

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
MÁRCIO LUIZ DE AGUIAR**

**DIÁLOGOS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERDADE EM RAZÃO DA PANDEMIA E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE**

**RUBIATABA/GO
2022**

MÁRCIO LUIZ DE AGUIAR

**DIÁLOGOS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERDADE EM RAZÃO DA PANDEMIA E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista em Direito Público com MBA em Gestão Pública, Marcus Vinícius Silva Coelho.

**RUBIATABA/GO
2022**

MÁRCIO LUIZ DE AGUIAR

**DIÁLOGOS SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERDADE EM RAZÃO DA PANDEMIA E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista em Direito Público com MBA em Gestão Pública, Marcus Vinícius Silva Coelho.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM ___ / ___ / ____

Mestre Marcus Vinícius Silva Coelho
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Escreva a titulação e o nome completo do Examinador 1
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Escreva a titulação e o nome completo do Examinador 2
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia primeiramente a Deus, que nos criou e foi criativo nesta tarefa. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre em um novo mundo de possibilidades.

Às memórias do meu amado pai, Manoel Luiz de Aguiar, homem analfabeto que conduziu e incentivou minha educação.

À minha mãe, Creuza Abreu Aguiar, pelo exemplo de coragem e simplicidade em suas metas, e com muito amor e carinho me ensinou o caminho da justiça.

Aos meus irmãos, Marcos, Márcia e Marciene, que sempre foram fonte de inspiração para mim.

Ao meu orientador, pela paciência demonstrada no decorrer deste trabalho.

Aos meus sobrinhos, e que eles tenham a opção, e a escolha, das próprias formações.

E por último, não menos importante, eu dedico à criança sonhadora, e esperançosa e amorosa que sempre acreditou em si, e que com muita fé em Deus, buscou, ainda que diante de todas as dificuldades e obstáculos, formação acadêmica, sempre respeitando e fortalecendo os valores humanos.

Enfim, a todos, que de alguma forma tornaram este caminho mais fácil de ser percorrido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me deu energia e benefícios para concluir todo esse trabalho.

Agradeço aos meus pais, Manoel Luiz de Aguiar (*In Memoriam*) e Creuza Abreu Aguiar, que me incentivaram e me deram condições para cursar o ensino superior.

Ao meu irmão Marcos Luiz de Aguiar, que mesmo de longe, me apoiou e indiretamente contribuiu para que esse trabalho se realizasse.

À minha amada família, na pessoa da minha avó paterna, Ana Pereira do Lago, pois sempre me incentivou a não desistir.

Ao meu orientador DR. Marcus Vinícius Silva Coelho que dedicou muito do seu tempo me orientando, embora tivesse outros interesses a resolver. Obrigado pelos ensinamentos, atenção, amizade e dedicação ao longo da realização desta monografia.

Aos meus amigos, na pessoa de Kamila Guelpina de Lima, pelo apoio incondicional.

À administração pública de Santa Terezinha de Goiás, na pessoa do ex-prefeito e amigo, Marcos Ferreira Cabral, então prefeito da cidade, quando iniciei o curso de Direito, e por ele foi comprado o primeiro ônibus para nos transportar para a faculdade. E ainda à atual prefeita Karla Cristina Moreira, primeira mulher eleita prefeita em nosso município, por continuar disponibilizando o nosso transporte.

*O homem é livre; mas ele encontra a lei
na sua própria liberdade.*

(Simone de Beauvoir).

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma abordagem sobre a flexibilização das penas privativas de liberdade em razão da Pandemia. Essa pesquisa parte do pressuposto das alterações normativas com o advento da Lei Federal nº. 9/2020 a qual tornou possível a flexibilização da pena privativa de liberdade em decorrência da pandemia. Tendo em vista o cenário criado pela pandemia iniciou-se as discussões em relação a precariedade do sistema penitenciário brasileiro para conseguir conter a disseminação no interior do cárcere. Do mesmo modo, o governo reconheceu que além da estrutura física para comportar todos os detentos também não existe no âmbito prisional assistência médica necessária para atender a demanda de presos contaminados pelo coronavírus. Portanto, o objetivo é demonstrar a intenção normativa supracitada e a possível flexibilização das penas privativas de liberdade em razão da pandemia. Essa monografia adotou o método de pesquisa hipotético-dedutiva a qual ajudará a esclarecer a problemática desse tema. Ao final de todo trabalho chegou-se ao entendimento que nos moldes da Lei nº. 9/2020 o preso atendendo aos critérios pré-estabelecidos poderá ser posto em liberdade.

Palavras-chave: Covid. Flexibilização. Pena. Possibilidade legal.

ABSTRACT

An approach to the flexibility of custodial sentences due to the Pandemic will be carried out in the present work. This research is based on the assumption of normative changes with the advent of Federal Law no. 9/2020, which made it possible to make the custodial sentence more flexible as a result of the pandemic. In view of the scenario created by the pandemic, discussions began regarding the precariousness of the Brazilian penitentiary system to be able to contain the spread within the prison. Likewise, the government recognized that, in addition to the physical structure to accommodate all the detainees, there is also no medical assistance needed in the prison scope to meet the demand of prisoners contaminated by the coronavirus. Therefore, the objective is to demonstrate the aforementioned normative intention and the possible flexibility of custodial sentences due to the pandemic. This monograph will be guided by the method of hypothetical-deductive research which will help to clarify the problem of this theme. At the end of all the work, it was reached the understanding that, according to Law no. 9/2020, the prisoner meeting the pre-established criteria may be released.

