

Julho de 2022

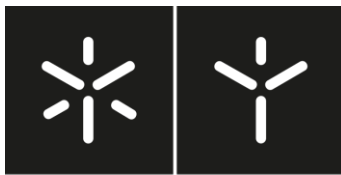


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Cristina Pereira de Barros Paes

**A (im)possibilidade de ressocialização a  
partir do atual panorama carcerário  
brasileiro e português: uma análise de  
minorias**





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Cristina Pereira de Barros Paes

**A (im)possibilidade de ressocialização a partir do atual panorama carcerário brasileiro e português: uma análise de minorias**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação de

**Professora Doutora Flávia Novera Loureiro**

Julho de 2022

## DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada. Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações  
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## **AGRADECIMENTOS**

Agora completado este ciclo, é imperial começar por agradecer à minha professora e orientadora, Flávia Novera Loureiro, por toda a dedicação, interesse e incentivo demonstrado pelo meu trabalho ao longo desta caminhada.

Agradeço à minha família e amigos, que me prestaram todo o apoio e fizeram com que eu conseguisse realizar o presente trabalho. Uma palavra especial aos meus pais, que com suas maneiras tão diferentes, foram exatamente o que eu precisava ao longo deste percurso, demonstraram que é com amor e determinação que se faz o caminho.

Agradeço, ainda, ao Bento, por toda a ajuda dada ao longo do processo, além de todo o acolhimento e amor.

## **DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE**

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

## RESUMO

Os sistemas prisionais português e brasileiro, ainda que com suas diferenças, são suscetíveis a diferentes críticas às suas estruturas físicas ou à falta de garantias de direitos fundamentais dos reclusos. O presente trabalho pretende avaliar se, diante das condições atuais, é possível que se promova o ideal ressocializador da pena, ou seja, se é viável que se efetive os objetivos pelos quais a alguém se inflige uma sanção penal. Procuramos enfatizar grupos minoritários como as mulheres, as pessoas transexuais e os estrangeiros, tendo em consideração suas necessidades especiais e as diferentes privações que estes sofrem na sociedade e no cárcere, de forma a elucidar os inúmeros desafios que envolvem o ideal ressocializador nestes casos. Para tal concretização, a pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico, apoiada também em consultas a relatórios e dados estatísticos retirados da internet. Os resultados alcançados vão no sentido do reconhecimento da impossibilidade da atualidade prisional proporcionar a efetividade do ideal ressocializador diante do histórico e da propagação da seletividade penal e estigmatização em que minorias se encontram.

PALAVRAS-CHAVE: PENA DE PRISÃO. RESSOCIALIZAÇÃO. MINORIAS.

## **ABSTRACT**

The Portuguese and Brazilian prison systems, despite their differences, are susceptible to different criticisms of their physical structures or the lack of guarantees of fundamental rights of inmates. The present work intends to evaluate if, given the current conditions, it is possible to promote the reforming ideal of the punishment, that is, if it is feasible to carry out the objectives for which someone is inflicted with a punitive sanction. We seek to emphasize minority groups such as women, transgender people and foreigners, taking into account their special needs and the different deprivations they suffer in society and in prison, in order to elucidate the numerous challenges that involve the reforming ideal in these cases. For this purpose, the research was carried out through a bibliographic search, also supported by the examination of reports and statistical data taken from the internet. The results achieved match the sense of acknowledgment of the impossibility for the current prison to provide the effectiveness of the reforming ideal in the face of the records and propagation of criminal selectivity and stigmatization in which minorities find themselves.

**KEYWORDS:** PRISON SENTENCE. REFORMATION. MINORITIES.



## ÍNDICE

Agradecimentos .....	iii
Resumo.....	v
Abstract .....	vi
Lista de Abreviaturas.....	ix
Introdução .....	1
1. Poder Punitivo.....	3
1.1 Contextualização na Criminologia .....	4
1.1.1 Teorias do Conflito: <i>Labeling Approach</i> e Teoria Crítica.....	8
1.1.2 Os Média e a Sociedade na Seletividade Penal.....	20
2. Teoria dos Fins das Penas .....	25
2.1 Teoria Absoluta / Teoria Retributiva .....	26
2.1.1 Críticas à Teoria Absoluta / Retributiva .....	31
2.2 Teorias Relativas.....	33
2.3 Prevenção Geral .....	35
2.3.1 Prevenção Geral Negativa .....	36
2.3.2 Prevenção Geral Positiva.....	37
2.3.3 Críticas às Teorias de Prevenção Geral .....	38
2.4 Prevenção Especial .....	40
2.4.1 Prevenção Especial Negativa.....	40
2.4.2 Prevenção Especial Positiva .....	42
2.4.3 Críticas às Teorias de Prevenção Especial .....	45
2.5 Teorias Mistas.....	48
2.6 Teoria Agnóstica .....	49
3. Atualidade Carcerária .....	51
3.1 Legislação portuguesa e seus dados de encarceramento.....	51
3.2 Legislação brasileira e seus dados de encarceramento .....	55
3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Legalidade .....	60
3.4 Sobrelotação.....	65

4. Minorias e Ressocialização .....	73
4.1 Mulheres.....	74
4.2 Transexuais .....	85
4.3 Estrangeiros .....	93
5. Reflexões Finais.....	103
Conclusão .....	113
Referências Bibliográficas .....	115
Webgrafia e Relatórios.....	125

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i>
Art.	<i>Artigo</i>
CEP	<i>Código de Execução de Penas e de Medidas Privativas de Liberdade</i>
CF	<i>Constituição Federal do Brasil</i>
CNJ	<i>Conselho Nacional de Justiça</i>
CRP	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
DGRSP	<i>Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais</i>
<i>Etc.</i>	<i>Et Cetera</i>
LEP	<i>Lei de Execução Penal</i>
LGBTQIA+	<i>Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexuais, Assexuais</i>
MNP	<i>Mecanismo Nacional de Prevenção</i>
MP	<i>Ministério Público</i>
Op. Cit.	<i>Opere Citato</i>
p.	<i>Página</i>
Pgf.	<i>Parágrafo</i>
STF	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
TEDH	<i>Tribunal Europeu de Direitos Humanos</i>
Vol.	<i>Volume</i>



## INTRODUÇÃO

A pena de prisão é a mais severa forma de censura dos sistemas penais de Portugal e do Brasil. Esta, que deveria ser a *ultima ratio*, parece ser robustamente aplicada e com condições que geram dúvidas quanto às possibilidades de lhe serem retiradas consequências positivas. Neste sentido, o presente trabalho promove a discussão sobre a possibilidade da pena privativa de liberdade alcançar o ideal ressocializador.

No primeiro capítulo, abordaremos o poder punitivo do Estado, o direito do controlo social por parte do mesmo. O processo de criminalização e de aplicação penal enfrentado a partir de teorias criminológicas, essencialmente da vertente crítica, objetivando perceber o fenómeno criminológico e esclarecer de que forma o Estado tem exercido esse controle. Constatar a seletividade nos diferentes momentos criminalizadores conjuntamente com a participação de cada operador dos órgãos competentes, como policiais, membros do judiciário e administrações penitenciárias. Ainda evidenciar as escolhas seletivas e propagação de estereótipos através do sistema penal. Por fim, a análise da influência que os média e a sociedade civil têm na criação de estigmas sociais que se perpetuam e até aumentam com o encarceramento.

O segundo capítulo trata das teorias dos fins das penas, ou seja, a justificativa para a aplicação de punições. Estas fazem com que se enxergue utilidade na punição, seja no sentido de promover efeitos na sociedade ou no delinquente. São apresentadas teorias que fazem referência ao passado a partir da conceção de pena como retribuição ao mal feito, além de teorias que miram o futuro, quer idealizando a intimidação da sociedade no cometimento de crimes vista a punição do outro, quer a partir da ressocialização do apenado depois de «mudar» mediante a pena.

As condições de encarceramento em Portugal e no Brasil são abordadas no terceiro capítulo, momento em que através de dados e relatórios buscamos a proximidade da realidade, tentando entender, ainda que de forma muitíssimo reduzida, o que se passa intramuros. Alicerçado nas regras constitucionais e infraconstitucionais de cada país, olhamos para o sistema prisional de cada um deles a fim de constatar em que medida são aplicadas as leis, quais suas falhas e o que geram de forma prática na vida do recluso. Assim, escrutinar se

na execução penal vigoram os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana, pilares do Estado democrático de Direito.

Por último, no quarto capítulo, procuramos examinar as especificidades das minorias: mulheres, transexuais e estrangeiros. Considera-se o histórico de estigmatização e dificuldades sofridas por cada um destes grupos, fazendo um paralelo em como a seletividade penal contribui para os seus caminhos até ao sistema prisional. As suas realidades são intensificadas no cárcere, momento em que a segregação torna ainda mais latente as desigualdades. Destarte, a necessidade de estudar o encarceramento de minorias com atenção aos seus pontos de maior vulnerabilidade, pois apenas assim se poderá entender as particularidades de suas vivências, assim como de seus projetos ressocializadores.

Para a execução do presente trabalho usa-se extensa pesquisa bibliográfica, assim como relatórios e reportagens, além da recolha de dados no sentido de aproximação com a realidade dos sistemas prisionais. A bibliografia tem como referência o direito penal, a criminologia e o direito constitucional. Esclarece-se que os conteúdos foram abordados a partir do conhecimento obtido na esfera de cada um dos países, de forma que, a depender do tema, há maior exploração da realidade portuguesa ou brasileira.

# 1. PODER PUNITIVO

O Estado detém o poder punitivo, isto é, detém a exclusiva competência e atribuição de punir, de criminalizar atos que configurem delitos, crimes, arbitrando sobre as penas a serem impostas aos indivíduos que os tenham cometido. É supostamente com base no ideário de paz e coesão invocado pelo Estado que se promove o controlo social. Desse modo, o poder punitivo seria capaz de viabilizar uma sociedade pretensamente pacífica e justa.

O Direito Penal é limitador do poder punitivo, pois cria regras a que o Estado deve se submeter enquanto órgão punidor. Neste sentido, Raúl Zaffaroni e Nilo Batista definem direito penal: “(...) ser o direito penal o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do Estado constitucional de direito”<sup>1</sup>.

É essa contenção, ainda que em certa medida, que pode limitar ou mesmo impedir abusos de poder e autoritarismos, de forma a resguardar o Estado de direito. A possibilidade de punibilidade desenfreada é característica de Estados não democráticos, Estados de polícia. Anabela Miranda Rodrigues coloca que o Estado de Direito vem salientar a importância dos direitos e garantias<sup>2</sup>, enquanto o autor supracitado defende que não existem Estados de direito perfeitos, apenas aqueles que contêm os Estados de polícia neles retidos<sup>3</sup>.

A ideia consiste em que o Estado, supostamente movido pela conceção de paz e bem geral, faz valer o seu poder punitivo através da aplicação de sanções penais a quem tenha cometido ilícitos definidos em lei. O dever de punir seria o meio de alcançar a sociedade pacífica e distante da criminalidade.

No entendimento de Maria Lúcia Karam, a pena é um instrumento para se exercer o poder punitivo<sup>4</sup>. Por isso é tão importante pensar e discutir o poder punitivo, como se apresenta na sociedade, mormente na análise sobre a pertinência e as consequências da pena privativa de liberdade.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Vol. 1. p. 40.

<sup>2</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 42

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 41.

<sup>4</sup> KARAM, Maria Lúcia – Aplicação da Pena: por uma nova atuação da justiça criminal in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n.6, abril-junho, 1994.

Verifica-se, então, a necessidade de entender o fenômeno da criminalidade e como esse fenômeno se configura nos dias atuais. Para tal, faremos uma breve análise de diferentes teorias da criminologia, tendo em conta o delito, o delinquente e o sistema penal que constitui o poder punitivo.

## 1.1 Contextualização na Criminologia

A Criminologia é uma ciência empírica, visto que se baseia em situações práticas para estudar o crime e suas variáveis, como a criminalidade e suas causas, os delinquentes, as reações sociais, entre outras. Dentre as principais vertentes da Criminologia, salientam-se a Escola Clássica e a Escola Positiva, que divergem quanto aos motivos que levariam o indivíduo a cometer crimes e até mesmo quanto à natureza dos delitos.

A Escola Clássica é baseada no contrato social e no utilitarismo, tendo grande influência do Iluminismo. Esta corrente tem o homem como ser dotado de razão e liberdade para fazer suas escolhas, mesmo quando se trata do cometimento de delitos. Assim, o delinquente o é porque decidiu, por seu livre arbítrio, realizar determinado ato que é considerado crime. Em momento algum o indivíduo é considerado em sua subjetividade e condição social, nem mesmo como portador de doença ou qualquer dificuldade; apenas um homem que tomou a decisão de agir em desconformidade com a moral e as regras do contrato social.

O delito, por sua vez, era considerado um conceito jurídico, algo que foi determinado pelo pacto social<sup>5</sup>. Em seu tratado *Dei Delitti e delle Pene*, Cesare Beccaria, principal autor desta concepção, afirma a importância da definição do crime como tal por meio de lei, determinante a partir da qual alguém poderá ser julgado por prática delituosa, em conformidade com o princípio da legalidade. O direito de punir do Estado, bem como as penas, encontram justificativa no contrato social, conforme defende o mesmo autor: “(...) só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”<sup>6</sup>. Os

---

<sup>5</sup> BARATTA, Alessandro – *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 31.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.30.



mesmos funcionam como um instrumento de proteção da sociedade contra o delito, visto que seriam uma contra motivação ao crime. A finalidade da pena é a defesa social<sup>7</sup>.

Em relação ao limite da culminação e aplicação das penas, Beccaria defende que devem ser proporcionais ao delito, ou seja, devem variar de acordo com o dano ocasionado à sociedade. Objetivar-se-ia que o cidadão, a partir da experiência da pena, não cometesse outros delitos de forma que também a sociedade em geral fosse intimidada a respeito da prática delituosa. Em seu tratado, o autor frisa a importância da separação dos poderes, deixando clara a relevância do poder legislativo na determinação das medidas das penas: “basta, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes”<sup>8</sup>.

Por sua vez, a Escola Positiva busca a compreensão de porquê o indivíduo transgredir, e justifica que a criminalidade ocorre devido a uma patologia, seja ela biológica ou psicológica, diferenciando os sujeitos «delinquentes» ou «anormais» e os sujeitos «normais». Assim encerra a ideia de igualitarismo, e pauta-se em suposta desigualdade científica<sup>9</sup>. Para as teorias patológicas, não há que se falar em livre arbítrio, em livre escolha do sujeito ao cometer o crime, tratando-se, portanto de um extremo determinismo<sup>10</sup>. Nesse sentido, o delito não acontece apenas por um ato de livre vontade, e sim por causas biológicas, psicológicas, ou por determinantes sociais que definem a vida do indivíduo. O delito também é visto como um ente natural e a ação não deve ser analisada fora de seus contextos deterministas naturais e sociais.

Alguns dos principais autores da Escola Positiva são Lombroso, Ferri e Garófalo. Lombroso defendia que a delinquência ocorria por motivações biológicas, de modo que a pessoa possuiria os genes que a levariam a delinquir, por causas e características que poderiam ser hereditárias. Assim, a herança genética que induziria o indivíduo à prática de crimes seria transmitida de pais para filhos. Em seus estudos sobre delinquência, Lombroso atribuiu certas características físicas aos criminosos, que lhes seriam mais frequentes e comuns, como determinado tamanho de mandíbula e formato de crânio. Garófalo, por sua

---

<sup>7</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 31.

<sup>8</sup> BECCARIA, Cesare – Op. Cit.

<sup>9</sup> BATISTA, Vera Malaguti – Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 43.

<sup>10</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 29.

vez, introduziu causas psicológicas a essa perspectiva determinista, enquanto Ferri deu ênfase a aspetos sociológicos.

A pena, no entendimento positivista, é instrumento de defesa social. Não se afirma a necessidade de retribuição, e o objetivo não é apenas reprimir o delinquente, ou prevenir a prática delituosa na sociedade, mas sim o ideário de reeducação e cura do criminoso. Nessa vertente, surgem as estratégias correcionalistas, as famosas ideologias “re” que veem no cárcere uma possibilidade de reeducação e ressocialização.

Em Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal, Alessandro Baratta trata da ideologia da defesa social, e afirma que a mesma agrega premissas da Escola Clássica e da Escola Positiva:

“A ideologia da defesa social (ou do fim) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social”<sup>11</sup>.

A ideologia da defesa social é composta por alguns princípios, quais sejam: princípio de legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio da culpabilidade, princípio da finalidade ou da prevenção, princípio de igualdade e princípio do interesse social e do delito natural.

Em definição, o princípio de legitimidade referencia-se na legitimidade e poder que o Estado detém de criminalizar os que cometeram crimes através de seu sistema penal, a fim de reafirmar os valores e normas sociais. O princípio do bem e do mal vale-se da ideia de que o delito é o mal, enquanto o bem está representado pela sociedade em harmonia. Por sua vez, o princípio da culpabilidade entende que a ação delituosa é uma “atitude interior reprovável”<sup>12</sup>, pois que adversa aos valores e leis existentes na comunidade. Este é o ponto de distanciamento das Escolas Clássica e Positiva, visto que uma sustenta o desvalor moral pela livre decisão de cometer o crime, enquanto outra aponta a existência de deficiência sociopsicológica ou fatores sociopsicológicos. A finalidade de prevenção da pena está explícita

---

<sup>11</sup> Idem. p. 41 e 42.

<sup>12</sup> Idem. p. 42

no princípio da finalidade ou da prevenção, que rejeita a ideia de pena retributiva – defendida pela Escola Clássica, mas não de maneira absoluta – e concebe a pena como meio de prevenção especial e geral. O princípio da igualdade preconiza que todos são iguais perante a lei, tratando a coletividade de forma igualitária, em que todos estão sujeitos à aplicação da lei penal. Por fim, o princípio do interesse social e do delito natural traz a ideia de que os bens jurídicos defendidos pelas normas penais são os de interesse da sociedade, essenciais para o bom funcionamento da mesma.

A ideologia da defesa social – ainda que duramente criticada por diferentes teorias criminológicas que surgiram posteriormente – é predominante na ciência penal, nos atores do sistema penal e na sociedade, e ainda na formação do senso comum sobre as ciências criminais e as penas.

Após o positivismo, a sociologia toma grande importância no estudo do fenômeno criminal. Vera Malaguti explica esta mudança no pensamento criminológico: “[s]e o positivismo hegemônico tinha por objeto o homem delinquente, ele agora é deslocado para a rutura cultural que determina a violação à norma. Nesse momento, a questão criminal já aparece numa dimensão macrossociológica”<sup>13</sup>. O principal marco dessa virada é a Teoria da Anomia de Durkheim, que posteriormente foi desenvolvida por Robert Merton, com o entendimento de que o desvio é algo natural ou comum na sociedade, e que se torna prejudicial, lesivo, quando ultrapassa determinados limites. Dessa forma, todo o sistema de normas perde valor, enquanto um novo sistema não é desenvolvido, sendo esta a condição de «anomia». Durkheim também incorpora à teoria a influência de fatores econômicos estruturais na anomia.

É a partir da teoria dos fatores sociais da anomia que Merton defende o desvio como normal e consequência da estrutura social, no sentido de que a sociedade não funciona apenas como repressiva do crime, mas também como estimulante<sup>14</sup>. O estímulo ocorreria a partir da concepção de riqueza e sucesso a serem alcançados por todos e as regras para tais realizações não teriam importância. Estaria em pauta que todos poderiam chegar a tal condição, bastando querer e trabalhar. Contudo, não há condições iguais nas sociedades que

---

<sup>13</sup> BATISTA, Vera Malaguti – Op. Cit. p. 65.

<sup>14</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 62.

se observam, o que faz com que estratos sociais mais pobres possam recorrer a delitos, na tentativa de alcançar os bens de consumo mais valorizados<sup>15</sup>.

Surgiram diversas teorias do consenso, como a da associação diferencial, da desorganização social ou da subcultura delinquente, todas de grande importância para o desenvolvimento da criminologia. Apesar do reconhecimento de suas contribuições, tais teorias não serão debatidas no presente trabalho. A intenção aqui é privilegiar a análise das Teorias do Labeling Approach e da Criminologia Crítica, já que se relacionam com o entendimento de seletividade do sistema penal, criminalização de minorias, e também se agregam à discussão sobre possibilidades de ressocialização nos sistemas carcerários brasileiros e portugueses.

#### 1.1.1 Teorias do Conflito: *Labeling Approach* e Teoria Crítica

O cerne diferenciador da Teoria do *Labeling Approach* ou Teoria do Etiquetamento e da Teoria Crítica em relação às demais encontra-se no protagonismo do estudo do fenômeno criminal, que desloca o foco da análise para o próprio sistema penal e seus processos de criminalização, retirando o foco do delinquente.

Para discutir essas teorias, é necessário recorrer ao conceito de sistema penal:

“Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se deteta ou supõe detetar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”<sup>16</sup>.

Em outras palavras, o sistema penal é a organização estatal para o exercício do poder punitivo, composto pelo legislativo, órgãos policiais, judiciário e funcionários da execução penal. É através dessas agências que ocorre a criminalização de certas ações, e posteriormente a imputação e execução de penas.

Em síntese, o legislativo cria as leis que determinam quais bens jurídicos devem ser protegidos pelo direito penal e, portanto, quais condutas devem ser consideradas crimes, e

---

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique – Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume I – parte geral. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

<sup>16</sup> *Idem*.

as consequências de sua realização, enquanto as demais agências agem em conformidade com o estipulado pelas normas penais e constitucionais.

Alessandro Baratta assenta a relevância do estudo da criminalidade a partir da ação do sistema penal: “(...) não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam) (...)”<sup>17</sup>.

A Teoria do *Labeling Approach* afirma que a criminalização do sistema penal é seletiva, de modo que criminaliza determinados atos e, principalmente, grupos de pessoas, gerando um efeito estigmatizante de indivíduos. A questão principal desta teoria está na validade do processo que determina a especificidade ou a particularidade da ação ou do sujeito delinquente<sup>18</sup>.

A criminalização, ou seja, seleção penalizante, acontece em duas fases diferentes, sendo denominadas criminalização primária e criminalização secundária. A criminalização primária é, nas palavras de Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, “(...) o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”<sup>19</sup>, como o ato legislativo de elaborar leis penais. A criminalização secundária é a aplicação das leis penais em casos concretos, a ação punitiva objetivamente efetivada sobre determinadas pessoas. Assim, quando as instituições policiais acreditam ou concluem que o indivíduo cometeu ação criminalizada primariamente, o resultado da respetiva investigação é encaminhado ao poder judiciário, onde decorrerá processo criminal, com respeito aos princípios constitucionais e leis processuais penais. Se confirmadas a autoria e materialidade, será gerada condenação criminal, que imputará pena ao indivíduo. Em caso de pena privativa de liberdade, será administrada por autoridade penitenciária.

Ao se analisar os processos de criminalização, busca-se o entendimento ou a compreensão acerca de que pessoas são criminalizadas, quem é definido ou apontado como criminoso, quem o define ou o aponta. Tais questionamentos acabam por demonstrar que determinados grupos sociais são constantemente selecionados para a função de delinquente, causando certa inquietação a respeito do papel e responsabilidade do sistema penal e seus autores nesse propósito.

---

<sup>17</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 86.

<sup>18</sup> Idem. p. 94.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 43.

O *Labeling* define que certos nichos da sociedade são constantemente criminalizados, de modo que são selecionados, seja pela criminalização primária ou secundária.

Na criminalização primária, há determinada identidade dos que participam nos processos legislativos, visto que as leis penais são concebidas por um núcleo de pessoas que tende a criminalizar certo tipo de conduta, e definir como ilícitos aqueles atos mais comumente praticados por certas esferas da sociedade. Ainda assim, não há como negar o caráter subjetivo da criminalização primária, eis que não se pode afirmar sobre quem efetivamente recairá a aplicação da norma estabelecida.

É na criminalização secundária que se dá a principal seleção. Os estereótipos e preconceitos existentes na sociedade influenciam as ações das diferentes agências criminalizadoras, de modo que constituintes de determinadas classes sociais, grupos étnicos, raciais, de gênero, etários e estéticos são associados ao perfil de delinquente<sup>20</sup>.

Assim, é a partir da concessão estereotipada de imagem de delinquente<sup>21</sup> que as pessoas são selecionadas para o processo criminalizador. Determinadas características físicas e sociais são, portanto, a causa ou motivação da criminalização. Ao se observar a composição dos sistemas carcerários brasileiro e português, é possível constatar ou desenhar um retrato da população presa, conforme analisaremos mais adiante.

Figueiredo Dias e Costa Andrade refletem sobre preconceitos, estereótipos, e a relação com a delinquência:

“É justamente o que se sucede, de forma particularmente nítida, nos processos de reação, formal e informal, às manifestações mais expressivas de desconformidade: à delinquência, à doença mental, à droga e à embriaguez, ao homossexualismo, à prostituição, etc. .Na verdade, todas estas formas de a-socialidade surgem, nas representações coletivas, indissolúvelmente ligadas a um certo número de sinais exteriores: a cor da pele, a origem étnica, o corte de cabelo ou da barba, o estilo do vestuário, os locais frequentados e as horas de frequência; bem como a toda uma série

---

<sup>20</sup> Idem. p. 46.

<sup>21</sup> Ao observar e conviver nas sociedades brasileira e portuguesa é de rápida constatação a existência de inúmeros preconceitos, acentuando-se os de cunho racial e étnico. Para o senso comum de cada uma delas há uma figura habitual de delinquente: não é incomum escutar-se que uma específica característica racial é típica de criminosos no Brasil, imperando a ideia de que negros cometem mais crimes que brancos, sendo que este é o retrato do sistema carcerário brasileiro; enquanto em Portugal as dificuldades relacionadas com o estereótipo da etnia cigana corroboram com a concepção de que todos os que pertencem a essa etnia são potenciais criminosos.

de outras atitudes simbólicas «próprias» de um delinquente, de um louco, de um drogado ou de um ébrio, de um homossexual, de uma prostituta”<sup>22</sup>.

A posição social (classe social, origem, escolaridade, etc.) dos estereotipados interfere na composição da ação delincente. As pessoas agem de acordo com o que aprendem e estão acostumadas, de modo que delitos cometidos por integrantes das camadas sociais mais baixas tendem a ser menos complexos e menos elaborados, e assim descobertos de forma mais ágil, e investigados de maneira mais simples e fácil, fatores que também colaboram com a criminalização dos mesmos.

Sobre a seletividade em causa, dizem Zaffaroni e Batista:

“O poder punitivo selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados a estereótipo (criminalização conforme o estereótipo); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem em estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemónico e sofreu por isso uma rutura na vulnerabilidade (criminalização devida à falta de cobertura)”<sup>23</sup>.

No seguimento dessa definição, conclui-se que quanto mais o indivíduo se enquadra no estereótipo criminoso, maior esforço terá que empreender para não sofrer com as garras do poder punitivo, seja ele ou não o autor de um crime. Assim, é comum tomarmos conhecimento de inocentes que – devido à sua condição social e características étnicas e físicas – não são tratados como tal. De modo contrário, quanto menos se enquadra no estereótipo criminoso, mais dificilmente o indivíduo será alcançado pelo sistema penal.

A seletividade penal é intrínseca ao direito penal, no sentido de que é impossível que o mesmo atue de forma a punir todos os crimes cometidos numa sociedade, eis que não há

---

<sup>22</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 1ª ed, 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 389.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 49.

como realizar a totalidade prevista pela criminalização primária. Desse modo, é necessário que a criminalização secundária realize uma seleção. Contudo, o que se discute são as circunstâncias e motivações pelas quais se seleciona, já que hoje os “escolhidos” são, em sua maioria, os mais desvalidos da sociedade.

O *Labeling Approach* avança na análise dos crimes de colarinho branco, no sentido de traduzir a seletividade penal e seus estereótipos, já que tais crimes ocorrem em todos os estratos sociais capitalistas. Seus autores, entretanto, não são tão comumente criminalizados, visto que não compõem grupos usualmente vistos como criminosos. Com base nesta constatação, essa teoria sustenta a formação de uma «cifra negra», já que os crimes de colarinho branco não são contabilizados nas estatísticas, o que gera distorção da realidade de distribuição de criminalidade pelos grupos sociais<sup>24</sup>.

O crime do colarinho branco é apenas um exemplo, mas o mesmo raciocínio funciona para os demais crimes cometidos por aqueles que usufruem de posição social privilegiada. Assim se compõe a ideia do senso comum, baseada em falsas estatísticas, de que apenas os integrantes das classes sociais mais baixas e minorias cometem crimes, sem a concepção de que, de fato, o crime é construção social a que estão sujeitos todos os membros da sociedade<sup>25</sup>.

A polícia, os juízes, os membros do Ministério Público, e os agentes da execução de penas também fazem parte da sociedade e, portanto, estão inseridos na realidade dos preconceitos, nos pensamentos do senso comum. Advêm de classes sociais específicas, devendo se destacar a importância desses operadores na seletividade criminal. Alessandro Baratta esclarece a relevância deste ponto em seu livro: “(...) o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos, exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p.102.

<sup>25</sup> A criminalidade econômica possui especificidades e dificuldades em relação à sua detenção, determinação do agente e, conseqüente punição. Este tipo de criminalidade liga-se com questões profissionais, visto que ocorre no seio de empresas e por pessoas que ocupam cargos historicamente pertencentes a elites econômicas. Justamente pelo local em que ocorre, se torna tão difícil a recolha de provas. Muitas vezes há uma mistura entre documentos e transações, entre as atividades legais da empresa e o ilícito, assim o crime acaba por ser camuflado e demora a ser «descoberto». A complexidade da punição de tais ações se relaciona com a identificação do autor, se é alguém individualmente ou uma coletividade, seja a empresa como pessoa jurídica agente do crime. Conferir LOUREIRO, Flávia Novera – Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel. Coimbra: Almedina, 2017. p. 213 e seguintes.

<sup>26</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 111.



O papel da polícia na seletividade é determinante, visto que lhe cabe a inicial decisão sobre quem criminalizar, assim exercido seu poder no controlo social. Há discricionariedade no agir, de modo que os próprios policiais deliberam em que situações devem atuar ou não, até porque é tecnicamente impossível que o façam em todas as situações de desconformidade com a lei. Os estereótipos são decisivos na escolha de onde patrulhar e quem abordar<sup>27</sup> e as ações policiais e seu modus operandi variam conforme a localidade em que se encontram. As notícias veiculadas pelos meios de comunicação e redes sociais revelam a violência de operações policiais em zonas periféricas dos estados brasileiros, e os altos números de letalidade praticada pela instituição, principalmente nas zonas mais pobres das cidades<sup>28</sup>. Os estereótipos determinam quem interpelar, como fazê-lo, e com que nível de violência e intransigência.

Figueiredo Dias e Costa Andrade resumem este pensamento ao dizer que: “[a] polícia tende a deslocar-se para áreas habitadas por minorias desclassificadas e a abordar sobretudo as pessoas que – pela cor da pele, gestos, modos de vestir, corte de cabelo ou barba, etc. – são a imagem exterior da desconformidade”<sup>29</sup>.

Cabe à polícia, ainda que com menor grau de discricionariedade, a decisão de comunicar o crime ao MP. Em seguinte, surge o alerta para como são conduzidos os casos policiais e sua investigação, principalmente quando se trata da atuação em conflitos dentro de grupos étnicos, famílias e demais minorias, que recorrentemente são resolvidos via tratamento informal<sup>30</sup>. Nesta lógica, manifesta-se a discussão sobre a relevância que a vítima e seu estereótipo possuem na condução do caso criminal, existindo valorização diferenciada, conforme contra quem é cometido o delito<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Op. Cit. p. 451.

<sup>28</sup> Em 2019, os registos afirmam que a polícia brasileira matou 5.804 pessoas, tendo o Rio de Janeiro o maior número absolutos de mortes com o número de 1.810 vítimas. Ao mesmo tempo, os homicídios ocorridos no estado (3.995) têm o menor número deste 1991, contudo, especialistas de segurança pública dizem não existir relação entre os fenômenos. É importante ressaltar que a maior parte das vítimas são negras, moradoras de favelas e pobres, confirmando a prevalência de estereótipos nas ações policiais.

O Ministério Público do Rio de Janeiro lançou uma pesquisa sobre a letalidade policial com a reflexão sobre a relação entre esta e a legitimidade do Sistema de Justiça Criminal, inclusive pela falta de relação entre aumento de mortes por policiais e criminalidade.

Fontes: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/04/16/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-cresce-no-brasil-em-2019-assassinatos-de-policiais-caem-pela-metade.ghtml>; <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-01-30/record-de-mortes-por-policiais-e-a-queda-de-homicidios-no-rio-sao-fenomenos-desconectados.html>; <http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/centro-de-pesquisas/letalidade-policial-rj>. Disponíveis em: 28 de outubro de 2020.

<sup>29</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Op. Cit. p. 451

<sup>30</sup> Idem. p. 453.

<sup>31</sup> Autores como Figueiredo Dias e Raúl Zaffaroni refletem sobre a seletividade da vítima no sentido de como dependendo de quem for a vítima a condução da criminalização do agente será diferenciada. Deste modo, há estereótipos da vítima que determinam como ela será “julgada”, sendo muito comum em crimes de violação, por exemplo, quando questões como a roupa que a mesma vestia no momento do

O Ministério Público tem a função de realizar a acusação ou determinar o arquivamento do processo penal, aí residindo sua importância na seletividade penal. O MP tem o dever de agir de modo imparcial, no sentido de não ser uma vitória própria a condenação ou absolvição de um indivíduo. O objetivo é obter-se a justiça baseada no interesse público. Quanto à participação na seletividade, o MP é capaz de influenciá-la na sua atuação processual, seja defendendo penas mais rígidas, ou aplicação de majorantes e, claro, a condenação. Ao estudar o MP alemão, Figueiredo Dias e Costa Andrade assim explicam a seletividade operada por esse órgão ou instituição: “(...) se traduz na criminalização desproporcionada dos jovens, pessoas com antecedentes criminais e, de um modo geral, membros das classes inferiores (...)”<sup>32</sup>. O que ocorre na Alemanha nos parece compatível com o procedimento do MP nos países em evidência no presente trabalho.

Ao pensar em criminalização, a figura institucional que rapidamente surge é a do juiz, que tem imensa relevância no decorrer do processo penal, nas sentenças absolutórias ou condenatórias, e até mesmo na execução penal. Portanto, no que tange a seletividade penal, o tribunal é decisório. É preciso refletir que o juiz faz parte da sociedade em que julga, dotado de uma ideologia, inserido nos costumes e cultura da comunidade, detentor de preconceitos, e advindo de determinada classe social. Este último fator é alarmante quando se constata que a maior parte dos magistrados são provenientes de classes económicas privilegiadas, compondo-se assim um quadro de julgadores que não conhece de perto a realidade de grande parte de seu país e, principalmente, dos arguidos a quem decidem a vida.

Ao longo do processo penal busca-se reconstituir os fatos. São apresentadas diferentes versões para o ocorrido. Acusação, defesa e testemunhas relatam as suas interpretações, até que o tribunal tome sua decisão. Contudo, a reconstrução ou reconstituição dos fatos também pode ser influenciada por fatores extrajurídicos.

No que tange à figura do juiz neste procedimento, Figueiredo Dias e Costa Andrade:

“São fatores como «teorias», estereótipos, crenças, convicções, símbolos, atitudes, etc., que condicionam a «percepção» do juiz e as respetivas «hierarquias de credibilidade». O que equivale a dizer que são eles que decidem a qual das

---

crime, sua relação com o acusado, profissão e condutas sociais. A exposição de motivos do Código Penal brasileiro, em seu ponto 50, explicita o que aqui discutimos: “Faz-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator crimínogeno à conduta criminosa, como entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Op. Cit. p. 546. Cf. igualmente ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 53 e seguintes.

