso XI, do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, inserido pelo mesmo Decreto nº 7.054, de 28 de dezembro de 2009).

Embora o artigo 11, § 1º, do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, não contemple especificamente a hipótese do condenado estudante, é evidente que nessa condição também poderá se inscrever como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social, uma vez que o inciso III desse mesmo artigo de lei contempla incondicionalmente a hipótese do exercício da ocupação de estudante.

Na esteira dessa Política Pública de reinserção social do condenado dentro do sistema da previdência social, a Lei nº 12.433, promulgada em 29 de junho de 2011, promoveu alterações na redação dos artigos 126, 127 e 128 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho, da seguinte forma:

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

ii) 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho;

iii) as atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos freqüentados;

iv) as horas diárias de trabalho e de estudo poderão ser cumuladas, desde que sejam definidas de forma a se compatibilizarem;

v) o preso acidentado, que ficar impossibilitado de prosseguir no trabalho ou nos estudos, continuará a beneficiar-se da remição;

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

vii) o condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela freqüência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º do artigo 126 da Lei de Execução Penal;

viii) o condenado a prisão cautelar também se beneficia dessas regras de remição do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho;

ix) a remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa;

x) em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no artigo 57 da Lei da Execução Penal, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar;

xi) o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos;

xii) a autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de freqüência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles;

xiii) o condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a freqüência e o aproveitamento escolar;

xiv) será concedido ao condenado a relação dos seus dias remidos.

Em todas essas hipóteses de remição da pena por trabalho ou por estudo o condenado poderá se inscrever como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social, desta forma se acautelando contra as adversidades do futuro, passíveis de acometê-lo após o cumprimento da pena, quando já estiver reinserido no convívio social.

Tais disposições legais demonstram o perfeito entrosamente entre as ações do Estado que pune (a mão que bate) e do Estado que protege (a mão que afaga), e que dentro do sistema punitivo do Direito Penal vige um sub-sistema de direitos de assistência social específicos dos condenados, como, aliás, deixam claro as disposições do Capítulo II ("Da Assistência"), do Título III ("Do Condenado e do Internado"), da Lei da Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), em cujo artigo 10, *caput*, está estatuído que "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade", assim como, também, por extensão legislativa expressa, ao egresso (parágrafo único do mesmo artigo 10).

5. A Ordem Social e Segurança Pública como direito social na Constituição brasileira.

As sociedades agrárias resolveram o seu problema de segurança alimentar deixando de ser nômades e se fixando no território, de onde extraiam seus meios de subsistência. A solução da segurança alimentar deflagrou outra necessidade: a segurança pública.

Com o surgimento da riqueza agrícola e pecuária, surgiu o Direito para proteção do proprietário contra a ambição alheia, assim como surgiu o Estado para proteger a coletividade contra o ataque e o assédio de grupos rivais.

Acredita-se que a descoberta da agricultura antecedeu o surgimento das guerras, porque, por mais que o homem possa ser belicista, não se aventuraria em guerras se não fosse por causa da recompensa.

Com efeito, a segurança pública e a segurança alimentar sempre caminharam juntas na história da humanidade. A responsabilidade da função pública pelo Estado se dá pela fonte legislativa, seja para punir ou para proteger seus cidadãos.

O Direito Penal, utilizando como instrumento o principio da reserva legal, define os tipos legais dos crimes e suas respectivas penas. O mesmo ocorre com a Seguridade Social, entendida como um "sistema constitucional de proteção social, que define a responsabilidade do Estado em legislar sobre as regras de concessão da proteção social, sobre o sistema do financiamento dos regimes de proteção social e sobre a administração de todo o sistema protetivo".

Assim como na execução da pena criminal, na seguridade social, a lei é a única fonte do direito, logo cabendo ao Estado definir qual é a proteção social a ser concedida e a quem deve ser concedida. Não existem direitos subjetivos públicos para os cidadãos necessitados sem que sejam definidos num tipo legal (o "tipo penal"), pois, da mesma forma como não há

crime sem uma lei anterior que o defina, o mesmo se dá com a proteção social, que também precisa ser instituída por lei ("no tipo previdenciário"), que também deverá providenciar a prévia dotação dos meios materiais para a sua execução, pois, segundo dispõe o artigo 195, inciso V, da Constituição Federal de 1988, "*nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*".

Há, todavia, uma significante distinção entre o *jus puniendi* do Estado no campo do direito penal e a solidariedade social promovida pelo mesmo Estado no campo da seguridade social, pois no direito penal o elemento subjetivo do crime é indispensável, o que não ocorre no Sistema da Seguridade Social, uma vez que, em condições normais, ninguém é culpado pessoalmente pela sua condição social de pobreza, de miséria ou de indigência, sendo por isso protegido mesmo que seja contra a sua vontade, bastando que se concretize na vida real o quadro fático da situação jurídica definida na hipótese do "tipo previdenciário".