Keywords: Covid. Flexibilization. Pity. Legal possibility.

Traduzido por Marleides de Oliveira Mendes – Letras – FAFISP/Ceres.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
a.C	Antes de Cristo
CF	Constituição Federal
CONASS	Conselho Nacional dos Secretários de Saúde
CPP	Código de Processo Penal
COVID-19	Coronavirus Disease
DO	Diário Oficial
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa
IOC –	Fiocruz
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
Nº	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PGR	Procurador Geral da República
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
STF	Supremo Tribunal Federal
UOL	Universo Online
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

LISTA DE SÍMBOLOS

% Porcentagem

§ Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. OS FUNDAMENTOS DAS PENAS ALTERNATIVAS	13
2.1. Origem e evolução histórica das penas.....	14
2.2. Da vingança privada ou autodefesa	17
2.3. Vingança Divina	18
2.4. Vingança Pública	19
2.5 As penas privativas de liberdade previstas no direito	20
3 EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL	23
3.1. Classificação das penas.....	29
3.1.1. Tópicos sobre reclusão, detenção e prisão simples	29
3.2 Dos regimes adotados pelo sistema brasileiro.....	31
3.2.1. Regime fechado	31
3.2.2. Regime semiaberto	31
3.2.3. Regime aberto.....	32
4 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE	33
4.1 Análise da atual conjuntura jurídica sobre a flexibilização das penas.....	34
4.2 Pandemia: breve análise sobre a crise pandêmica no Brasil.....	37
4.3. O contexto prisional com a Pandemia	39
4.4. Flexibilização da pena em razão da Lei nº. 9/2020 de 10 de abril	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44

1. INTRODUÇÃO

A flexibilização das penas privativas de liberdade em razão da Pandemia é o tema desse trabalho. Nesse estudo será abordado sobre a possibilidade apresentada pelo próprio ordenamento jurídico para alterar a forma de cumprimento da pena de um indivíduo que foi condenado por algum crime. A legislação autoriza a mudança de regime sempre que preenchidos os requisitos estipulados, e nessa toada será desenvolvido o presente trabalho.

Destaca-se que para delimitar a temática o estudo aprofundará apenas nas questões normativas sobre a flexibilização das penas privativas de liberdade. Importa pontuar que para fins de análise será considerado apenas a normatização brasileira compreendida após a promulgação do Código Penal de 1940.

Apresenta-se a seguinte problemática para o tema em estudo: quais as medidas e como a flexibilização da execução penal foi tratada durante a pandemia? Assim, o problema que se concentra no presente estudo busca compreender os efeitos da flexibilização das penas privativas de liberdade tanto para a sociedade como para próprio sistema prisional.

A hipótese é de que através da mudança quanto a forma que um indivíduo condenado cumprirá sua pena possa afetar a sociedade já que o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos pela lei pode autorizar um criminoso a regressar a sociedade num curto espaço de tempo, trazendo mais insegurança às pessoas nas ruas e em seus lares.

Sendo assim, trata-se de um assunto que deve ser analisado cuidadosamente, portanto, o objetivo geral é compreender a flexibilização das penas privativas de liberdade a partir do ordenamento pátrio. São objetivos específicos estudar a história das penas e o surgimento das prisões; analisar os fundamentos do direito de punir; descrever o surgimento das penas e sua evolução; apontar quais são as penas utilizadas no Brasil; investigar a flexibilização da pena privativa de liberdade.

O presente trabalho tem o escopo de apontar as razões para a flexibilização das penas privativas de liberdade. Assim, o trabalho desenvolveu-se baseado em pesquisas bibliográficas que trouxeram argumentos para a mudança de um regime para o outro.

A metodologia utilizada no trabalho é a hipotético-dedutiva, analisando a aplicação da pena privativa de liberdade de modo geral para o específico que no caso é a flexibilização das penas que restringem a liberdade de determinado indivíduo.

Para a edificação do trabalho também será utilizada outros meios de pesquisa como a investigação através do material bibliográfico, pela coletânea de jurisprudências que dispõem sobre as penas privativas de liberdade. Não obstante, será utilizado recursos como internet, livros, doutrinas, códigos, e artigos sobre a flexibilização das penas privativas de liberdade.

A pena privativa de liberdade sempre esteve presente na sociedade moderna como mecanismo legal para retirar da sociedade aquele indivíduo que através da forma comportamental mostrou-se inadequado ao convívio social pelo cometimento de algum ilícito penal.

Reconhece-se sua importância para penalizar a pessoa que não atendeu ao disposto nas normas em vigência, pois através da prisão o Estado realizará sobre o delinquente a penalização e ao mesmo tempo promoverá a sua ressocialização através das políticas públicas institucionais no interior do cárcere assim como prevê a LEP (Lei de Execução Penal).

Justifica-se essa temática pelo fato de o ordenamento jurídico comportar algumas circunstâncias em que a pena determinada por uma sentença penal condenatória possa ser alterada dando o direito ao criminoso de migrar de uma forma de cumprimento de pena para a outra.

Sendo assim a justificativa para essa temática é de que a flexibilização das penas privativas de liberdade possa colocar em risco a segurança da sociedade e que o ordenamento jurídico poderia ser mais cauteloso ao legislar sobre os critérios que autorizam um condenado a cumprir outro tipo de pena senão o fechado.