<sup>32</sup> Idem. p 497.

construções da realidade concorrentes (veiculadas pela acusação, defesa, vítima, testemunhas, imprensa) o tribunal vai aderir, ou o tipo de construção da realidade que ele próprio elaborará.”<sup>33</sup>

A referência elucida o significado dos fatores extrajurídicos na criminalização por parte do tribunal, já que concorrem para a percepção e convencimento do juiz a respeito da realidade dos fatos em discussão. Assim, fatores como o perfil de delinquente, a ideologia do julgador, atrelada à sua concepção sobre os fins das penas, são determinantes para as decorrentes decisão e sentença, e para a determinação do grau de severidade e pena a ser cumprida.

Sabe-se que a lei penal estabelece os moldes para a condução do processo e definição da pena. Também não se quer aqui defender que tudo está sujeito à subjetividade do julgador, mas sim que há na norma certa discricionariedade do juízo, como pode ser observado no artigo 71.<sup>34</sup> do Código Penal Português e no artigo 59<sup>35</sup> do Código Penal Brasileiro. Ambos determinam que cabe ao julgador fixar a pena, dependendo de circunstâncias alheias ao crime. Assim, é possível que dois sujeitos que tenham cometido o mesmo crime, sejam condenados de maneiras diferentes, com penas distintas, por conta de fatores que, por vezes, não são jurídicos.

Figueiredo Dias e Costa Andrade, em análise das discriminações existentes nas condenações, afirmam:

“Por último, de quase todos os já incontáveis estudos empíricos feitos neste domínio emerge uma tendência muito clara no sentido de a «discricionariedade» do juiz funcionar sistematicamente em desfavor dos delinquentes de mais baixo estatuto económico-social. Para além de conhecerem relativamente mais condenações, são os colarinhos azuis e as minorias mais desqualificadas (por ex., as minorias rácicas e trabalhadores migrantes) que sofrem as penas mais drásticas, inclusive a pena de morte, sendo igualmente seguro que eles beneficiam em menor escala de alternativas não detentivas à pena de prisão, como a condenação condicional ou o regime de prova”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Idem. p. 508.

<sup>34</sup> Código Penal Português. Artigo 71.º: “2- Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo crime, depuserem a favor do agente ou contra ele (...)”.

<sup>35</sup> Código Penal Brasileiro. Artigo 59.: “O juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do me”.

<sup>36</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Op. cit. p. 533 e 534.

Ainda caberia analisarmos o poder da seletividade penal nos ambientes carcerários, seja no cumprimento das penas ou nas prisões preventivas. Entretanto, pretendemos fazê-lo de modo mais profundo em capítulo futuro, onde examinaremos as condições existentes nos estabelecimentos prisionais do Brasil e de Portugal, tendo em conta a realidade das minorias que se encontram em detenção.

Por fim, identificamos o estereótipo decorrente da criminalização, que recairá sobre os indivíduos que sofreram condenação penal. Destaca-se aqui o entrelaçamento com o que a teoria *Labeling* define como desvio secundário, partindo do entendimento que é uma consequência do desvio primário. A estigmatização sofrida pela pessoa condenada cria uma nova identidade social em que a própria pessoa condenada se reconhece como delinquente. Sobre o tema, Baratta afirma que: “(...) a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”<sup>37</sup>.

Assim, caminhamos para a conclusão de que a teoria do *Labeling Approach* não defende a prevenção e ressocialização como fins das penas. Nesse sentido, o desvio secundário seria a prova de que o sistema penitenciário gera efeitos criminógenos e a reincidência seria a evidência da distância entre o ideal ressocializador e o que realmente acontece nos cárceres. Sobre esta perspectiva, Raúl Zaffaroni é taxativo: “(...) nos últimos anos se tem posto em evidência que os sistemas penais, em lugar de ‘prevenir’ futuras condutas delitivas, se convertem em condicionantes de ditas condutas, ou seja, de verdadeiras ‘carreiras criminais’”<sup>38</sup>. Assim, a concepção de que o sistema penal leva à reincidência.

Reincidência que, nas palavras de Maria Lúcia Karam, vai contra o princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pela mesma ação e também refuta as finalidades das penas:

“Na realidade, os argumentos em que se baseiam as concepções tradicionais, para apontar o maior grau de compatibilidade do reincidente, contradizem as próprias finalidades, que seus defensores costumam atribuir à pena: se, com o cumprimento de uma pena anterior, se reforçou a motivação contrária à norma, o que se demonstra

---

<sup>37</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 90.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique – Op. Cit. p. 69.

é tão-somente que aquela pena foi contraproducente e criminalizante, o que torna um paradoxo a insistência nesta mesma reação punitiva”<sup>39</sup>.

A discussão processual sobre a aplicação da reincidência é de extrema relevância. Entretanto, a crítica que nos interessa aqui é no sentido de destacar como o estereótipo de um indivíduo faz com que ele seja selecionado criminalmente, que tenha maior propensão a responder em sede criminal por determinado ato, e quão estigmatizado será em caso de condenação, condição que irá coroar seu perfil criminoso, reconhecido até mesmo pelo próprio apenado. A pretensão é refletirmos sobre o que parece se tratar de círculo vicioso, diante da falta de mudanças nas ideias e estruturas sociais e económicas.

A Criminologia Crítica pensa a criminalização ocasionada pelo sistema penal, fundamentada sua tese na seletividade decorrente da desigualdade social. Trata-se de teoria baseada do marxismo, que conecta classe social e criminalização. O comportamento do sujeito e a motivação para delinquir deixam de ser considerados na sua individualidade, e a delinquência é analisada de forma conjuntural, levando-se em conta o modo de produção e a distribuição de capital.

Nas palavras de Baratta, na criminologia crítica, a criminalidade significa:

“(...) um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais, em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normal penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconómico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”<sup>40</sup>.

Através dessa concepção de criminalidade, a teoria crítica afirma que o ideal de direito penal como direito igual é um mito. Isso porque os cidadãos não são julgados de maneira igual, a lei penal não é aplicada do mesmo modo para todos e as pessoas não possuem as mesmas chances de serem responsabilizadas criminalmente. A desigualdade social e a relação social de produção são apontadas como os principais motivos geradores dessas diferenças. É

---

<sup>39</sup> KARAM, Maria Lúcia – Op. Cit.

<sup>40</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 161.

importante frisar a distinção entre igualdade formal e igualdade substancial, visto que aqui se pretende analisar a realidade e não apenas a letra da lei penal.

Nessa perspectiva, o direito penal é seletivo e está atrelado a interesses sociais dominantes, de modo que as classes sociais inferiores são as mais propensas a serem criminalizadas. Assim, tanto na criminalização primária – fase em que são definidas a ilicitude das ações cometidas e o grau de rigidez das penas a serem aplicadas – como na criminalização secundária – fase em que os indivíduos são selecionados a partir de estereótipos classistas – usualmente são enquadrados e mais severamente punidos os integrantes desses estratos sociais<sup>41</sup>. As características dos cidadãos de classes sociais mais baixas são determinantes na seletividade, conforme elucida Alessandro Baratta: “(...) que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído”<sup>42</sup>.

Aqui, a impossibilidade do fim ressocializador da pena é mais uma vez defendida. Tal conclusão se dá em virtude da comprovação dos efeitos marginalizadores do cárcere, em contraposição ao ideário da reinserção. Nesse sentido, mais do que qualquer outra possibilidade, a pena privativa de liberdade aponta para a perpetuação da carreira criminosa. O encarceramento também é visto como meio de perpetuar a verticalização da sociedade, tendo em vista seu caráter segregador, com base em classes sociais e distribuição de renda. De forma brilhante, Baratta afirma a importância do direito penal na manutenção da realidade social: “(...) a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica desta mesma seletividade”<sup>43</sup>. O mesmo autor afirma ainda que “é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e económicos, de uma marginalização criminal”<sup>44</sup>.

Diante das elucidações apresentadas sobre *Labeling Approach* e Criminologia Crítica, é possível perceber pontos convergentes entre as duas teorias, como a seletividade penal por parte do sistema. A primeira atribui estereótipos à seletividade, e a segunda alicerça os

---

<sup>41</sup> Reflexo de valores capitalistas de uma sociedade burguesa e individualista que valoriza e protege especialmente direitos do património privado.

<sup>42</sup> Idem. p. 165.

<sup>43</sup> Idem. p. 166.

<sup>44</sup> Idem. p. 190.

estereótipos através das desigualdades sociais e ideias marxistas. A partir das duas teorias criminológicas acima mencionadas, surgiram outras, com ênfase em diferentes minorias, como por exemplo a Criminologia Queer e a Criminologia Feminista, que se fundamentam em conceitos e ideais ligados à defesa de direitos humanos.

O estudo Queer, no entrelaço com a criminologia, possui duas importantes vertentes: a teórica, cujas formulações produzem significativos impactos para as ciências jurídicas, em especial as criminais, e a política, aqui ilustrada pelas reivindicações de igualdade de direitos e garantias feitas pelo movimento LGBTQIA+<sup>45</sup>. Deste modo, a teoria Queer busca questionar a heteronormatividade e a prevalência da heterossexualidade, que comandam a sociedade.

Através da desconstrução da concepção de masculinidade, que inferioriza as mulheres na criminologia, a teoria feminista está alicerçada em preceitos de igualdade. No que diz respeito ao sistema penal, a realidade vivida pelas mulheres é considerada nos seus diferentes papéis, sejam vítimas, acusadas ou condenadas. A justificativa da necessidade de uma criminologia feminista, nas palavras de Alda Facio:

“Mesmo as teorias sobre o controle social que são escritas a partir dos ‘marginalizados’, não fazem referência às mais marginalizadas dos marginalizados por classe, etnia, idade, preferência sexual, deficiência visível, etc., e as mulheres dessa mesma classe, setor ou grupo discriminado, contribuindo assim à marginalização e silenciamento às mulheres desses grupos, mas, pior ainda, contradizendo seus próprios princípios de partir do ponto de vista do marginalizado, e por fim, caindo no erro de não ver a totalidade da realidade”<sup>46</sup>.

As duas teorias possuem pontos em comum, conforme elucida Salo de Carvalho:

“A convergência ou a identidade entre as teorias feminista e queer radica, portanto, na crítica e desconstrução do falocentrismo ou ideal do macho paradigma que institui como regra a masculinidade heterossexual e que provoca, como consequência direta, a opressão da mulher (misoginia) e a anulação da diversidade sexual (homofobia)”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Nos anos 90 a sigla LGBT começou a ser utilizada de modo mais difundido, esta representava lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, com o evoluir do tempo entendeu-se pela necessidade de uma sigla que representasse o maior número de pessoas, com suas diversidades de identidade de gênero e orientação sexual, adicionando-se QIA+. O Q traz o significado de queer, no entendimento da Teoria Queer de que gênero é algo fluido e não um binarismo (feminino x masculino). O I representa os intersexuais que são as pessoas que nascem com características sexuais biológicas do sexo feminino e do sexo masculino, enquanto o A se refere aos assexuais e o + a todas as outras pessoas que não se consideram enquadradas em nenhuma uma identidade.

<sup>46</sup> FACIO, Alda; CAMACHO, Rosália – Em Busca das mulheres perdidas: ou aproximação crítica à criminologia. In: Mulheres: vigiadas e castigadas. São Paulo: Cladem, 1995. P. 39-74. Apud MENDES, Soraia da Rosa – Criminologia feminista: novos paradigmas. 2ª ed.

<sup>47</sup> CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza – Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 208.

Tais teorias nos trazem a possibilidade de analisar o fenômeno criminológico e sua seletividade. A partir das perspectivas de específicas minorias, como a identidade de gênero e a orientação sexual, é possível perceber o quanto esses fatores interferem nos processos de vitimização e criminalização. É fundamental defender a importância desses novos campos de diálogo na criminologia, eis que proporcionam estudo ainda mais específicos, tendo em conta os diferentes fatores que causam vulnerabilidade em relação ao sistema penal.

Em vista da discussão que aqui se pôs sobre seletividade penal, podemos concluir por sua evidência no sistema penal atual. Dessa forma, é preciso debater sobre o controle social formal nesse processo, assim como sobre o controle social informal, a fim de que possamos caminhar em direção a uma perspectiva de efetiva igualdade. Está clara a tendência de que minorias sejam cada vez mais criminalizadas, preservando-se seu lugar de desprestígio social, sem que haja reconhecimento dos arraigados preconceitos que guiam a sociedade e o processo criminalizador.

Para concluir sobre a possibilidade de ressocialização de minorias é necessário o estudo sobre o porquê de sua presença em massa no cárcere e o papel que estas possuem na sociedade e sua organização.

### 1.1.2 Os Média e a Sociedade na Seletividade Penal

Ao analisar-se o sistema penal de forma abrangente, há que considerar o papel dos média, visto que possui enorme influência nas agências do poder punitivo, na formação do senso comum e na ação dos políticos, dos agentes policiais, dos membros do judiciário e dos funcionários das penitenciárias.

Através da sua comunicação – seja por rádio, televisão, imprensa escrita ou outra –, os média defendem uma ideologia, constituem pensamentos e determinam e difundem realidades sociais. No seguimento do que vimos tratando, os média são decisórios quanto à formação de estereótipos sociais e criminais. O estereótipo criminoso é reflexo de como a comunicação social retrata a criminalidade, os estabelecimentos prisionais e certos nichos da sociedade.

Não se pode de forma alguma olvidar que os média visam lucro e sua comunicação estabelece padrão de consumo. Nessa perspectiva, é possível afirmar que a criminalidade atende interesses e apelos da sociedade, o que faz com que o tema seja explorado em notícias,



jornais, programas de entretenimento, *etc.* O problema aqui é a maneira e intenção com que as informações são veiculadas, com base em que critérios, em que ideologia, que interesses defendem e, claro, que estereótipos e consequências são assim produzidas.

Ao tratar da interação entre os média e criminalidade, Manuela Ivone Cunha reitera:

“Além da tendência para uma cobertura exagerada das notícias do crime pelos meios de comunicação social, acresce a isto a forma como estes relatam as histórias dos alegados criminosos e respetivas vítimas e os sentimentos que, conseqüentemente, provocam no público, alimentando estereótipos de pessoas e mitos urbanos sobre o crime (McCombs, 2002). Por isso é que, dos muito sistemas que podem ser encontrados nos media, o da justiça e do crime é referido como sendo o mais revelador daquilo que é a ideologia de determinada sociedade, envolvendo noções do bem e do mal, moralidade, realização social e estrutura social (Surette, 1998: 37-38)”<sup>48</sup>.

Se a violência retratada pelas agências comunicadoras é constantemente atribuída às classes sociais subalternas, tratando-se principalmente de crimes contra a propriedade privada e tráfico de entorpecentes, constrói-se assim a preponderância no que se refere à criminalidade existente, na perspectiva da sociedade. Zaffaroni e Nilo Batista resumem este processo:

“Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública de delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos”<sup>49</sup>.

A sociedade é vincada por preconceitos, desigualdades sociais e diferença de oportunidades. As minorias étnicas, raciais, de gênero, de sexualidade, nacionais, *etc.*, sofrem preconceitos nas mais diversas áreas de suas vidas: na busca pelo emprego, no acesso aos sistemas educacional e de saúde, nas próprias relações sociais e afetivas. Apenas o sistema

---

<sup>48</sup> CUNHA, Manuela Ivone – *Do Crime e do Castigo: temas e debates contemporâneos*. Lisboa: Mundos Sociais, 2015. p. 87.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – *Op. Cit.* p. 46.

penal parece recebê-las de portas abertas. Isto porque os preconceitos que pautam a vida social são os mesmos que contribuem para a composição de um estereótipo criminal.

Isto posto, torna-se evidente a participação da sociedade nos estereótipos criminais. A opinião pública, ideologicamente forjada, reafirma e legitima o atual direito penal desigual, ancorada que está no senso comum. É dessa forma que a sociedade defende e apoia que aqueles apontados como criminosos sejam severamente punidos, de maneira a preservar preceitos e valores dominantes. Neste sentido, Alessandro Baratta coloca que “(...) a opinião pública, entendida no sentido de “comunicação política de base”, é portadora da imagem dominante, que legitima o sistema penal, perpetuando uma imagem fictícia dominada pelo mito da igualdade”<sup>50</sup>.

Consequentemente, surge a reflexão acerca da representatividade do cárcere, a retratar de forma fidedigna os anseios da sociedade nesse aprisionamento. Assim, há que se discutir a finalidade ressocializadora da pena, em especial o percurso do indivíduo para o retorno ao convívio com a sociedade que o hostiliza, que o rejeita, e que o excluiu. Faz-se urgente e preciso examinar os valores e determinantes sociais e econômicos que fundamentam tamanha exclusão social, ainda mais severa e implacável em casos de condenação. Não se percebe qualquer sinal em direção à inclusão e integração social; ao contrário, “há uma ‘distância social’, que isola a população criminosa do resto da sociedade (...)”<sup>51</sup>.

A relação e influência entre os média e sociedade é complexa. Observa-se interação e interferência mútuas, mas, ao que parece, convergem no que diz respeito à propagação de privilégios e preconceitos.

É inegável que hoje a comunicação social tem grande participação no pensamento coletivo. No que tange à criminalidade, a sua atuação está principalmente voltada para a indução de alarme social em relação à violência. As notícias que tratam a violência de maneira sensacionalista, que constroem o pensamento de que há um estereótipo inimigo que deve ser combatido e que muitas vezes proclamam por mais severas leis e punição, acabam por fomentar e difundir na comunidade o mais firme propósito com vista à punibilidade.

---

<sup>50</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 204.

<sup>51</sup> Idem. p. 180.

Nesse contexto, em resposta política à criminalidade, surgem campanhas de «lei e ordem», que decorrem em clima de pânico e de alarme social, generalizado desígnio de punição, valorização da repressão, e obstinação por segurança<sup>52</sup>. É essencial aqui salientar que, em situações de crises econômicas, sociais, ou do sistema de poder, as sociedades desenvolvem maior tendência a experienciar tais campanhas, que clamam por mais severa punição e flexibilização de garantias e direitos, assim como propagam a pena como a melhor resposta aos conflitos humanos.

A criminalidade em geral se apresenta como um dos maiores problemas do Estado e assim é tratada de forma recorrente por candidatos a cargos eletivos, em programas de propaganda política, assim como por membros do Legislativo. Tanto uns como outros frequentemente defendem a sua resolução através da intensificação e severidade da punição, valendo-se do clamor social para propor e prometer maiores e mais graves consequências criminais.

Nessa perspectiva, é de se destacar o surgimento e crescimento de partidos políticos mundo afora, muitos deles fundamentados por valores e preceitos antidemocráticos, ultraconservadores, que chegam a propor medidas e projetos que representam retrocesso civilizatório. Na área da criminologia, muitos integrantes desses partidos pregam ódio e intolerâncias, especialmente dirigidas às classes sociais subalternas e minorias, propondo medidas punitivas pautadas na violência e até mesmo no terrorismo e mutilação. Deve, igualmente, sublinhar-se o expressivo apoio que parte das populações apresenta a essas medidas, dividindo e polarizando «*bons versus maus*».

Com referência à criminalidade, grande parte dessas sociedades não se vê pessoalmente ameaçada pela expansão e grau de severidade do punitivismo, eis que acalenta a certeza individual de que nunca cometeria um crime. Ademais, há entendimento de que a redução de garantias e maior e mais grave punição só abarcaria as figuras de criminosos, como terroristas, violadores, políticos corruptos, etc. Contudo, são medidas que interferem em todos os casos criminais e que serão, mais uma vez, aplicadas com mais força aos já conhecidos estereótipos criminais.

---

<sup>52</sup> KARAM, Maria Lúcia – Op. Cit. p.120.



## 2. TEORIA DOS FINS DAS PENAS

A pena traz consigo a ideia de sofrimento, de afliatividade. Independentemente do tipo de pena que estejamos a referir, é transmitido um sentimento ruim, principalmente quando tratamos da pena privativa de liberdade.

A partir dessa afirmação, de que a pena sempre será pensada como um mal, uma imposição de sofrimento, surge a necessidade de justificar a aplicação da mesma. Afinal, é preciso que haja objetivos bem definidos e fundamentados, para a imposição de tamanho sofrimento a alguém; algum bem deve justificar esse ato negativo. Justamente por acreditarem nos benefícios a alguém, é que, em sua maioria, as teorias dos fins das penas apontam função positiva para as penas. O entendimento é que a pena traz benefícios a determinado grupo ou pessoa<sup>53</sup>.

Assim emergem as diferentes teorias sobre as finalidades das penas. Essas teorias constituem os meios pelos quais se justifica a aplicação da pena, principalmente no que se refere àquela mais severa e restritiva de direitos: a pena privativa de liberdade.

No ramo criminal, Salo de Carvalho sustenta que as propostas a partir da pena é que definirão a finalidade da aplicação do direito; para o autor, é justamente a sanção criminal que distingue o direito penal das demais áreas do direito<sup>54</sup>. Figueiredo Dias afirma:

“à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma”<sup>55</sup>.

A pena e suas finalidades também podem ser vistas e conceituadas como fatores de limitação do poder punitivo estatal. A definição da pena seria uma forma de conter a força punitiva do Estado, de modo que o mesmo estaria condicionado às modalidades, molduras e finalidades adotadas e estabelecidas na lei. O poder punitivo não seria discricionário. Para Anabela Miranda Rodrigues, as penas não servem apenas para dizer com que objetivos devem

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. cit. p. 93.

<sup>54</sup> CARVALHO, Salo de – Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 147.

<sup>55</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 66

ser cumpridas, mas principalmente para firmar os pressupostos para que o Estado prive o indivíduo de liberdade. A autora frisa que a Teoria das Penas pretende responder ao problema da justificação do direito de punir e não, como muitos defendem, ao que as mesmas têm como fim<sup>56</sup>. Ferrajoli conclui que a pena não importa apenas para prevenir delitos injustos, mas também injustas punições<sup>57</sup>.

Hoje, ou na história mais recente, são principalmente defendidas a Teoria Absoluta ou Retributiva e as Teorias Relativas, que englobam as Teorias de Prevenção Geral e Especial, em suas vertentes positivas e negativas. Essas são as teorias mais discutidas e adotadas na doutrina atual e nos ordenamentos jurídicos ocidentais, inclusive Brasil e Portugal. É possível afirmar que tais teorias inicialmente diferem sobre o tempo a que se referem, tendo a Teoria Absoluta observância sobre o passado, enquanto as Teorias Relativas dizem respeito ao futuro<sup>58</sup>. Posteriormente à criação e aplicação dessas teorias, outras foram idealizadas, como a Teoria Garantista da Pena e a Teoria Agnóstica da Pena, que por sua vez, não é considerada uma teoria como as demais referidas, sendo uma análise da pena e a idealização de medidas que objetivam a redução de danos provocados pela mesma.

É possível analisar estas teorias a partir do prisma/expressão “problema dos fins da pena criminal”<sup>59</sup>, visto que tem sido realmente difícil determinar um fim da pena em que não se caminhe para autoritarismos e que se consiga promover o bem estar social e do infrator. Sendo assim, trataremos das diferentes teorias, partindo-se da reflexão sobre seus acertos, erros e até consequências, tendo em conta o atual momento de aplicação e a correspondência conceitual com as originais ideias e fundamentos.

## 2.1 Teoria Absoluta / Teoria Retributiva

A Teoria Retributiva, como o próprio nome evidencia, é baseada na retribuição de um mal com outro mal compatível, equivalente, proporcional, ou seja, é o entendimento de castigo. Alguém que gerou um mal deve sofrer um mal de igual tamanho ao que causou. A pena existe, essencialmente, para compensar o mal cometido. Neste sentido, o castigo (pena)

---

<sup>56</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 152 ss.

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi – Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 268.

<sup>58</sup> Idem. p. 205.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Op. Cit. p. 65.

a ser cumprido pelo delinquente é a pura consequência de seus atos, algo que deve ocorrer para que se compense o delito cometido<sup>60</sup>. O que vigora é a ideia de castigo como algo quase divino, como se não houvesse outra opção, senão sofrer na mesma medida em que se fez sofrer. Ademais, a pena é vista como um fim em si mesma; não há a pretensão de lhe atribuir outro proveito, senão meramente compensar o crime cometido. A punição é aplicada sem que se busque qualquer função social.

Salo de Carvalho define que:

“as teorias absolutas da pena (ou teorias retributivas) sustentam-se, fundamentalmente, no modelo iluminista do contrato social, no qual o delito é percebido como uma ruptura com a obrigação contratual, configurando a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento (descumprimento de regras sociais). O poder de punir se expressa, pois, como um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada de algo de valor quantificável”<sup>61</sup>.

Adotado durante a Idade Antiga e Idade Média, o conceito de justiça e a determinação da pena foram regidos pelo princípio do talião: olho por olho e dente por dente<sup>62</sup>. A concepção que esse sistema encerra é a de que o juiz realizava a justiça no mundo, a mando e em nome de Deus. Assim, a aplicação da pena retributiva era legitimada pela justiça divina<sup>63</sup>.

Para a aplicação de uma pena com base na retribuição, é essencial a concepção de livre arbítrio. Afinal, não há como julgar alguém sem ter em consideração que o ato foi cometido pelo agente por sua livre e espontânea vontade. Neste sentido, o que se quer dizer é que o indivíduo, podendo agir em conformidade com as normas vigentes no ordenamento jurídico, optou por transgredi-las, considerada assim uma escolha consciente. Justamente por se tratar de uma opção do agente, é que ele deve ser punido na medida do mal que decidiu provocar ao delinquir; afinal, poderia ter agido em conformidade com a lei penal.

---

<sup>60</sup> MARQUES DA SILVA, Germano – Direito Penal Português: parte geral. 2ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2008. Vol. 3. p. 41.

<sup>61</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 56.

<sup>62</sup> Anabela Miranda Rodrigues salienta que o princípio do talião não constitui uma justificação para a pena, mas sim o critério de medida da própria pena.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Op. Cit. p.165

<sup>63</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Op. Cit. p. 68.

Um dos principais defensores desta teoria absoluta foi Kant; para ele a lei penal é um imperativo categórico, que deve ser incondicionalmente respeitado. E é justamente o não cumprimento deste imperativo categórico que gera a pena; é a inobservância do contrato que funda a punição<sup>64</sup>. Para elucidar seu modo de pensar, Kant deu o célebre exemplo da dissolução de uma sociedade que vivia numa ilha. Os habitantes do local iriam todos se mudar para diferentes cantos do planeta, de modo a fazer com que aquela comunidade acabasse. Contudo, o autor afirmava que ainda assim deveriam ser cumpridas as penas dos que desrespeitaram a lei penal, antes que todos partissem e aquela sociedade se extinguisse. Assim, deveriam ser executados os últimos assassinos que ali se encontrassem<sup>65</sup>. Esta seria a forma de a todos ensinar ou mostrar o valor das ações realizadas. É importante ressaltar que se tratava, para Kant, de uma retribuição ética, tendo em conta que houve violação moral com o descumprimento da lei penal<sup>66</sup>.

Claro está que a pena seria um fim em si mesma, não existindo qualquer consideração a ser feita sobre a sua utilidade. Caso contrário, o homem estaria sendo usado como meio para alcançar um determinado fim, o que, de acordo com a concepção absolutista, ocorre nas teorias relativas. Se assim o fizesse, o indivíduo seria usado como meio para um fim que não lhe cabia, podendo ser comparado com uma coisa, desprovido de dignidade. Para Kant, o indivíduo deve ser punido puramente porque descumpriu um imperativo categórico, sem que haja espaço para utilitarismo da punição, considerando um ponto de vista ético<sup>67</sup>. André Giamberardino, ao tratar do pensamento de Kant analisa: “[c]omo se vê, a justificação kantiana da pena, definindo-a como um fim em si mesma, reside em uma dimensão ideal. A limitação da liberdade pode ser justificada apenas pela própria liberdade, jamais pela via da utilidade”<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 56.

<sup>65</sup> Tendo em conta a Lei do Talião, e então, a punição como um mal equivalente ao cometido pelo delinquente, os homicídios só poderiam ter como pena a morte, visto que este seria exatamente o mesmo mal, fim.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 205

<sup>67</sup> Em seu livro sobre a crítica da pena e da justiça restaurativa André Giamberardino coloca que Kant não negou que a pena, na sua aplicação, ou seja, na sua realidade concreta não poderia gerar a ideia de exemplo e então de intimidação dos demais cidadãos, contudo, o ponto crucial é que ele nunca colocou isto como fundamento da aplicação da pena, sendo apenas um efeito colateral da mesma. GIAMBERARDINO, André – Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 71.

<sup>68</sup> GIAMBERARDINO, André – Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 71.



Outro autor extremamente importante na Teoria Absoluta é Hegel. Para ele, a pena é uma retribuição jurídica “justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado”<sup>69</sup>.

Nas palavras do autor:

“O princípio conceitual de que toda violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira”<sup>70</sup>.

Assim, a fundamentação da pena guarda a “recomposição do direito violado”. Neste caso, a violência da pena deveria ser proporcional à violência cometida contra o ordenamento jurídico, sendo a pena um neutralizador<sup>71</sup>.

A ideia é a de que o ordenamento jurídico é a vontade geral da sociedade como um todo, e que o delito é a vontade individual, que vai de encontro às normas penais. A pena tem a função de reestabelecer a vontade geral, recompondo o ordenamento jurídico através da anulação do ato violador<sup>72</sup>. Para Hegel, o crime é a negação da lei, enquanto a pena é a negação da negação que o crime produziu; desfaz desta forma as consequências do crime, ou seja, a negação da negação é a sua afirmação. A pena seria um direito do delinquente.

Desta concepção retributiva da pena, surge a noção de proporcionalidade entre crime e pena, proporcionalidade assim trazida ao direito penal. A grande virtude desta teoria consiste no conceito de culpa, essencial para a determinação da pena, que por sua vez fica limitada ao grau de culpa do agente. Trata-se de um sistema sancionatório, concebido por graus da conduta; quanto maior for a culpa do delinquente, maior será a sanção retributiva<sup>73</sup>.

É neste ponto que Figueiredo Dias destaca a importância dessa teoria: “mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole eminente dignidade da pessoa humana”<sup>74</sup>. Desse modo, a teoria absoluta trouxe

---

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 205

<sup>70</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – Princípios da Filosofia do Direito. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 84.

<sup>71</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 57.

<sup>72</sup> MARTINS, A. Lourenço – Medida da Pena: finalidades, escolhas: abordagem crítica de doutrina e jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 67 e 68.

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal: Parte Geral. Tomo I, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 47.

para o direito penal um meio de limitação da pena, ou pelo menos inaugurou o pensamento, reflexão e discussão sobre o assunto.

Ao tratar teorias retributivas contemporâneas, Salo de Carvalho afirma: “caracteriza-se mais como uma técnica de definição de limites de quantificação regrados pela distribuição proporcional de sanções do que como teoria de justificação da legitimidade das penas”<sup>75</sup>.

As teorias retributivas contemporâneas baseiam-se na ideia de proporcionalidade, ou seja, acreditam que a pena deve ser determinada de acordo com a gravidade do delito cometido. Logo, promove-se o justo merecimento, que consiste no quanto e no tipo de pena que o delinquentes deve sofrer de acordo com o ato realizado, tendo em conta a livre e espontânea vontade do mesmo, que possuía consciência da reprovabilidade e possíveis consequências.

Neste sentido, esta teoria defende o estabelecimento de critérios definidores das penas de forma igualitária e homogênea, respeitando a gravidade do crime cometido. Assim, as penas serão designadas anteriormente ao cometimento do delito, com base no dano causado. Nas palavras de Salo de Carvalho: “A delimitação de parâmetros de proporcionalidade permitiria criar escalas de sanções conforme a lesão provocada pelo infrator, de forma a estabelecer paridade quantitativa (tempo) e qualitativa (espécie) entre penas decorrentes de infrações de natureza semelhante.”<sup>76</sup>.

Esta teoria surge em crítica ao correccionalismo, à teoria da reinserção social que, como será elucidado mais à frente, teve como consequências penas sem determinação temporal e o aumento do poder punitivo e do encarceramento. De modo que o objetivo deste entendimento consiste numa limitação do poder punitivo e da delimitação das penas com base na culpabilidade e proporcionalidade<sup>77</sup>.

Trata-se de uma corrente de neorretributivismo, porque a pena não possui qualquer finalidade que não a reprovação do autor pelo dano gerado, sem que seja pleiteado o aumento de pena ou uso desacerbado do controle social conforme fazem correntes conservadoras.

---

<sup>75</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 99.

<sup>76</sup> <sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> <sup>77</sup> Idem. p. 100.

### 2.1.1 Críticas à Teoria Absoluta / Retributiva

Ao longo do tempo foram desenvolvidas diversas críticas sobre a Teoria Absoluta, em que foram considerados diferentes aspectos que a compõem.

Primeiramente, essa teoria não explica o porquê de punir, o que faz com que não haja limite no conteúdo do direito penal. Ferrajoli afirma que, ao se dizer que há uma justa retribuição, um mal por outro mal, atesta-se quando é possível punir, em que momento a sanção pode ocorrer, diante de quais situações supostamente delituosas, mas não o motivo pelo qual se deve punir<sup>78</sup>. No entendimento do autor suprarreferido, os retributivistas demonstram “total confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação interna e justificação externa”<sup>79</sup>.

Ao justificar-se a aplicação da pena pelo livre arbítrio do autor do crime, cria-se uma outra questão: como provar a real existência deste no momento do cometimento do delito. A nosso ver, não há como tratar o livre arbítrio de maneira tão simples, visto que existem diferentes aspectos e fatores a serem observados e considerados. Não é possível que se analise e compreenda o ser humano sem ter em consideração sua inserção social, suas condições de vida, além das relações de poder que o envolvem ou circundam. Ademais, não há maneira de concluir se existiria maneira daquele indivíduo agir de maneira diversa naquela concreta situação.

Também é necessário frisar que a proporcionalidade requerida entre crime e pena não é exequível, já que são realidades heterogêneas. Custa pensar que o Estado deve agir de maneira equivalente ao cidadão que transgrediu a norma penal e que sua função e objetivo seriam promover vingança. Os motivos que podem levar alguém a delinquir ou a ser criminalizado são os mais diferenciados e, como já referenciado, existem diferentes teorias a respeito. Contudo, a resposta estatal não pode ser medida apenas como retribuição a um mal. Isto porque o Estado deve agir dentro da legalidade e com a consciência de que é uma representação social e não um indivíduo que, supostamente, age com seu livre arbítrio. Em nosso entendimento, o Estado possui responsabilidades e obrigações que a pessoa comum não tem, por isso não há que agir apenas com o objetivo de retaliação.

---

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 207.

<sup>79</sup> Idem. p. 207 e 208.

É importante também ressaltar que a falta de limite à punição – ainda que se possa invocar a culpa como limite, hipótese entretanto não claramente delimitada na Teoria Retributiva – abre caminho a práticas e regimes autoritários, eis que tanto a análise e determinação da culpa e seu respetivo grau, como a decisão a respeito da pena e sentença retributiva, ficam a absoluto e incondicional critério do julgador e do Estado.