É dever do Estado exercer as ações de proteção social - segurança pública, seja através de produção legislativa ou de mecanismos de funcionalidade da estrutura das políticas públicas. Ou seja, é de suma importância fomentar a reflexão em torno da temática na perspectiva de incutir no imaginário social a premissa de que não se propicia segurança pública sem mecanismos primários, de ordem político-social que garantam a cidadania e vice-versa. Somente dessa forma é possível afirmar que encontramo-nos em um Estado Democrático de Direito, em que a cidadania constitui princípio basilar.

Em suma, apenas é possível conceber a cidadania, em sua plenitude, quando são comportadas todas as liberdades individuais expressas, pelos direitos civis - direito de ir e vir, de imprensa, de fé, de propriedade, os direitos políticos - de votar e ser votado, de participar do poder político; e os direitos sociais, caracterizados como o acesso a um mínimo de bem-estar econômico e de segurança, com vistas a assegurar um padrão digno de vida para um ser civilizado.

No campo das políticas públicas, no contexto do Direito Penal, o Estado ao estipular os meios, precisa, incontestavelmente, assegurar a proteção social para a população carcerária, pois, se de um lado existe a legislação de execução penal que levanta a bandeira ressocializadora, cabe também ao Estado estar presente neste convívio marginalizado. O que se propõe é socializar antes mesmo de ressocializar, pois aquele que transgrediu a lei, ou seja, o criminoso, em sua grande maioria nunca conseguiu atingir um nível adequado de convivência em meio social. Portanto, a política pública deve ser uma via da mão dupla, estando dentro e fora do cárcere. É impossível ressocializar aquele que nunca foi socializado.

O Estado não pode atuar exclusivamente no resultado de todo caos social, a política do punitivismo extremado não apresenta soluções saudáveis àqueles que estarão fora do cárcere ao final do cumprimento da pena.

Essas políticas públicas devem lidar com uma reestruturação da sociedade, seja do ponto de vista financeiro, seja do ponto de vista social. E, inclusive, no âmbito judiciário, deve-se buscar uma conscientização pela ampliação da concessão de medidas punitivas que sejam alternativas à prisão, caso contrário estaríamos diante de uma situação equivalente a "varrer o lixo para debaixo do tapete".

6. A função social da pena.

A também reconhecida atuação do Direito Penal consiste na aplicação de uma sanção penal como repressão ao resultado do cometimento de um ato ilícito, tido como delituoso, e previamente descrito em lei (princípio da legalidade). Esta também é uma premissa que tem como função uma garantia/proteção social, seja para a vítima, seja para o próprio autor do delito, que deveria ser ressocializado e reinserido no convívio social. Eis então demonstrado um equilíbrio entre a liberdade e a punição.

Ou seja, a aplicabilidade de uma sanção penal busca equilibrar, ou restabelecer, uma situação anteriormente rompida pela prática de um delito. A partir de então é possível afirmar que o Direito Penal não é apenas um aplicador de sanções penais, mas um meio a garantir as liberdades e os direitos que são expressos pela Constituição Federal, como um sistema de proteção de bens jurídicos e dos valores sociais:

> "Referindo-se a um direito penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista" (ZAFFARONI, 2010, p. 173).

A pena, durante um longo período foi reconhecida apenas como repressão e atualmente busca ocupar uma função de prevenção. Esta prevenção é voltada ao indivíduo delinquente, para que este não volte a cometer novos atos delituosos (reincidência). Na busca por essa prevenção:

> "É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida" (BECCARIA, 2008, p. 125).

Porém, a busca por essa prevenção de novos crimes findou-se ao fracasso, pois, na grande maioria das vezes, o indivíduo voltava a delinquir quando retornava a vida social. Sendo assim, surgiu a necessidade de entender a pena como uma mal necessário e durante o período de execução deverá ser norte orientador a busca pela ressocialização e reinserção social como também uma forma de prevenir novos delitos.

Um dos meios ressocializadores previstos no ordenamento jurídico é, exatamente, a estipulação de uma execução da pena progressista, através de concessão de progressões de regime, trabalhos sociais e pequenos privilégios, para que seja, portanto, restabelecida a confiança anteriormente rompida entre o Estado e aquele que transgrediu a lei. E, a partir desse restabelecimento, seja possível que o indivíduo possa novamente conviver em sociedade.

Porém, no entendimento de Durkheim, com a adesão de Bitencourt, é preciso compreender que o delito é um fenômeno social natural e cumpre uma função importante de manter aberto o caminho para as transformações sociais e consequentemente o acompanhamento dessa evolução pelo direito.

Neste diapasão:

> "É muito difícil afirma-se qual a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. (...)
>
> Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante marginalizados ou próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder

> social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica" (ZAFFARONI, 2010, p. 76).