Diante do exposto, nota-se a relevância jurídica e social da temática escolhida, pois o presente estudo pode orientar a aplicabilidade da legislação, assim como representar uma insegurança de toda sociedade sobre a flexibilização das penas privativas de liberdade.

2. OS FUNDAMENTOS DAS PENAS ALTERNATIVAS

Será desenvolvido nesse capítulo a exposição doutrinária a qual indica o fundamento da pena alternativa de liberdade. Nesta perspectiva, será abordado sobre a origem e evolução histórica das penas, expondo o contexto histórico da vingança privada e da vingança divina. Não obstante, será verificado ainda a origem das penas alternativas a partir do ordenamento brasileiro.

Desde os primórdios da humanidade, o homem apresenta evolução em todos os sentidos. A partir do desenvolvimento da razão, considerando que esse dom não é característica de nenhum outro animal, com exceção à espécie humana, o homem sempre está em agrupamentos organizados sejam em grupos ou sociedades. Não obstante, a convivência social nem sempre foi harmônica, haja vista que nela o homem demonstra seu lado instintivo o qual preserva seu próprio interesse, nem que para isso seja necessário usar a agressividade para defender-se.

Os homens primitivos assim como os povos antigos reagiam de formas adversas em face de condutas criminosas. Desse modo, deve-se analisar os seguintes períodos dentro do Direito Penal para verificar a predominância do arbítrio e desigualdades, assim como os atos desumanos aplicados como pena aliadas a imprecisão de leis, que era aplicada indiscriminadamente.

Através dos tempos o homem aprendeu a conviver em uma *societas criminis*. A partir daí verifica-se o surgimento do Direito Penal, cuja finalidade é defender a coletividade, promovendo uma sociedade fraterna e mais pacífica.

Assim, Noronha (2016) ensina que é possível verificar a evolução do Direito Penal com todo o desenvolvimento da humanidade, percorrendo dos primórdios até inserir-se na sociedade hodierna. Inclusive diz-se, que "ele surge como homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou".

A evolução humana não tem como ser desvinculada do Direito Penal, considerando que desde o início dos tempos, os registros deixam claro a existência dos crimes que aconteciam. Era preciso um ordenamento coercitivo capaz de assegurar a paz e a tranquilidade para a convivência em sociedades. Desse modo, verifica-se que o estudo da evolução histórico-penal é muito importante para se chegar

a uma avaliação correta sobre o comportamento do homem, e os princípios que nortearam o sistema penal brasileiro.

Sob essa perspectiva, os estudiosos do tema, subdividem a história do direito penal em várias fases, que não se progrediram de maneira linear ou integralmente rígida, sendo elas a vingança privada, vingança divina, vingança pública. Assim, o presente trabalho, irá expor de forma clara conforme analisaremos abaixo.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Os problemas mais antigos do Direito são a necessidade de punir e a forma de como exercer a punição sobre uma pessoa. Os estudiosos do direito indicam, inclusive, que o declínio das prisões possa estar relacionado a maneira como a pena é aplicada no Brasil.

Autores como Paixão (2019) relacionam a prisão como depósitos humanos. Pelas prisões vê-se um local para amontoar indivíduos delinquentes, e não existe nenhuma possibilidade de falar em ressocialização. Embora tenha existido a evolução normativa o contexto prático das prisões continua a mesma.

Antes de tudo é importante pontuar com base em Oliveira (2016) que a prisão é fruto de um produto antigo, histórico, portanto, a restrição de liberdade não se iniciou na contemporaneidade e sim há muitos anos atrás quando as pessoas identificaram a necessidade de punir os semelhantes que não se encaixavam nos costumes da população.

É indispensável a esse estudo compreender o que seria a pena. Pelo conceito de Capez (2015, p. 385) temos que:

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

A fim de proporcionar melhor entendimento sobre o assunto é cordial lembrar de como se originalizou a pena de prisão. Cabe enfatizar mais uma vez que o homem não nasceu com sua liberdade comprometida, pelo contrário, ele sempre foi

livre, contudo, a história aponta que surgiu a necessidade de impor alguns limites à população e a partir do não cumprimento dessas regras é que o homem coloca sua liberdade em jogo.

Ademais, Grecco (2017) ajuda na compreensão sobre essa evolução ao explicar que o início da humanidade deu surgimento a prisão. Segundo o autor a primeira condenação do homem foi ser expulso do paraíso depois de experimentar a fruta da árvore do conhecimento. Posteriormente, o primeiro crime registrado pela história foi de Caim ao matar o próprio irmão Abel, e desde então o homem não parou mais de delinquir.

Neste contexto Ramírez (2019, p. 54) enfatiza ao comunicar que na expansão da tutela penal são restringidos os direitos e garantias individuais em que são imantados ao valor liberdade. Reafirma o autor: “Contudo, ao se utilizar o valor de seguridade como vetor de modificação legislativa, sem respeito às liberdades, o resultado é fortalecimento do poder do Estado; e nesse sentido, surgem situações de dificuldade da teoria dos bens jurídicos.”

Ao explicar sobre as penas na antiguidade e na idade média, o doutrinador Bittencourt (2017, p. 498), indica que o Estado aplicava penas cruéis que causavam dor e padecimento ao condenado, sendo permitida inclusive a tortura e a morte. Assim: “a prisão neste momento servia apenas como um mecanismo por meio do qual o acusado esperaria seu julgamento, não lhe sendo resguardado nenhum direito”.