A ideia de Kant sobre o princípio do Talião não tem em consideração os limites do direito de punir. A pena como um fim em si mesma, como forma de vingança, está destituída de fundamentos jurídicos e parece alicerçar-se em preceitos de natureza espiritual, religiosa, ou mesmo da ordem da credice e superstição. Ainda sobre o princípio do Talião, Lourenço Martins sustenta que “a ideia de retribuição compensadora é vulnerável devido ao fato de a pena não apagar o mal causado pelo delito, sendo que na realidade junta um segundo mal, pois que o critério de Talião não permite recuperar o olho da vítima, retirando um olho ao autor do crime”<sup>80</sup>.

Ao mesmo tempo, Zaffaroni afirma que esse modelo de conceção da pena é basicamente dedutivo, pois não há como afirmar que sua aplicação resultará na retratação da situação, tampouco no retorno às condições anteriores à realização da infração<sup>81</sup>. Além disso, a ideia do «olho por olho, dente por dente», associada à falta de limitação punitiva de então, podem gerar formas de punir completamente contrárias ao Estado democrático de direito, onde quer que supostamente vigore, visto que não são descartadas sanções desumanas, como a tortura e a pena de morte, por exemplo. Ao que parece, essa forma de enxergar as penas trás consigo algo de medieval, nada compatível, ao menos em tese, com o atual momento vivido no mundo em sua perspectiva ocidental.

Figueiredo Dias deixa clara sua opinião de que a Teoria Absoluta não pode fazer parte de Estados Democráticos: “[n]ão pode hoje, na verdade, deixar de reconhecer-se a incompatibilidade absoluta entre a ideia do Estado de Direito democrático e social, inevitavelmente secularizada e pluralista, e a imposição de penas em nome de exigências absolutas de «retribuição» e «expição»”<sup>82</sup>. Isto porque regimes sociais têm em consideração benefícios que a pena pode trazer ao indivíduo e à sociedade, não cabendo tratar da mesma apenas como maneira de retribuir uma violência.

---

<sup>80</sup> MARTINS, A. Lourenço – Op. Cit. p. 73.

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Raul [et al.] – Manual de Derecho Penal. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 38.

<sup>82</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editoria, 2009. p. 61.

A Teoria Retributiva, pura e propriamente dita, não se encontra nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. No primeiro caso, há menção à retribuição, mas também à prevenção. Por isso, como veremos adiante, o Brasil é considerado detentor de Teoria Mista dos fins das penas. No caso de Portugal, o país está totalmente afastado do ideal retributivo. As constituições democráticas de ambos países limitam de certa maneira o poder punitivo, além de proibirem veementemente penas incompatíveis com os direitos humanos.

Hoje são raros os casos em que há apenas a aplicação da Teoria Absoluta, ainda que recentemente tenha havido um movimento neo-retributivista, que visava encerrar com a flexibilidade das penas, advindo da expressiva expansão do ideal ressocializador, fato que elucidaremos adiante. Na sociedade atual, principalmente no caso brasileiro, há um crescente clamor pelo recrudescimento do poder punitivo do Estado, possível reflexo do crescimento da violência urbana, mas também impulsionado pelo contexto sócio-econômico-político que agora impera, notadamente marcado por retrocesso e conservadorismo em todas as áreas.

Não é difícil depararmo-nos com o sentimento de vingança, bem demonstrado por aqueles que enxergam a figura do criminoso como alguém que deve sofrer, sem que tenha qualquer direito humano respeitado. Não há, por parte de grande parcela da população brasileira, e acreditamos que da portuguesa também, qualquer pensamento crítico sobre os fatores que levaram aquele indivíduo a desrespeitar as leis penais, qualquer reflexão a respeito de seu contexto social, e como podem influenciar e interferir na sua escolha, supostamente livre e consciente.

## 2.2 Teorias Relativas

As Teorias Relativas dizem respeito ao futuro, aos fins das penas, diferentemente da Teoria Absoluta, que tem em conta o fato passado. Estas enxergam a pena enquanto meio, não como fim<sup>83</sup>.

Nesse sentido, Figueiredo Dias:

“(...) só finalidades relativas de prevenção, geral e especial, não finalidades absolutas de retribuição e expiação, podem justificar a intervenção do sistema penal e conferir fundamento e sentido às suas reações específicas. A prevenção geral assume, com

---

<sup>83</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 208.

isto, o primeiro lugar como finalidade da pena. Prevenção geral, porém, não como prevenção geral negativa, de intimidação do delinquente e de outros potenciais criminosos, mas como prevenção positiva ou de integração, isto é, de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu consentimento de segurança face à violação da norma ocorrida (...)"<sup>84</sup>.

Do ponto de vista da prevenção geral, a preocupação se dá com a sociedade; do ponto de vista da prevenção especial, a atenção é para o indivíduo que cometeu o crime. Tais preceitos decorrem do Estado Social que gera maior participação do Estado na vida da comunidade. Deixa-se a vingança para se buscar benefícios sociais na aplicação do poder de punir e estabelecer penas.

Nas palavras de Zaffaroni e Batista, existem duas principais funções preventivas que são utilizadas como legitimadoras do poder punitivo:

“a) o que pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram, das chamadas teorias de prevenção geral, as quais se subdividem em negativas (dissuasórias) e positivas (reforçadoras); e b) o que afirma que o referido valor atua sobre os que delinquiram, das chamadas teorias da prevenção especial, as quais se subdividem em negativas (neutralizantes) e positivas (ideologias (re) : reproduzem um valor positivo na pessoa)”<sup>85</sup>.

Ferrajoli delimita as duas funções principais da pena ao explicar a seguinte conclusão:

“Com efeito, podemos logicamente distinguir-lhe duas versões, dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à *máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes*; uma segunda é aquela que a equivale ao *mínimo sofrimento necessário* a ser impingido à *minoría formada por desviantes*. A primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna impossível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) aos interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores, tornando assim possível a comparação entre estes e os meios penais adotados. E claro que a primeira versão não pode exigir nenhum limite ou garantia na intervenção

---

<sup>84</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editoria, 2009. p. 72.

<sup>85</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 115.

punitiva, sendo idônea, pois, para fundar, inclusive, modelos de direito penal máximo. A segunda, por seu turno, é uma doutrina sobre os limites do direito penal, consentindo-lhe, pois, a justificação somente se suas intervenções forem limitadas ao mínimo necessário”<sup>86</sup>.

Apesar de reconhecer que a pena não deixa de ser a imposição de sofrimento, um mal para o apenado, a doutrina defensora das Teorias Relativas afirma a existência de um bem maior, que acaba por justificar a aflição e angústia geradas pela pena<sup>87</sup>.

A partir da concepção de que há alguma serventia na aplicação de uma sanção, temos em conta que o interesse é criar maneiras de diminuir a violência, ou ao menos impedir seu crescimento, visto que uma sociedade sem qualquer índice que criminalidade está na ordem do inacessível e utópico, já que o crime é algo natural da vida social<sup>88</sup>.

### 2.3 Prevenção Geral

A prevenção geral vê na pena um meio para alcançar um bem para a sociedade, pensa na coletividade para justificar o poder punitivo. O objetivo da pena é realizar certas funções na comunidade, portanto, trata-se do bem-estar coletivo.

Neste sentido, conceitua Figueiredo Dias:

“A pena pode ser concebida, por uma parte, como forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais: fala-se então a este propósito de prevenção geral negativa ou de intimidação. Mas a pena pode ser concebida, por outra parte, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal como instrumento destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar: neste sentido se fala hoje em uma prevenção geral positiva (...) ou de integração...”<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 211.

<sup>87</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime. p. 73.

<sup>88</sup> REALE, Miguel - Instituições de Direito Penal. 2a ed. São Paulo: Editora Forense, 2004. Vol. 1. p. 10.

<sup>89</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime. p. 74.

Não há, nesta vertente de prevenção, a preocupação com o indivíduo que cometeu o delito, que representa o alerta para os demais membros da população ou sociedade, ou até mesmo é percebido como mero cumpridor da sanção. Seu principal intuito é fazer com que os demais cidadãos não cometam crimes, ou ao menos conter e controlar o avanço da prática delituosa. Nessa perspectiva, a prevenção geral possui duas vertentes, a positiva e a negativa, e ambas atuam no sentido de aumentar a confiança da comunidade no ordenamento jurídico, supostamente inibindo ações criminosas através de intimidação.

### 2.3.1 Prevenção Geral Negativa

A intimidação é a mais conhecida expressão da prevenção geral negativa e cumpre a principal finalidade da pena: inibir a iniciativa de possíveis ou potenciais delinquentes, desencorajando-os a cometer crimes. Assim, o estabelecimento e execução da pena, e o decorrente sofrimento causado ao apenado, ou até mesmo a simples existência de ameaça de pena, poderiam induzir à desistência aqueles que cogitavam delinquir ou transgredir a lei.

Beccaria define a finalidade da pena da seguinte maneira: “[o] fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos<sup>90</sup> e demover os outros de agir desse modo”<sup>91</sup>. O entendimento do autor consiste em ser melhor prevenir crimes do que ter que os punir<sup>92</sup>.

Nesta lógica, a pena funciona como maneira de fazer com que as proibições penais sejam respeitadas, visto que a possibilidade de sua aplicação seria uma espécie de ameaça contida na norma<sup>93</sup>. O sujeito, diante das prováveis consequências do delito, por medo ou qualquer outro sentimento, deixa de o cometer.

Ao tratar do tema da prevenção geral negativa, Salo de Carvalho elogia o fato da mesma separar direito e moral: “[o] mérito das teorias de prevenção geral negativa é inegavelmente o de evitar a tendência sempre presente no âmbito punitivo de fusão das esferas de direito e moral. Assim, é possível afirmar que a teoria da coação psicológica é

---

<sup>90</sup> Ressalta-se que Beccaria, neste contexto, também frisa a prevenção especial negativa.

<sup>91</sup> BECCARIA, Cesare – Op. Cit. p. 52.

<sup>92</sup> Idem. p. 128.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 223 e 224.



praticamente a única entre todos os sistemas clássicos de fundamentação das penas que respeita o pressuposto ilustrado da secularização do direito”<sup>94</sup>.

### 2.3.2 Prevenção Geral Positiva

A prevenção geral positiva crê na pena, na certeza da sua aplicação como meio de gerar a confiança da população no ordenamento jurídico. Funciona de forma que, ao ser aplicada a lei, as pessoas acreditem nas normas sociais vigentes, validando-as, e assim creditando legitimidade à pena.

Para Antônio Camargo, “a prevenção positiva pretendeu oferecer os caminhos para a legitimidade da pena, indicando uma função educativa que intervém no foro íntimo do cidadão, no sentido de orientá-lo ao atendimento dos valores vigentes ou para manter sua fidelidade ao direito”<sup>95</sup>.

Trata-se da proteção de bens jurídicos e a então determinação de valores que devem ser comuns a todos da comunidade. De certa forma, busca-se a harmonia entre o direito e os cidadãos, de maneira que esses se sintam acolhidos e representados, aceitando e apoiando assim o Estado e suas escolhas normativas. É possível afirmar-se que a prevenção geral positiva configura ato político, e pode resultar em convencimento da importância de certos valores e normas sociais, protegidos pelo ordenamento jurídico.

Há também a ideia de que a Prevenção Geral Positiva promove proporcionalidade entre o delito e a pena, já que para alcançar o objetivo com a população a pena tem que ser coerente, não podendo, portanto, um homicídio ser penalizado da mesma maneira que um furto, eis que a comunidade não aceitaria tal disparidade. Para Zaffaroni e Batista, a Prevenção Geral Positiva seria uma espécie de propaganda do Estado, em que o delito é uma publicidade negativa para o sistema, que pode e deve ser neutralizada pela pena<sup>96</sup>.

Sem dúvidas, a Prevenção Geral Positiva é bastante considerada em diferentes ordenamentos, visto que seria, a nosso ver, a mais leve de se pensar, pois, sugere a imagem de sociedade consciente e integrada, sem nos remeter diretamente à ideia de sofrimento.

---

<sup>94</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 68.

<sup>95</sup> CAMARGO, Antônio Luís Chaves – Sistema de Penas: dogmática jurídica penal e política criminal. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002. p. 52.

<sup>96</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 122.

### 2.3.3 Críticas às Teorias de Prevenção Geral

O primeiro ponto que é alvo de inúmeras críticas às teorias de prevenção geral é o fato do indivíduo ser usado como meio para alcançar suposto bem para a sociedade, cenário aqui ilustrado pela figura do bode-expiatório. Kant defendeu que o delinquente não poderia ser usado para qualquer fim utilitarista que não lhe dissesse respeito, mesmo que tal fim tivesse legitimidade social<sup>97</sup>. Ferrajoli demarca: “acrescento que uma prática penal orientada pela função deterrente da imposição e não da ameaça da pena pode efetivar-se em punição discricionária e desigual, segundo as conveniências políticas ou o alarme social, em relação aos quais o condenado é destinado a servir como ‘bode expiatório’”<sup>98</sup>. Figueiredo Dias, por sua vez, acredita que essa crítica não possui qualquer fundamento. Para o autor, quando em sociedade é sabido que há de se seguir e ceder a certas regras, que fazem parte do contrato social, obviamente as leis penais e suas consequências constariam do rol de regras que devem ser cumpridas pelos cidadãos.

Sobre o tema, questionamentos importantes precisam ser trazidos aqui: até que ponto é dado poder de escolha ao indivíduo? Há possibilidade de recusa do contrato social? É legítimo o contrato social, diante da disparidade entre as partes? Ao se tratar de minorias, talvez possamos aprofundar a reflexão sobre quem faz as regras desse contrato social, e para quem cada uma delas é estabelecida e dirigida, e de que maneira tal contrato se institui, de forma a propagar exclusões, e fomentar futuras criminalizações pelo descumprimento de seus preceitos. Outra indagação é sobre dados empíricos em relação a finalidades preventivas gerais. Como se pode afirmar que alguém deixou de cometer um crime porque se sentiu intimidado com a norma e a possibilidade de sofrer uma penalização?

Nesse sentido, Salo de Carvalho afirma que “o fundamento punitivo da dissuasão parte do pressuposto da capacidade do autor do delito em valorar as consequências negativas da sua conduta e, a partir de um cálculo racional entre os custos e os benefícios do ato ilícito, optar pelo crime ou pela observância das regras jurídicas”<sup>99 100</sup>.

Na mesma perspectiva, Zaffaroni e Batista:

---

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 73.

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi – Op. Cit. p. 223.

<sup>99</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 68.

<sup>100</sup> O autor também coloca que muitas questões podem fazer com que o indivíduo decida por não cometer um ilícito e que talvez a intimidação pelo direito seja a menor delas.

“Parte-se aqui de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo benefício. Na base dessa antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação do moedero económico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo”<sup>101</sup>.

O *quantum* de pena é necessário para intimidar as pessoas é outra pergunta que se faz, além de quais penas seriam as mais eficazes neste sentido. Acreditamos que não haja respostas para essas questões, o que possivelmente constitui o maior desafio da Prevenção Geral Negativa, já que não há limites para a pena, visto que deve cumprir seu papel intimidatório.

Além disso, como os crimes nunca deixaram de existir, podemos inferir que essa modalidade de prevenção não é eficaz, e que, para assim convertê-la, há que se agravar as penas, tornando-as mais difíceis de suportar, o que seria um caminho sem fim e que poderia levar a penas cada vez mais duras e desumanas, ao direito penal do terror.<sup>102</sup>

Mais uma vez, temos que ponderar a seletividade do sistema penal e sobre como crimes que são cometidos, maioritariamente por certo grupo de pessoas e minorias, tendem a que suas penas sejam aumentadas, não só para alcançar o ideal intimidador ou intimidatório, mas também para dar continuidade ao projeto de segregação social.

O Brasil guarda exemplo de delito que teve suas penas aumentadas e que nem por isso reduziu suas taxas. Foi o caso do crime de tráfico de entorpecentes, que passou a ser considerado crime hediondo, tendo a pena aumentada, além de receber tratamento diferente dos demais crimes, como o que diz respeito às regras sobre progressão de regime na execução de penas. Tais medidas, entretanto, não provocaram a redução desse crime; ao contrário, sua prática cresce no país, expandindo-se inclusive entre as mulheres, a ponto de já representar a maior incidência desse tipo penal na população carcerária feminina<sup>103</sup>.

Além disso, há que se analisar quem são e a que classe social pertencem os principais autores desses crimes que sofreram o endurecimento de suas penas. No caso brasileiro,

---

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 117.

<sup>102</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 71.

<sup>103</sup> Reportagem retrata o crescente número de reclusos condenados por tráfico de drogas, de 2006 até 2013, o aumento foi de 339%. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em 12 de julho de 2020.

percebe-se que, de entre os condenados por tráfico de drogas, a esmagadora maioria é constituída por jovens, negros, pobres e favelados, mesmo perfil das mulheres condenadas por esse crime, o que pode ser facilmente constatado por visita a qualquer instituição prisional no Brasil. Aqui está a seletividade, mais uma vez, pega em flagrante.

Por fim, Zaffaroni e Batista sustentam que o maior defeito da Prevenção Geral Positiva é de caráter ético: “A prevenção geral positiva observa, em certa medida, dados que são reais, porém sua falha mais notória é de natureza ética: legitima o que acontece pelo simples objetivo de que continue acontecendo, pois não passa disso reforçar positivamente o sistema, elevando assim a um valor supremo e imutável”<sup>104</sup>.

## 2.4 Prevenção Especial

A prevenção especial é aquela que tem como polo principal o autor do crime; a pena possui finalidades em relação ao «criminoso». Assim, o objetivo dessa teoria é deter, ou ao menos evitar a reincidência do delinquente, já que o mesmo não deixou de cometer o crime por conta da Prevenção Geral. Nas palavras de Figueiredo Dias “se deve falar, com razão, de uma finalidade de *prevenção da reincidência*”<sup>105</sup>. O debate dentro desta vertente preventiva, surge então na perspectiva e formas de alcançar seu principal objetivo: evitar a reincidência de um transgressor.

A prevenção especial, diferentemente da prevenção geral que ocorre na cominação da pena, se dá na imposição e execução penal. Assim, a prevenção especial divide-se em positiva e negativa; a primeira consiste na readaptação, reinserção do indivíduo na sociedade, enquanto a segunda se resume à segregação do apenado. O principal parâmetro utilizado na prevenção especial é o da periculosidade. Assim, o quantum de pena é avaliado na medida do supostamente necessário para que o apenado não volte a delinquir.

### 2.4.1 Prevenção Especial Negativa

No seio da prevenção especial negativa, há quem defenda a punição como meio de intimidação do indivíduo, que, ao sofrê-la, ficaria suficientemente aterrorizado e assim não

---

<sup>104</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 124.

<sup>105</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge – Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime. p. 78.

voltaria a cometer delitos. Em diferente corrente dentro desta mesma teoria, a ideia é que a segregação do criminoso, a sua separação da sociedade, contribui para que o apenado não retorne para a criminalidade, “assim podendo atingir-se a necessária neutralização da sua perigosidade social”<sup>106</sup>.

Raul Zaffaroni e Nilo Batista colocam que o objetivo não é melhorar a condição da pessoa, e sim neutralizá-la<sup>107</sup>. Na mesma obra, os autores afirmam que a prevenção especial negativa, em geral, é utilizada junto com a versão positiva da teoria, pois a ressocialização fracassa e então remanesce a neutralização e eliminação do indivíduo. Nesse sentido, a pena tem por função a retirada do delincente do convívio social. A ideia é que a simples exclusão do «problema» é a forma mais eficiente de solucioná-lo. Como se o agente fosse uma espécie de doença, que deveria ser eliminada, para que a sociedade pudesse livrar-se daquele mal. Consequentemente, a concepção que nos surge é que a resolução da criminalidade estaria, então, contemplada no encarceramento de pessoas delituosas, assim adotada a segregação como forma de resposta ao fenómeno crime.

A inquietação que se dá, principalmente em relação a fenómenos sociais, políticos e económicos que geram as chamadas «doenças», reside no que fazer com as pessoas que se encontram no meio do crime. Quem são essas pessoas, como compreendê-las e como reconhecer que grupos estão na mira dos preconceitos, exclusões e mazelas apontados pelos institutos jurídicos do poder do Estado. Ao que parece, as mesmas pessoas que serão excluídas até a privação de liberdade, também o serão na execução dessa pena.

Na versão de entendimento da prevenção especial negativa como intimidação do delincente, o objetivo é que o mesmo, ao sofrer o mal imposto pela pena, seja compelido a abandonar o crime. Assim, a pena deveria ser agravada, a ponto de evitar a reincidência. Aqui, a questão que se coloca é: de que maneira este mal deve ser colocado e defendido, tendo em conta a sua compatibilidade com o Estado democrático de direito?

A respeito da prevenção especial negativa, Zaffaroni e Batista expõem:

“As teorias da prevenção especial negativa (cujo modelo é Garofalo) atribuem à pena uma função de eliminação ou neutralização física da pessoa para conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida por

---

<sup>106</sup> Idem. p. 79.

<sup>107</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 127.

uma disfunção, que é sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade”<sup>108</sup>.

#### 2.4.2 Prevenção Especial Positiva

A prevenção especial positiva tem como foco o apenado e visa a ressocialização, com o objetivo de coibir a reincidência.

Inicialmente, esta concepção de finalidade da pena entendia que a sanção penal devia funcionar como uma espécie de tratamento. O delinquente visto como doente ou como sujeito detentor de deficiências sociais que, através da pena, seria curado.

O delinquente é o protagonista da execução de sua pena e, neste sentido, a punição age como meio de resolução de suas carências, inclusive morais. Esta primeira defesa da ressocialização como tratamento moral sofreu inúmeras críticas, tendo gerado penas sem tempo determinado, assim como o ideal de que há apenas uma moral e que esta deve ser definida por certos grupos sociais, além da impossibilidade de se constatar empiricamente quando ocorreu a «cura».

Ainda que nos seja evidente que não deve haver um moralismo público e, portanto, que a pena não deve ter a finalidade de educar moralmente o apenado, é preciso ressaltar que a corrente correcionalista trouxe o ideário de humanização da pena e o fim do entendimento de pena-castigo, acreditando na pena como meio de mudança do indivíduo.

Nas palavras de Luís Carlos Valois:

“O correcionalismo hoje significa acertadamente uma ingerência antidemocrática do Estado sobre o ser humano, mas nos tempos em que a preocupação com a pena se encerrava com o encarceramento, defender a correção do outro era o mesmo que pedir a participação da ciência, do Estado, na esfera penitenciária, ainda que esta tarefa tenha sido feita de forma exagerada, sem verdadeiros fundamentos científicos e com ambíguos sentimentos”<sup>109</sup>.

A nossa análise, no presente trabalho, não partirá desta corrente correcionalista, possuidora da ideia de Estado paternalista que deve corrigir, educar ou até mesmo curar o

---

<sup>108</sup> Idem. p. 116.

<sup>109</sup> VALOIS, Luís Carlos – Conflito Entre Ressocialização e Princípio da Legalidade Pena. São Paulo, 2012. p. 72. Dissertação de mestrado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

indivíduo. Anabela Miranda Rodrigues afirma que “nega-se, de facto, qualquer legitimidade do Estado e da sociedade para impor, no plano dos valores morais, crenças ou convicções internas – o *forum internum* – ao *forum externum*, pretendendo, assim, obrigar o indivíduo a aceitá-las”<sup>110</sup>.

Desta forma, pretende-se estudar a ressocialização a partir de uma perspetiva contemporânea, tendo em conta doutrina e legislações. A portaria 286/2013<sup>111</sup>, que definiu a estrutura, competência e modo de funcionamento dos estabelecimentos prisionais em Portugal, retratou “tratamento prisional” como a realização e execução de programas e atividades nos domínios do ensino e da formação profissional, do trabalho e da atividade ocupacional, sociocultural e desportivo, bem como a interação com a comunidade, visando a reinserção social do recluso (art. 2º, nº 2, alínea c) e art. 13º). Assim como os artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal brasileira que afirmam que, objetivando a prevenção ao crime e o retorno à convivência em sociedade, a assistência do recluso é obrigação do Estado e que este a deve realizar nas seguintes áreas: material; saúde; jurídica; educacional; social e religiosa.

Portanto, consolida-se a conceção de que a ressocialização, no sentido de não reincidência, se faz através do trabalho, da educação, participação em projetos culturais, desportivos, *etc*<sup>112</sup>. Anabela Miranda Rodrigues, grande autora sobre o tema de execução de penas, ao retratar a ressocialização define um programa mínimo de tratamento que se “(...) limita a conseguir a mera conformidade do comportamento externo do sujeito à norma penal”<sup>113</sup>. Assim, a ressocialização ocorre quando o indivíduo, ao sair do sistema carcerário, não volta a delinquir, maneira com que o “êxito” da pena só poderá ser comprovado em sua negativa, ou seja, a partir da ineficácia da reinserção.

Para tratar do tema da ressocialização é preciso colocar em evidência a figura do apenado, conferindo-lhe o estatuto jurídico a que tem direito, maneira com que se faz efetivar todos os direitos fundamentais intrínsecos ao Estado democrático de direito<sup>114</sup>. Assim, afirma-se essencial que o apenado seja visto como sujeito da execução e não apenas como recetor

---

<sup>110</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 108.

<sup>111</sup> Portaria do dia 9 de setembro de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/286-2013-499245>

<sup>112</sup> Destaca-se que a atuação punitiva não é apenas jurídica, mas plural, sendo necessária a participação de profissionais das mais diferentes áreas.

<sup>113</sup> *Idem*. p. 109.

<sup>114</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 70.

de normas<sup>115</sup>. Enxergá-lo como detentor de direitos e deveres é base para que se possa perseguir o ideal ressocializador. Só há ressocialização quando existe participação do recluso: “[e]la constitui, assim, o pressuposto de um verdadeiro tratamento, sendo mesmo indispensável, já que não existe ressocialização sem ou contra a vontade do recluso”<sup>116</sup>.

Esta participação está condicionada à vontade do indivíduo que sofre a execução, não é pertinente que seja obrigado a participar do tratamento. Por ser um sujeito de direitos, não cabe que a ressocialização seja imposta, mas apenas orientada, visto que não é possível uma real ressocialização forçada<sup>117</sup>.

Neste sentido, frisa-se que a ressocialização não é um dever e sim um direito subjetivo, podendo o apenado “optar” por uma vida em desconformidade com o Direito Penal<sup>118</sup>, não cabendo ao Estado ferir a dignidade da pessoa humana afim de conceber a reinserção social. Mais uma vez, Anabela Miranda Rodrigues é conclusiva: “[o] ‘direito a não ser tratado’ é parte integrante do ‘direito de ser diferente’ que deve ser assegurado em toda a sociedade verdadeiramente pluralista e democrática”<sup>119</sup>.

Ainda no sentido de liberdade, há o entendimento da ressocialização como forma de tornar o condenado livre, isto a partir da perspectiva de que não havia livre-arbítrio absoluto no momento do cometimento do delito, tendo em conta as realidades sociais, económicas, familiares, *etc.*, do sujeito. A ideia de que a pena é gerada por uma falta de liberdade anterior<sup>120</sup>.

A ressocialização é afirmada como um bem para o recluso, porque é através desta que ele terá acesso a meios de reintegração social. Ao mesmo tempo, a finalidade é destacada por sua importância na defesa da sociedade, pois o recluso será formado no sentido de não cometer mais crimes.

Contudo, a sociedade não pode ser apenas beneficiária da ressocialização e da não reincidência, esta deve ser repensada no sentido de contribuir para o não cometimento de

---

<sup>115</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 88.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> LEITE, André Lamas – Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade in Revista do Ministério Público 156, Outubro/Dezembro 2018. p. 96.

<sup>118</sup> *Idem*. p. 108.

<sup>119</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 128.

<sup>120</sup> *Idem*. p. 82.



crimes, visto sua extrema influência nestes acontecimentos. Como já defendido, é preciso repensar a responsabilidade da comunidade no ingresso de certos grupos nos sistemas penitenciários e reformar a sociedade, assim como se propõe reformar o delinquente. Além disso, é essencial que a comunidade consiga reintegrar o recluso no fim da pena, que o mesmo seja reconhecido como sujeito de direito e que se garanta a igualdade intrínseca ao Estado social.

Também é importante ressaltar que a responsabilidade do Estado com a ressocialização do apenado não deve acabar com o fim da pena, conforme esclarece André Lamas Leite:

“(...) não se pode localizar a ressocialização somente até o final do cumprimento da pena, por ela deve continuar para além dela, conhecidas que são as inúmeras dificuldades para reentrar numa sociedade a nível laboral, afetivo, familiar. Onde, é também tarefa do Estado auxiliar quem cumpriu a sua pena a encontrar os apoios necessários a essa reincorporação social. Se assim não for, o eventual trabalho anterior no sentido da ressocialização correspondeu a uma perda de recursos”<sup>121</sup>.

Assim, evidencia-se o papel do Estado em diferentes fases do percurso do delinquente: antes do crime ocorrer, na criminalização primária, posteriormente, na criminalização secundária com enfoque na execução da pena de prisão até à reinserção do indivíduo na sociedade.

#### 2.4.3 Críticas às Teorias de Prevenção Especial

A prevenção especial positiva é alvo de diversas críticas.

A primeira que se pretende ressaltar consiste em que o Estado não possui legitimidade para ditar e mudar os juízos de valor do delinquente, ao fazê-lo violaria a liberdade de autodeterminação do indivíduo. Este objetivo de educar o delinquente moralmente faz parte de um programa máximo de tratamento que não é compatível com uma sociedade democrática e plural, que em sua estrutura possui diferentes princípios, valores e pensamentos que, por vezes, são até contraditórios.

---

<sup>121</sup> LEITE, André Lamas – Op. Cit. p. 118.

Em concordância com as críticas feitas a este modelo máximo, Anabela Miranda Rodrigues defende a implementação de programas intermediários:

“Neste sentido, não se trata de impor um conteúdo moral e valorativo concreto – a ‘meta’ – não tão só de facultar ‘caminhos’ – através dos quais se realiza o pleno desenvolvimento da personalidade humana – preparando o recluso para decidir, ele próprio, face às alternativas com que se depara numa sociedade heterogênea e plural. Admitindo-se a necessidade de uma interiorização moral das normas – mas não uma determinada concepção de mundo – procura ao mesmo tempo obter-se, para além do mero respeito pelas normas penais, uma atitude positiva perante os valores e bens jurídicos que subjazem àquelas proibições”<sup>122</sup>.

É preciso respeitar a liberdade do recluso e seus demais direitos, somente assim a ressocialização será compatível com as Constituições portuguesa e brasileira.

A afirmativa de que todos os que delinquem precisam ser ressocializados é falaciosa, pois em diferentes casos é possível perceber que não há qualquer falha na socialização do sujeito. São os casos de crimes cometidos por negligência ou de forma passional. Nesta situação, a pena não possuiria a finalidade ressocializadora e funcionaria apenas como proteção de bens jurídicos e contenção do agente<sup>123</sup>.

A ressocialização contém indefinições e impossibilidades de comprovação empírica. Isto porque o conceito de tratamento, apesar de definir atividades e formações, não deixa realmente claro de que modo a reinserção social acontecerá, como o Estado contribuirá para que o recluso passe a agir somente de acordo com a legalidade. Surge o questionamento se o trabalho, educação, atividades desportivas e saúde no meio prisional podem promover esta mudança.

Posteriormente, a dificuldade de comprovar empiricamente que a ressocialização, de fato, ocorreu. Ao entender que a ressocialização consiste na não reincidência, só se saberá quando a pena não foi eficaz no cumprimento de sua finalidade, pois ao reingressar no sistema penal o sujeito evidenciará que não se reinseriu socialmente. O estudo da reincidência é demasiado complexo, pois a maior parte das pesquisas não levam em conta todos os pontos

---

<sup>122</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 113.

<sup>123</sup> LEITE, André Lamas – Op. Cit. p. 106.

a que deveriam ater-se, de modo a dificultar a compreensão do fenômeno de forma real e completa<sup>124</sup>.

Raul Zaffaroni e Nilo Batista defendem:

“Eis uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque das ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração”<sup>125</sup>.

De facto, a ressocialização muitas vezes é justificada como a forma mais humana da pena, composta de ética e respeito aos direitos fundamentais do recluso. Neste sentido, afirma André Lamas Leite:

“(…) abandonar esse objetivo [ressocializador], ainda que ele permaneça um ideal amiúde impossível de realizar, implicaria abandonar uma perspectiva mais humana e humanizadora da pena e, a prazo, conduziria a realidades já conhecidas de países do punitive turn, como são a inobservância de proporcionalidade entre a gravidade do crime e da pena e a simples negação de qualquer mudança de comportamento futuro do delinquentes”<sup>126</sup>.

Por fim, o principal questionamento da presente dissertação: é possível a realização do ideal ressocializador a partir dos sistemas carcerários existentes hoje, especialmente no Brasil e em Portugal? Para que a reinserção seja discutida são necessários meios e profissionais competentes e adequados<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Sobre isto o Relatório de Pesquisa sobre a reincidência no Brasil publicado em 2015 afirma: “Ainda são escassos no Brasil os trabalhos sobre reincidência criminal”; “Anos atrás, o Ministério da Justiça (MJ), por meio do Depen, apontava que o indicador de reincidência criminal é de “difícil apuração”.; “Verifica-se, (...), que as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado”. Relatório de Pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. p. 11 e 12. Anabela Miranda Rodrigues discorda do entendimento de que os números de reincidência devem deslegitimar a ressocialização, pois as pesquisas realizadas muitas vezes não confrontam os resultados obtidos com os pretendidos, conforme pode ser conferido na nota de rodapé 404 da página 143 em RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito.

<sup>125</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 126.

<sup>126</sup> LEITE, André Lamas – Op. Cit. p. 116.

<sup>127</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 136.

## 2.5 Teorias Mistas

Diante de deficiências das diferentes teorias de finalidade da pena, parte da doutrina e das legislações passaram a unir distintas concepções, afim de buscar uma resolução para a questão. Assim, ao unir a retribuição à prevenção ou a prevenção geral à especial, surgem as Teorias Mistas.

O funcionamento de uma Teoria Mista, normalmente, se dá primeiro por prevenção, depois pela retribuição no momento da determinação da pena e prevenção especial na execução da sanção<sup>128</sup>.

A legislação brasileira, na concepção da maior parte da doutrina, adota uma Teoria Mista, visto que o artigo 59 do Código Penal afirma que ao definir a medida da pena o juiz deve fazê-lo “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.” Enquanto que a Lei de Execuções Penais, em seu artigo primeiro, coloca que a pena tem que objetivar a “harmónica integração social do condenado”<sup>129</sup>.

Parece-nos que não é coerente que se una teorias com sentidos tão divergentes. Como se efetivará uma execução que busca castigar e ressocializar ao mesmo tempo? Além disso, abre-se uma porta para a discricionariedade, já que fica no entendimento do operador do direito que conceito seguir na determinação da pena em cada caso concreto.

Nas palavras de Zaffaroni e Batista:

“As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso. Não se trata de uma solução jurídico-penal, mas de uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da conseqüente renúncia à sua função mais importante”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> DIAS, Jorge Figueiredo - Direito Penal Português: as conseqüências jurídicas do crime. p. 83 e 84.

<sup>129</sup> Esta redação não é totalmente clara sobre a intenção do ordenamento em definir a retribuição como uma das finalidades da pena, além de ser possível o entendimento de que este fim seria incompatível com os princípios norteadores da Constituição Federal. Neste sentido, o Brasil não seria adepto de uma teoria mista de fins das penas.

<sup>130</sup> ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit.. p. 141.

## 2.6 Teoria Agnóstica

As teorias das finalidades da pena apresentadas entendem que a pena possui a capacidade de produzir efeitos externos positivos. A Teoria Agnóstica surge em sentido contrário, não reconhecendo à pena qualquer função positiva manifesta. Nesta perspectiva: “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes”<sup>131</sup>.