Mas também, é importante eliminar uma ideologia social onde o crime e por consequência a pena, seja apenas um castigo associado a vingança. E, neste ponto, cabe ao Estado demonstrar que a pena possui um caráter re-educacional, com a verdadeira finalidade de reinserção do preso à sociedade, em outras palavras, uma função social.

Além do mais, é preciso conscientizar a sociedade de que o sujeito que cometeu um crime e que cumpre uma sanção penal privativa de liberdade, um dia retornará ao seio social, e o questionamento maior é como poderíamos esperar que este mesmo sujeito retorne a sociedade sem o devido preparo? Uma vez que na atual circunstância penitenciária este indivíduo retorna pior de que o momento de foi inserido ao sistema carcerário. Pois, uma vez cometido o crime, além da violência por ele atribuída existe também a violência do Estado e ordenamento jurídico em desfavor do apenado.

Portanto, é de extrema importância que seja aferida à função da pena uma ótica capaz de determinar uma real e segura valoração ideal para a aplicação da pena, respeitando a dualidade entre sociedade/vítima x criminoso. Uma vez que, para afastar o anarquismo e até mesmo o punitivismo exacerbado, o *quantum* da pena aplicada deve ser cuidadosamente mensurado para que seja possível uma verdadeira e adequada realização da reeducação e da ressocialização, e, a partir de então, é razoável detectar uma função preventiva contra a prática de novos delitos.

Consolida-se, portanto, a idéia de que a verdadeira função social da pena é a ressocialização, seja pela contraprestação para a sociedade em resposta ao crime, e, consequentemente, uma reafirmação do direito, bem como o retorno do indivíduo delituoso à sociedade como pessoa capaz de ser depositada uma confiança estatal e social. Ou seja, a idéia de que o criminoso deva ser isolado da sociedade num ambiente carcerário cai por terra, pois ao final da pena este mesmo indivíduo que foi rechaçado voltará ao convívio social. Em absoluta certeza haverá uma retorno da vingança ou estigmatização por ele sofrida em detrimento à sociedade. Portanto, este pensamento de isolamento social está por completo enganado pois além das consequências por ele aferida, também confronta diretamente os ideais e valores constitucionais assegurados a todos os cidadãos.

7. Considerações finais.

Ante o que foi exposto, diante da falência da execução da pena no discurso oficial, estamos mergulhados em meio às críticas, sendo necessária uma postura mais ativa, proativa e incisiva, do Direito para barrar o extremismo punitivo.

Além do mais, uma vez apresentados os dados do recente mapa do encarceramento, há de se concluir que, a postura adotada até então não tem surgido efeitos eficazes para o controle do avanço da criminalidade. O fato é que precisamos reconhecer a necessidade de maiores investimentos em políticas públicas, com ênfase num forte investimento na reabilitação do preso, o que requer tempo e investimentos de recursos orçamentárias para o seu financiamento. Não há outra saída saudável e alternativa. Nenhuma estrutura social é construída de forma imediata, sendo necessário o empenho de várias gerações para que seja possível edificar um sólido alicerce capaz de sustentar a dimensão catastrófica na qual está mergulhada a situação carcerária no país.

O reconhecimento do fracasso estatal está camuflado num discurso rígido onde pauta a sua existência em medidas drásticas, porém, o resultado dessas medidas poderá gerar um arcabouço muito mais grave do que o atual. O que queremos dizer é que, ainda que mantenhamos a política do encarceramento, é preciso entender que em algum momento o apenado sairá do sistema prisional, e como é que esperamos que esse indivíduo retorne para sociedade? Se a resposta desse questionamento é a neutralização, certamente optamos por um caminho equivocado. O atual cenário do cárcere brasileiro apenas deixa indignado aquele que nele se encontra inserido; cria ódio; cria a vontade incessante de vingança. E neste momento a sociedade se encaixará em um papel dúbio, sendo vítima mas também responsável.

Definitivamente, perante aos dados cada vez mais alarmantes, precisamos assumir responsabilidades sociais e políticas, retomar a essência garantista, criar novas oportunidades, antes que o caminho seja sem volta. A prisão hoje é fábrica de monstros, indóceis e impiedoso. E aqui, não direito de defesa nem mesmo de julgamento, pois a cadeia não dá escolhas ao indivíduo, ela simplesmente transforma, ninguém nunca sairá melhor do que entrou, e esse fato é demonstrado pela alto índice de reincidência.

É utopia crer que existe luz do fim do caminho punitivista. É utopia crer que leis mais severas possam inibir a ocorrência dos crimes. É utopia crer que a prisão possa regenerar os indivíduos condenados. E por fim, é utopia crer que o Direito Penal constitua, por si só, um meio capaz de demonstrar força no combate à criminalidade.

Referências bibliográficas.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Ed. São Paulo: Martin Claret. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão, São Paulo: Saraiva. 2004.

BRASIL. Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil/Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015.

DOSTOIÉVSKI, Feodor. Memórias da casa dos mortos. 3a. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1952.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano. Rio de Janeiro: Revan. 1991.