Para Oliveira (2016, p. 84) a vingança representou uma grande parte da punição na história:

Na segunda idade da pedra, período neolítico, a vingança, até então ilimitada, passou a ser uma vingança limitada, representando uma grande conquista. Embora pelos motivos errados, o novo tipo de pena representava grande avanço, pois estabelecia proporcionalidade entre o delito e a pena imposta. Era a chamada pena de Talião, conhecida pelo máximo “olho por olho, dente por dente”.

Por conseguinte, anos após surge a Lei de Talião revestida com seu caráter de vingança, ficando conhecida pela expressão “olho por olho e dente por dente”. Essa frase indicava que naquele momento histórico uma pessoa que cometesse algo contra qualquer pessoa também deveria ser punido com o mesmo mal praticado, dessa forma se alguém matasse uma pessoa a família da vítima teria direito de assassinar um parente do primeiro assassino.

Na idade média segundo Bittencourt (2017), o medo imperava entre a sociedade e o Estado exercia seu papel de aflição independentemente da idade do infrator. Surgiu no período medieval a prisão de Estado e a eclesiástica. Em ambos os momentos a pena ainda acontecia sem nenhuma observância a dignidade da pessoa humana.

Segundo Oliveira (2016) com o passar dos tempos, a composição surgiu como uma forma mais moderada de pena, pela qual o condenado comprava a impunidade oferecendo dinheiro ao ofendido e sua família, armas, utensílios e gado, sem passar pelo sofrimento físico e pessoal.

A evolução repressiva da pena se mostra em diferentes etapas e por meio de várias culturas e civilizações. Com a formação de uma estrutura familiar, a preocupação se encontrava na manutenção da paz social.

Em relação a pena privativa de liberdade seu surgimento está associado entre o século XVII e XIX. Nesse momento ocorreram as primeiras transformações acerca do sistema punitivo no Brasil. Foi nessa época também que a sociedade se organizou através de filósofos, juristas e operadores do direito para reivindicarem mudanças sobre a aplicação da pena.

Desta forma, depreende-se pelo art. 5º, inciso XLVII da CF (1988), foi expressamente vedada as penas corporais veja: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Desse modo, Ramírez, (2019, p. 148) narra que o movimento político-criminal como já citado anteriormente, demandou uma revisão crítica da definição de bem jurídico, haja vista que deve-se “considerar o Estado com a simples função de guardião, não se visualizava a necessidade de intervenção nas disfunções dos processos sociais e econômicos”

Foi abandonado todo o espetáculo em torno da aplicação da pena. A pena perde então a função de promover o castigo e a execução penal deixa de ser empregada apenas para a satisfação do desejo de punir. Inicia-se uma nova fase em relação a punição, representada pela humanidade e o respeito a dignidade de cada pessoa.

2.2 DA VINGANÇA PRIVADA OU AUTODEFESA: UMA BREVE ANÁLISE DOS INSTITUTOS

Verifica-se no passar da história que as maneiras de punir os transgressores das leis vigentes em limitado contexto sócio-histórico partiram dos mais variados meios.

Nas palavras de Telles (2018, p. 16): “o pensamento sobre as teorias da pena não se iniciou na modernidade. Desde os primórdios da filosofia, este tema é pensado e repensado, considerando a relevância social, filosófica, política, psicológica”. Assim, pode-se considerar que o Direito Penal é dividido em fases ou etapas históricas as quais foram se alterando conforme a espécie de aplicação da pena.

A fase primitiva qualificava-se pela vingança privada, divina ou pública, nessa fase a própria vítima, ou a família dela punia o réu, as vezes também cabia à sociedade aplicar a pena, através da depreciação do réu na da representação do rei ou príncipe, acreditando inclusive que o criminoso de alguma forma atingia, por meio do crime que cometeu, um ser Superior ou Divino, por esse motivo cabia à Igreja a função de punir.

O autor Aragão (1972) ainda traz um exemplo dessa fase que seria o Código de Hamurabi (2000 a. C.), tal código foi por épocas apontado por ser uma das legislações mais antigas do mundo, já sendo possível reconhecer a regulamentação da punição, ele tinha o caráter vingativo, o qual conhecemos na atualidade pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Assim, a Lei de Talião, reconhecida pelo aludido código, preconizava a rigorosa reciprocidade do delito, ou seja, a devida punição de forma igual ao dano causado, assim, se a pessoa matou então morrerá, se ela estuprou deverá ser estuprada.

Conforme narra Alberto (2017, p. 148) a título de exemplo, firma que “no Brasil de hoje, mais uma vez, a conclusão é a mesma: a forma mais eficiente para combater o apoio às punições fora-da-lei é o aumento da escolaridade da população”. Pode-se verificar que o autor não trata infelizmente o Direito com a devida importância que merece, a ênfase necessária.

Assim, como ressalta Teles (2018) sobre a vingança privada, importa saber que o direito penal era praticado pela própria vítima, ou seja, pelo ofendido, ou por

aqueles que ficassem com pena, assim, o direito era voltado ao ofensor sem qualquer piedade.

Da mesma forma Mirabete (2016) pontua que após o cometimento do delito, surge a reação da vítima e de seus familiares contra o agressor, eles podiam agir sem qualquer limitação de ofensa, podendo não apenas o ofendido, mas toda a sociedade em nome deste, proferir atos de agressão contra o criminoso.