Salo de Carvalho, um dos principais defensores desta teoria, ressalta: “[f]rise-se, mais uma vez, que a teoria agnóstica não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva, por meio da manipulação virtuosa das ferramentas jurídicas pelos atores do sistema penal, restringir a *potentia puniendi* (potência punitiva ou punitividade)”<sup>132</sup>.

Não se busca apresentar um fim para a pena, mas sim realizar uma crítica à mesma. De modo que a finalidade desta teoria é a constrição do poder punitivo. Conclusão que é composta a partir de quatro pressupostos, sendo eles o fundamento político da pena, a sanção criminal exerce função de controle social, a pena é um fenómeno inextinguível nos dias atuais e a sanção criminal é um “ato político de coação contra os dissidentes”<sup>133</sup>.

Neste sentido, a pena não se encontra no contexto jurídico e sim político, visto que não é dotada de neutralidade, mas de seletividade. Por sua vez, o Direito teria a função de constrição do poder de punir.

Esta compreensão possui grande influência e se pauta nas teorias criminológicas do *Labeling Approach* e da Criminologia Crítica, pois analisam o fenómeno da pena com base na inexistência de igualdade de fato entre os indivíduos, tendo como um de seus pressupostos a afirmação de que a pena é meio de opressão de certos grupos estereotipados e excluídos.

É interessante a constatação de que hoje não é possível abolir as penas, visto que se encontram legitimadas a ponto de observarmos o crescimento de pensamentos neoconservadores<sup>134</sup>. Não se deixa de reconhecer a importância do abolicionismo penal, nem de concordar com o mesmo (principalmente no que tange a penas privativas de liberdade), mas identificar a impossibilidade de sua efetiva aplicação na atualidade se faz necessário.

---

<sup>131</sup> Idem. p. 99.

<sup>132</sup> CARVALHO, Salo de – Op. Cit. p. 149.

<sup>133</sup> Idem.

<sup>134</sup> Idem.

Assim, o que se pretende é limitar ao máximo o poder punitivo, através, inclusive, dos operadores do direito que muito influenciam nos processos de criminalização, com o intuito de reformar suas atuações e promover uma redução de danos.

Conclusivamente, Salo de Carvalho refere que:

“A verificação empírica da urgente necessidade de diminuir o sofrimento imposto pelas atuais formas de punição delimita este projeto que parte da explícita negativa de qualquer justificação. Se *“para todas estas teorias [justificacionistas] a pena cumpre uma função positiva, ou seja, representa um bem para alguém”*, a proposição agnóstica reconhece que (a) as funções declaradas não são efetivamente cumpridas, que (b) a pena se concretiza como ato de violência contra os direitos fundamentais e que (c) a experiência concreta da punição produz distintos significados nas pessoas. Esta complexidade que envolve o fenômeno punitivo evidencia a impossibilidade de universalização de determinados fins e, muito menos, de construção de sistemas normativos centrados em falsas expectativas”<sup>135</sup>.

Por fim, entendemos que, diante do crescimento do punitivismo e de suas conhecidas consequências, é preciso criar medidas que estanquem e limitem tais fenômenos assim como propõe este modelo dogmático crítico.

---

<sup>135</sup> Idem. p. 153 e 154.

O Autor cita obra de Raúl Zaffaroni muito referenciada no presente trabalho. ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit.. p. 93.

### 3. ATUALIDADE CARCERÁRIA

A análise das situações carcerárias atuais é de evidente importância na discussão sobre a ressocialização como se objetiva hoje. É preciso considerar as deliberações constitucionais e legislativas sobre a determinação da pena, suas finalidades e execução.

Buscaremos estudar as normas brasileiras e portuguesas que definem as diretrizes das penas e suas modalidades de cumprimento e condições, sempre tendo a realidade como comparativo e meio de percepção de como o sistema de execução de penas se verifica.

Nos dois ordenamentos jurídicos em causa a Constituição possui supremacia<sup>136</sup>, de forma que qualquer legislação infraconstitucional deve respeitar os preceitos constitucionais definidos, de maneira a não ser contrária ao texto da Carta Magna, assim como dar seguimento às suas orientações. Deste modo, é necessário que se identifique a constitucionalidade dos atos ocorridos em sede de execução, destarte como o respeito dos ideários constitucionais.

#### 3.1 Legislação portuguesa e seus dados de encarceramento

A Constituição da República Portuguesa estabelece a dignidade da pessoa humana como base de sua forma de governo, assim como determina uma democracia alicerçada nos direitos e liberdades fundamentais, além de definir a tarefa do Estado de garanti-los.

A primazia dos direitos fundamentais é demonstrada diante da decisão constituinte de ampliá-los através de tratados internacionais e da Declaração Universal de Direitos dos Homens, de modo que os direitos fundamentais são ainda mais do que os definidos na CRP, já que também compõem do ordenamento jurídico os estabelecidos em legislações internas e internacionais<sup>137 138</sup>.

Em seu título II, capítulo I, a CRP trata dos direitos, liberdades e garantias pessoais, quando consolida que o direito à vida humana é inviolável e reconhece diversos direitos fundamentais.

---

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto – O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

<sup>137</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de – Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 74.

<sup>138</sup> Conferir artigos 16º e 17º da CRP

Direitos e liberdades se relacionam intrinsecamente, visto que nossos direitos garantem nossas liberdades. Afirmar o direito pessoal à proteção contra qualquer possibilidade de discriminação é também garantir a liberdade do indivíduo de fazer suas escolhas particulares. São proteções dadas a cidadãos portugueses e estrangeiros como forma de assegurar a igualdade entre todos e também a democracia.

Seguindo esta vertente, a CRP, em mesma parte, refere-se às penas, às privações de liberdade e aos direitos garantidos, com o objetivo de proteção diante do poder punitivo estatal. O artigo 24º, n.º 2, define que jamais existirá pena de morte, e ainda, o artigo 25º, n.º 2, afirma que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas”. Não há críticas a fazer à decisão constitucional de proteger a integridade dos indivíduos submetidos às penas, até porque acreditamos que as penas corpóreas, por exemplo, deixaram-se ficar em séculos passados, assim como a concepção inicial de retribuição como finalidade da pena. O que salta à vista é a possibilidade de não comprovação do cumprimento destes preceitos na execução de penas portuguesa da atualidade. Isto, conjuntamente com a indagação do que consideramos penas cruéis, degradantes e desumanas, se de maneira superficial a referência seria apenas à integridade física ou também à psique do apenado.

Ao que tange o limite das penas, a CRP, em seu artigo 30º, delimita que não podem existir punições com duração indefinida ou perpétuas, afirma o direito fundamental à pessoalidade da pena e ainda que “os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva e execução”. É justamente com base na afirmativa da manutenção de direitos fundamentais na execução penal que se deve avaliar as condições de encarceramento atuais, tendo em vista a efetividade dos preceitos constitucionais e sua correlação às possibilidades de ressocialização.

No mesmo sentido, o Código de Execução de Penas<sup>139</sup> (e Medidas Privativas de Liberdade) estabelece que a execução de penas ocorrerá de acordo com a dignidade da pessoa humana e com os princípios fundamentais constitucionais. Determina, ainda, os princípios da especialização e da individualização do tratamento do recluso e entende que a execução se deve aproximar ao máximo dos benefícios da vida em sociedade enquanto se

---

<sup>139</sup> Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade. Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro.



afasta dos malefícios de uma privação de liberdade<sup>140</sup>. Mais uma vez é estipulada a manutenção dos direitos fundamentais compatíveis com a execução<sup>141</sup>, evidenciando que existem direitos que não podem ser retirados de qualquer cidadão, pois compõem o Estado de Direito Democrático e são base de um programa ressocializador.

A prevenção especial positiva é considerada uma das finalidades da pena, conforme determinam os artigos 2º e 3º, nº 6 do CEP, ao anunciarem que “a execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade” e que esta reintegração se dará por meio da participação do recluso em programas de educação, formação e trabalho<sup>142</sup>.

O entender da ressocialização como fim da pena, pressupondo a execução penal como campo jurídico pautado na dignidade da pessoa humana e na aplicação efetiva de direitos fundamentais, é a melhor das possibilidades de punir o delinquente nas sociedades democráticas atuais, pelo menos quando se tem em conta a teoria. De maneira que é preciso que haja um encontro entre a dogmática e a realidade, somente assim será possível que se discuta a ideia de ressocialização baseada em mudanças e preparação para a vida em sociedade visando a não reincidência.

Dados da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais são divulgados anualmente. Estes publicitam os números de presos em Portugal, quantos destes são homens, mulheres, cidadãos nacionais ou estrangeiros, além de quantos são preventivos ou já foram condenados.

A análise de alguns destes dados já alertam sobre certas deficiências do sistema, sendo a sobrelotação a primeira que podemos evidenciar. De acordo com as informações divulgadas pela DGRSP, em 31 de dezembro de 2019, existiam 12.793 reclusos no país, sendo o total de 12.934 vagas em estabelecimentos prisionais,

---

<sup>140</sup> Conferir artigo 3º do Código de Execução de Penas.

<sup>141</sup> Conferir artigo 6º do Código de Execução de Penas.

<sup>142</sup> É importante frisar que neste contexto as nomenclaturas ressocialização e reinserção social estão sendo utilizadas como sinónimos. Posteriormente será realizada a análise do termo reinserção social a partir do entendimento de Alessandro Baratta.

perfazendo 97,7% de taxa de ocupação<sup>143</sup>. Num primeiro momento, parece que o sistema prisional português se adequa à sua «demanda». Contudo, ao atentar sobre os números de lotação de estabelecimentos prisionais específicos encontram-se inúmeras desfasagens de vagas, como o EP Viana do Castelo com 161,9% de taxa de ocupação, EP Porto com 142,7% e EP Paços de Ferreira com 121,0%<sup>144</sup>.

A sobrelotação traz consigo desumanidade. É difícil que se consiga idealizar boas condições de encarceramento ou de vida num ambiente em que habitam mais pessoas do que o possível. Não se trata apenas de falta de espaço, mas de inúmeras deficiências, como qualidade da higiene, da segurança, da alimentação, dentre tantos outros direitos intrínsecos à dignidade da pessoa.

O relatório enviado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção<sup>145</sup> à Assembleia da República sobre as condições prisionais portuguesas em 2019 geram importantes alertas, como a não distribuição de reclusos conforme determina o artigo 4.º do CEP, a falta de profissionais de segurança, saúde e técnicos<sup>146</sup>, além das más condições materiais, tal qual falta de luz, higiene, arejamento e climatização<sup>147</sup>.

São denunciadas situações em que reclusos com deficiência motora não encontram a acessibilidade que precisam nas instalações dos estabelecimentos prisionais; que reclusos considerados inimputáveis ou com doença psíquica grave

---

<sup>143</sup> Direção-geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), Estatísticas Prisionais Anuais. Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dgrsp.justica.gov.pt/Estat%C3%ADsticas-e-indicadores/Prisionais/2019>

<sup>144</sup> Em Portugal existem 49 estabelecimentos prisionais e, em dezembro de 2019, 28 deles estavam sobrelotados, somando um défice de 1126 vagas. A maior parte dos EP com população acima da indicada é de grau de segurança médio, totalizando 21.

<sup>145</sup> O Mecanismo Nacional de Prevenção foi criado em 2013 a partir da ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Degradantes ou Desumanos (PFCAT). Os países membros da convenção entenderam ser necessária a criação de novos meios para assegurar a proteção dos reclusos, de modo a cumprir os objetivos desta. O MNP é confiado à responsabilidade do Provedor de Justiça, órgão estabelecido no art. 23º da CRP.

<sup>146</sup> A insuficiência de funcionários de diferentes áreas é uma reclamação de todos os envolvidos no dia-a-dia da execução de penas. O reduzido corpo de guardas prisionais (três guardas para cada recluso), diante de turnos, baixas médicas, *etc.*, não consegue suprir as necessidades dos estabelecimentos, o que faz com que o preso falte ou atrase para exames e consultas médicas, por exemplo. A falta destes profissionais não afeta somente a segurança, mas também as condições de reclusão, visto que o detento deixa de realizar diferentes atividades por falta de estrutura corporativa. É importante ainda frisar que estes profissionais também sofrem com esta escassez, por toda a sobrecarga e insegurança que os afeta. Conferir Mecanismo Nacional de Prevenção – Relatório à Assembleia da República. Lisboa, 2019. P. 30 ss.

<sup>147</sup> Em dezembro de 2019, Portugal foi condenado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Petrescu x Portugal* (23190/17) por violação do artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O TEDH concluiu que as condições de execução da pena a que fora submetido o cidadão romeno Petrescu eram desumanas e degradantes, visto a falta de espaço nas celas, as condições de higiene e a falta de aquecimento dos estabelecimentos prisionais nos quais esteve. A decisão está disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-198717%22%5D%7D>

estão alojados em estabelecimentos comuns, sem que recebam a assistência necessária<sup>148</sup>.

A sobrelotação e a falta de profissionais especializados na clínica psiquiátrica do EP de Santa Cruz do Bispo são alarmantes segundo o MNP, a situação é extremada ao ponto de que se tem “doentes a tratar de doentes”. Foram apuradas condições desumanas por conta de insalubridade e humidade de infraestruturas, além do não funcionamento do sistema de chamada de emergência<sup>149</sup>, de maneira que se torna impossível acreditar que o Estado cumpre seu papel na reabilitação e reinserção familiar e social dos doentes-reclusos em causa<sup>150</sup>.

O direito do recluso à vida e à integridade física faz com que a administração pública tenha o dever de promover condições mínimas de alojamento e higiene, como ambiente limpo, arejado, com boa iluminação, cama individual e com lençóis asseados, além de itens de higiene pessoal<sup>151</sup>.

Neste sentido é que se defende a essencialidade de analisar o direito com atenção à realidade, pensar as finalidades das penas tendo em vista os verdadeiros acontecimentos. Não se pretende afirmar que a execução de penas em Portugal não tenha qualquer «qualidade» ou que a posição jurídica do recluso nunca é considerada, mas sim alertar que nem tudo acontece como se prevê nos artigos do ordenamento.

### **3.2 Legislação brasileira e seus dados de encarceramento**

A Constituição Federal Brasileira, assim como a Constituição Portuguesa, foi promulgada após período ditatorial enfrentado pelo país, de modo que ambas demarcam em seu texto o Estado democrático de direito, tendo sempre como objetivo a afirmação deste através de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Portanto, é possível perceber a semelhança entre seus preceitos constitucionais e determinação de direitos.

---

<sup>148</sup> Idem. p. 28 e 29.

<sup>149</sup> Idem. p. 37.

<sup>150</sup> Conferir artigo 126º do Código de Execução de Penas.

<sup>151</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Direito Prisional Português e Europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 245.

Em seu artigo 1.º, inciso III, a Constituição Federal refere a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por sua vez, o artigo 5.º é considerado dos mais importantes da CF, visto que estabelece a igualdade de todos perante a lei, assim como a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É neste artigo que encontramos a definição de inúmeros direitos e garantias penais. O inciso XLV trata do direito à pessoalidade da pena, enquanto o XLVI estabelece a individualização da mesma. A proibição de penas perpétuas e cruéis, assim como a integridade física e moral do preso também são asseguradas, nos incisos XLVII e XLIX. Além da afirmativa, no inciso XLVIII, de que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos definidos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado<sup>152</sup>.

Em mesmo sentido que a Constituição da República Portuguesa, a CF, nos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 5.º, institui a ampliação de direitos fundamentais através de tratados internacionais que o Brasil faça parte, maneira com que, mais uma vez, explicita a primazia dos direitos humanos no ordenamento jurídico.

A Lei de Execução Penal brasileira define que a execução tem como um objetivo a promoção de condições para a harmónica integração social do condenado e do internado<sup>153</sup>, de forma que possamos identificar a presença do ideal ressocializador, apesar de este termo não ser utilizado na legislação brasileira, mas sim em tratados internacionais assinados pelo país<sup>154</sup>.

A manutenção de todos os direitos fundamentais compatíveis com a sentença condenatória é assegurada aos presos<sup>155</sup>, de forma que se clarifica a intenção do legislador em definir a posição jurídica do recluso, além de confirmar a necessidade de a dignidade da pessoa humana conduzir a execução de penas.

Na perspetiva da finalidade da reinserção e não reincidência, são elencadas assistências que são devidas aos presos por parte do Estado. O intuito é que através da

---

<sup>152</sup> Em mesmo sentido, o artigo 5º da Lei de Execução Penal explana que “os condenados serão classificados, Segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

<sup>153</sup> Conferir artigo 1º da LEP.

<sup>154</sup> Luís Carlos Valois entende que o ideal ressocializador já foi reinterpretado pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que o legislador optou pela utilização de “harmónica integração social”, sendo esta a nomenclatura mais pertinente, pois o termo reintegração pressupõe que o condenado nunca foi integrado a sociedade. Conferir VALOIS, Luís Carlos – Conflito Entre Ressocialização e Princípio da Legalidade Pena. p. 247 e 248. Esta afirmação traz a importância da reflexão sobre que ideias e conceitos os termos carregam, de forma a termos que resinificar alguns ou até mesmo deixar de usá-los.

<sup>155</sup> Conferir o artigo 3º da LEP.

prestação de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, o recluso terá condições de se reinserir socialmente<sup>156</sup>. Contudo, independente do fim da pena que se pretenda, estas são condições mínimas de sobrevivência e respeito à dignidade da pessoa humana, não há como pensar num encarceramento, ou seja, uma tutela do Estado sobre o indivíduo, que não cumpra preceitos estruturais do Estado democrático de direito.

Em diferentes dispositivos da LEP encontramos a afirmativa de direitos dos reclusos, como a garantia do fornecimento de alimentos, vestuário, itens de higiene, assim como condições básicas de espaço e limpeza dos estabelecimentos prisionais, além do direito à integridade física e moral<sup>157</sup>.

Mais uma vez, não há dúvidas quanto à constitucionalidade destas normas e seu intuito em reconhecer o apenado como cidadão de direitos, porém o que se questiona é a sua concretização. De forma a constatar que, como afirma Luís Carlos Valois, “há dois mundos no sistema penal: o mundo jurídico, das leis, do judiciário; e o mundo real, o das prisões, das relações para com os presos e entre estes, suas famílias, *etc.*”<sup>158</sup>.

A realidade carcerária brasileira demonstra um índice mínimo de efetivação de direitos. Estudos, números e reportagens escancaram altos níveis de sobrelotação, falta de alimentação, segurança, higiene, cuidados com a saúde, *etc.*<sup>159</sup>. Ao que parece, o desafio é encontrar direitos positivados.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional, em julho de 2021, o Brasil tinha um total de 835.643 pessoas a cumprir pena, 679.577 em celas físicas, sendo de 467.569 o número de vagas existentes, o que, por si só, revela a crueldade a que os reclusos são submetidos<sup>160</sup>. Um deficit de 212.008 vagas<sup>161</sup> demonstra uma estrutura completamente colapsada e inviabilidade de efetivar direitos fundamentais.

Os números deflagram a primazia do regime fechado, o mais grave do ordenamento jurídico, visto que dos 679.577 reclusos, 326.243 estão nele. Sem contar com os presos

---

<sup>156</sup> Conferir o artigo 10 da LEP.

<sup>157</sup> Conferir os artigos 11 e seguintes, 40 e 88 da LEP.

<sup>158</sup> VALOIS, Luís Carlos – Op. Cit. p. 243.

<sup>159</sup> OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – Juízo e Prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. p. 19.

<sup>160</sup> Dados disponíveis no site do Departamento Penitenciário Nacional: <https://shre.ink/XoA>

<sup>161</sup> É de ressaltar o enorme crescimento da população carcerária brasileira, visto que em 2000 o número de presos era de 232.755. A análise deste aumento requer que se aprofunde temas como as condenações penais, os índices de criminalidade e as alterações legislativas de tipos penais e culminação de penas, o que acreditamos ser de extrema importância, mas que neste trabalho não temos possibilidade realizar. Ainda assim, entendemos que a ampliação deste número deve ser alertada, tendo em conta as condições encontradas no sistema executório e suas consequências.

provisórios, que totalizam 196.830, e vivem nas mesmas condições dos presos do regime fechado. É de ressaltar que o Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça, possui cerca de 350.000 mandados de prisão por cumprir, de forma que se essas pessoas fossem presas o deficit de vagas aumentaria vertiginosamente e o país ultrapassaria 1 milhão de pessoas a cumprir pena<sup>162</sup>.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro constatou o descumprimento de diferentes preceitos fundamentais em sede de execução penal através da ADPF 347<sup>163</sup>, quando declarou o Estado de Coisas Inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional consiste no reconhecimento, por parte de um Tribunal Constitucional, da existência de massivas, generalizadas e estruturais violações de direitos fundamentais de forma a compor uma situação contrária aos princípios fundadores da Carta Magna. Desta forma, determina que todas as instituições envolvidas tomem medidas afim que solucionar esta disparidade entre os comandos constitucionais e a realidade<sup>164</sup>.

O relatório da ADPF 347 atestou que o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante e das sanções cruéis são violados, da mesma forma que não são assegurados os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça. Neste sentido, o então Ministro do STF, Celso de Mello, afirmou que o desrespeito governamental à Constituição pode-se dar por ação ou omissão, visto que não assegurar ao cidadão o determinado é uma violação negativa da mesma, devendo o Estado proporcionar aos reclusos o necessário para que vivam de maneira digna.

O Ministro relator, Marco Aurélio, em seu voto, é enfático ao dizer que o sistema carcerário brasileiro não é ressocializador, pois de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, 70% dos reclusos reincidem. De fato, parece impossível que se assuma a ressocialização como consequência da pena de prisão, essencialmente diante da realidade brasileira.

---

<sup>162</sup> Dados disponíveis no site do CNJ: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

<sup>163</sup> A sigla ADPF significa arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, a ADPF, (...) é um mecanismo vinculado à proteção dos preceitos constitucionais considerados fundamentais”, sendo que estes devem estar em situação de ameaça ou lesão real e direta. BARROSO, Luís Roberto – Op. Cit. p. 268.

<sup>164</sup> NEGREIROS, Conceição de Maria Silva – O Cabimento da Prisão Domiciliar Para o Preso no Regime Fechado e Para o Preso Provisório na Hipótese de Vaga no Sistema Prisional. Brasília, 2021. Dissertação de Mestrado no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Disponível em: [file:///Users/user/Desktop/Dissertac%CC%A7a%CC%83o\\_%20CONCEIC%CC%A7A%CC%83O%20DE%20MARIA%20SILVA%20NEGREIROS\\_MESTRADO%20PROFISSIONAL%20EM%20DIREITO\\_2021.pdf](file:///Users/user/Desktop/Dissertac%CC%A7a%CC%83o_%20CONCEIC%CC%A7A%CC%83O%20DE%20MARIA%20SILVA%20NEGREIROS_MESTRADO%20PROFISSIONAL%20EM%20DIREITO_2021.pdf). Acesso em: 29 de junho de 2022.

O Projeto Pensando o Direito, em seu relatório final de pesquisa do projeto “Prisão: para quê e para quem? Diagnóstico do sistema carcerário e perfil do preso”, coordenado por Geraldo Prado, evidencia a realidade dos estabelecimentos prisionais do estado do Rio de Janeiro e da Paraíba através da apresentação dos resultados obtidos mediante respostas de questionários por parte de presos e entrevistas realizadas com membros do poder judiciário<sup>165</sup>.

Tendo em conta o cenário do Rio de Janeiro e os reclusos em regime fechado, os números são alarmantes. Em referência ao direito ao trabalho, 84,67% dos presos afirma que não estava a trabalhar no momento da pesquisa e que não o fazia por falta de vaga<sup>166</sup>. Quanto ao direito à saúde, a frequência de atendimento médico para 48% acontece apenas quando requerida e para 30,89% não ocorre, enquanto que dos que necessitam de medicação, 71% afirmam que não a recebem da forma adequada<sup>167</sup>.

As condições estruturais dos estabelecimentos prisionais foram avaliadas, de maneira geral, como negativas, dado que as condições dos lavatórios são consideradas péssimas por 45,78% e ruim por 19,58%, as dos dormitórios péssimas por 44,89% e ruim por 18% e as dos aparelhos sanitário péssimas por 54% e ruim por 18,44%, enquanto que as condições de ventilação foram definidas como péssimas por 44,89% e ruim por 16,22%. A ressaltar que em nenhum destes quesitos a qualificação «bom» foi escolhida por mais que 11% dos reclusos entrevistados, de maneira a concluir as condições vividas e sentidas na pele por quem sofre com uma pena privativa de liberdade<sup>168</sup>.

Por fim, o estudo realizado pelo Projeto Pensando o Direito, ao analisar processos da Vara de Execuções do Rio de Janeiro, concluiu que por se tratar de uma vara única e pela ausência de cálculos periódicos de pena, muitos benefícios dos presos acabam por ser afetados, como, por exemplo, a progressão de regime e a remissão por estudo ou trabalho. Desta maneira, constata-se que reclusos ficam presos por mais tempo do que deveriam, em regimes mais rígidos do que o aplicável, devido à falta de informação de cálculo da pena e também pela demora na apreciação do pedido de benefício<sup>169</sup>. Esse exemplo releva o

---

<sup>165</sup> O relatório é datado de janeiro de 2012 e está disponível em <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?filter-name=geraldo+prado>.

<sup>166</sup> Relatório Final nº 44 da Série Pensando o Direito, “Prisão: para quê e para quem? Diagnóstico do sistema carcerário e perfil do preso”, coordenação de Geraldo Prado. Janeiro de 2012. p. 122 e seguintes.

<sup>167</sup> Idem. p. 126 e seguintes.

<sup>168</sup> Idem. p. 144 e seguintes.

<sup>169</sup> Idem. p. 190 e seguintes.

descumprimento do princípio da individualização da pena que é determinado na CF e na LEP e considerado tão importante da finalidade da ressocialização.

Esta é a realidade da execução penal no Rio de Janeiro em 2012, e mesmo sabendo da pluralidade encontrada no Brasil, país que se diferencia entre suas regiões, acreditamos que este é um retrato do que vivem, de maneira geral, os reclusos desta nação.

### 3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Princípio da Legalidade

A dignidade da pessoa é considerada a base e o fundamento das democracias portuguesa e brasileira, em sentido de que toda a Constituição e demais leis a devem ter como referência e limitação.

A conceitualização da dignidade da pessoa humana é realizada por Salo de Carvalho, com base nos ensinamentos de Cairoli Martinez, da seguinte forma:

(...) a ideia de dignidade representa a assunção por parte da humanidade que todo o ser humano deve ter reconhecida sua personalidade em qualquer local que se encontre, alcançando status de sujeito de direitos. A dignidade nasce com a pessoa e é seu patrimônio indisponível e inviolável. Trata-se de valor fundamental expresso nas cartas políticas, sendo diluído nas normas concretas, porque, ao desconhecer a dignidade do homem, o Estado desconheceria a existência e universalidade dos demais direitos humanos”<sup>170</sup>.

A existência do Estado democrático de direito é ancorada na dignidade da pessoa humana, sendo garantida através de direitos fundamentais constitucionais. Maneira com que este princípio é suporte dos diferentes direitos fundamentais e necessita do vigor dos mesmos para que o indivíduo, de fato, possua dignidade. Portanto, a dignidade guia, origina e compõe direitos fundamentais<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> CARVALHO, Salo de – Penas e Garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 156 e 157.

<sup>171</sup> Sem que se pretenda exaurir a matéria, gostaríamos de elucidar o conceito de direitos fundamentais. Os ensinamentos de Gomes Canotilho afirmam que os direitos fundamentais são aqueles positivados nas constituições e que são considerados “naturais” e “inalienáveis” da pessoa humana. Na concepção do autor, os direitos fundamentais possuem quatro funções: função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção de terceiros; e função de não discriminação. A primeira consiste na “defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos)”; a segunda no direito do indivíduo ter saúde, educação, segurança social fornecidos pelo Estado; a terceira trata do dever do Estado de proteger o indivíduo dos demais sujeitos de direito; por fim, a quarta define que o Estado deve tratar de maneira igual todos os cidadãos. Conferir CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 377 e 407 e seguintes. Nas palavras de Rodrigo Moraes de Oliveira os direitos fundamentais são assim denominados porque sem eles os indivíduos não se realizam, convivem ou, até mesmo, sobrevivem, de forma que



A execução de penas, assim como as demais áreas de atuação do Estado, deve ser pautada na dignidade da pessoa humana e é através dos direitos fundamentais do sujeito recluso e do reconhecimento da sua posição jurídica que ela se concretiza.

A posição jurídica do recluso é o entendimento do preso como sujeito de direitos, de forma que o mesmo é detentor de todos os direitos fundamentais compatíveis com a privação da liberdade<sup>172</sup>, ou seja, é titular de direitos em relação ao Estado<sup>173</sup>.

Sem que haja pleno respeito à dignidade da pessoa humana e reconhecimento do recluso como seu detentor, não é possível falar de Estado de direito. Assim como não é viável que se busque ressocialização sem a garantia de direitos fundamentais dos privados de liberdade, sem que se considere a sua posição de ser humano<sup>174</sup>.

É responsabilidade do Estado assegurar, através de obrigações negativas e positivas, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana constituída por diferentes direitos fundamentais. O recluso durante a execução encontra-se em «estado de sujeição», visto que está totalmente dependente das decisões administrativas do estabelecimento prisional, sem possuir meios de satisfazer por conta própria condições dignas de vida<sup>175</sup>.

Conjuntamente com a manutenção de direitos fundamentais e a fixação da posição jurídica do recluso, é preciso elucidar a natureza jurídica da execução de penas, pois ela é essencial no assegurar daqueles. Inicialmente, considerava-se que a natureza jurídica da execução de penas era somente administrativa, de forma que o recluso apenas sofria o determinado pela administração penitenciária, tratando-se de uma relação especial de poder<sup>176</sup>. Posteriormente, há o entendimento de se tratar de natureza jurisdicional ou mista.

---

em nome da igualdade devem ser reconhecidos formal e materialmente, além de concretizados. Conferir OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – Op. Cit. p. 213.

<sup>172</sup> A pena privativa de liberdade interfere de diferentes maneiras nos direitos fundamentais, visto que suprime alguns, ativa e restringe outros. Dentre os direitos suprimidos temos o à liberdade e ao voto (no caso brasileiro), enquanto que são ativados pela privação da liberdade os direitos à personalidade da pena, à individualização da pena e à humanidade da pena. Os direitos restringidos são diversos, como à intimidade, à vida privada, à imagem e até à liberdade de expressão, contudo, “(...) essa restrição, que precisa ser constitucionalmente fundamentada, não pode implicar, jamais, a violação de conteúdo essencial do direito fundamental.”. Desta necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade surge a ideia de mínimo existencial, que, por sua vez “se apresenta em duas faces: uma negativa/de defesa (obrigando o Estado a abster-se de ações que oblitarem os direitos fundamentais); e outra, positiva/prestacional (obrigando o Estado a ações de promoção dos direitos fundamentais).” Conferir OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – Op. Cit. p. 280 à 285.

<sup>173</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 60.

<sup>174</sup> Idem. p. 32 e 35.

<sup>175</sup> OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – Op. Cit. p 293 a 303.

<sup>176</sup> Sobre a conceitualização de relação especial de poder, Anabela Miranda Rodrigues, fazendo referência ao pensamento de D. Jesch: “Relativamente à relação de dependência jurídica em que se encontrava o súdito perante o Estado, referenciava a relação especial, ‘a essa dependência intensificada que se estabelece, em virtude da prossecução de um fim determinado da Administração Pública, para todos os

Considerar a execução de penas um sistema jurisdicional<sup>177</sup> é reconhecer que existe uma relação jurídica entre preso e Estado, assim como a existência de direitos subjetivos, interesses e deveres de ambos<sup>178</sup>. A mudança consiste em dar ao recluso o direito à jurisdição<sup>179</sup>, sem que esteja sempre à mercê da administração penitenciária que, por vezes, possui caráter antidemocrático e desrespeita direitos fundamentais<sup>180</sup>.

Assim, o apenado não pode mais ser considerado objeto da execução, mas sim detentor de posição jurídica, conforme elucida Grinover:

“a natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, ele há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes”<sup>181</sup>.

Neste sentido, questiona-se a capacidade de atuação do recluso frente ao poder administrativo, pois em teoria a capacidade jurisdicional é efetiva. Contudo, na realidade, diversas vezes não existem meios efetivos do indivíduo proteger e fazer valer seus direitos. Destarte, evidencia-se a necessidade de um controle de legalidade na execução penal, pois o cerceamento de direitos fundamentais além do estipulado na sentença condenatória é inconstitucional e contrária ao princípio da legalidade.

«Não há crime, não há pena, sem lei» é a afirmativa que define o princípio da legalidade penal<sup>182</sup>. Este encontra-se na Constituição Federal no artigo 5.º, XXXIX e no Código

---

indivíduos que se inserem nessa estrutura especial prevista” Conferir RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. p. 38 e 39.

<sup>177</sup> Portugal assume a jurisdicalização da execução das penas no artigo 133º do Código de Execução de penas e define a competência material dos Tribunais de execução de pena no artigo 138º do mesmo código. Por sua vez, o Brasil concretiza o mesmo entendimento e na LEP nos seus artigos 1º e 2º afirma o conteúdo jurídico deste ramo do direito, além de determinar as competências do juiz da execução no artigo 66.

<sup>178</sup> CARVALHO, Salo de – Penas e Garantias. p. 167.

<sup>179</sup> Trata-se do reconhecimento de que a função jurisdicional do Estado não é encerrada com a coisa julgada, ela se mantém na execução de penas.

<sup>180</sup> Muitas vezes justifica-se medidas desumanas do Estado-administração com base na ordem e na segurança dos estabelecimentos prisionais, como se estas fossem capazes de legitimar o desrespeito a preceitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana. Não se pretende diminuir a importância da segurança de um presídio, mas afirmar que esta não pode estar acima de tudo. Inclusive, segurança não pode ser vista apenas no sentido de evitar fugas e manter a organização do local de reclusão, também existe a segurança do recluso e dos funcionários prisionais que estão constantemente em risco diante da sobrelotação e violação de condições mínimas de humanidade. A falta de estrutura administrativa estatal não pode ser utilizada como justificativa para a lesão de direitos fundamentais.

<sup>181</sup> Grinover, Ada - Natureza Jurídica da Execução Penal, in Execução Penal: Mesas de Processo Penal. GRINOVER, Ada & BUSANA, Dante (coord). São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 12.<sup>[11]</sup>Apud. CARVALHO, Salo de – Penas e Garantias. p. 168.

<sup>182</sup> VALOIS, Luís Carlos – Op. Cit. p. 101. A frase é retirada da fórmula desenvolvida por Feuerbach “nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimem sine poena legali”. Conferir ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Op. Cit. p. 202.

Penal Brasileiro artigo 1.º, enquanto no ordenamento jurídico português está no artigo 29.º da Constituição da República portuguesa e no artigo 1.º do Código Penal.

O princípio da legalidade criminal garante que ninguém poderá ser condenado por um fato que não fosse considerado crime anteriormente e sem a determinação da moldura penal correspondente, maneira com que se promoveria segurança jurídica e igualdade entre todos os cidadãos. Mário Monte afirma que este princípio “foi o triunfo da dignidade da pessoa humana, a impor que até os potenciais criminosos têm o direito de ser tratados como pessoas, longe de qualquer aleatoriedade, muito simplesmente porque os direitos, liberdades e garantias não podem ficar sujeitos a soluções exclusivamente pessoais”<sup>183</sup>.

Parece desleal que se analise a legalidade criminal de maneira puramente técnica, sem que conjuntamente se observe a realidade em que os sistemas carcerários brasileiro e português se encontram. Não se quer diminuir a importância do princípio, e sim demonstrar a sua relevância e como o seu desrespeito afeta os direitos humanos, a dignidade de reclusos e o Estado democrático de direito.

A lei penal é cumprida no momento em que confirma a existência de um crime de acordo com todas as suas características e exigências e quando determina a pena a que o indivíduo será submetido. Contudo, a lei também existe ao determinar em como a punição deve ser cumprida, ao estabelecer o trabalho em meio prisional, ao proibir a aplicação de penas que ferem a integridade física e moral do recluso<sup>184</sup>, ao determinar a obrigação do Estado em promover um ambiente com condições sanitárias de habitação, além do fornecimento de itens de higiene, alimentação digna, dentre outros.

Tendo em consideração o princípio da legalidade em sua construção teórica realizada por Beccaria, este consiste em meio de fazer frente ao Estado, forma de defesa do cidadão perante o poder punitivo. Beccaria, tendo o contrato social como base, criou a ideia de depósito de liberdades e afirmou que a soberania era composta por pequenas porções de liberdades individuais, concepção que o levou a questionar a pena de morte, pois quem daria ao Estado a possibilidade de decidir por sua morte<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> MONTE, Mário Ferreira – Princípio da Legalidade Criminal: uma revisitação à luz de concretas exigências de justiça material. In Ciclo de Conferências dos 250 Anos da obra de Cesare Beccaria, realizada na Universidade Lusófona do Porto em maio de 2014. p. 148. Disponível em: file:///Users/user/Downloads/5543-Texto%20do%20artigo-17760-1-10-20160801%20(1).pdf. Acesso em: 20 de maio de 2021.

<sup>184</sup> VALOIS, Luís Carlos – Op. Cit. p. 102.

<sup>185</sup> BECCARIA, Cesare – Op. Cit. p. 90.

Ao explanar sobre o princípio da legalidade na execução de penas, Valois usa o mesmo raciocínio da pena de morte ao afirmar que ninguém em sã consciência daria ao Estado a possibilidade de o privar de liberdade nas condições desumanas atuais. O autor analisa que “(...) nem na sua base filosófica pode-se encontrar argumentos para entender que o princípio da legalidade está sendo observado hoje em dia, pois quem confiaria a sua integridade física e a sua dignidade humana a um depósito público?”<sup>186</sup>.

De fato, acreditamos que se a sociedade soubesse o que realmente se passa intramuros, a pena de prisão seria debatida de maneira diferente da que temos hoje. A execução penal é, muitas vezes, deixada de lado pelas ciências criminais, tanto que, nesta esfera, o princípio da legalidade<sup>187</sup> da pena não é visto como primordial.

A consolidação do princípio da legalidade na execução de pena mais uma vez traz o entendimento de que o sujeito privado de liberdade não pode sofrer mais restrições do que as determinadas pela lei e, além disso, a necessidade de se assegurar que o determinado na Constituição e nas demais leis deve ter efetividade no sistema penitenciário. Não é legal ou sequer humano, aceitar que exista uma área do direito que ignore e desrespeite legislações e direitos, em sentido de que “a prisão não constitui [não pode constituir] território no qual as normas constitucionais não tenham validade”<sup>188</sup>.

Novamente afirmamos que a realidade é completamente diferente do que o determinado pela lei. A pena que ocorre hoje no Brasil e em Portugal, guardadas suas singularidades e diferenças, não é a definida nos textos constitucionais e sequer compatíveis com Estados Democráticos de Direito<sup>189</sup>.

Por fim, não podemos permitir que os sistemas carcerários desrespeitem a dignidade da pessoa humana e a legalidade, sendo necessário que se encontrem caminhos para que se

---

<sup>186</sup> VALOIS, Luís Carlos – Op. Cit. p. 102.

<sup>187</sup> A doutrina define princípios que compõem o próprio princípio da legalidade, sendo eles o princípio da estrita legalidade, o princípio da irretroatividade e o princípio da determinação e taxatividade. O primeiro consiste em que apenas leis elaboradas conforme o processo legislativo determina é que podem estabelecer crimes e penas. O segundo promove a segurança jurídica, já que a lei penal não pode retroagir e, assim, o cidadão não pode ser considerado culpado por ato que não era considerado crime quando praticado. Por fim, a determinação e a taxatividade são de extrema relevância, visto que é a partir destas que se entende que “a lei penal deve ser clara e precisa, pois caso contrário a punição que dela derivaria seria arbitrio e não lei.” Conferir Idem p. 104.

<sup>188</sup> Catão & Sussekind – Os Direitos dos Presos, p. 85. Apud CARVALHO, Salo de – Penas e Garantias. p. 153.

<sup>189</sup> Neste contexto de pena determinada diferente de pena cumprida frisa-se também certo desrespeito ao princípio da individualização da pena, consagrado nos dois ordenamentos jurídicos estudados, pois este não permite que a pena seja individualizada e prevista de uma maneira e executada de outra. Conferir VALOIS, Luís Carlos – Op. Cit. p. 104.

consolide a natureza jurisdicional da execução, a posição jurídica do recluso e a manutenção de todos os seus direitos fundamentais tendo como norte a dignidade e a legalidade.

### 3.4 Sobrelotação

A sobrelotação é, por si só, violadora do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da legalidade. Não há como imaginar dignidade e garantia de direitos fundamentais em ambientes que juntam mais pessoas do que realmente comportam. Este excesso agrava problemas que já seriam «intrínsecos» da execução penal, além de impossibilitar que o Estado garanta a segurança de todos.

Desta forma, a finalidade da ressocialização é completamente incompatível com a sobrelotação de estabelecimentos prisionais. Não há como imaginar que exista sujeito com capacidade de reinserção em ambiente que não promova qualquer individualidade e direito. Esta faz com que não seja possível garantir o definido em lei, não há como promover acesso à saúde, educação, trabalho, individualização da pena e segurança quando sequer há espaço e trabalhadores suficientes.

Os dados portugueses e brasileiros supracitados evidenciam que a sobrelotação é um problema enfrentado pelos dois países, guardadas, obviamente, as suas devidas proporções. Alguns dos motivos que os levam a esta realidade podem ser muito diferentes, mas existem questões que parecem ser quase universais no tema do encarceramento.

O punitivismo é um dos grandes responsáveis para tamanha população prisional. São, principalmente, fatores internos do sistema penal que contribuem para a dimensão do encarceramento. Para Shecaira, no Brasil, o punitivismo compõe-se de três grandes movimentos, sendo o da lei e ordem, o da tolerância zero e o do direito penal do inimigo. O primeiro tem a intenção de intensificar a ação punitiva através do aumento de molduras penais, da criação de dificuldades para a obtenção de progressão de regime e livramento condicional, e assim, fornecer uma resposta positiva ao sentimento de insegurança da população. O movimento da tolerância zero promove a ideia de que se o crime, por menor que seja, não for punido, a violência aumentará, como se qualquer tolerância fosse ensejar o cometimento de novos delitos. Por sua vez, o direito penal do inimigo enxerga que o

delinquente como tal, de forma que a ele deve ser negado o reconhecimento de cidadão, sem que detenha direitos e garantias processuais<sup>190 191</sup>.

A população, que inúmeras vezes apoia esta ideia de maximização do direito penal, não dimensiona a partir de que contextos deriva sua opinião e muito menos tem noção de que resultados essas medidas terão. Talvez, para grande parte das pessoas, a sobrelotação do sistema prisional ocorra apenas porque cada vez mais pessoas cometem crime<sup>192</sup>.

O encarceramento em massa existente no Brasil é, para muitos, o resultado de decisões sociais e políticas. Contudo, não há como pensar este fenômeno como algo indeterminado, visto que ele acontece principalmente para determinadas esferas da sociedade – essencialmente minorias; assim como seletividade penal acontece em diferentes camadas do poder punitivo<sup>193</sup>. O crescimento de normas penais e o agravamento das já existentes também é algo que parece ter destinatários, pois não são escolhas impensadas. Desta forma, o encarceramento em massa não abarca a sociedade como um todo, mas sim nichos minoritários.

O Brasil, diante desta onda punitivista, promulgou a Lei nº 13.964 de 2019, denominada de Pacote Anticrime, que alterou algumas normas no sentido de as tornar mais severas, como aconteceu com o artigo 75 do Código Penal, com o artigo 112 da Lei de Execução Penal e com o artigo 1.º da Lei 8.071 de 1990<sup>194</sup>.

Com a mudança no artigo 75, o tempo máximo de cumprimento de pena deixou de ser 30 anos e passou a ser 40 anos. Esta pena, considerando a expectativa de vida dos extratos sociais mais baixos que costumam ser selecionados para o encarceramento e as condições

---

<sup>190</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão – Prendam os criminosos de sempre. In.: *Criminologia: estudos em homenagem ao Professor Alvin Augustus de Sá*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 515.

<sup>191</sup> Como já referido em capítulo anterior os média possuem grande responsabilidade nestes movimentos, visto que utilizam a violência como forma de audiência, incentivando que medidas penais mais radicais vigorem, promovendo a indignação da população contra determinados grupos. Ao que parece, condenar quem cometeu um crime e, ainda, com uma pena mais severa parece melhor saciar o sentimento de vingança.

<sup>192</sup> Carlos Eduardo Jupiassú e Ana Lúcia Ferreira afirmam que “predomina na literatura a ideia de inexistência de uma correlação simples, automática e direta entre os índices criminais e as taxas de encarceramento, tendo-se consolidado consenso no sentido de que o atual estado do debate não autoriza uma afirmação conclusiva da relação causal entre essas variáveis.” Conferir JUPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares – *Superpopulação Carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 164. Ano 28. p. 159 – 197. São Paulo: Ed. RT, 2020.

<sup>193</sup> Nas palavras de Negreiros: “Dentro dessa engrenagem punitiva estão diversas instituições que atuam articuladamente – Polícia, Legislativo, Judiciário, Prisão etc. – que são fundamentais para que se perceba a real dimensão do fenômeno. De modo geral, na era do encarceramento em massa, enquanto a polícia prende e vigia ostensivamente, o Legislativo produz leis cada vez mais duras, a prisão neutraliza indivíduos e o Judiciário garante legitimidade a esse processo”. Conferir NEGREIROS, Conceição de Maria Silva – Op. Cit. p. 20.

<sup>194</sup> Há que ressaltar que o referido pacote também trouxe medidas que são aconselhadas pela ciência penal, como a implementação do juiz de garantias.

existentes nos estabelecimentos prisionais, tende a ser perpétua<sup>195</sup>, ainda mais diante das modificações das regras para a progressão de regime constantes no artigo 112 da LEP.

As percentagens de cumprimento de pena necessárias para a progressão de regime foram ampliadas e em algumas situações foi vetado o livramento condicional<sup>196</sup>. Anteriormente a regra para a progressão era maioritariamente o cumprimento de cerca de 1/6 da pena, ou seja, 16%, e agora pode chegar, nos casos mais graves, a 70% do tempo da condenação.

O acréscimo do crime de roubo, de furto qualificado pelo emprego de determinada arma, de organização criminosa para prática de crime hediondo ou equiparado, dentre outros<sup>197</sup>, à Lei de Crimes Hediondos, conjuntamente com as novas contagens para a progressão, fazem com que a maior parte da população carcerária brasileira demore imenso

---

<sup>195</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão – Op. Cit. p. 502.

<sup>196</sup> “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

(...)

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

<sup>197</sup> Acréscimos e alterações promovidas no artigo 1.º da Lei de Crimes Hediondos:

Artigo 1º

II. roubo:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

IX furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefacto análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

Parágrafo único: consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado”

para alcançar seus benefícios, o que afeta diretamente a sobrelotação de estabelecimentos prisionais. Isto porque o crime hediondo deixou de ser exceção para ser praticamente regra.

No entendimento de que esta Lei de 2019 é endereçada à população pobre, Shecaira coloca que apesar de o mentor intelectual da mesma ter afirmado que a corrupção e o crime de caixa dois eram extremamente graves e deveriam ser considerados hediondos, nada foi feito a esse respeito<sup>198 199</sup>. Realmente, mais uma vez o poder punitivo vai de encontro a determinados grupos, pois classifica como hediondos crimes praticados, em sua maioria, pelos mais desfavorecidos.

Diante da impossibilidade de garantir a efetivação de direitos fundamentais em situação de sobrelotação, é preciso criar meios de acabar com ela ou, ao menos, diminuí-la. Neste sentido, pensemos algumas estratégias de fazê-lo, como a ampliação de medidas como a utilização do método do *numerus clausus*.

A conceção do *numerus clausus* é basicamente a conclusão física de que dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo, de forma que um estabelecimento prisional só pode deter o número de reclusos que a sua capacidade permita. Caso esteja lotado, para que entre um preso é preciso que outro saia. Negreiros defende que se trata de um princípio e afirma que é “por meio do qual o número de presos que ingressam e pertencem ao sistema prisional não pode exceder à capacidade do sistema prisional (...)”<sup>200</sup>.

O *numerus clausus* poderia ocorrer de maneira preventiva, direta ou progressiva, sendo a primeira para aquele que ainda não ingressou no sistema prisional e inicia o cumprimento em prisão domiciliar até que haja vaga em estabelecimento prisional compatível. Enquanto na direta ao recluso que estivesse mais próximo da liberdade seria

---

<sup>198</sup> Idem. p. 516.

<sup>199</sup> Contrariamente, em Portugal, tem havido o crescimento de medidas de combate a corrupção. Nas palavras da Professora Flávia Novera Loureiro: Uma tal atitude, para lá das referidas alterações legislativas aos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva e recebimento indevido de vantagem, do alargamento do conceito de funcionário previsto no art. 386.º do Código Penal, ou da criação de crimes de corrupção no desporto, no setor privado ou com prejuízo do comércio internacional, trouxe consigo a tipificação especial dos crimes cometidos por titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, a previsão dos crimes de tráfico de influência ou de branqueamento, a adoção de medidas processuais específicas de combate à corrupção e à criminalidade organizada como financiadoras do terrorismo, ou, especialmente, de proteção dos denunciadores, de responsabilização penal de pessoas coletivas e de direito premial, bem como a criação do gabinete de recuperação de ativos. Conferir LOUREIRO, Flávia Novera – Reflexões em Torno da Configuração Moderna da Corrupção. *Novos Estudos Jurídicos*: vol. 24, n.º 1, 2019, p. 262 - 282. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/14204/8009>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

<sup>200</sup> NEGREIROS, Conceição de Maria Silva – Op. Cit. p. 72.



aplicada, também, a prisão domiciliar. Por fim, a progressiva significa promover a progressão de regime em cascata, do mais gravoso até ao livramento condicional<sup>201</sup>.

No seguimento destas ideias, algumas diretrizes foram determinadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ao julgar o Recurso Extraordinário 641.320, tratando-se de um recluso que não possuía vaga no regime semiaberto. Na decisão, o STF declara ser contra o princípio da individualização da pena e do princípio da dignidade da pessoa cumprir pena em regime mais gravoso que o estabelecido e que a falta de vaga em EP adequado não o justifica.

No acórdão:

“(…) havendo deficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser definida a prisão domiciliar ao sentenciado”<sup>202</sup>.

Este entendimento foi consolidado na Súmula Vinculante 56 do STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Organismos internacionais podem interferir e fomentar medidas como as mencionadas. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, diante do problema da sobrelotação que inflige diferentes países europeus, já promulgou decisões no sentido de reconhecer a sobrelotação como fator gerador de penas degradantes e desumanas, inclusive em Portugal<sup>203</sup>.

O Brasil, por sua vez, já sofreu decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a um estabelecimento prisional no Rio de Janeiro que se encontrava em sobrelotação. A resolução da corte definiu medidas como o respeito ao determinado na súmula vinculante 56 do STF, a impossibilidade de o EP receber novos reclusos e a computação em dobro de cada dia de pena cumprido naquele presídio, excluindo os condenados por

---

<sup>201</sup> Idem. p. 73.

<sup>202</sup> Recurso Extraordinário 641.320 Rio Grande do Sul. Brasília: 2016, p.1 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 01 de julho de 2022.

<sup>203</sup> O anteriormente referenciado neste trabalho caso Petrescu x Portugal e, ainda, o Badulesco x Portugal.

crimes contra a vida ou a integridade física ou crimes sexuais<sup>204</sup>. As medidas eram necessárias para ao menos diminuir o nível de sobrelotação em que se encontrava o local, sem elas os números iriam continuar a subir, pois a cada 14 novos reclusos apenas 10 saíam daquele meio prisional.

A Corte Interamericana tem vindo a entender que a sobrelotação é um problema que pode, por si só, significar tratamento cruel, desumano e degradante, além de intensificar a violação de direitos dos presos, visto as péssimas condições de encarceramento que gera<sup>205</sup>.

Portanto, é preciso combater a sobrelotação através da prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico, da progressão de regime e até mesmo de contagem diferenciada a depender da situação existente. Conjuntamente, é preciso ter a prisão como última possibilidade, sem que seja banalizada, a prisão preventiva restringida aos casos em que se faz absolutamente necessária e o enfrentamento do crescimento do punitivismo.

A construção de novos estabelecimentos prisionais não é resposta ideal, seja pela demora ou seus custos, mas principalmente por sua real eficiência, pois sobrelotação se resolve com menos prisão. Nas palavras de Valois: “(...) a única saída mesmo é a de mudança de cultura, a luta do dia a dia, caso a caso, para a diminuição da injustiça de uma prisão ilegal”<sup>206</sup>.

Portugal, desde 2019, diminuiu o seu número de reclusos<sup>207</sup>, o que provavelmente tem ligação direta com a pandemia de covid-19, considerando a Lei n.º 9/2020. A determinação legal visa estabelecer um regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, tendo em conta o período vivido. Assim, foi implementado o perdão às penas, transitadas em julgado, de até dois anos de duração, de mesmo modo perdoados os reclusos que já tenham cumprido metade de sua pena e que não falte mais de dois anos para o seu fim; o indulto excepcional; a licença de saída administrativa extraordinária; a adaptação a liberdade condicional; rigidez no procedimento de decretação de prisão preventiva<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisórias a respeito do Brasil, assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 22 de novembro de 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 25 de junho de 2022.

<sup>205</sup> JUPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares – p. 186.

<sup>206</sup> VALOIS, Luís Carlos – Processo de Execução Penal e o Estado de Coisas Inconstitucional. 2ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 35.

<sup>207</sup> Em 31 de dezembro de 2019 Portugal possuía o total de 12.793 reclusos, enquanto que em 31 de dezembro de 2021 os presos do país eram 11.588.

<sup>208</sup> Conferir a Lei 9/2020 de 10 de abril. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/informacao-juridica/covid-19/atos-normativos/leis/leis-2020/lei-n%C2%BA-92020-de-10-04/> Acesso em: 29 de junho de 2022.

Ao que parece, as medidas foram positivas para além da contenção pandémica, pois o que é noticiado é que diminuíram a sobrelotação dos estabelecimentos prisionais e que a maior parte dos reclusos não precisou regressar ao cárcere. Isto nos abre os olhos para como projetos de flexibilização, obviamente, independentes da pandemia, podem gerar bons frutos ao sistema prisional<sup>209</sup>.

Por fim, a sobrelotação é de extrema importância do debate sobre a possibilidade de ressocialização nos meios prisionais portugueses e brasileiros, é algo que abarca todos os reclusos, que agrava a violação de direitos fundamentais e é completamente oposta a dignidade da pessoa humana e ao princípio da legalidade.

---

<sup>209</sup> Algumas reportagens sobre o tema: Medidas anti-covid-19 acabam com a sobrelotação nas prisões, mas as condições continuam a ser más. Disponível em: <https://observador.pt/2020/07/06/medidas-anti-covid-19-acabam-com-a-sobrelotacao-nas-prisoas-mas-as-condicoes-continuam-a-ser-mas/> Acesso em: 01 de julho de 2022. Dos quase três mil reclusos libertados devido à covid-19 apenas trezentos tiveram de voltar às cadeias. Disponível em: <https://www.tsf.pt/portugal/sociedade/balanco-positivo-da-saida-de-pessoas-das-prisoas-durante-a-pandemia-pouco-mais-de-300-voltaram-13682433.html> Acesso em: 01 de julho de 2022.



## 4. MINORIAS E RESSOCIALIZAÇÃO

O termo «minoria» faz referência a grupos de pessoas que se encontram em desvantagem social, de maneira que podem ser maioria populacional de um país, mas não representam a identidade dominante daquela sociedade, estando inúmeras vezes em desvantagem ou em dependência de outras classes<sup>210</sup>. Assim, é comum que grupos minoritários sofram mais com preconceitos e discriminações.

Por sua vez, o sistema penal por meio da seletividade costuma criminalizar com mais facilidade certas minorias, como a população negra no Brasil<sup>211</sup>. Ainda que todos os grupos minoritários não sejam sempre os mais criminalizados, são sempre eles que sofrem com maior intensidade os efeitos do cárcere.

A realidade de que os presos têm inúmeros direitos violados, não sendo atingidos apenas na sua liberdade, é evidente. Porém, a situação é ainda mais grave quando analisamos as condições dos não imperantes. Diante da necessidade de que se pense o direito também a partir da perspectiva de grupos oprimidos é que iremos nos debruçar sobre o encarceramento de mulheres, transexuais e estrangeiros, tendo em atenção as suas especificidades e igualdades negadas.

É preciso ir “desconstruindo o universo das formas tradicionais de legitimação punitiva e procurando soluções mais equitativas que valorizem as situações concretas nas quais evoluem os diferentes protagonistas da intervenção penal”<sup>212</sup>.

Ressaltamos que não se pretende desmerecer a generalidade dos presos que cotidianamente sofrem e têm seus direitos desrespeitados, mas dar voz a certos ciclos, pois a falta de visibilidade também é uma forma de segregação<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Conferir Infopédia: dicionários Porto Editora. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/minoria> Acesso em: 01 de julho de 2022

<sup>211</sup> Conferir CARVALHO, Salo – O Encarceramento de Jovens Negros no Brasil: a decisiva contribuição do poder judiciário. Revista Faculdade de Direito UFMG, n.º 67, pp. 623 – 652. Belo Horizonte: 2015.

<sup>212</sup> PARENT, Colette e DIGNEFFE, Françoise – Pour une éthique féministe de l'intervention pénale, Carrefour, v. XVI, n. 2. Ottawa: Legas, 1994. p. 102 Apud ESPINOZA, Olga – A Prisão Feminina Desde um Olhar da Criminologia Feminista in Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 1, 35-59, Jan-Dez./2002. p. 57.

<sup>213</sup> PAIVA, Pamela Garcia – O Encarceramento de Mulheres no Brasil e a Punição Social. in GROSSI, Patrícia Krieger; GERSHENSON, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes (coord.) – Gênero, Sexualidade e Sistemas de Justiça e de Segurança Pública. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2017. Edição Digital. p. 1854.

## 4.1 Mulheres

A retirada da liberdade das mulheres não é questão recente. Em séculos passados ela já ocorria por meio da prisão, mas também de colégios internos e conventos, configurando-se um antigo processo custódia da figura feminina.

No entanto, o cárcere como conhecemos hoje é pensado por homens e para homens. Não é à toa que, quando pensamos em estabelecimentos prisionais, nos venha à mente ambientes inteiramente masculinos. Isto se dá devido a uma cultura patriarcal em que os principais pensadores são os homens e os maiores delinquentes também são os homens, cabendo às mulheres papéis minoritários em qualquer um destes espaços, da mesma forma em que a maior parte dos estudos sobre encarceramento debruça-se sobre a realidade masculina.

Justamente por ser um sistema penal androcêntrico, as especificidades femininas, muitas vezes, não são equacionadas e garantidas por leis e, até quando estas existem, são costumeiramente descumpridas, seguindo o exemplo de tantos direitos afirmados que são desrespeitados no meio prisional.

Assim, o sistema punitivo patriarcal, ao não ter em consideração as singularidades do mundo feminino, faz com que as mulheres sofram ainda mais os efeitos do encarceramento e tenham ainda mais direitos violados<sup>214</sup>. Elaine Pimental afirma que “as prisões femininas são, portanto, em essência, uma violência de gênero exercida pelo Estado patriarcal sobre as mulheres”<sup>215</sup>.

Ao pensar a execução de penas é necessário considerar as diferenças entre os gêneros, tendo em conta não só diferenças biológicas e naturais, mas seus papéis sociais, visto que a desigualdade de gênero afeta as mulheres no meio privado e público<sup>216</sup>.

As legislações portuguesa e brasileira possuem determinações quanto a diferenciações em relação a gênero, assim como ambos os países são signatários das Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não

---

<sup>214</sup> PIMENTEL, Elaine – As Marcas do Patriarcado nas Prisões Femininas Brasileiras. In: PIMENTEL, Elaine (org.) – Criminologia e Política Criminal: perspectivas. Maceió: Edufal, 2017. p. 169.

<sup>215</sup> Idem. p. 173.

<sup>216</sup> PIMENTEL, Elaine - Enfim, a Liberdade: as Mulheres e a Vivência Pós-cárcere. Recife: 2011. p. 35. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9186>.

Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras)<sup>217</sup>. O Código de Execução de Penas português, em seu artigo 4.º, n.º 3. determina que “a execução das penas e medidas privativas da liberdade aplicadas a mulheres deve ter em consideração as suas necessidades específicas, nomeadamente em matéria de saúde, higiene, proteção da maternidade e educação parental”. Por sua vez, a lei brasileira não evidencia a observância de critérios especiais às mulheres em um artigo, mas o faz ao estabelecer certas condições em estabelecimentos prisionais femininos.

É preciso que se verifique, na prática, o cumprimento das normas e das regras, de forma que se possa identificar quais direitos são realmente efetivos, quais precisam ser ampliados e até os que ainda precisam ser efetivados. A partir desta análise é que se poderá discutir a possibilidade de ressocialização de mulheres encarceradas, pois a sua integração na sociedade estará sempre ligada a questões de género.

Primeiramente, é essencial que tracemos o perfil das mulheres presas em Portugal e no Brasil, evidenciando o crescimento das populações carcerárias femininas. No país europeu, em 2019, havia 859 mulheres presas, representando 6,7% do número total de reclusos, sendo que 47,8% delas encontravam-se em prisão preventiva<sup>218</sup> e, comparativamente com o ano de 2010, ocorreu um crescimento de 37% no número de reclusas<sup>219</sup>. O Brasil possuía 36.929 mulheres presas em 2019, perfazendo 4,94% do total de presos no país, constando o aumento de mais de 500% do número de presas se comparado com o ano 2000<sup>220</sup>.

Diante destes crescimentos, torna-se ainda mais importante que nos debruçemos sobre as causas, condições e consequências da criminalização feminina. Até para que se possa discutir ressocialização é preciso conhecer o indivíduo, entender suas questões, necessidades e atravessamentos, frisando a relevância da individualização da pena.

---

<sup>217</sup> As Regras de Bangkok assumem o entendimento de que há necessidade de se considerar as especificidades femininas no momento da execução penal, maneira com que trata de temas como: ingresso, alocação, higiene pessoal, serviços de cuidado com a saúde, segurança e vigilância, funcionários penitenciários e sua capacitação, categorias especiais de presas, dentre outros. Deve-se frisar que a aplicação destas regras não invalida ou substitui demais tratados, como as Regras de Tóquio e as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos.

<sup>218</sup> Direção-geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), Estatísticas Prisionais Anuais. Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dgrsp.justica.gov.pt/Estat%C3%ADsticas-e-indicadores/Prisionais/2019>.

<sup>219</sup> Direção-geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), Estatísticas Prisionais Anuais. Lisboa, 2010. Disponível em: [https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2010/20110315100330RecExist\\_EscEtSexNac.pdf?ver=2018-12-17-105122-280](https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2010/20110315100330RecExist_EscEtSexNac.pdf?ver=2018-12-17-105122-280).

<sup>220</sup> Departamento Penitenciário Nacional, INFOPEN – Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade. Brasília: junho de 2017. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 20 de maio de 2021. Departamento Penitenciário Nacional, SISDEPEN. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 20 de maio de 2021.

A maior parte das mulheres está presa pelo cometimento de crimes relacionados a drogas<sup>221</sup>, o que ressalta a influência da questão econômica na delinquência, já que o tráfico de drogas, muitas vezes, torna-se uma saída para a sobrevivência de sua família ou até mesmo uma forma de complementar a renda diante da precariedade de seus trabalhos mal remunerados. Uma das possíveis justificativas para o maior envolvimento de mulheres no crime está em sua emancipação, posto que cada vez mais são responsáveis pelo sustento da família, criação solo de seus filhos e recebem salários inferiores aos dos homens<sup>222 223</sup>.

Não há como pensar nessas mulheres sem identificar que não se trata, sempre, da mulher branca europeia de classe média, mas que existem outros estereótipos que se juntam na formação da mulher vulnerável e mais criminalizável. A interseção entre gênero e raça, etnia e classe social é essencial para o entendimento da figura feminina encarcerada.

Jamais se pode reduzir à divisão binária homens/mulheres, as vivências de cada um são diferentes para além do gênero e, por isso, é preciso “agregar variantes”<sup>224 225</sup>. Deve-se reconhecer que mulheres negras passam por experiências e preconceitos extremamente diferentes de mulheres brancas e que o preconceito racial é mais forte e enraizado que o de gênero.

No Brasil, o número de mulheres pardas e negras presas é de 21.299, o que corresponde a 57,67% das mulheres presas, portanto, é possível reconhecer que há uma

---

<sup>221</sup> Em dezembro de 2019, no Brasil, 50,4% das mulheres estava encarcerada por crimes relacionados a droga, enquanto que 26,52% tinha cometido crimes contra o patrimônio e 13,44% crime contra a pessoa. Dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrjoiMTVIMWRiOWYtNDVhNi00N2NhLTk1MGEM2FiYjMmMlWMDNmlwidCl6ImViMDkwNDIwLTQONGMtNDNmNy05MWYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 22 de maio de 2021.

<sup>222</sup> RAMOS, Rairanny de Almeida – Um Olhar Sobre o Cárcere Feminino Brasileiro, Sob a Ótica de Normas e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Recife: 2018. Edição Digital. p. 15 a 23.

<sup>223</sup> Outro fator contribuidor para o aumento de mulheres reclusas no Brasil está no endurecimento de legislações, como o aumento da punibilidade por tráfico de drogas, visto que desde a entrada em vigor da Lei de Drogas o número de condenados por este tipo penal cresceu de 31.529 (2006) para 207.487 (2020), segundo dados do INFOPEN. Reportagem jornalística do Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/lei-de-drogas-pode-mudar/>. Acesso em 14 de julho de 2021.

<sup>224</sup> BARATTA, Alessandro – O Paradigma de Gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Camen Hein de – Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 33.

<sup>225</sup> Alessandro Baratta em seu texto faz uma análise sobre a mudança do pensamento feminista no sentido de agregar variantes: “Deve ser também sublinhado que, se a reconstituição andrógina da imagem do ser humano tornou-se um projeto do movimento feminista, o processo que levou a este projeto foi mediado pela transformação que a identidade do gênero sofreu na consciência do movimento feminista, bem como nos seus desdobramentos mais avançados, em busca de uma maior concreção. A superação do conceito *abstrato* de mulher foi um resultado fundamental no processo de libertação das mulheres da identidade a elas imposta em uma cultura patriarcal, assim como em uma sociedade de desiguais. O movimento feminista foi conquistando clareza teórica e força política na medida em que buscou concretude da variável do gênero em relação a outras variáveis sociais, e em que definiu a questão *tout court*. Mesmo que tenha levado a uma relativização da identidade do gênero como identidade global, a nova identidade, que parece ser a meta do projeto feminista, deve vir compreendida não como uma negação, mas sim como desenvolvimento e enriquecimento da identidade do gênero em favor do movimento das mulheres”. Idem. p. 67 e 68.



maior seletividade de mulheres não brancas por parte do sistema penal em questão. Já em Portugal, não é possível realizar esta análise pois os dados divulgados pela DGRSP não possuem recorte racial ou étnico, o que faz com que não se evidencie a seletividade e o real retrato do sistema prisional. Contudo, pesquisas acadêmicas esclarecem que a etnia cigana é sobrerrepresentada nos estabelecimentos prisionais, principalmente nos femininos<sup>226</sup>.

Os grupos étnicos são os mais expostos a situações de segregação, discriminação social e pobreza em Portugal<sup>227</sup>. Por questões culturais e até sociais, os grupos étnicos ciganos costumam possuir baixo nível de escolaridade e de qualificação profissional, estando, por muitas vezes, ingressos no mercado informal de trabalho<sup>228</sup>. A questão feminina é ainda mais complexa, visto que além do preconceito sofrido diante da sociedade, há o seu papel dentro da comunidade cigana, a conjugação da discriminação e controlo comunitário é determinante<sup>229</sup>.

O tráfico de drogas e os crimes contra o património como meio de manutenção da sobrevivência levam mulheres ciganas ao meio prisional, sem esquecer a importante seletividade do sistema penal diante dos estereótipos que estigmatizam estes seres femininos. E, ainda que não tenhamos este recorte étnico, podemos ver que há sempre um recorte geográfico, pois a maior parte das reclusas provêm dos mesmos bairros, da mesma região marcada por desigualdade social, marginalidade e exclusão, sendo a criminalidade baseada na busca da diminuição da vulnerabilidade económica<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> GOMES, Sílvia; GRANJA, Rafaela – Trajetórias de vida e experiências prisionais de mulheres ciganas reclusas. In: GOMES, Sílvia; GRANJA, Rafaela (org.) – Mulheres e Crime: perspectivas sobre intervenção, violência e reclusão. Famalicão: Húmus, 2015. p. 50.

<sup>227</sup> “Os grupos minoritários estão, geralmente, física e socialmente isolados da comunidade mais ampla. Tendem a concentrar-se em certos bairros, cidades ou regiões de um país. Além disso, há poucos casamentos entre grupos majoritários e minoritários, numa tentativa de manter a diferença cultural e social. (...) a minoria étnica se refere ao grupo, étnico ou racial, que sofre discriminação, resultante da ação de um grupo dominante, com um status social elevado e maiores privilégios. A discriminação existe quando direitos e oportunidades, acessíveis a um conjunto de pessoas, são negados a outros (...)” Conferir RODRIGUES, Donizete; VIEIRA, Célia Faustino, OLIVEIRA, Elisa; FIGUEIREDO, Jorge; FIGUEIREDO, Marina – Ciganas e Não Ciganas: reclusão no feminino. Lisboa: Contra-Regra, 2000. p. 89 e 90.

<sup>228</sup> O Mercado ambulante é historicamente das principais atividades laborais da etnia cigana em Portugal, contudo, este vem sofrendo com a concorrência de grandes varejos e com a diminuição da frequência da população portuguesa a estes espaços de comércio. Situações assim trazem ainda mais instabilidade financeira e económica para esta comunidade, o que faz com que tenham de procurar novas fontes de rendimento através do mercado formal de trabalho e, em alguns casos, ingressar no mercado ilegal do tráfico de drogas é uma opção para sobrevivência. GOMES, Sílvia; GRANJA, Rafaela – Op. Cit. p. 49.

<sup>229</sup> As meninas ciganas são retiradas do seio escolar precocemente para que não haja convívio com rapazes, logo passam a exercer tarefas domésticas afim de ajudar em casa, mas também para estarem sob o controle da família e terem sua sexualidade monitorada. Ao casar, a mulher passa a ter todos os afazeres domésticos e familiares e a ajudar no comércio do marido ou, por vezes, exerce alguma atividade sazonal, mas sempre de forma que possa ser supervisionada pelo controlo comunitário ou pelo cônjuge, pois estar fora desse eixo de controlo não é bem aceite socialmente. Idem. p. 55.