2.3 VINGANÇA DIVINA COMO MEIO DE PUNIÇÃO

Ainda no período considerado primitivo na história na evolução do Direito Penal, inclui-se o que se chamou de vingança divina. Mirabete (2016) elucida que o Estado e Igreja nessa fase se desorientavam no exercício do poder, aqui o crime era considerado pecado e isso estava intimamente relacionado ao o poder Divino. Ademais, delegava-se à Igreja o exercício de aplicar aos infratores a pena, assim os sacerdotes eram os responsáveis pela punição.

A vingança divina para Dias (2015, p. 55) é caracterizada por punições individuais e cruéis, a partir dela emergiu a ideia da privação da liberdade como pena, já que pretendia que o “o recluso meditasse, refletisse e se arrependesse da infração cometida. O cárcere era tido como penitência e meditação, o que originou a palavra penitenciária”.

Assim, nota-se que esse tipo de vingança, de certo modo, ainda encontra-se, relacionada à Lei de Talião, já que no Antigo Testamento o ensinamento a partir da Igreja, utilizando os livros como Êxodo e Deuteronômio, tratam o crime da forma que ele ocorreu, ou seja, retribuído àquele que o praticou correspondendo à gravidade dos seus atos. Pelas concepções de Farias (2016, p. 23-24):

(...) determinados povos na antiguidade cultivaram a crença de que a violação de boa convivência ofendia a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia, se houvesse uma reação, uma vingança contra o ofensor, equivalente a ofensa a divindade depunha a sua ira, voltava a ser propícia e a dispensar de novo a sua proteção a todos.

No entanto, propõe-se uma nova modalidade aqui de vingança divina, noutras palavras, inovação sobre o caráter divino da vingança, já que foi constatado na atualidade que é uma mudança vigorosa do que era a vingança divina de séculos

passados para o que se denomina a expectativa ou crença na justiça derivado de alguma divindade.

A história da pena, independentemente de suas fases, teve em seu curso grande influência da religião na vida de toda sociedade antiga, assim, a vingança privada passou a ser a vingança divina. Do mesmo modo, a pena passa a ser aplicada pelos padres, através de delegação divina, que seria penas severas, desumanas e cruéis, buscando com a aplicação dessas penas provocarem temor na sociedade.

2.4 A VINGANÇA PÚBLICA COMO SANÇÃO

Superada a fase do direito penal, da vingança privada e vingança divina, surge então uma nova fase do sistema punitivo brasileiro, qual seja a vingança pública. A evolução histórica do Direito Penal, de acordo com corrente doutrinária majoritária, é investigada a partir de uma divisão tríplice, a qual se investiga as fases da vingança, cuja primeira trata-se da vingança privada, passando pela vingança divina, até chegar à fase da vingança pública, marcadas pela sensação espiritualista e religiosa.

A respeito dessa mudança Bittencourt (2017, p.35), explica que: “as várias fases da evolução da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios”.

Sobre a vingança pública, Noronha (2016) esclarece que a sociedade trocou a vingança divina por uma que apresenta uma organização social, se trata da vingança pública. Nessa fase, a intenção é a segurança do soberano ou príncipe, usando a pena para isso, severa do mesmo modo, cujo objetivo é a intimidação. De acordo com o doutrinador de direito penal Bitencourt (2017, p. 35):

Ainda nos primeiros tempos da realeza surge a distinção entre os crimes públicos e privados, punindo pelo *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente. Crimes públicos era a traição ou conspiração política contra o Estado e o assassinato, enquanto os demais eram crimes privados – *delictia* – por constituírem ofensa ao indivíduo, tais como furto, dano, injúria etc. O julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício. Os crimes privados pertenciam ao Direito privado e não passavam de simples fontes de obrigações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto.

Após o declínio da vingança divina surge a vingança pública da vingança divina e da vingança privada. Aqui, a vingança apresenta repressão criminal cuja finalidade primordial é proporcionar a segurança do soberano ou monarca usando a aplicação da pena para intimidar a população, que ainda permanece como traços assinados pela crueldade e severidade das penas

Entende-se assim, a partir das explicações de Noronha (2016) que a vingança pública, tinha como papel proteger a existência do Estado e da monarquia, cujos delitos principais se referiam o de lesar majestade, a todos aqueles que não seguissem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, inclusive com a pena de morte, lesões corporais, crimes contra a honra, etc.

Assim dizendo, a vingança pública buscou manter a paz e a ordem pública, aplicando a crueldade como pena para coibir e intimidar a população da época, e para isso, o Estado não hesitava em aplicar penas de morte, mutilações, e outros atos repudiados pelo atual ordenamento jurídico.

2.5 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE PREVISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Com efeito, no Brasil a pena privativa de liberdade assume uma nova finalidade, qual seja, a função preventiva, retributiva e educativa observando a individualização da pena a partir do art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988.

Nos termos legais da Lei de Execução Penal (1984): “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Ou seja, a normatização que regulamenta a execução da pena também promove a ressocialização do condenado de forma que após o cumprimento de sua pena o indivíduo possa voltar a sociedade sem oferecer nenhum perigo.

A partir dos fundamentos de Foucault, o autor Paulo Queiroz (2017, p. 428) explica sobre a função da pena:

A função real (oculta) da pena, ao contrário do que pregam os juristas, não é propriamente combater a criminalidade, mas produzi-la, por isso que, ao aparentemente fracassar, escreve Foucault, “a prisão não erra seu objetivo: ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite

separar, por em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável”, porque “ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou e deve tolerar.