<sup>230</sup> Idem. p. 50 e 58.

É possível perceber a influência de questões sociais e económicas através da análise do nível de escolaridade das presas portuguesas e brasileiras, pois, nos dois países, o acesso à educação está inteiramente ligado às oportunidades dadas às classes sociais, ainda que, em Portugal, a educação se realize de maneira mais democrática. Em Portugal, no ano de 2019, 60 mulheres presas não sabiam ler ou escrever, 72 sabiam ler e escrever, possuíam 1º ensino básico 189, de 2º básico 106, de 3º básico 188, ensino secundário 170 e superior 54<sup>231</sup>, o que evidencia que apenas 224 (26,08%) mulheres detinham a escolaridade obrigatória no país<sup>232</sup> <sup>233</sup> <sup>234</sup>. Em 2017, o INFOPEN divulgou que 44,42% das presas no Brasil não tinha concluído o 3º básico, enquanto 14,48% havia acabado o secundário e somente 1,46% dispunha de grau de ensino superior<sup>235</sup>.

Dos grandes desafios de se discutir ressocialização é a heterogeneidade das reclusas conjugada com a identificação de tantos fatores comuns. É necessário conhecer quem se pretende ressocializar para que se possa desenvolver meios para tal. Quantas mulheres possuem histórico de violência familiar, quantas são mães, quantas são toxicodependentes, quantas não tiveram oportunidades educacionais ou quantas sofreram inúmeras discriminações. Somente através da reflexão sobre isto é viável discutir a real possibilidade de ressocialização. Assim como é necessário que se vislumbre a ressocialização feminina considerando as peculiaridades vivenciadas pelas reclusas durante a reclusão e, depois, em liberdade<sup>236</sup>.

Inúmeros fatores implicam na vivência da privação de liberdade e dentre eles está a maternidade. Grande parte das mulheres reclusas tem filhos, o que gera maior ansiedade, afinal surgem diferentes receios como não ter rede de apoio que cuide deles no mundo exterior, a preocupação com sua saúde, educação e oportunidades. Há a aflição de como seus

---

<sup>231</sup> Grau de escolaridade não especificado ou ignorado em relação a 22 reclusas.

<sup>232</sup> Informações disponíveis em relatório da DGRSP. Disponível em: [https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2019/quadro\\_04.pdf?ver=2020-04-29-150126-513](https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2019/quadro_04.pdf?ver=2020-04-29-150126-513). Acesso em 10 de julho de 2021.

<sup>233</sup> Conferir art. 2º da Lei 85/2009 – Diário da República 166/2009, Série I de 2009-08-27.

<sup>234</sup> De acordo com a plataforma Pordata, em 2019, 43,9% das mulheres com mais de 15 anos em Portugal possuía a escolaridade obrigatória, de modo a que se comprova que a média de escolaridade das reclusas é inferior à da população feminina no geral. Disponível em: [https://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente+do+sexo+feminino+com+15+e+mais+anos+por+n%C3%advel+de+escolaridade+completo+mais+elevado+\(percentagem\)-885](https://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente+do+sexo+feminino+com+15+e+mais+anos+por+n%C3%advel+de+escolaridade+completo+mais+elevado+(percentagem)-885). Acesso em 10 de julho de 2021.

<sup>235</sup> <sup>235</sup> Departamento Penitenciário Nacional, INFOPEN – Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade. Brasília: junho de 2017. p. 34 e 35. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em 10 de julho de 2021.

<sup>236</sup> PIMENTEL, Elaine - Enfim, a liberdade: as mulheres e a vivência pós-cárcere. p. 33.

filhos serão cuidados durante o período de reclusão da mãe, esta que, até então, era a principal responsável pelas crianças<sup>237 238</sup>.

Cabe considerar que mulheres, principalmente mães, são julgadas duplamente, punidas de acordo com o direito penal e com o social<sup>239</sup>. De forma que, em muitos casos, ocorre um cerceamento dos laços afetivos com seus familiares e, conseqüentemente, um desamparo afetivo. Outro fator que pode influenciar no distanciamento familiar das mulheres presas é que estas compõem um pequeno número da população carcerária e o sistema penitenciário é pensado no masculino, de maneira que existem poucos estabelecimentos prisionais femininos, o que diversas vezes faz com que as presas estejam distantes da sua localidade natal e, conseqüentemente, de suas famílias.

Não são raros os casos em que reclusas não recebem qualquer tipo de visita, principalmente se comparados com as visitas em estabelecimentos prisionais masculinos, a ressaltar que, em ambos, a maioria dos visitantes é do sexo feminino, o que revela a maior disponibilidade de afeto e apoio por parte das mulheres, afinal foram socialmente educadas para serem dóceis e cuidadosas. Homens, regra geral, não possuem a mesma disponibilidade, solidariedade e compreensão quando as mulheres são as delinquentes. É comum que as abandonem, que encerrem relações com as companheiras<sup>240</sup>.

A situação feminina é ainda mais marcada pelo patriarcado quando se trata de visitas íntimas, são ínfimos os números de mulheres que exercem este direito. O relatório sobre as condições femininas de encarceramento realizado pelo INFOPEN em 2017 explana que em cinco estados do Brasil nenhum presídio feminino possuía local específico para realização de visitas íntimas, enquanto em oito estados todos os estabelecimentos estavam dotados de tal capacidade, os demais estados tinham percentagens relativamente baixas quanto à possibilidade de efetivação deste direito da presa.

---

<sup>237</sup> GONÇALVES, Rui Abrunhosa; LOPES, Mónica – As Mulheres na Prisão: implicações para a reprodução da criminalidade. In: Educar o Outro: As Questões de Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas Prisões Portuguesas. Coimbra: Humana Global, 2007. p. 73.

<sup>238</sup> Em seu livro, resultado de uma pesquisa de campo realizada no estabelecimento prisional de Odemira, Catarina Frois relata que uma grande percentagem de mulheres reclusas tiveram seu primeiro filho ainda na adolescência e que quando foram detidas eram mães solteiras com mais de um filho menor de idade aos seus cuidados ou tinham filhos na responsabilidade do Estado ou de outro membro familiar. Sendo a principal dificuldade da reclusão a separação de seus filhos. FROIS, Catarina – Mulheres Condenadas: histórias de dentro da prisão. Lisboa: Tinta-da-china, 2017. p. 104.

<sup>239</sup> Mulheres são punidas não só por terem cometido crimes e causado danos a outrem, mas também por ter desrespeitado normas de gênero que as colocam em “papéis bem definidos e limitados”. PIMENTEL, Elaine – As Marcas do Patriarcado nas Prisões Femininas Brasileiras. p. 173.

<sup>240</sup> RAMOS, Rairanny de Almeida – Op. Cit. p 59.

No âmbito do direito português, o benefício das visitas íntimas para casais heterossexuais só foi concedido em 1999 e para homossexuais em 2009, sendo que, até 2010, nos EP femininos não havia instalações para a realização da visita íntima, de jeito que as reclusas só encontravam de forma privada com seus parceiros se eles estivessem presos e elas fossem até o EP aonde se encontravam. Conforme elucida Rafaela Granja, “(...) os requisitos específicos relacionados com as mulheres reclusas tendem a incorporar e reproduzir ideologias tradicionais de gênero, abordando as mulheres sobretudo como mães e subestimando outros aspetos da sua identidade, como a sexualidade”<sup>241</sup>.

A solidão e a necessidade de afeto fazem com que algumas mulheres desenvolvam uma relação homossexual pela primeira vez na vida, a carência muda sua forma de experienciar o amor, e se relacionar amorosamente é, quem sabe, uma forma de viver melhor num ambiente tão complexo e triste.

O romper dos vínculos, sejam eles maternos, amorosos ou familiares é algo extremamente penoso e que atinge a identidade das mulheres. É importantíssimo que haja apoio familiar e afetivo no momento da liberdade, para que se efetive a idealizada reinserção social, pois é difícil que sem esta estrutura a ex-reclusa consiga reconstruir a sua vida de acordo com o ideário social.

Identidade é totalmente condicionada pelo cárcere, conforme explica Goffman:

A barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo externo assinala a primeira mutilação do eu. Na vida civil, a sequência de horários dos papéis do indivíduo, tanto no ciclo vital quanto nas repetidas rotinas diárias, assegura que um papel que desempenha não impeça sua realização e suas ligações em outro. Nas instituições totais, ao contrário, a participação automaticamente perturba a sequência de papéis, pois a separação entre o internado e o mundo mais amplo dura o tempo todo e pode continuar por vários anos. Por isso ocorre o despojamento do papel. Em muitas instituições totais, inicialmente se proíbem as visitas vindas de fora e as saídas do estabelecimento, o que assegura uma rutura inicial profunda com os papéis anteriores e uma avaliação da perda de papel<sup>242</sup>.

O autor cria o conceito da «mortificação do eu», sendo este um processo de perda da autonomia individual através da imposição de restrições de outrem, estas podem ser até

---

<sup>241</sup> GRANJA, Rafaela – Pra Cá e Para Lá dos Muros: negociar relações familiares durante a reclusão. Porto: Edições Afrontamento, 2017. p. 41.

<sup>242</sup> GOFFMAN, Erving – Manicómios, Prisões e Conventos. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974. p. 24.

mesmo de cunho estético como a proibição de uso de maquiagem, produtos diferentes para o cabelo, sapatos, roupas e vernizes. A obrigatoriedade de uso de uniforme em alguns presídios faz com que as reclusas se sintam ainda mais distantes da liberdade, pois perdem o direito de criarem a sua forma estética de ser e se expressar, afinal, não nos dizemos para o mundo só através de falas ou gestos, o compor de uma imagem também é forma de manifestação.

Tatiana Daré é cirúrgica ao desenvolver esse ponto, afirmando que “a perda da identidade, através da feminilidade, denota o cárcere como o lugar da rejeição, baixa autoestima e opressão. Conseqüentemente, todos esses sentimentos interferem no processo de reintegração social”<sup>243</sup>. Questões que parecem para muitos «sem importância» são essenciais para debater ressocialização.

Determinadas características dos sistemas prisionais promovem mais exclusão do que concretizam um projeto de inclusão, diversos direitos são violados nestas instituições femininas, principalmente quando comparados à situação masculina, como é o caso dos direitos sexuais e reprodutivos, direito à amamentação, pré-natal e saúde ginecológica, direito à higiene e ao trabalho.

Os direitos sexuais e reprodutivos têm ligação direta com as visitas íntimas e, como já referido anteriormente, as reclusas possuem mais dificuldades em serem beneficiárias destas, até porque para o sistema penitenciário é indiferente que a companheira de um recluso fique grávida fora do estabelecimento prisional, enquanto que quando uma presa engravida a questão passa a ter relação e conseqüências para a instituição.

As reclusas gestantes possuem o direito a acompanhamento pré-natal, assistência médica e à amamentação. Posteriormente, há a possibilidade que a criança continue sob os cuidados da mãe até determinada idade, conforme estabelecem os ordenamentos português e brasileiro nos seus artigos 7.º, alínea g). e 26.º, números 5 e 8 do Código de Execução de Penas, 239.º e 244.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, 5.º, alínea L, da CF, 14, inciso III, 83, parágrafo 3.º e 89 da LEP.

Mais uma vez, a constatação de uma infeliz e desumana realidade bate à porta, pois no Brasil, de acordo com o relatório do INFOPEN sobre mulheres, apenas 14,02% das unidades

---

<sup>243</sup> DARÉ, Tatiana – Prisioneiras: reflexões sobre mulheres jovens, vítimas e perpetradoras da violência. Configurações: revista de sociologia, vol. 21, 2018. pp. 64-79. Disponível em: <https://journals.openedition.org/configuracoes/5147>. Acesso em 21 de maio de 2021. p. 74.

prisionais femininas e mistas possuem alojamento adequado para gestantes, 3,20% detêm berçários e/ou centro de referência materno-infantil e 0,66% proporcionam creches às crianças filhas de reclusas.<sup>244245</sup>

A permanência da criança junto da mãe em estabelecimento prisional é tema controverso, pois de um lado há a defesa de que nunca será local para um menor<sup>246</sup>, enquanto que existe a importância de estar próximo da figura materna<sup>247</sup>, de forma que a situação deve ser avaliada caso a caso, cabendo à mãe a decisão do que será melhor para si e seu filho, obviamente, com o acompanhamento de psicólogos e assistentes sociais para auxiliar na análise e resolução da questão. É crucial que esta escolha tenha condições para acontecer, que se configurem as condições determinadas nas legislações, que se promova o melhor ambiente possível para o desenvolvimento infantil, tendo em consideração o princípio da intrascendência da pena.

Outro direito constantemente restringido no meio prisional feminino é o da higiene. É reconhecido que mulheres detêm específicas necessidades higiênicas relacionadas a períodos menstruais e ao seu órgão genital. No Brasil, a pobreza menstrual é gritante e não só no seio da punição. Na reclusão o acesso a pensos higiênicos varia conforme as regras dos diferentes presídios, em alguns os itens de higiene ficam a cargo de cada reclusa que, por sua vez, ou possui condições financeiras ou acaba por depender da família para suprir suas necessidades e quando não há qualquer uma dessas alternativas chega a se sujeitar até a guardar miolo de pão velho para usar como absorvente.

---

<sup>244</sup> Recentes leis brasileiras reconhecem condições específicas de mulheres gestantes e mães, como por exemplo a Lei 13.434 de 2017 que adicionou parágrafo único ao artigo 292 do Código de Processo Penal com a seguinte redação: “É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato”. Sem dúvida é uma importante decisão do Estado brasileiro, mas parece estranho que só tenha sido tomada em 2017. A violação da dignidade da mulher reclusa e de seu filho mantida até então demonstra a invisibilidade destas pessoas na sociedade.

<sup>245</sup> Em Portugal não foi possível conhecer a situação recente de mães e filhos em estabelecimentos prisionais, a falta de dados dificulta a pesquisa e a criação de alternativas para a melhora da realidade.

<sup>246</sup> Manuela Ivone Cunha, em seu livro “Malhas que a Reclusão Tece: questões de identidade numa prisão feminina”, transcreve relatos de mulheres reclusas que não mantiveram seus filhos no ambiente prisional: “Quando saí de precária com o meu filho, ia ficando arrependida de o ter trazido. Nunca tinha visto a rua e estava cheio de medo dos carros. Fez-me muita impressão”. Uma outra reclusa explica a decisão de haver renunciado à companhia da filha após os escassos dias em que esta permaneceu na prisão, enviando-a para a casa da tia: “Não consegui ver a menina sofrer. Via-a ali encurralada num quatinho minúsculo – quando estava habituada a outro ambiente – a pedir-me para abrir a porta da cela e então disse, não: eu é que tinha que sofrer, não a miúda”.

<sup>247</sup> Na lei brasileira é definido o período mínimo de seis meses de amamentação e consequente convívio do bebê com a mãe em sistema prisional, posteriormente, a maior parte das crianças separa-se da mãe, a depender sempre das regras e condições do EP em que estão inseridos. A idade máxima até a qual a criança pode ficar junto da mãe é de sete anos. Em Portugal as crianças podem permanecer com os pais até aos três anos e excepcionalmente até aos cinco anos.

Em Portugal, a maior parte dos itens pessoais são adquiridos pelas reclusas nos bares e administrações do EP com dinheiro adquirido por meio do trabalho prisional ou dado pela família, contudo, quando a reclusa não possui possibilidades há o fornecimento por parte do Estado. No EP de Odemira, conforme relatos encontrados no livro “Mulheres Condenadas: histórias de dentro da prisão”, de Catarina Frois, a administração penitenciária fornece às reclusas dois pensos higiênicos e dois rolos de papel higiênico por mês, o que aparenta ser uma quantidade ínfima, incapaz de suprir as necessidades daquelas mulheres e consequentemente um enorme desrespeito à dignidade da pessoa e a direitos humanos<sup>248</sup>.

Além da promoção de conjunturas dignas em meios prisionais para buscar ressocializar, é fundamental desenvolver atuação nos campos de tratamento de toxicod dependência, identificar as reclusas que sofrem violência doméstica e promover psicoterapia, programas terapêuticos, grupos de ajuda e sempre viabilizar o crescimento profissional através de incentivos a educação e na capacitação profissional.

A dependência química é algo que afeta inúmeras mulheres reclusas, inclusive em proporções maiores que aos homens presos. Por isso, deve ser enfrentada de modo incisivo, mas o que se verifica é a existência de poucos projetos de reabilitação de toxicod dependentes e falta de profissionais adequados para o acompanhamento da abstinência. Consequentemente estas mulheres têm grandes probabilidades de voltar a consumir quando retornarem à liberdade e, à vista disto, em muitos casos, reincidam<sup>249</sup>.

Da mesma forma, a violência sofrida até o ingresso na esfera criminal traz influência no cometimento de crimes, devido a traumas, formas de vivenciar as emoções e condições de vida. Cabe ao sistema prisional buscar caminhos que proporcionem a diminuição do sofrimento e suas consequências, dar a essas mulheres instrumentos para encerrar com ciclos de violência. Além de equacionar se as vítimas-criminosas, em alguns casos, precisam mesmo de uma pretensão ressocializadora, visto que o seu crime se tratou apenas de uma resposta a uma série de violência sofrida e a prisão funcionará apenas como instituição dessocializadora<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> FROIS, Catarina – Op. Cit. p. 135 a 140.

<sup>249</sup> Idem. p. 130.

<sup>250</sup> Neste contexto encontram-se os casos de homicídio em que a mulher vítima de violência acaba por matar o agressor como forma de cessar aquela violência. Catarina Frois, no livro supracitado, conta a história de uma reclusa de Odemira que foi condenada pelo homicídio do marido e também era vítima de violência doméstica. FROIS, Catarina – Op. Cit. p. 108 e seguintes.

O trabalho no meio prisional é essencial para que se alcance a reinserção social, entretanto, a maior parte dos ofícios realizados pelas reclusas está ligado a domesticidade, atividades como faxina, costura, cozinha, o que perpetua o papel histórico da mulher trabalhadora que possui espaço apenas no mercado de natureza doméstica. Assim, a prisão não fornece recursos para que se altere o caminho, não dá à grande parte das trabalhadoras reclusas conhecimento para mudar de área e se profissionalizar, o que as faria alcançar uma nova dinâmica de vida, com maior qualidade e até estabilidade financeira.

Nas palavras de Manuela Ivone Cunha:

“Termos como “próprio”, “indicado” e “aconselhável” (para mulheres), qualificando os trabalhos preconizados para o estabelecimento, indiciam uma intenção programática de reabilitar socialmente as delinquentes através da sua conformidade a uma imagem normativa do feminino, o que implicava, para além do desenvolvimento de qualidades de mãe, o apuramento das qualidades domésticas”<sup>251</sup>.

Neste sentido, a nossa discordância em relação ao significado de ressocialização do gênero feminino dado pelo sistema penal, ao utilizar o cárcere como construção social que tenciona reproduzir os papéis femininos e masculinos presentes na sociedade, principalmente ao firmar a figura da mulher dócil e subordinada como a inserida socialmente.

Justamente por essa percepção da representação feminina é que as mulheres delinquentes sofrem maior reprovabilidade que os homens, são julgadas moralmente por não cumprir o seu papel social de mulher e mãe, parece que os crimes cometidos por elas são mais graves diante da expectativa social que se tem para com elas, o que faz com que o cárcere seja ainda mais estigmatizante para estas<sup>252</sup>.

E para que se possa realmente debater a possibilidade de ressocialização de mulheres é preciso consciência e crítica em relação ao espaço que estas ocupam na sociedade, principalmente as que mais sofrem com a seletividade penal. Mulheres que correspondem a mais de um grupo minoritário, como mulheres negras, mulheres ciganas, mulheres pobres. Como acreditar em reinserção social quando se tem uma sociedade tão excludente, com tantas desigualdades e preconceitos? É preciso que haja lugar para ir depois da reclusão, é

---

<sup>251</sup> CUNHA, Manuela Ivone – Malhas que a Reclusão Tece: questões de identidade numa prisão feminina. p. 73.

<sup>252</sup> Neste sentido, o que se pretende afirmar é que as mulheres enfrentam maiores dificuldades ao fim do cumprimento da pena, em sua reinserção na sociedade, pois ficam mais estigmatizadas por não corresponderem ao papel socialmente estabelecido a elas.



preciso acolhimento familiar e social, é preciso que haja oportunidade de trabalho, é preciso apoio estatal também no momento da liberdade. É fulcral que exista perspectiva!

A verdade é que as mulheres em causa vivem o seguinte fato: “de marginalizadas sociais passam a marginalizadas criminais”<sup>253</sup>. É, portanto, extremamente complexo que se fale em reinserção quando se trata de pessoas que vivem um histórico de exclusões e injustiças sociais.

## 4.2 Transexuais

O sistema prisional é, de certa maneira, retrato da sociedade em que se insere. Em um corpo social de realidade tão preconceituosa e discriminadora de pessoas LGBTQIA+, parece evidente que os indivíduos que não correspondem à binariedade determinada socialmente sofram demasiado e ainda mais quando colocados em privação de liberdade. Assim, demonstra-se necessário o aprofundamento do estudo dos específicos direitos e desrespeitos que sofre este grupo, a fim que se consiga evidenciar a tamanha dificuldade de se idealizar uma ressocialização.

Primeiramente, é importante explorar certos conceitos ligados à temática no sentido de esclarecer sobre quem falamos. É necessária a diferenciação entre sexo biológico e gênero, tratando-se o primeiro de uma conceitualização biológica em que os seres humanos dividem-se em homens e mulheres a depender do sistema reprodutor que possuem, enquanto o gênero corresponde a uma construção social do que é ser homem e o que é ser mulher, no sentido de que homens e mulheres gostam de coisas diferentes, vestem-se de determinadas maneiras e realizam certas atividades respetivamente.

A identidade de gênero, por sua vez, corresponde a como a pessoa se identifica, a que gênero ela entende pertencer e como se sente. É neste caminho de identificação que as pessoas podem pertencer a qualquer gênero, inclusive de maneira a enfrentar a binariedade compulsória instalada nas sociedades atuais. Isto porque, hoje, maioritariamente enxerga-se apenas a possibilidade de se ser homem ou mulher, algo que acreditamos não ser tão linear,

---

<sup>253</sup> ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel – Mulheres Encarceradas por Tráfico de Drogas no Brasil: as diversas faces da violência contra a mulher. Disponível em: <http://andhep.org.br/anais/arquivos/1seminario/GT6.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2021. p.14.

pois a identidade de gênero, assim como a sexualidade, são coisas fluídas, não podendo ser vistas como uma categoria estável<sup>254</sup>.

Pessoas trans são aquelas que se identificam com gênero diferente do estabelecido em seu nascimento. Mulheres trans identificam-se como mulheres, mas foram designadas homem no nascimento, homens trans identificam-se como homens, mas foram designados mulher no nascimento<sup>255</sup>. Logo, são pessoas que se enquadram na binariedade homem/mulher, pois se reconhece como um dos dois, no entanto, há pessoas trans que não necessariamente se reconhecem nessa dicotomia, sendo uma delas a travesti<sup>256</sup>.

Ainda é de frisar que identidade de gênero não se confunde com orientação sexual, sendo esta a maneira com que o indivíduo se relaciona afetiva e sexualmente. As nomenclaturas são as de heterossexual quando a pessoa se relaciona com alguém de sexo diferente do seu, homossexual quando se relaciona com alguém do mesmo sexo, bissexual ao tratar de pessoas que se relacionam com homens e mulheres, dentre outras diversas possibilidades de afetividade. O que é importante ressaltar é que pessoas trans podem ter qualquer uma dessas orientações sexuais, visto que uma mulher trans que se identifica com o gênero feminino pode se relacionar com outra mulher e, portanto, ser homossexual.

No Brasil e em Portugal<sup>257</sup> há o reconhecimento por parte do Estado e seu ordenamento jurídico da identidade de gênero, contudo, a aplicabilidade deste direito inúmeras vezes é cerceada. Temos uma sociedade e, conseqüentemente, um Direito baseados na binariedade, de forma que tudo é pensado a partir do homem/mulher, inclusive o sistema criminal, o que traz consigo discriminação e invisibilidade das pessoas trans.

---

<sup>254</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes – *Travestis e Prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015. Edição Digital. p. 48.

<sup>255</sup> <sup>255</sup> Pessoas cis são pessoas que se identificam com o gênero que lhe foi designando ao nascimento de acordo com a sua genitália. Cis é o contrário de trans, ou seja, quem não é trans ou travesti é cis.

<sup>256</sup> A diferença entre mulher trans e travesti não está em uma não estar satisfeita com a sua genitália e querer fazer cirurgia e a outra não, nem que a travesti está conformada com seu corpo e se considera do gênero masculino, assim como a mulher trans é aquela que busca se enquadrar em uma cisgenderidade e nasceu no «corpo errado». Esta é uma perspectiva e conceitualização realizada por pessoas cis e que acabam por estereotipar pessoas trans e travestis, por isso neste trabalho temos em consideração a definição e diferenciação realizada por pessoas que compõem esta minoria. A travesti não é alguém que se traveste (estas são drag queen), mas sim uma identidade feminina e política, além de latino americana, pois é uma nomenclatura utilizada apenas no sul do continente americano (travesti é um termo que até hoje é marginalizado e carrega consigo inúmeros estigmas, sendo a travesti vista como prostituta, toxicod dependente, etc.). Travestis podem se reconhecer como mulheres, enquanto outras podem se reconhecer apenas como travestis, assim como mulheres trans podem se identificar com os dois termos. É essencial esclarecer que não se reconhecer como mulher não faz com que travestis sejam homens, o que faz com que devam sempre ser tratadas por pronomes femininos, e também que apenas podem se considerar travestis as pessoas que foram designadas como homens no nascimento.

<sup>257</sup> Lei nº 38/2018 de 7 de Agosto. Direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e à proteção das características sexuais de cada pessoa.

O preconceito permeia todas as fases e áreas da vida da pessoa trans, os estigmas dados pela sociedade fazem com que sejam vistas como abjetas, sem que haja a necessidade de proteção de seus direitos, de inserção e acolhimento. Em muitos casos as exclusões começam ainda na infância, quando a família não aceita e não compreende aquela criança, o que muitas vezes acaba em evasão escolar, já que a criança sem apoio familiar não frequenta escola. Em busca da sua própria subsistência, atividades como a prostituição tornam-se habituais. Assim as exclusões vão se perpetuando, sem fim.

A vida das pessoas trans, principalmente das mulheres trans e travestis que sofrem ainda mais discriminação por serem trans e terem feminilidade<sup>258</sup>, é marcada por evasão escolar, desemprego, falta de acesso a saúde e direitos básicos como nome e à vida. É ainda mais complexo se percebemos as interseccionalidades das diferentes minorias que costumam abarcar estas pessoas.

No Brasil, a maioria das travestis são provenientes de classes sociais baixas, com predominância de negras e pardas<sup>259</sup>, o que, conseqüentemente, ao se tratar de uma país classista, racista e transfóbico, gera uma enorme violência e seletividade penal<sup>260</sup>. Pessoas com sexualidades e gêneros considerados dissidentes têm mais chances de seleção por parte do sistema penal, sobretudo quando há conjugação com demais vulnerabilidades como raça, etnia, classe social, deficiências *etc.*<sup>261 262</sup>. Em sua criminalização há uma dupla carga negativa, pois são desviantes da norma penal e desviantes das normas sexuais e de gênero.

Os sistemas prisionais, como já referido, são marcados pela binariedade, visto que as legislações dos países em pauta referenciam estabelecimentos prisionais masculinos e femininos, assim como estabelecem algumas especificidades dos reclusos conforme a dicotomia de gênero. No Brasil, até há pouco tempo, não existiam indicações ou regras sobre

---

<sup>258</sup> SALEIRO, Sandra; OLIVEIRA, Catarina Sales de – Desigualdades de (cis e trans)gênero. Portugal no contexto europeu. In CARMO, Renato [et al.] (Ed.), *Desigualdades Sociais. Portugal e a Europa*. (pp. 131-147). Lisboa: Mundos Sociais, 2018.

<sup>259</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes – Op. Cit. p. 51.

<sup>260</sup> O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo, homicídios que costumam ocorrer com requintes de crueldade, como atear fogo na pessoa viva, disparar inúmeros tiros, *etc.* Conferir Dossiê Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf> acesso em 12 de agosto de 2021.

<sup>261</sup> Idem. p. 104 e 105.

<sup>262</sup> Na análise do autor supracitado: "(...) as travestis latino-americanas, em especial as brasileiras, são profundamente sujeitadas a essa seleção por serem também amplamente consideradas sujeitos fora da norma heterossexual e cissexista como também em razão de suas classes sociais e raças/etnias – e frequentemente seus comportamentos e modos de vida são considerados potencialmente criminais. Por não estarem de um modo geral inseridas no mercado formal de trabalho e, por conseguinte, terem que recorrer à prostituição, suas vidas se tornaram ainda mais precárias e passíveis de extermínio, já que seus corpos não são nem dóceis, nem são úteis à produção capitalista. Esses aspetos das condições de vida das pessoas tornam esses corpos potencialmente visíveis ao sistema penal." Idem.

como deveria ser o processo de encarceramento de pessoas trans, de modo que mulheres trans e travesti cumpram pena em presídios masculinos<sup>263</sup>.

Em espaços considerados masculinos têm sua identidade de gênero demarcada, são aproximadas da figura feminina, sendo-lhes incumbidas atividades consideradas de mulheres, como lavar, cozinhar, arrumar e se sujeitar ao homem. Assim, as trans reclusas, por muitas vezes, cumprem a função de limpeza e cuidado, principalmente quando se relacionam afetivamente com outro recluso, além de não poderem compartilhar talheres, copos ou cigarros devido ao preconceito que sofrem.

A transfobia também as acomete na prisão, os demais reclusos discriminam não apenas pela questão de identidade, mas também pela ideia das trans “esteticamente inadequadas, promíscuas, “sem caráter”, de má índole, naturalmente criminosas, *etc.*”<sup>264</sup>. Por muito que os reclusos se identifiquem nas questões raciais, étnicas ou de classe social, a de gênero separa suas experiências e faz com haja uma deslegitimação da realidade vivida pelas trans, que são consideradas as identidades subalternas do estabelecimento prisional.

Além disso, a convivência em celas masculinas faz com que mulheres trans passem por inúmeras violências, existem diferentes casos de violação e violência física. Diante do número de crimes de ódio que são vítimas em liberdade é possível imaginar o que sofrem intramuros.

A manutenção de mulheres trans e travestis em alas masculinas traz consigo cortes de cabelo, obrigatoriedade de vestimentas masculinas e demais violências. Afim de evitar a violação de mais direitos e da dignidade da pessoa humana, afinal identidade de gênero e orientação sexual também são componentes desta, foram criadas em alguns presídios alas LGBTQIA+, tirando as mulheres trans das alas masculinas destinadas a crimes sexuais<sup>265</sup>.

Consequentemente surgiram, em nome da proteção, restrições de circulação no estabelecimento prisional. Se era perigoso estar em celas masculinas, era igualmente perigoso conviver com reclusos homens no pátio ou em atividades laborais e educativas. Assim, as trans viram seus direitos à educação e ao trabalho ainda mais cerceados, além de um dia a dia mais solitário e duro. Nada novo, já que o abandono escolar, falta de acesso à educação e ao

---

<sup>263</sup> Para o estudo do presente tema teremos o Brasil como maior exemplo devido à grande dificuldade de encontrar informações sobre a situação de pessoas trans presas no território português e ainda, claro, o número diminuto de casos por se tratar de uma população menor. Maneira com que, quando possível, iremos referenciar dados portugueses.

<sup>264</sup> *Idem.* p. 124.

<sup>265</sup> Historicamente o Brasil alocava mulheres trans presas em celas destinadas a condenados por crimes sexuais, a justificativa era segurança, mas funcionava como juntar os mais indesejados daquele ambiente. Conferir FERREIRA, Guilherme Gomes – *Op. Cit.* p. 134 e seguintes.

mercado de trabalho são constantes na vida destas pessoas, mas na execução penal há ainda mais um pesar nisto, a remissão da pena que deixa de acontecer. Deste modo, percebemos que dentro da grande dificuldade que pode ser trabalhar e estudar em ambiente prisional, o é mais ainda para os indivíduos em voga.

Júlia Silva Vidal, a partir de sua pesquisa de mestrado, afirma:

“(...)motivos não faltavam para negar essa possibilidade de remissão para elas. As justificativas eram de toda sorte, desde o impedimento do trânsito nas imediações para não chamarem muita atenção, até pressuposição de que não dariam conta do trabalho, por serem frágeis ou até mesmo em virtude do silicone. As travestis eram sempre as últimas da fila. Em decorrência, tal população não angaria nenhum tipo de remissão de pena, pelo contrário; isso é utilizado como mais uma forma de as penalizarem”<sup>266</sup>.

Evidencia-se que direitos são ainda mais cerceados quando se trata de pessoas trans, as violações não acontecem somente por parte de outros reclusos, mas também da administração penitenciária e seus funcionários. O não respeito ao nome social e a identidade de gênero através do uso de pronomes masculinos, por exemplo, são constantes por parte do pessoal dos estabelecimentos prisionais, o que acaba por deslegitimar aquela identidade<sup>267</sup>.

Além dos direitos à integridade física, à identidade de gênero ou ao nome, outros merecem atenção quando se considera pessoas trans encarceradas, como o direito à saúde, tendo em consideração as especificidades que existem neste campo. Muitas pessoas trans fazem tratamentos hormonais ou desejam usufruir deste direito, de maneira que é necessário que os estabelecimentos prisionais proporcionem em sua sede a possibilidade de realização deste tratamento<sup>268</sup>. Ainda o entendimento de saúde não só como ausência de doenças, mas

---

<sup>266</sup> VIDAL, Júlia Silva - Criminalização Operativa: travestis e normas de gênero. Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/32831/3/VIDAL%2C%20J.S.%20Criminalizacao%20operativa%2C%20travestis%20e%20normas%20de%20ge%CC%82nero%20%281%29.pdf> Acesso em 23 de julho de 2021. p. 104.

<sup>267</sup> A estudiosa Júlia Vidal realizou uma pesquisa de campo para desenvolver sua dissertação de mestrado. Quando entrevistou mulheres trans em estabelecimentos prisionais de Minas Gerais recebeu diferentes relatos de violência física e psicológica por parte de guardas prisionais. As reclusas afirmaram que ao reagir às agressões eram castigadas, recebiam punições administrativas que tardavam a concessão de benefícios e a tão aguardada liberdade. É uma realidade difícil de tomar conhecimento senão pelo adentrar em um presídio e conhecer estas pessoas, há um filtro do que se expõe, por isso a extrema importância da sociedade participar e se envolver na questão do encarceramento e reinserção social. Conferir VIDAL, Júlia Silva – Op. Cit. p. 110 e seguintes.

<sup>267</sup> BENEVIDES, Bruna [et. al] – Não Existe Cadeia Humanizada: estudo sobre a população LGBTI+ em privação de liberdade. Brasília, 2020. Livro eletrônico. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/39/N%C3%A3o%20existe%20cadeia%20humanizada%20nf.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2021. p. 13 e 14.

<sup>268</sup> No Brasil ainda há uma questão específica no uso de silicone por parte das mulheres trans e travestis. Não nos referimos a próteses utilizadas em cirurgias plásticas, mas sim a um silicone injetável extremamente prejudicial à saúde. A falta de acesso a bens materiais que

como bem-estar físico, mental e social, o que definitivamente parece não estar ao acesso das trans reclusas.