Todavia, observa-se que a função da pena é também a ressocialização do indivíduo. A Lei de Execução Penal consolidou através da prisão uma forma de entregar a resposta estatal em relação ao crime praticado pelo condenado e ao mesmo tempo oferecer um aparato para melhorar o detento com a finalidade de realizar sua ressocialização.

Sendo assim, verifica-se no atual modelo de Estado Democrático Brasileiro, que ele não é exceção da linha mundial de ampliação legislativa na esfera penal que almeja o combate ostensivo da criminalidade, através da utilização do Direito Penal do inimigo. Causa depois de ser integrada à norma, uma ilusão improcedente de segurança à sociedade, já que não tem efeito prático e nem minimiza a criminalidade.

Existem alguns exemplos apontados pela doutrina majoritária do Direito Penal do inimigo no contemporâneo ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei nº 9.614/98 que disciplina sobre o abate de aeronaves suspeitas, o RDD - Regime Disciplinar Diferenciado, assim como a Lei de crimes hediondos.

Conforme expõe o art. 32 do Código Penal (1940) são espécies de pena: as privativas de liberdade, as restritivas de direito, e a pena de multa. A principal finalidade da pena privativa de liberdade é a privação do direito de ir e vir da pessoa condenada.

Na seção I do Código Penal (1940) está disposta que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. Em seguida, o § 1º vem descrever:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Não obstante, o § 2º indica que 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.

As penas foram classificadas dentre outros ordenamentos pela Constituição Federal de 1988 e assim ela estabeleceu por meio do art. 5º, inciso XLVI as espécies de pena. Assim, a pena poderá ser privativa de liberdade ou restritiva de direito, e ainda a punição será exercida por meio da perda dos bens, da multa, da prestação social alternativa, e da suspensão ou interdição de direitos.

Foi demonstrando com base nessa perspectiva, os estudiosos do tema, subdividem a história do direito penal em várias fases, que não se progrediram de maneira linear ou integralmente rígida, sendo elas a vingança privada, vingança divina, vingança pública. Assim, a pena foi conhecida historicamente pelas fases da vingança privada, vingança divina, vingança pública, direito primitivo, direito penal romano, germânico, grego, e canônico, idade moderna.

3. EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

A base desse capítulo é consolidada através da explanação sobre a execução das penas privativas de liberdade no Brasil. Nesse contexto, o segundo capítulo desta monografia pretende abordar o sistema de normatização vigente em relação as penas privativas de liberdade. Não obstante, também foi considerada a importância em esclarecer sobre os diferentes tipos de regimes de cumprimento de pena o qual será abordado nesta seção.

Inicialmente, cabe esclarecer que a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro do ano de 1988 tracejou a constitucionalidade das penas. E assim, o Código Penal, o CPP e a LEP seguiram orientação do texto constitucional para direcionar as penas no Brasil. Com base nisso, ficou definido nos termos do art. 32 a 42 do Código Penal em vigor que as penas aplicadas no Brasil poderão ser privativas de liberdade.

Outrossim, também ficou estabelecido que no sistema de penalização do território brasileiro as penas privativas de liberdades poderão ser classificadas em: pena de reclusão, pena de detenção e pena de prisão simples, a qual será aplicada diante de uma contravenção penal. Nesse sentido, calha esclarecer que as penas privativas de liberdade poderão ser substituídas pelas penas restritivas de direito e ou multa nos termos do Código Penal vigente.

Dotti (2018) lembra que embora a Constituição e os demais diplomas normativos do Brasil autorizem a pena privativa de liberdade, na prática esse tipo de punição não tem atingindo tanta prosperidade considerando a ineficácia do sistema prisional já comprovado em estudos e pesquisas. Para o autor, a pena privativa de liberdade é inviável no atual modelo prisional já que ela não tem alcançado sua finalidade que é a recuperação do preso. Ademais, o doutrinador esclarece que vários fatores contribuíram para a falência prisional e dentre eles está o problema da superlotação carcerária.

Ao lecionar sobre a pena privativa de liberdade Dotti (2018, p. 571) completa dizendo que:

A pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções previstas pelo ordenamento jurídico-penal. Não admitidas as penas de morte,

de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e nem qualquer outra de natureza cruel (CF, art. 5º, XLVII), permanece a pena de prisão à frente de todas as demais sanções criminais. Trata-se de reconhecer que, para determinadas formas graves de ilicitude e para certas formas de comportamento humano, não existe outra providência estatal mais adequada visando à prevenção e à repressão da criminalidade. A supressão da liberdade do infrator é o contragolpe à lesão por ele provocada.

Da lição acima compreende-se que a pena privativa de liberdade em comparação com outros modelos de punição no Brasil, é considerada a forma mais rigorosa de penalização do indivíduo. Assim, o ordenamento jurídico-penal não aceita a pena de morte, nem de tortura conforme assegurando pela Constituição Federal, mas, pune com a restrição de liberdade do indivíduo infrator assegurando que ele será recolhido da sociedade.

O raciocínio apontado pelo autor acima representa que a pena privativa de liberdade seria a modalidade mais árdua de pena diante das demais sanções penais. Portanto, esse tipo de pena, com certeza, só seria aplicado para os crimes mais graves cometidos de forma que atingisse a proporção da pena sobreposta ao infrator.

Em resumo, a pena privativa de liberdade representa a resposta estatal de um crime sério cometido por uma pessoa na sociedade. O Estado então recolhe esse indivíduo para um estabelecimento prisional e como resposta a sua conduta criminosa retira dessa pessoa a sua liberdade.

Ademais, Mirabete (2020) leciona que embora a pena privativa de liberdade tenha ajudado a erradicar as penas de tortura, infelizmente o modelo prisional segundo o ordenamento jurídico brasileiro não atende os objetivos idealizados pela pena restritiva de liberdade que é a ressocialização do preso nos termos da Lei de Execução Penal. Ao confirmar sobre pena privativa de liberdade Mirabete (2020, p. 238) informa:

O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como “a superpopulação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionais especializados.

Assim, percebemos que o autor acima retrata que a pena privativa de liberdade é uma verdadeira falácia no contexto brasileiro, isso porque segundo Mirabete existe uma incongruência na prisão de modo que o ser humano que é posto em um estabelecimento prisional e privado de sua liberdade em um lugar lotado, com condições precárias além dos inúmeros casos de violência, não se pode exigir dele a ressocialização assim como estabelece a lei.

Contemporizando o assunto, Boschi (2019) relaciona a prisão a uma jaula, onde são colocadas as pessoas que apresentaram extravio de conduta segundo a normatização. Lembra o autor que o modelo de prisão foi criado há mais de duzentos anos, ainda no progresso século, e até hoje não houve uma atualização da estrutura predial para comportar os indivíduos julgados pelo órgão competente como delinquentes, e, por isso, repete-se os mesmos erros e problemas.

Ainda que os problemas prisionais persistam, Mirabete (2020) lembra que a pena privativa de liberdade ainda é a única forma de punir o indivíduo que tem um desvio de conduta dentro da sociedade, é o expediente utilizado para aplicar a punição ao criminoso, e, por isso, a prisão pode ser entendida como um mal necessário, considerando que a intenção é fazer com que o delinquente não volte mais a delinquir.

Portanto, mesmo que a pena de prisão seja um instituto bem antigo na sociedade e, que a estrutura prisional pouco tenha sofrido alteração desde o seu surgimento até os tempos hodiernos é preciso enxergar a importância da prisão para conter os ataques criminosos que ocorrem no dia a dia. Infelizmente, o crime estará presente para sempre no meio social, sendo necessário para isso uma resposta estatal a fim de conter a criminalidade.

Outrossim, sabe-se que a pena de prisão provoca uma série de consequências à vida dos criminosos e de seus familiares. No entanto, não existe outra maneira de cercar a delinquência na sociedade, sendo então a prisão necessária para repreender a bandidagem que assola a população mesmo sendo o modelo prisional inadequado para receber os condenados.

O autor Boschi (2019, p. 321) clarifica que a prisão somente deveria ser aplicada nos casos mais graves: “a pena privativa de liberdade deveria ser aplicada somente aos casos de ofensa a direitos fundamentais, como a vida, a integridade física e bens jurídicos similares e assim mesmo limitada ao máximo de dez anos”. Ou seja, não haveria necessidade de amontoar pessoas nas celas se não tivessem cometido algum desses crimes narrados pelo autor acima.

Neste contexto, Prediger (2021, p. 49) determina que “a pena de prisão iniciou sua decadência antes do final do século XIX, pois não conseguiu atingir seus objetivos, pois ao invés de recuperar o delinquente estimulou a reincidência”. Conforme o exposto, o depauperamento da prisão começou há muito tempo atrás, e nunca chegou a alcançar seus objetivos que é promover a ressocialização da pessoa que foi condenada.

Por consequência, os autores acima indicaram que o problema da prisão é histórico, persistindo por longas datas, sugerindo que não houve até então, um estudo afincado dos problemas relacionados e possíveis soluções para o cárcere e assim as adversidades relacionadas ao contexto prisional vem sendo repetidas por muito tempo.

No entanto, mesmo com todos os problemas que cercam o cárcere ele continua sendo necessário para promover a ordem social já que o contexto da população também deve ser analisado, mesmo que isso implique no recolhimento dos condenados em prisões sem nenhum tipo de estrutura. Apesar disso, Mirabete (2020, p. 344) pontua:

Mesmo Foucault, acerbo crítico do sistema prisional, reconhece que nessa hipótese não há possibilidade de mudança, sendo a pena de prisão detestável solução de que não se pode abrir mão. E Manoel Pedro Pimentel lucidamente afirma: “A prisão precisa ser mantida, para servir como recolhimento inicial dos condenados que não tenham condições de serem tratados em liberdade. A prisão, deve-se reconhecer, é insuprível, quer como instrumento de repressão, quer como defesa social.

Pois bem, o autor não acredita na possibilidade de haver uma mudança positiva em relação ao cárcere no Brasil. As chances de mudanças são praticamente nulas já que é um problema que persiste desde a criação da prisão. No mesmo sentido, a legislação absolveu todas essas deficiências e, por isso, é praticamente impossível de criar um novo modelo prisional.

No entanto, mesmo com as dificuldades que ladeiam a prisão e toda sua estrutura considerada inadequada para ressocializar o preso, a pena privativa de liberdade ainda continua sendo necessária para retirar da sociedade os criminosos que perturbam a segurança da população.

Desta feita, Prediger (2021) afirma que nos momentos atuais e, considerando todo contexto da criminalidade no país, não tem como renunciar a pena privativa de liberdade, já que ela é uma forma do Estado promover o controle social,

no sentido em que as demais formas de repreender o crime não teria efeito no mundo da delinquência o qual aperfeiçoou suas técnicas de crime. Assim, o comportamento criminoso sempre vai existir no meio social, e, por isso, merece uma repressão que seria confinar esses infratores.