Os direitos específicos das pessoas LGBTQIA+ presas no território brasileiro foram referenciados em uma resolução conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária<sup>269</sup>. A resolução de 2014 estabelece que transexuais devem ser chamados por seus nomes sociais, devendo ser este a contar no registro de ingresso no estabelecimento, assim como as travestis e gays presos em estabelecimentos masculinos possuem o direito de espaços específicos<sup>270</sup> e as pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser agrupadas em unidades prisionais femininas. São ainda garantidos os direitos ao uso de roupa de acordo com gênero de cada um e a manutenção de cabelos compridos, ao recebimento de visita íntima e acesso ao tratamento de hormonização por parte das trans.

Após estas primeiras afirmações sobre os direitos das pessoas trans reclusas e as indicações de onde deveriam cumprir pena, o tema foi discutido no Supremo Tribunal Federal. Na ADPF 527, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, estabeleceu, em medida cautelar em 2019, que apenas transexuais que tivessem realizado cirurgia de adequação sexual e/ou retificado o nome poderiam cumprir pena em unidade destinada a mulheres<sup>271</sup>. Em 2021, o mesmo ministro ajustou os termos daquela decisão, incluindo as travestis no rol de pessoas que poderiam cumprir pena em estabelecimento prisional feminino. A decisão do ministro foi alterada com base na análise do relatório “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucional e experiências de encarceramento” e determinou que travestis também têm direito a cumprir pena em estabelecimentos femininos.

---

permitam realizar cirurgias estéticas seguras faz com que, com o objetivo de promover mudanças no corpo e sua feminização, estas pessoas busquem outros meios. Desta forma, é necessário que haja um acompanhamento desta situação, a fim de proteger e dar estrutura de saúde para estas reclusas. Conferir PINTO, Thiago Pestana [et. al] – *Silicone Líquido Industrial Para Transformar o Corpo: prevalência e fatores associados ao seu uso entre travestis e mulheres transexuais em São Paulo, Brasil*. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/CqPcZNpvnzwwsRfHbtLj4fM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

<sup>269</sup> Resolução disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2021.

<sup>270</sup> A resolução conceituou travestis de maneira diversa da nossa, tendo a seguinte redação: “IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e”. Resolução disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2021.

<sup>271</sup> BENEVIDES, Bruna [et. al] – Op. Cit. p. 14.

O relatório objetivou promover um retrato da situação da população LGBT reclusa em 2020, onde as prisões brasileiras foram facultadas a responder certos questionários e, assim, fazer conhecer sua população LGBT. Dentre as que responderam, apenas 21% tinham cela/ala destinada à custódia de LGBT e 77% das autodeclarações (LGBT que declara abertamente sua orientação sexual e identidade de gênero) estão em unidades prisionais que possuem cela/ala para esta comunidade.

Ainda foi constatado que a maior parte das pessoas LGBT reclusas consideraram-se negras ou pardas, sendo 51,3% em EP masculinos e 69,5% em EP femininos e que apenas 40% desta população tem visita cadastrada, o que demonstra o abandono familiar e afetivo pelo qual estas pessoas passam. A pobreza é sempre evidenciada quando se contatam os crimes que levaram à prisão daquelas pessoas: o tráfico de drogas e os crimes contra o patrimônio estão no topo, ao considerar mulheres trans e travestis correspondem, respetivamente, a 34,6% e 53,9%, o que também permite uma possibilidade de ligação destes crimes com a prostituição<sup>272</sup>.

Hoje, no Brasil, para que se decida aonde pessoas trans vão cumprir pena, deve se respeitar a identidade de gênero, a autodeterminação e a segurança. De forma que mulheres trans e travestis podem ser alocadas em presídios femininos se assim for sua vontade. A prática, por vezes, nos leva a perceber que muitas preferem estar em EP masculino<sup>273</sup> e homens trans, por questões de segurança e preferência, costumam ficar em EP feminino<sup>274</sup>. É de ressaltar que EP femininos não costumam precisar de alas específicas para LGBT, visto que não são identificadas tantas formas de violência.

Em Portugal não há qualquer determinação legal quanto à unidade prisional em que pessoas trans devem ser conduzidas. Contudo, um caso em 2020 chamou a atenção da imprensa que afirmou que não se sabia aonde alocar um homem trans preso. Este recluso foi

---

<sup>272</sup> Dados obtidos no relatório “LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucional e experiências de encarceramento”, disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2021.

<sup>273</sup> Conferir CAVALCANTE, Murilo Simões; DIAS, Adriana Vieira – O Binarismo Sexual no Sistema Carcerário e a Questão dos Direitos dos Travestis e Transexuais presos. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: [https://www.academia.edu/5970329/O\\_binarismo\\_sexual\\_no\\_sistema\\_carcer%C3%A1rio\\_e\\_a\\_quest%C3%A3o\\_dos\\_direitos\\_dos\\_travesti\\_s\\_e\\_transexuais\\_presos](https://www.academia.edu/5970329/O_binarismo_sexual_no_sistema_carcer%C3%A1rio_e_a_quest%C3%A3o_dos_direitos_dos_travesti_s_e_transexuais_presos). Acesso em 10 de agosto de 2021.

<sup>274</sup> Existem poucos dados sobre homens trans reclusos, o que dificulta que se faça uma análise mais profunda do tema, além de que estes muitas vezes são consideradas lésbicas masculinizadas impossibilitando o conhecimento de sua realidade enquanto pessoa trans em ambiente prisional.

inicialmente conduzido a uma unidade feminina, sendo depois transferido para Évora, EP destinado a homens, quando passou a ter medo de discriminações e violências sexuais<sup>275</sup>.

Não existem dados da DGRSP quanto ao número de transexuais presos, nem mesmo regra clara estabelecida sobre aonde estas pessoas devem ser presas. Ainda que seja uma situação incomum nos estabelecimentos prisionais portugueses, é necessário que se discuta o tema e busque resoluções. Deixar a decisão a cargo do bom senso administrativo pode ser algo perigoso e de extrema insegurança jurídica.

Conforme temos colocado como linha de pensamento ao longo deste trabalho, para se discutir ressocialização como fim da pena é preciso que haja dignidade, respeito aos princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana e direitos humanos e fundamentais.

No sentido de proporcionar o ambiente carcerário mais digno para transexuais, algumas medidas devem ser tomadas, como o acolhimento de trans e travestis sem qualquer tipo de discriminação, tenham elas passado ou não por cirurgias ou modificações corporais; respeito e uso do nome social em todos os momentos, assim como a retificação de registos anteriores; criação de uma base de dados sobre as pessoas autodeclaradas LGBTQIA+ presas para que se possa conhecer a realidade e desenvolver mais medidas inclusivas e específicas; formação sobre o tema para trabalhadores do sistema prisional, bem como o fortalecimento de temas de direitos humanos, raciais e étnicos; garantia de acesso integral a saúde, inclusive acompanhamento psicológico durante todo o encarceramento; proibição de qualquer limitação de circulação ou participação em atividades escolares ou laborais de pessoas trans reclusas; promoção da integração familiar, visto que estas, por muitas vezes, já sofriam exclusão e a pena vem como um atestado final de criminosa; e a garantia que estas poderão participar de processos decisórios quanto ao local onde cumprirão as suas penas.

As pessoas trans, principalmente mulheres e travestis, dentro de um contexto de masculinidade (visto que o género definido no nascimento foi o masculino), são ainda mais excluídas e marginalizadas da sociedade. São muito comuns os relatos de abandono das diferentes instituições, seja família, escola, o que coloca em mais vulnerabilidade e abre as portas para facilidade de captação destas pessoas pelo mundo do crime. Portanto, é

---

<sup>275</sup> Reportagem do Jornal de Notícias de 28 de outubro de 2020. "Sistema prisional sem solução para único preso transexual. Disponível em: <https://www.jn.pt/justica/sistema-prisional-sem-solucao-para-unico-presos-transexual--12970581.html>. Acesso em 21 de agosto de 2021.



necessário que se estabeleçam novas oportunidades e integração, não é possível que só de promova exclusão e queira se colher cidadãos incluídos e «bem-sucedidos».

Somente a partir da integração, respeito e não discriminação é que podemos então discutir a possibilidade de ressocialização destas pessoas, essencialmente quando tratamos da realidade brasileira. Num país em que a média de vida de pessoas trans é de 35 anos<sup>276</sup>, parece complexo que se entenda o encarceramento como primeiro momento de restrição de liberdade ou criminalização, de forma que lutam cotidianamente para viver e para se afirmarem como seres humanos<sup>277</sup>.

É preciso que sejamos aliados desta luta, para que as próprias tenham acesso a educação e oportunidades e então contem suas próprias histórias, não cabendo sempre às pessoas cis tratarem de realidades que não são as suas, que não conhecem ou experienciaram. Portanto, é preciso mudar a realidade e não apenas tratar dela em trabalhos académicos.

### 4.3 Estrangeiros

A palavra «estrangeiro» advém do latim *xtranĕus*, que significa estranho, de fora. Assim denominamos aqueles ou aquilo que pertence a outro local, outro país, e que tratamos como estranho ou diferente diante de nós e da nossa cultura.

A percepção de estranheza do outro traz consigo distanciamento e até mesmo o reconhecimento como inimigo, principalmente quando analisamos a figura do imigrante. Ressaltamos as diferenças entre tipos de estrangeiros em um território nacional. Há aqueles que são transitórios e os que são imigrantes com o objetivo de trabalhar ou estudar em país diferente do natal, por exemplo.

Os imigrantes são, por inúmeras vezes, considerados uma ameaça a uma identidade, tratados com rivalidade diante da ideia de impossibilidade de pertencimento àquela sociedade. A ideia de que estes são inimigos não permite que se integrem ou tenham acesso a oportunidades. O entendimento geral tende a unir a figura do imigrante ao mundo do crime, isto com base na intolerância e desconhecimento do outro, sempre com o incentivo dos média que criam uma imagem deturpada e negativa dos recém chegados<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> BENEVIDES, Bruna [et. al] – Op. Cit. p. 13.

<sup>277</sup> FERREIRA, Guilherme Gomes – Op. Cit. p. 9.

<sup>278</sup> GUIA, Maria João – Imigração e Criminalidade Violenta: mosaico da reclusão em Portugal. Lisboa: SEF, 2010. p. 19.

Apesar da costumeira conexão entre imigrantes e a criminalidade, não é possível afirmar que estes, única e exclusivamente pela condição de não nacional, são mais propensos ao cometimento de delitos. A ligação do imigrante e do crime passa por fatores económicos, de acesso à justiça e oportunidades, enfim, de exclusão<sup>279</sup>.

Neste sentido, a seletividade penal contribui muito para o grande aparecimento de cidadãos estrangeiros nos sistemas penais, visto que a partir desta há maior criminalização destas figuras.

Ao observar dados do sistema penal português podemos perceber uma sobrerrepresentação de estrangeiros no número de condenados e encarcerados, sem que haja maior cometimento de crimes por parte destas pessoas.

A maioria dos reclusos estrangeiros em Portugal são de origem africana, tendo especial destaque os países de língua oficial portuguesa de maneira geral. Através dos dados disponibilizados pela DGRSP relativos ao ano de 2019, podemos concluir que 15,4% da população reclusa não é nacional portuguesa. Destes, 13,8% são homens e 1,6% são mulheres. A divisão por nacionalidades é de 49,4% de reclusos provenientes de países africanos, sendo 27,2% de cabo-verdianos, enquanto que os países da América Latina representam 25,1% dos reclusos estrangeiros, tocando ao Brasil 20,4% destes. No que tange aos presos europeus, é a Roménia que possui maior destaque com 7,1%, seguida da vizinha Espanha.

As principais nacionalidades dos reclusos são as mesmas que possuem maior força na imigração portuguesa, em relatório divulgado pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. Em 2018, os brasileiros compunham 21,9% do total de imigrantes legais no país, enquanto que Cabo Verde perfazia 7,2% e Roménia 6,4%.<sup>280</sup>

A situação é ainda mais alarmante quando percebemos a quantidade de reclusos estrangeiros que estão presos preventivamente, maneira com que analisamos que o número dos que se encontram nesta situação jurídica quase dobra em termos de percentagem, visto que passam a ser 28,62% do total de reclusos em prisão preventiva. No caso feminino, as estrangeiras são 44,23% das presas preventivas e as brasileiras são a maioria delas, 60 num universo de 96 não nacionais.

---

<sup>279</sup> Idem. p. 31.

<sup>280</sup> Relatório de Imigrações, Fronteiras e Asilo 2018. Oeiras: SEF, 2019. Disponível em: <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2018.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2021.

Assim, surge necessariamente a pergunta sobre de quais são os fundamentos jurídicos para que os não nacionais tenham prisões preventivas determinadas nesta proporção: será que o risco de fuga é suficiente para fundamentar estas decisões? Não existem outros meios para evitar a saída do país senão a que deveria ser a última ratio?

No caso brasileiro, em dezembro de 2020, 2209 presos eram estrangeiros, a configurar 0,33% da população reclusa ao ter em consideração que o total desta era de 668.135 pessoas. O continente americano é o que tem mais nacionais reclusos no sistema brasileiro, somando 1578 reclusos, sendo a Venezuela o país natal de 364 presos e com maior representatividade neste contexto. É seguida pela Bolívia com 292 reclusos, enquanto que o Paraguai tem 254 e a Colômbia 231 nacionais presos no Brasil. Portanto, os latino-americanos correspondem a 71,43% da população presa estrangeira, cabendo ao continente africano 19% do total.

Não é de hoje que os latino-americanos são os estrangeiros que mais sofrem privação de liberdade no Brasil, contudo há uma mudança nos últimos anos na procedência destes, pois antes os bolivianos eram a maioria dos presos não nacionais. Muitos venezuelanos emigraram, diante das condições políticas e económicas que seu país atravessa, e o Brasil foi o país escolhido por muitos diante da proximidade fronteiriça com Roraima, sendo este estado aonde se encontram a maior parte dos reclusos venezuelanos no território brasileiro.

Ainda cabe a São Paulo a primeira posição no estado em que estão a maioria dos estrangeiros presos (747), muitos destes são estrangeiros transitórios privados de liberdade devido ao crime de tráfico de entorpecentes, situação em que foram presos em Guarulhos, no principal aeroporto do país e que muitas vezes funciona como rota do tráfico internacional de drogas proveniente de países latino-americanos que possuem histórico de produção de substâncias que servem como matéria-prima da cocaína<sup>281</sup>. No que se refere aos detidos pelo crime de tráfico de drogas, a sua maioria serve como «mula», modo a estar pelo país de passagem, sem que tenha qualquer tipo de relação social, cultural ou familiar no ambiente em que foi detido<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> MACHADO, Vítor Gonçalves; RIBEIRO NETO, Pedro Machado – Presos Estrangeiros no Brasil e a Seletividade Penal. Revista Derecho y Cambio Social, nº 35, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472796>. Acesso em 30 de agosto de 2021. p. 11.

<sup>282</sup> MORAES, Ana Luísa Zago de – Assistência Transdisciplinar aos Presos Estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, 2013, (p. 429 – 462). Disponível [https://www.academia.edu/11244688/Assist%C3%Aancia\\_transdisciplinar\\_aos0\\_presos\\_estrangeiros\\_uma\\_abordagem\\_pr%C3%A1tica\\_com\\_base\\_na\\_experi%C3%Aancia\\_da\\_Defensoria\\_P%C3%BAblica\\_da\\_Uni%C3%A3o\\_em\\_S%C3%A3o\\_Paulo](https://www.academia.edu/11244688/Assist%C3%Aancia_transdisciplinar_aos0_presos_estrangeiros_uma_abordagem_pr%C3%A1tica_com_base_na_experi%C3%Aancia_da_Defensoria_P%C3%BAblica_da_Uni%C3%A3o_em_S%C3%A3o_Paulo). Acesso em 13 de setembro de 2021. p. 432.

Ao considerar a totalidade dos estrangeiros reclusos em Portugal no ano de 2011, Maria João Guia e João Pedroso constataram que 39,9% destes encontravam-se detidos por crimes relativos a estupefacientes, percentagem superior ao número de portugueses presos pelo mesmo, o que elucida o protagonismo da questão dos entorpecentes quando tratamos de criminalização e reinserção de não nacionais<sup>283</sup>.

A diferenciação entre estrangeiros transitórios e imigrantes é essencial para o entendimento da situação criminológica que se encontram. O debate sobre as condições de privação de liberdade e possibilidade de ressocialização se diferenciam entre estas duas vertentes de estrangeiros. As necessidades são específicas, tendo-se em consideração questões primordiais como a localização dos estabelecimentos prisionais e a essencialidade de existirem EP próprios para esta população; a pena acessória de expulsão; e a importância do território no cumprimento da pena privativa de liberdade no que diz respeito ao objetivo ressocializador.

Como já referenciado, a maior parte dos reclusos estrangeiros que se encontram no Brasil estão em São Paulo, enquanto que em Portugal situam-se em Lisboa, em comum que são as maiores cidades de cada um dos países de forma a serem as mais atrativas para migrantes e transeuntes.

No caso brasileiro, há em Itaí, São Paulo, estabelecimento prisional destinado apenas a presos estrangeiros, o que proporciona maior enfrentamento de questões que costumam ser objeto de reclamação por parte de presos estrangeiros, como as dificuldades de comunicação diante das diferenças linguísticas. As vantagens deste tipo de estabelecimento estão no maior preparo dos funcionários que acabam por aprender, na prática, a lidar melhor com as diversidades comunicacionais, culturais e religiosas e também numa infraestrutura mais agregadora, a partir da existência de uma biblioteca com livros em variadas línguas, por exemplo<sup>284</sup>.

Ressalta-se que não deve haver obrigatoriedade na reclusão de estrangeiros nos EP como o de Itaí, visto que quando se trata de imigrante, este já possui relação afetiva e cultural com o país em que se estabeleceu, devendo cumprir pena o mais próximo possível de sua

---

<sup>283</sup> GUIA, Maria João; PEDROSO, João – Imigração e Crime Violento: um olhar a partir de reclusos condenados in Revista de Ciências Sociais Configurações, 2015, (p. 25 – 40). Disponível em: <https://journals.openedition.org/configuracoes/2833>. Acesso em 13 de setembro de 2021. p. 36.

<sup>284</sup> Conferir MORAES, Ana Luísa Zago de – Do Crescimento das Migrações às Prisões Exclusivas Para Estrangeiros no Brasil. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/33.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

família e seu local de habitação, portanto, encontra-se aqui clara diferenciação a ser feita entre estrangeiros transitórios e imigrantes, objetivando o melhor para o recluso.

Dentre as principais adversidades vivenciadas pelos pesos não nacionais estão a comunicação, a discriminação, as objeções ao acesso de benefícios da execução, a falta de visitação e de assistência consular, além da «tradicional» falta de saúde, higiene, segurança, trabalho e educação. A inexistência de tradutores ou aula de línguas para funcionários, assim como a omissão quanto ao ensino da língua portuguesa são fatores extremamente excludentes e que limitam o acesso a direitos e à dignidade, sem que reclusos consigam pedir ajuda, se expressar ou informar.

A participação do órgão consular demonstra-se essencial, visto que é através deste que os reclusos estrangeiros podem valer-se de direitos e proteção. Os consulados podem proporcionar assistência material, interceder para simplificar e promover o contato com a família, fornecer o necessário para garantir saídas temporárias, auxiliar na transferência dos reclusos à sua terra natal, além de extrema importância no suporte a egressos do sistema penal que não foram condenados a pena de expulsão e poderão, nos casos cabíveis, requerer sua legalização frente ao órgão de migração<sup>285 286</sup>.

Relações interpessoais e sua relevância na promoção de ressocialização já foram evidenciadas diversas vezes. É impossível não reconhecer que estrangeiros reclusos que estão distantes de seus laços afetivos sofrem ainda mais com o sentimento de abandono e solidão e precisam lidar com mais dificuldades comunicacionais diante da distância, por isso a necessidade de o consulado ajudar a promover esta aproximação com entes queridos nem que seja por visar o cumprimento do objetivo ressocializador da pena.

---

<sup>285</sup> Idem. p. 4 a 6.

<sup>286</sup> O artigo 36, item 1, alíneas “b” e “c” da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1963, sendo Decreto-Lei nº 183/72 em Portugal e Decreto-Lei nº 61.078/1967 no Brasil, afirma: *Comunicação com os nacionais do Estado que envia*: 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: [...] b) Se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado recetor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo. c) os funcionários consulares terão direito a visitar o nacional do Estado que envia que esteja encarcerado, preso preventivamente ou detido de qualquer outra maneira, conversar e corresponder-se com ele e providenciar quanto à sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar o nacional do Estado que envia que, na sua área de jurisdição, esteja encarcerado ou detido em execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso preventivamente ou detido de qualquer outra maneira sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

As saídas temporárias para estrangeiros transitórios dependem muito dos consulados para serem autorizadas, pois se o recluso não tem para onde ir ou condições financeiras para a saída não faz sentido que sejam permitidas. Cabe, portanto, ao consulado assegurar essas condições visando a efetivação de direitos daquele preso e a sua reintegração social. O indeferimento destas medidas da execução são uma forma de discriminação e de cercear direitos que deveriam ser de todos, visto que a execução penal deve garantir equidade entre todos os reclusos, sejam eles nacionais ou não.

É neste sentido de igualdade que se deve promover o respeito a diferentes religiões dentro do sistema penitenciário, visto que as Constituições portuguesa e brasileira garantem a liberdade de crença. Assim, os meios prisionais devem se adaptar à diversidade religiosa afim de promover liberdade. Um exemplo é a situação de presos muçulmanos que possuem diferentes questões e rituais que devem ser reconhecidos, como enunciado em cartilha da Defensoria Pública da União em São Paulo, que esclarece que esses reclusos não se alimentam de carne de porco; que devem jejuar no mês do Ramadan; que devem ter acesso ao Corão; assim como as reclusas muçulmanas devem estar completamente vestidas, exceto rosto e mãos, perante outros homens e mulheres; dentre outras condutas exigidas por sua crença. Evidencia-se que é necessário o respeito aos direitos humanos para que se possa enxergar a possibilidade de ressocialização. Não é a partir de opressão e discriminação que se poderá visar melhorias, por isso a importância de conscientizar os funcionários da área penitenciária sobre os direitos e deveres de determinados reclusos.

Outras especificidades de presos estrangeiros se entremeiam com sua ressocialização, sendo elas as especificidades na progressão de regimes, a pena acessória de expulsão e a possibilidade de cumprimento de pena no país de origem.

Em anterior contexto discriminatório, no Brasil, os reclusos não nacionais tinham direitos da execução penal cerceados, como a concessão de benefícios de progressão de regime que diversas vezes eram negadas por condições relacionadas ao contexto de ser estrangeiro. As argumentações dadas pelos Tribunais para justificar a negativa eram, no geral, que o recluso aguardava expulsão do território nacional; a maior possibilidade de fuga diante da falta de vínculos com a sociedade brasileira; e a validade do artigo 1.º do Decreto n.º 4.864/42 que proibia a concessão a estrangeiros temporários. Sentido em que a punição parecia ser direcionada ao que a pessoa é e não ao fato cometido.

Os tribunais superiores, Supremo Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal, mais recentemente, mudaram a interpretação sobre o tema e passaram a decidir de maneira diversa, afim de conceder a progressão de regime com base nos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena<sup>287</sup>. Este entendimento é consolidado pela Lei de Migração que afirma que o estrangeiro terá direito a quaisquer benefícios concedidos a nacionais brasileiros, tendo em consideração a igualdade de condições devida<sup>288</sup>.

Conceber que um preso cumpra uma pena sem ter direito à sua progressão é ignorar o princípio da individualização da pena, à igualdade entre nacionais e não nacionais determinada nas Constituições em voga, e desconsiderar a finalidade da ressocialização, já que são benefícios que visam a paulatina reintegração social do recluso.

Por sua vez, a pena acessória de expulsão é prevista em Portugal. No Brasil é denominada de expulsão, sendo uma medida administrativa aplicada a estrangeiros que cometem crime no país, conforme estipulado pelo artigo 54 da Lei 13.445/2017, de forma que este é retirado compulsoriamente do território e impedido de reingressar por tempo determinado. Em ambos os países o recluso será expulso do país em que se encontra e encaminhado ao seu Estado de origem. Em Portugal, a pena acessória de expulsão pode dar-se a partir do cumprimento de metade da pena quando se tratar de condenação inferior ou igual a cinco anos<sup>289</sup> ou do cumprimento de dois terços quando se tratar de condenação superior a 5 anos de reclusão.

Em inúmeros casos, a expulsão ocorre apenas no fim da pena, o que configura uma pena de caráter apenas retributivo, pois não há intenção de reinserir o recluso naquela determinada sociedade. Neste sentido, Ana Luísa Zago de Moraes defende que “o estrangeiro, no final do cumprimento da pena, não é reintegrado à sociedade, mas dela retirado

---

<sup>287</sup> STF. HC 97.147. 2ª Turma. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Julgado em 04 de agosto de 2009.  
STJ. HC 217149. 6ª Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 16 de agosto de 2012.  
STJ. HC 186490. 6ª Turma. Relator Ministra Maria Thereza A. Moura. Julgado em 15 de dezembro de 2011.

<sup>288</sup> Artigo 54, parágrafo 3º da Lei 13.445/2017: O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

<sup>289</sup> Artigo 151, nº 5 da Lei nº 23/2007: O juiz de execução de penas pode, sob proposta fundamentada do diretor do estabelecimento prisional, e sem oposição do condenado, decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão logo que cumprido um terço da pena, nos casos de condenação em pena igual ou inferior a cinco anos de prisão e desde que esteja assegurado o cumprimento do remanescente da pena no país de destino.

compulsoriamente, motivo pelo qual não há razoabilidade na execução de um cidadão não nacional”<sup>290</sup>.

Ao considerar que há maior chance de ressocialização quando o cumprimento da pena ocorre em território em que o recluso possui melhores condições de encarceramento, sofre menos discriminações, tem relações afetivas e familiares, além de vínculos sociais e culturais é que se defende a alternativa da transferência.

A transferência significa a possibilidade do estrangeiro, que já tem a sua sentença transitada em julgado, perfazer o restante da pena aplicada no país de sua nacionalidade ou anterior residência. Este é um mecanismo de cooperação penal internacional que possui natureza humanitária, já que visa promover a aproximação do recluso com a sua família e seus valores culturais e sociais originários. Existem duas modalidades deste mecanismo, passiva e ativa. A depender da posição em que Portugal/Brasil está, a primeira configura-se quando um cidadão se encontra preso em outro país e é enviado para território português/brasileiro e a segunda quando um estrangeiro condenado em um dos países em causa é enviado para terminar de cumprir sua pena no âmbito da sua própria sociedade.

Para que a transferência possa acontecer é necessário que exista tratado bilateral ou multilateral entre os Estados envolvidos. Qualquer destes pode solicitar a transferência e, na maior parte dos ordenamentos, é essencial o consentimento do recluso assim como necessário que o ato praticado seja considerado crime nos dois territórios e que ainda haja pelo menos seis meses de pena por cumprir.

Além da transferência como caminho para se alcançar a ressocialização, outros fatores são relevantes, de forma que pensar as especificidades deste grupo é essencial para o desenvolvimento de medidas que possam promover melhorias e garantias de direitos.

A seletividade penal relaciona-se diretamente com a figura estrangeira. No caso de imigrantes, há a possibilidade de que a discriminação faça com que estes tenham mais prisões preventivas decretadas e penas mais altas. É complexo afirmar, sem dados empíricos, que a maior severidade se dê apenas por discriminação e não por variantes legalmente relevantes, como antecedentes criminais. De qualquer forma, a partir de estudos portugueses, é sim possível afirmar que os estrangeiros têm a prisão preventiva decretada mais amplamente e

---

<sup>290</sup> MORAES, Ana Luísa Zago de – Política Criminal versus Política Migratória: um debate incipiente no Brasil. Revista da Defensoria Pública da União: Brasília, 2014, (p. 33 – 54). Disponível em: <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/116>. Acesso em 14 de setembro de 2021. p. 48,



que são condenados a penas mais extensas que os nacionais do país e que o estrangeirismo é “uma variável com capacidade preditiva” na decretação destas<sup>291</sup>.

Nas palavras de Maria João Guia e João Pedroso:

“Verifica-se ainda uma sobrerrepresentação de reclusos não nacionais nas prisões e uma quase convergência de opiniões no que concerne a uma maior vulnerabilidade, desigualdade, pobreza, desestruturação familiar e social, carência económica, desigualdade no acesso à justiça e discriminação subtil por parte do sistema judiciário relativamente aos agressores não nacionais”<sup>292</sup>.

Assim, correlaciona-se a imigração com vulnerabilidade económica e social, que, por sua vez, leva à sobrerrepresentação estrangeira nos estabelecimentos prisionais portugueses. A discriminação mantém seu protagonismo, seja como participante da decisão judicial diante da discricionariedade do magistrado, seja como determinadora da posição social do imigrante na sociedade portuguesa.

Por isso, das principais medidas a serem tomadas em relação à possibilidade de ressocialização de imigrantes está a oferta de oportunidades, a promoção de igualdade social e económica e a conscientização da sociedade afim de promover inclusão.

Ademais cabem iniciativas como a promoção de trabalho coletivo entre instituições estatais portuguesas e brasileiras, como a DGRSP e Defensorias Públicas, e consulados, principalmente quando se trata de estrangeiros transitórios reclusos no sentido de debater o problema destes e garantir direitos.

É igualmente preciso que haja registo pormenorizado dos reclusos, visto que faltam dados em Portugal e no Brasil sobre os estrangeiros encarcerados, se estes são transitórios ou imigrantes, se têm domínio da língua portuguesa, *etc.* A conexão de dados de diferentes organismos é importante para que se consiga criar verdadeiras estatísticas e basear estudos. Apenas a partir da melhoria do retrato da população carcerária é possível pensar soluções, pois é necessário que se conheça quem se quer ressocializar.

Enfim, ressaltamos a essencialidade da promoção de conhecimento na área do sistema prisional, o reconhecimento das especificidades de cada uma das minorias que ali se

---

<sup>291</sup> FONSECA, Graça – Percursos Estrangeiros no Sistema de Justiça Penal. Lisboa: Observatório da Imigração, nº 43, 2010. Disponível em: [https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/OI\\_43.pdf/6edc8294-6a57-441c-a125-daa9ee88b8f1](https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/OI_43.pdf/6edc8294-6a57-441c-a125-daa9ee88b8f1). Acesso em 14 de setembro de 2021. p. 209.

<sup>292</sup> GUIA, Maria João; PEDROSO, João – Op. Cit. p. 32.

encontram para que se possa traçar metas reais de mudança baseadas no diálogo com a sociedade civil e demais poderes.

## 5. REFLEXÕES FINAIS

No início de uma pesquisa sentimos a falsa sensação que temos inúmeras certezas e que a busca de teorias e dados será necessária apenas para comprovar aquilo que já tínhamos em mente. Ao longo do desenvolvimento de um trabalho como este, percebemos o quanto, afinal, estávamos errados e como parecem surgir cada vez mais e mais dúvidas, até mesmo em relação àquilo que tínhamos como certeza.

Como a concepção da ressocialização como finalidade da pena era clara, parecia que íamos «apenas» constatar os meios pelos quais ela era complexa diante do panorama carcerário português e brasileiro e como através de dados estatísticos e relatos sobre os sistemas prisionais poderíamos facilmente afirmar a dificuldade de qualquer indivíduo recluso se reinserir socialmente. As «surpresas» foram no sentido da descoberta das diferentes interpretações para ressocialização, a possibilidade de enxergá-la por diferentes ângulos e perceber que para pensá-la temos que entender a sua essência.

Assim, sem pretensões de exaurimento dos temas, tratámos aqui de concepções diferentes sobre a ressocialização que encontramos, refletimos e até concordámos durante o percurso, além de meios e anseios que apareceram na doutrina como forma de alcançar respostas e caminhos de mudança.

A ressocialização é entendida como direito fundamental do preso por Rodrigo Moraes de Oliveira, este não a reconhece como fundamento da pena. Com base no ordenamento jurídico brasileiro, o autor afirma que a Constituição Federal não determinou explicitamente quais finalidades das penas adotara, e anteriormente, os países membros da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos reconheceram como direitos humanos a ressocialização.

O que parece ser essencial para Rodrigo Moraes de Oliveira é que a ressocialização é uma “meta que o Estado tem a obrigação de perseguir/proporcionar aos presos em cumprimento de pena, mas que não implica tratamentos impositivos a eles”<sup>293</sup>.

Desta maneira, é dever do Estado promover meios para que o preso possa se ressocializar, caso este assim queira. Cabe, pois, ao recluso, a decisão de deixar de delinquir e adotar comportamentos socialmente aprovados. É direito do preso ter acesso a

---

<sup>293</sup> OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – Op. Cit. p. 256.

oportunidades de ressocialização, como também é seu direito ter e manter a sua personalidade.

O defendido por este conceito de direito fundamental à ressocialização não é distante de diferentes ideias apresentadas até aqui, contudo traz a ressocialização resinificada ao entende-la como direito do recluso e dever do Estado. Destarte, a ressocialização é uma oportunidade de mudança para quem sofre a pena.

Já Luís Carlos Valois, juiz da vara de execuções do Estado do Amazonas e autor de diferentes obras com a temática da execução penal, defende que a ressocialização é vista de forma equivocada, pois, por vezes, é utilizada como justificativa para a aplicação de maior severidade nas penas.

O autor afirma:

“Sendo a ressocialização um termo vago, sem conteúdo jurídico, não pode compor nem a finalidade da pena abstratamente considerada, nem a aplicação da pena imposta na sentença, pois momento do corolário *nulla poena sine iudicio*, não podendo muito menos servir de parâmetro para o julgamento dos direitos inerentes à execução penal, tudo isso sob pena de se estar ferindo de morte a certeza necessária do princípio da legalidade”<sup>294</sup>.

Desta forma, defende que o termo ressocialização é usado afim de, simultaneamente, esconder e demonstrar sentimentos negativos do judiciário. Tendo em consideração o princípio da legalidade, cabe ao magistrado fundamentar a sua decisão sobre a individualização da pena, de modo a deixar claro os motivos que o levaram a determinar o quantum de pena e sobre o regime em que esta deverá ser cumprida.

Ao decidir sobre o regime de cumprimento da pena, o julgador deverá seguir os critérios determinados no artigo 59 do Código Penal brasileiro conjuntamente com o artigo 33 do mesmo código que estabelece critérios para a aplicação do regime fechado, semiaberto

---

<sup>294</sup> VALOIS, Luís Carlos – Conflito Entre Ressocialização e Princípio da Legalidade Pena. p. 119.

e aberto<sup>295</sup> <sup>296</sup>. Frisa-se que o modo de cumprimento da pena revela-se como qualidade da mesma, sendo tão importante quanto a quantidade dela, maneira que sua fundamentação se revela essencial.

A partir de breve pesquisa de decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, encontramos diferentes acórdãos que pautavam a determinação do regime inicial mais rígido de cumprimento de pena também na ressocialização do condenado. Isto porque apesar de descrever outros fatores que consideravam importantes na aplicação do regime mais gravoso, traziam para o tema da ressocialização como uma das justificativas. Assim podemos observar na seguinte decisão:

“Em relação ao regime, deve ser salientado que o crime praticado com o emprego da arma de fogo demonstra que o roubador está apto e pronto a atirar, transbordando o bem juridicamente tutelado, o patrimônio, para alcançar a incolumidade física ou mesmo a real periclitación da vida humana, seja no que concerne diretamente à pessoa lesada ou eventuais passantes no entorno. Inobstante isto, o fato de que o efeito intimidativo em relação à vítima já havia sido alcançado pela surpresa e pela própria superioridade numérica, haja vista que eram dois os roubadores, demonstrando, assim, que o regime fechado é o único capaz de oferecer resposta recíproca aos fatos e suficiente à consecução dos objetivos da pena, inclusive no que concerne a sua verve pedagógica, com vistas a uma futura ressocialização dos condenados, a teor, também, do que prevê a Súmula 381, deste E. TJERJ.”(TJRJ, 8ª Câmara Criminal, Apelação nº 0039526-75.2019.0204. Desembargador Relator Gilmar Augusto Teixeira, decisão unânime, julgado em 27.10.2021)

Destarte, a decisão pela manutenção do regime fechado baseia-se no entendimento de que somente este poderá promover a ressocialização dos condenados, o que é alarmante no que concerne à desconexão desta argumentação com a realidade atual do sistema carcerário carioca. A súmula 719 do STF afirma que “a imposição do regime de cumprimento

---

<sup>295</sup> Artigo 33 do Código Penal brasileiro - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. Parágrafo 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4(quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Parágrafo 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

<sup>296</sup> O ordenamento jurídico português possui dispositivos similares, vide artigos 40.º, 70.º e 71.º do Código Penal.

mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”, contudo, o uso da ressocialização como fundamentação parece incoerente, pois ignora a verdade vivida pelos reclusos.

O que seria necessário para garantir o princípio da legalidade é utilizado como forma de esvaziá-lo. Basear a determinação da pena em conceitos incertos como a ressocialização, considerando que se trata de um termo que muda conforme o entendimento de cada um, é ir contra tal preceito.

Luís Carlos Valois, fundado nestas constatações, sustenta a exclusão do vocábulo ressocialização da esfera jurídica, tendo em consideração as diferentes possibilidades de interpretação do seu conteúdo. Maneira com que passa a defender que a atividade jurisdicional e a aplicação da pena devem ser baseadas na dignidade da pessoa humana em vez de no ideal ressocializador. Para o magistrado, seria difícil que se justificasse com a dignidade da pessoa humana uma pena maior ou um regime de cumprimento mais rigoroso, por não ser um termo ambíguo como a ressocialização, não seria capaz de camuflar como decisão humana a que só visa martirizar o sujeito<sup>297</sup>.

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro causaria menos equívocos que o ideal ressocializador, sendo alternativa satisfatória para cumprir a humanização da pena inicialmente proposta pela prevenção especial positiva. Além disso, é mais fácil verificá-la na prática, pois identificar se uma conduta ou condição é ressocializadora é mais complexo do que perceber se é digna ou não. Ao considerar os sistemas prisionais aqui referidos parece obvio que em inúmeros momentos estes são completamente contrários a qualquer entendimento de dignidade da pessoa humana, sem que haja qualquer fresta para interpretações.

Por fim, há a afirmativa de que a ressocialização é oposta à legalidade devido à sua ambiguidade, enquanto que para alcançar uma execução penal menos desumana é necessária alguma legalidade<sup>298</sup>.

Mais uma vez, ao considerar vocábulos e seus conteúdos, adentramos no que Alessandro Baratta definiu como reintegração social. O autor concebeu a reintegração não como algo ligado apenas ao preso, mas a conceituou na relação deste com a sociedade, na

---

<sup>297</sup> Idem. p. 237.

<sup>298</sup> Idem. p. 242.

relação entre estabelecimentos prisionais e a comunidade<sup>299</sup>. Há o abandono da concepção tradicional de ressocialização focada no indivíduo para entender a questão como sistêmica.

Nesta perspectiva, a participação e comprometimento da sociedade são fundamentais, de forma que esta deixa de ser apenas espectadora do sistema carcerário para fazer parte deste. Retira-se do preso a figura que precisa de tratamento ou ser corrigida, promovendo a desconstrução do pressuposto de sua inferioridade existente na ressocialização, mais uma vez afirmando-o como sujeito e não objeto. A «nova função» da comunidade promoveria a abertura do cárcere para a sociedade, assim como esta também estaria mais aberta para receber seus delinquentes.

O diferente entendimento sobre a dinâmica do aprisionamento tem o objetivo de promover integração e humanizar a pena, mas a reintegração social jamais deve ter dimensão de fundamento da pena, em momento algum poderá justificar o mal que é a pena de prisão. Para evidenciar esta posição, Baratta argumenta que a reintegração deve se dar «apesar do» cárcere, ou seja, precisa ser buscada em todas as esferas da sociedade e não só na área criminal, para que assim se encerrem as vulnerabilidades que geraram a atividade criminosa.

Em crítica a esta formulação de reintegração social, Valois defende que por se tratar de um vocábulo de conteúdo amplo, há a possibilidade de acontecer o mesmo que se passou com a ressocialização, que foi usada como justificativa das mais diversas decisões. Além disso, é inegável que na esfera jurídica e ainda mais na social, reintegração é utilizada como sinônimo de ressocialização e reinserção social. O magistrado brasileiro não nega que qualquer forma de humanizar e trazer dignidade para as penas é válida e benéfica para os reclusos, porém acredita que é preciso ter cuidado para que esta não se transforme em mais uma justificativa da punição.

Para Valois a palavra reintegração social não é capaz de significar o diálogo, o respeito, a legitimidade, o significado de mudança e a humildade que a proposta de Baratta sustenta. Portanto, sugere que seja utilizado o vocábulo diálogo, justificando que apesar deste ser apenas um dos integrantes da reintegração seria capaz de, sempre que pronunciado, proporcionar uma avaliação do nível de legitimidade do sistema. Afirma ainda, que o teor naturalmente crítico da palavra traria consigo uma visão crítica do sistema<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> BARATTA, Alessandro – Op. Cit. p. 186 e seguintes.

<sup>300</sup> Idem. p 251.

O diálogo é essencial para a promoção de qualquer mudança pois tem em seu cerne a troca, a interação entre diferentes polos. Para que exista diálogo é preciso ter voz, para trocar é preciso ser ouvido.

Ainda que não se dê à palavra «diálogo» a utilização anteriormente referida, é essencial que o entendamos como elemento estruturante de um cumprimento de pena digno, e que reflitamos sobre quais as possibilidades de configurarmos um diálogo com reclusos, por exemplo. Quais são as formas de expressão e reivindicação que há para quem vive em reclusão, não existe diálogo sem consciência política.

A consciência política revela-se no entendimento de que papel eu tenho na sociedade, quais as relações sociais e estereótipos acabam por me definir, a percepção do espaço social e político que integro, seja para conhecer meus direitos e os que me são negados. Apenas através da consciência política é que o sujeito pode realmente se expressar, entender e buscar mudanças.

É claro que consciência política não falta apenas ao recluso, falta aos membros do judiciário, aos trabalhadores dos estabelecimentos prisionais e a grande parte da sociedade. A soma de todos faz com que tenhamos sistemas prisionais brutais, porque não há visão crítica do que se vive e reproduz.

O diálogo precisa da consciência política para ser efetivo, enquanto que a democracia se estabelece no diálogo e nos parece que isso é escasso nos sistemas prisionais. É urgente que estes sejam mais democráticos e que sigam o estabelecido num Estado democrático de direito.

Os diferentes entenderes sobre ressocialização aqui refletidos carregam consigo o ideário humanitário que deve acompanhar e pertencer à pena. Não há maneira de pensar reclusão senão dentro de padrões humanitários e dignos. Não se pretende desmerecer as tão importantes conceitualizações, porém dentro das inúmeras maneiras de se pensar a pena de prisão sempre deve haver humanidade. O intuito do conceito de ressocialização no seu surgir era humanizar a pena, deixar de ver o recluso como objeto e passar a enxergá-lo como sujeito de direitos.

Alvino Augusto de Sá traz o debate de porquê buscar se reintegrar na sociedade, usando como base as obras “O futuro de uma ilusão” e “O mal-estar na Civilização” de Freud, onde percebeu a ideia de que o indivíduo instintivamente viveria para ter prazer e posteriormente para evitar a dor, sendo que com a repressão civilizadora esta ordem seria



invertida. Evitar o prazer em nome de normas sociais, reprimir seus mais intensos instintos em nome das regras civilizadoras, é algo que afeta a todos, mas os oprimidos são aqueles que não conseguem ter proveito dessas limitações, pois não há para si nada de bom em consequência, visto que não usufruem de bons empregos, boa moradia, conhecimento da cultura, da ciência, da arte e lazer. Para estes é ainda mais difícil absorver uma moralidade não repressiva, pois não têm acesso a meios de construí-los, como dinheiro, cultura, ciência, lazer, *etc.*, de forma que lhes resta apenas a moralidade repressiva que passa a ser seguida apenas como forma de evitar a dor e nunca de obter prazer.<sup>301</sup>

São os oprimidos os indivíduos mais propensos a sofrerem o processo criminalizador, sua vulnerabilidade os leva para a criminalização. Ao absorver escritos de Freud e Zaffaroni, Alvino Augusto de Sá conclui:

(...) o caminho do crime é o caminho daqueles a quem não foi dado o direito de participar da “assembleia dos homens”, de se “apossar interiormente” de suas normas e, portanto, de se fortalecer perante elas, ficando então sujeitos ao jugo dessas normas e, em função disso, vulneráveis às mesmas, restando-lhes unicamente, como consolo, a ilusão de que um dia participarão da mesa farta de seus senhores”<sup>302</sup>.

Deste modo, é preciso equacionar a responsabilidade do nosso contrato social na seletividade penal produzida, não em sentido de apenas lavrar críticas, mas de buscar soluções e considerar que não podemos apenas idealizar formas de reinserção numa sociedade totalmente excludente. É preciso pensar o fenômeno criminológico desde sua origem, as motivações que geram o encarceramento em massa no Brasil hoje, assim como o alto número de reclusos em Portugal quando este é dos países mais seguros do mundo.

Em meio a essas críticas à realidade social e aos sistemas penais português e brasileiro e na necessidade de se tecer alternativas, encontramos com o abolicionismo penal. Anteriormente já afirmamos entender que este não é passível de execução no momento em que nos encontramos, afinal caminhamos mais para o agravar das sanções penais do que para a diminuição das mesmas. O que não significa que não concordemos com diversas afirmações de correntes do abolicionismo e que não tiremos dessas algumas formas de enxergar o que queremos do sistema.

---

<sup>301</sup> SÁ, Alvino Augusto de – Criminologia Clínica e Psicologia Criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 146 e seguintes.

<sup>302</sup> Idem. p. 153.

Elucidar, aqui, brevemente, o pensamento de dois importantíssimos autores do abolicionismo penal, Hulsman e Nils Christie, é forma de demonstrar que acreditamos numa construção menos penal da sociedade e que confiamos que a justiça restaurativa é um bom caminho a se pensar e percorrer.

O abolicionismo penal não concorda com a punição como meio resolutório de conflitos sociais, é contrário à lei penal ser a principal forma de controle social, acreditando que o sistema penal apenas reproduz seletividade e estigmatização. Apesar de uma visão extremamente negativa do sistema penal, os autores supramencionados também propuseram positivas medidas alternativas à punição.

Hulsman defendia a total extinção do sistema penal, visto que este era mais um problema do que solução diante da sua impossibilidade de promover qualquer ressocialização do apenado. Para o autor, era necessário eliminar os vocábulos comuns do direito penal (crime, criminoso, política criminal) e passar a enxergar a realidade com outros olhos, afinal o conceito de crime é uma construção social. Um fator demasiado incomodativo para ele era o fato de as partes envolvidas no conflito não possuírem voz efetiva no procedimento penal e que a resolução de cada situação deveria ser dada com base no caso concreto, e por isso, as situações conflituosas têm apenas uma resposta jurídico-penal, mas não uma resolução efetiva, sem que dê aos envolvidos a verdadeira resolução. Em resumo, Hulsman defende o fim do sistema penal e a implementação de formas descentralizadas de administração de conflitos; o envolvimento do agressor e da vítima na resposta à questão, de forma que sejam ouvidos e satisfaçam seus interesses.<sup>303</sup>

Nils Christie, por sua vez, não defende a extinção completa do sistema penal, pois acredita que em alguns casos extremos este continuará sendo a única forma de lidar com o delito. Ao mesmo tempo afirma que em caso de dúvida ou de outra possibilidade menos dolorosa de resolução o meio penal será afastado. Esta compreensão foi denominada de abolicionismo minimalista. Para este autor devem ser constituídos tribunais comunitários, trazendo a vítima para o centro da discussão através da sua participação ativa, assim, o poder resolutivo sai das mãos do estado e dos profissionais do sistema penal e vai para a comunidade em que os envolvidos no caso concreto estão inseridos. Há, por parte de Christie,

---

<sup>303</sup> Conferir ACHUTTI, Daniel – Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: v. 15, n. 1, p. 33-69, janeiro/junho 2014. Disponível em: file:///Users/user/Downloads/651-Texto%20do%20artigo-1776-1-10-20150929%20(1).pdf. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

uma crítica muito intensa sobre a dicotomia do direito penal, como se as opções existentes fossem apenas culpado/inocente, bom/mau, *etc.* Maneira que só se conseguiria analisar o ato como um fato isolado, como um “ponto no tempo”<sup>304</sup>, nunca como um processo ou com atenção às diferentes contribuições para que aquele fato ocorresse, por isso a presença da comunidade em que se insere o agressor é tão importante, são pessoas que conhecem aquela realidade e suas inúmeras influências<sup>305</sup>.

A frase que sintetiza bem o pensamento destes autores é: “olhar para alternativas à punição, e não punições alternativas”<sup>306</sup>.

A justiça restaurativa tem como base algumas dessas ideias, essencialmente, porque esta traz a vítima para centro e dá a ela destaque. Dá aos envolvidos a possibilidade de resolverem aquele conflito do melhor modo para eles, no sentido de o Estado devolver o conflito para os seus reais donos. Esta pode acontecer em alternativa ou complementaridade do sistema de justiça.

A materialização da justiça restaurativa se dá através do processo restaurativo, seja ele adicional ou não do sistema de justiça, formal ou informal, com maior ou menor participação das partes, e é composto por três pontos: princípios orientadores, participantes e facilitadores ou mediadores. Os princípios que o guiam são a voluntariedade, a confidencialidade e a imparcialidade. Sem a voluntariedade dos participantes é impossível que se alcance os objetivos desejados; a confidencialidade é imprescindível diante da probabilidade, mesmo que pequena, desta ser usada na esfera jurídica posteriormente (quando o processo restaurativo é complementar ao sistema de justiça, por exemplo); por fim, a imparcialidade refere-se aos terceiros que orientam o processo, impedindo que se posicionem a favor de qualquer dos envolvidos. Os participantes são vítima, ofensor e, a depender, a comunidade, principalmente quando tratamos de ações que não possuem uma vítima específica. Por sua vez, os facilitadores e mediadores são aqueles que direcionam o processo restaurativo, sendo os primeiros voluntários que participam por ter alguma ligação

---

<sup>304</sup> CHRISTIE, Nils - Images of Man in Modern Penal Law. In: Contemporary Crises (título atual: Crime, Law and Social Change), vol. 10, n. 1. Amsterdão: Elsevier, 1986. p. 96. Apud ACHUTTI, Daniel – Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: v. 15, n. 1, p. 33-69, janeiro/junho 2014. p. 47.

<sup>305</sup> Conferir ACHUTTI, Daniel – Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: v. 15, n. 1, p. 33-69, janeiro/junho 2014. Disponível em: file:///Users/user/Downloads/651-Texto%20do%20artigo-1776-1-10-20150929%20(1).pdf. Acesso em 19 de dezembro de 2021

<sup>306</sup> Idem, p. 45.

com comunidade em que se insere a situação conflituosa, enquanto os mediadores são profissionais que têm formação para atuar na mediação<sup>307</sup>.

Erróneo acreditar que a justiça restaurativa é mais fácil ou leve, esta é um ato de coragem até mesmo para o ofensor, visto que, por vezes, é mais difícil encontrar-se com quem causou mal do que com operadores do direito, pois é de fato ver o mal que fez e a dor que promoveu. O diálogo ocasionado por esta modalidade de resolução de conflitos é precioso e detém maior chance de promover mudanças na vida da vítima e do ofensor.

Assim, a justiça restaurativa pode e deve ser aplicada como meio de diminuir o encarceramento ou a reincidência, inclusive contribuindo para a diminuição da desigualdade social proporcionada pelo cumprimento de pena privativa de liberdade.

Ao longo deste trabalho fomos identificando falhas no sistema penal como um todo, seja na forma seletiva e estigmatizante com que atua o poder punitivo, seja no fracasso de tantos fins das penas. Essencialmente, a ressocialização que não é possível diante da realidade vivida hoje em Portugal e no Brasil. Reafirmamos em nós o entendimento de que a pena de prisão jamais poderá ser meio de resolução de conflitos sociais, jamais será promotora das verdadeiras transformações.

Obviamente precisamos de mudanças sociais, de diálogo e maior consciência política a fim de caminhar e concretizarmos uma sociedade mais justa. Ainda que não seja possível agora extinguir a pena de prisão, é absolutamente imprescindível que miremos nesse alvo e, simultaneamente, lutemos por um ambiente prisional legal e digno.

---

<sup>307</sup> REIS, Sónia Moreira – Justiça Restaurativa in: AMARO, Fausto; COSTA, Dália (coord.) – Criminologia e Reinserção Social. Lisboa: Pactor, 2019. p. 238 à 241.

## CONCLUSÃO

Ainda que a ressocialização a partir da pena de prisão fosse equacionável hoje, deixaria de ser debatível diante do funcionamento do sistema penal, repleto de seletividade e más condições.

O poder punitivo é extremamente seletivo, essencialmente racista, machista, homofóbico, transfóbico e xenófobo. Até ao momento, tem demonstrado a sua capacidade de marginalizar e estigmatizar ainda mais os que selecionou. As diferentes criminalizações perseguem e identificam sempre os mesmos sujeitos e depois que estes são abarcados passam a ter mais um estereótipo, o de ex-recluso, que, por sua vez, o leva para ainda mais distante do ideal da prevenção especial positiva.

Os meios de comunicação contribuem de forma fervorosa para a continuidade das estigmatizações. A população estimula e consome informações que parecem afastá-las do crime com o pensamento de que jamais passariam por aquela situação. A distância com que se enxerga o tema da reclusão se origina no sentimento de que nunca o cidadão de bem passaria por aquilo. Contudo, essa é apenas uma forma da comunidade se afastar e ignorar um conflito social que lhe pertence, sem pensar que no fim daquela pena o sujeito «mau» voltará para o convívio. Neste sentido, a reinserção social de condenado seria do interesse de todos.

A constatação do problema das finalidades das penas se faz necessário porque ele traduz que todas, de alguma forma, levam a autoritarismos. Em nome da prevenção geral não haveria limite do quantum de pena necessário para que as pessoas se intimidassem e não delinquissem, ou para que estas acreditassem mais no direito teríamos que criminalizar mais e mais? Na lógica de punir mais para evitar que outros crimes ocorram não há fim, principalmente quando, mais uma vez, os selecionados são sempre os mesmos. A finalidade ressocializadora, que é inicialmente vista como a opção mais humana, também pode ser utilizada de forma autoritária e contrária à sua essência quando utilizada como justificativa de regimes de cumprimento de pena mais rígidos, por exemplo.

Ao que tange as condições de encarceramento, é inaceitável que ao fim do processo, com a sentença condenatória, o apenado deixe de viver num sistema de garantias. A legalidade não pode vigorar apenas no plano processual, mas também no executório.

Sistemas que se encontram completamente fora da lei não devem ser aceitos em tempo algum.

A sobrelotação, a falta de condições estruturais, de higiene, de alimentação de qualidade, de saúde e de segurança, demonstram a não efetividade de direitos fundamentais no meio prisional. O cercear destes reflete o abandono da dignidade da pessoa humana nesta esfera, assim como a inexistência da efetividade do princípio da legalidade. O não cumprimento do estabelecido na Constituição e nas demais leis é característica violação do princípio da legalidade. Sem o efetivo reconhecimento da posição jurídica do recluso, ou seja, este como sujeito de direitos, não é plausível que se argumente pela reinserção social. Afinal, parece estranho que se proponha que alguém que tem seus direitos violados cotidianamente num estabelecimento prisional passe a respeitar, em liberdade, o ordenamento jurídico.

A falta de conexão da realidade com o que é determinado na lei e na sentença penal é assustadora, sendo por isso importante que pensemos a situação de maneira verdadeira, sabendo o que realmente se passa e tendo senso crítico para perceber inúmeras limitações do sistema e assim promover mudanças pertinentes.

A prisão vista como meio de melhora parece desaparecer diante da realidade carcerária cerceadora da mínima dignidade, principalmente quando observamos as especificidades de mulheres, transexuais e estrangeiros. Mulheres têm seus direitos de higiene, até mesmo menstruais, negados; transexuais sua identidade de gênero violada e falta de segurança; estrangeiros sem possibilidade de relação familiar e distantes de suas culturas. Esses são mínimos exemplos de questões específicas de cada um destes grupos, mas que lhes trazem extremo sofrimento no encarceramento, retirando-lhes liberdade e direitos básicos.

Além disso, falamos de minorias que passaram por diversos processos de exclusão e estigmatização ao longo de suas vidas numa sociedade desigual e preconceituosa. Se continuam a enfrentá-la ao longo do encarceramento será mais tarde possível, em liberdade, uma reinserção nesta mesma sociedade? A reintegração não é uma responsabilidade apenas do apenado, mas também do estado e da sociedade. A maneira com que se coloca a reincidência como culpa apenas do delinquente coloca sob suas costas toda a responsabilidade de ressocialização.

Por isso, a tamanha importância da consciência política e do diálogo, porque é através deles que se poderá construir uma sociedade e um meio de censura mais justos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel – Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo politico-criminal. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: v. 15, n. 1, p. 33-69, janeiro/junho 2014. Disponível em: [file:///Users/user/Downloads/651-Texto%20do%20artigo-1776-1-10-20150929%20\(1\).pdf](file:///Users/user/Downloads/651-Texto%20do%20artigo-1776-1-10-20150929%20(1).pdf). Acesso em 19 de dezembro de 2021.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Direito Prisional Português e Europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

AMARO, Fausto; COSTA, Dália (coord.) – Criminologia e Reinserção Social. Lisboa: Pactor, 2019

ANDRADE, José Carlos Vieira de – Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel – Mulheres Encarceradas por Tráfico de Drogas no Brasil: as diversas faces da violência contra a mulher. Disponível em: <http://andhep.org.br/anais/arquivos/1seminario/GT6.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2021

BARATTA, Alessandro – Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti – Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BECCARIA, Cesare – Dos Delitos e Das Penas. 1764. Edição Digital. disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html> à 10 de outubro de 2020.

BENEVIDES, Bruna [et. al] – Não Existe Cadeia Humanizada: estudo sobre a população LGBTI+ em privação de liberdade. Brasília, 2020. Livro eletrônico. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/39/N%C3%A3o%20existe%20cadeia%20humanizada%20nf.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2021.

BARROSO, Luís Roberto – O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves – Sistema de Penas: dogmática jurídica penal e política criminal. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002.

CAMPOS, Camen Hein de – Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

CANOTILHO, J.J Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza – Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo – O Encarceramento de Jovens Negros no Brasil: a decisiva contribuição do poder judiciário. Revista Faculdade de Direito UFMG, n.º 67, pp. 623 – 652. Belo Horizonte: 2015.

CARVALHO, Salo de – Penas e Garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CARVALHO, Salo de – Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Edição Digital.

CAVALCANTE, Murilo Simões; DIAS, Adriana Vieira – O Binarismo Sexual no Sistema Carcerário e a Questão dos Direitos dos Travestis e Transexuais presos. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: [https://www.academia.edu/5970329/O\\_binarismo\\_sexual\\_no\\_sistema\\_carcer%C3%A1rio\\_e\\_a\\_quest%C3%A3o\\_dos\\_direitos\\_dos\\_travestis\\_e\\_transexuais\\_presos](https://www.academia.edu/5970329/O_binarismo_sexual_no_sistema_carcer%C3%A1rio_e_a_quest%C3%A3o_dos_direitos_dos_travestis_e_transexuais_presos). Acesso em 10 de agosto de 2021.



COSTA, José de Faria – Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CUNHA, Manuela Ivone – Do Crime e do Castigo: temas e debates contemporâneos. Lisboa: Mundos Sociais, 2015.

CUNHA, Manuela Ivone – Malhas que a Reclusão Tece: questões de identidade numa prisão feminina. Lisboa: CEJ, 1994

CUSSON, Maurice – Criminologia. 2ª ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2007.

DARÉ, Tatiana – Prisioneiras: reflexões sobre mulheres jovens, vítimas e perpetradoras da violência. Configurações: revista de sociologia, vol. 21, 2018. pp. 64-79. Disponível em: <https://journals.openedition.org/configuracoes/5147>. Acesso em 21 de maio de 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal: Parte Geral. Tomo I, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo – Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editoria, 2009

DIAS, Jorge Figueiredo – Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa – Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 1ª ed, 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ESPINOZA, Olga – A Prisão Feminina Desde um Olhar da Criminologia Feminista in Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 1, pp. 35-59, Jan-Dez./2002. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/98749865/A-Prisao-Feminina-Desde-Um-Olhar-Criminologia-Feminista>. Acesso em 12 de junho de 2021.

FERRAJOLI, Luigi – Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Guilherme Gomes – Travestis e Prisões: experiência social e mecanismos particulares de encarceramento no Brasil. Curitiba: Multideia, 2015. Edição Digital.

FONSECA, Graça – Percursos Estrangeiros no Sistema de Justiça Penal. Lisboa: Observatório da Imigração, nº 43, 2010. Disponível em: [https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/OI\\_43.pdf/6edc8294-6a57-441c-a125-daa9ee88b8f1](https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/OI_43.pdf/6edc8294-6a57-441c-a125-daa9ee88b8f1). Acesso em 14 de setembro de 2021.

FROIS, Catarina – Mulheres Condenadas: histórias de dentro da prisão. Lisboa: Tinta-da-china, 2017.

GIAMBERARDINO, André – Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOFFMAN, Erving – Manicómios, Prisões e Conventos. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

GOMES, Sílvia; GRANJA, Rafaela (org.) – Mulheres e Crime: perspectivas sobre intervenção, violência e reclusão. Famalicão: Húmus, 2015.

GRANJA, Rafaela – Pra Cá e Para Lá dos Muros: negociar relações familiares durante a reclusão. Porto: Edições Afrontamento, 2017.

GRECO, Rogério – Curso de Direito Penal: parte geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GROSSI, Patrícia Krieger; GERSHENSON, Beatriz; FERREIRA, Guilherme Gomes (coord.) – Gênero, Sexualidade e Sistemas de Justiça e de Segurança Pública. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2017. Edição Digital.

GUIA, Maria João – Imigração e Criminalidade Violenta: mosaico da reclusão em Portugal. Lisboa: SEF, 2010.

GUIA, Maria João; PEDROSO, João – Imigração e Crime Violento: um olhar a partir de reclusos condenados in Revista de Ciências Sociais Configurações, 2015 (p. 25 – 40). Disponível em: <https://journals.openedition.org/configuracoes/2833>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich – Princípios da Filosofia do Direito. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JUPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares – Superpopulação Carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 164. Ano 28. pp. 159 – 197. São Paulo: Ed. RT, 2020.

KARAM, Maria Lúcia – Aplicação da Pena: por uma nova atuação da justiça criminal in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n.6, abril-junho, 1994.

LEITE, André Lamas – Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade in Revista do Ministério Público 156, Outubro/Dezembro 2018. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117400/2/302283.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

LOUREIRO, Flávia Novera – Direito Penal da Concorrência: A Tutela da Liberdade Concorrencial e a Criminalização do Cartel. Coimbra: Almedina, 2017.

LOUREIRO, Flávia Novera – Reflexões em Torno da Configuração Moderna da Corrupção. Novos Estudos Jurídicos: vol. 24, n.º 1, 2019, p. 262 - 282. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/14204/8009>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

MACHADO, Vítor Gonçalves; RIBEIRO NETO, Pedro Machado – Presos Estrangeiros no Brasil e a Seletividade Penal. Revista Derecho y Cambio Social, nº 35, 2014. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472796>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

MARTINS, A. Lourenço – Medida da Pena: finalidades, escolhas: abordagem crítica de doutrina e jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa – Criminologia feminista: novos paradigmas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTE, Mário Ferreira – Princípio da Legalidade Criminal: uma revisitação à luz de concretas exigências de justiça material. In Ciclo de Conferências dos 250 Anos da obra de Cesare Beccaria, realizada na Universidade Lusófona do Porto em maio de 2014. Disponível em: [file:///Users/user/Downloads/5543-Texto%20do%20artigo-17760-1-10-20160801%20\(1\).pdf](file:///Users/user/Downloads/5543-Texto%20do%20artigo-17760-1-10-20160801%20(1).pdf). Acesso em: 20 de maio de 2021

MORAES, Ana Luísa Zago de – Assistência Transdisciplinar aos Presos Estrangeiros: uma abordagem prática com base na experiência da Defensoria Pública da União em São Paulo in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, 2013, (p. 429 – 462). Disponível em: [https://www.academia.edu/11244688/Assist%C3%Aancia\\_transdisciplinar\\_aos\\_presos\\_estrangeiros\\_uma\\_abordagem\\_pr%C3%A1tica\\_com\\_base\\_na\\_experi%C3%Aancia\\_da\\_Defensoria\\_P%C3%BAblica\\_da\\_Uni%C3%A3o\\_em\\_S%C3%A3o\\_Paulo](https://www.academia.edu/11244688/Assist%C3%Aancia_transdisciplinar_aos_presos_estrangeiros_uma_abordagem_pr%C3%A1tica_com_base_na_experi%C3%Aancia_da_Defensoria_P%C3%BAblica_da_Uni%C3%A3o_em_S%C3%A3o_Paulo). Acesso em 13 de setembro de 2021.

MORAES, Ana Luísa Zago de – Do Crescimento das Migrações às Prisões Exclusivas Para Estrangeiros no Brasil. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/33.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

MORAES, Ana Luísa Zago de – Política Criminal versus Política Migratória: um debate incipiente no Brasil. Revista da Defensoria Pública da União: Brasília, 2014, (p. 33 – 54). Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/116>. Acesso em 14 de setembro de 2021.

NEGREIROS, Conceição de Maria Silva – O Cabimento da Prisão Domiciliar Para o Preso no Regime Fechado e Para o Preso Provisório na Hipótese de Vaga no Sistema Prisional. Brasília, 2021. Dissertação de Mestrado no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Disponível em: file:///Users/user/Desktop/Dissertac%CC%A7a%CC%83o\_%20CONCEIC%CC%A7A%CC%83O%20DE%20MARIA%20SILVA%20NEGREIROS\_MESTRADO%20PROFISSIONAL%20EM%20DIREITO\_2021.pdf. Acesso em: 29 de junho de 2022.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de – Juízo e Prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PASSETTI, Edson (org.) – Curso Livre de Abolicionismo Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PIMENTEL, Elaine (org.) – Criminologia e Política Criminal: perspectivas. Maceió: Edufal, 2017.

PIMENTEL, Elaine - Enfim, a Liberdade: as mulheres e a vivência pós-cárcere. Recife: 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9186>. Acesso em 31 de maio de 2021.

PINTO, Thiago Pestana [et. al] – Silicone Líquido Industrial Para Transformar o Corpo: prevalência e fatores associados ao seu uso entre travestis e mulheres transexuais em São Paulo, Brasil. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/CqPcZNpvnzwwsRfHbtLj4fM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

RAMOS, Rairanny de Almeida – Um Olhar Sobre o Cárcere Feminino Brasileiro, Sob a Ótica de Normas e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Recife: 2018. Edição Digital.

REALE, Miguel - Instituições de Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2004. Vol. 1.

RODRIGUES, Anabela Miranda – A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda – A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda – Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RODRIGUES, Donizete; VIEIRA, Célia Faustino, OLIVEIRA, Elisa; FIGUEIREDO, Jorge; FIGUEIREDO, Marina – Ciganas e Não Ciganas: reclusão no feminino. Lisboa: Contra-Regra, 2000

RONCHI, Isabela Zanette – A Maternidade e o Cárcere: uma análise de seus aspetos fundamentais. Rio Grande do Sul: 2017. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela\\_ronchi\\_20172.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/03/isabela_ronchi_20172.pdf) Acesso em 17 de julho de 2021.

SÁ, Alvinho Augusto de – Criminologia Clínica e Psicologia Criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

SALEIRO, Sandra; OLIVEIRA, Catarina Sales de – Desigualdades de (cis e trans)género. Portugal no contexto europeu. In CARMO, Renato [et al.] (Ed.), Desigualdades Sociais. Portugal e a Europa. (pp. 131-147). Lisboa: Mundos Sociais, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão – Prendam os criminosos de sempre. In.: Criminologia: estudos em homenagem ao Professor Alvinho Augusto de Sá. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

SILVA, Germano Marques da – Direito Penal Português: parte geral. 2ª ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2008. Vol. 3.

VALOIS, Luís Carlos – Conflito Entre Ressocialização e Princípio da Legalidade Pena. São Paulo, 2012. Dissertação de mestrado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02042013-105037/publico/FDUSP\\_POS\\_Luis\\_Carlos\\_Valois\\_Coelho\\_Conflito\\_entre.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02042013-105037/publico/FDUSP_POS_Luis_Carlos_Valois_Coelho_Conflito_entre.pdf). Acesso em 15 de dezembro de 2020.

VALOIS, Luís Carlos – Processo de Execução Penal e o Estado de Coisas Inconstitucional. 2ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

VIDAL, Júlia Silva – Criminalização Operativa: travestis e normas de gênero. Minas Gerais, 2020. Dissertação de mestrado realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/32831/3/VIDAL%2C%20J.S.%20Criminalizacao%20operativa%2C%20travestis%20e%20normas%20de%20ge%CC%82nero%20%281%29.pdf>. Acesso em 23 de julho de 2021.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo [et al.] – Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Vol. 1.

ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique – Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume I – parte geral. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Raul [et al.] – Manual de Derecho Penal. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.





## WEBGRAFIA E RELATÓRIOS

Defensoria Pública da União – Cartilha Direitos Religiosos, Deveres e Costumes de Presos Muçulmanos em Penitenciárias. Brasília. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/31/documentos/Cartilha%20mu%C3%A7ulmanos.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2021.

Direção-geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), Estatísticas Prisionais Anuais. Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dgrsp.justica.gov.pt/Estat%C3%ADsticas-e-indicadores/Prisionais/2019>. Acesso em 10 de março de 2021.

Mecanismo Nacional de Prevenção – Relatório à Assembleia da República. Lisboa, 2019. Disponível em: [https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/MNP\\_2019\\_FINAL.pdf](https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/MNP_2019_FINAL.pdf). Acesso em 10 de março de 2021.

Relatório de Imigrações, Fronteiras e Asilo 2018. Oeiras: SEF, 2019. Disponível em: <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2018.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2021.

Relatório de Pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf). Acesso em 21 de dezembro de 2020.

Relatório Final nº 44 da Série Pensando o Direito, “Prisão: para quê e para quem? Diagnóstico do sistema carcerário e perfil do preso”, coordenação de Geraldo Prado. Janeiro de 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?filter-name=geraldo+prado>. Acesso em 10 de julho de 2021.

Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Medidas Provisórias a respeito do Brasil, assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 22 de novembro de 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf). Acesso em: 25 de junho de 2022.