Destarte, a pena privativa de liberdade seria ainda o meio eficaz de retirar da sociedade todos aqueles que se comportam de maneira desvirtuada conforme a legislação. A aplicação desse tipo de pena seria reservada aqueles que violam as normas, principalmente em relação aos crimes revestidos de violência como o homicídio, o latrocínio, o estupro, o sequestro, entre outros.

Porém, Nucci (2019, p. 100) indica que a forma de penalização no sistema punitivo brasileiro, o qual patrocina a reclusão de criminosos, pelo contrário do esperado, só estava contribuindo para o crescimento dos delitos, principalmente, o crime organizado, já que as experiências com o sistema prisional não seria das melhores, sendo assim, na opinião do autor a pena privativa de liberdade não teria qualquer efeito para a recuperação do preso.

Desacredita o autor totalmente da pena privativa de liberdade nos moldes em que foi estabelecida no Brasil. Segundo o autor, o modelo prisional deixa a desejar e sua nítida falha institucional quanto a prestação da reeducação conforme estabelecida pela Lei de Execução Penal comprova que a prisão não funciona, pelo menos para reduzir o nível de criminalidade espalhada no país.

Portanto, é difícil de usar ainda a pena privativa de liberdade acreditando que ela seria capaz de estabelecer a reeducação do infrator assim como almejou a legislação. Do mesmo modo, em que não se vê nenhum efeito positivo com a restrição da liberdade do condenado no modelo prisional adotado pelo Brasil já que a sua estrutura não permite que os objetivos estabelecidos pela LEP sejam de fato, aplicados.

Prediger (2021) retoma ao trabalho para informar, desta vez que não acredita na reabilitação do preso na prisão. Segundo ele, inexistente qualquer perspectiva de regeneração do detento, e isso é contrária às disposições penais que sugere o tratamento adequado para que o preso deixe de delinquir. No entanto, o que se vê na prática são os presos ao cumprirem suas penas voltar ao mundo da criminalidade. Desse modo, não tem como acreditar na reabilitação do condenado através da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, para o autor a prisão seria considerada ineficaz não produzindo qualquer tipo de efeito positivo para o condenado e também para a sociedade. Na visão acima, o preso ao deixar o estabelecimento prisional retomaria com sua delinquência, principalmente por não existir na sociedade brasileira o hábito de acolher através de emprego ex- detentos.

Ao descrever o problema das penitenciárias Boschi (2021) indica que a prisão tornou-se um local para guardar criminosos, acreditando o Estado que ao retirá-los das ruas o problema estará solucionado. No entanto, o problema pode ser ainda maior já que as prisões retiram todo o resto de dignidade que sobrou da pessoa do condenado, somado a isso, tem o descaso das autoridades em relação a estrutura predial e o fornecimento de suprimentos necessários a vida que são entregues parcialmente e ainda de forma reduzidas aos presos.

Boschi (2021) também acredita que a falha inicia pela forma como o Estado destina os recursos financeiros a prisão pois, segundo ele tudo isso colabora para a superlotação prisional, e a falta de assistência necessária que qualquer ser humano precisa. A partir disso, não tem como falar em ressocialização pois, uma pessoa não irá progredir e melhorar num lugar que sequer oferece uma comida de verdade.

Concordando com Boschi, o doutrinador Guilherme Nucci (2019) anuncia que além de cheia a prisão também está desprovida de recursos materiais, como colchões, por exemplo. E isso obriga os presos a disputarem o que restam, instigando então a revolta além da violência que também ocorre no interior das celas.

Outrossim, Nucci (2019, p. 100) determina que: “Não raro, os conflitos interpessoais são resolvidos pelos próprios apenados, haja vista a insuficiência de funcionários e o perigo constante de motins, que os fazem de reféns”. Existe ainda o problema da violência carcerária a qual, muitas das vezes não pode ser solucionada pelo agente prisional, tendo o preso que se proteger e se defender dos colegas de cela.

Percebe-se que as dificuldades de ressocialização pós cumprimento de pena também contribui para que os presos que tenham intenção de abandonar a criminalidade tenham uma recaída pois, encontram muita resistência e dificuldade de se mantarem e abastecer as necessidades de suas famílias sem emprego. Assim a falta de oportunidades dos reeducandos são interpretadas como uma porta para eles voltarem ao mundo do crime.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

Conforme expôs o primeiro tópico desse capítulo a pena privativa de liberdade é a forma com que o Estado exerce a punição e promove a ressocialização de uma pessoa que cometeu em liberdade algum crime segundo as disposições normativas vigente.

Em resumo, o autor Masson (2019, p. 799) melhor define a pena privativa de liberdade como aquela que priva a pessoa de sua liberdade, conceituando da seguinte forma: “a modalidade de sanção que retira do condenado o seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado.”

Por conseguinte, à essas pessoas que atentaram contra algum disposto na legislação em vigência são aplicadas uma pena conforme o tipo penal previsto, tendo alguns que serem recolhidos da sociedade através da pena privativa de liberdade.

Em relação a classificação das penas, Nucci (2020, p. 530) ensina que a pena privativa de liberdade é dividida da seguinte maneira: “a referida pena subdivide-se em pena de reclusão, detenção e prisão simples”. Ou seja, existem três modalidades distintas da pena privativa de liberdade.

Confirmando a opinião do autor, o capítulo I do Código Penal Brasileiro (1940) estabelece por meio do art. 32 as espécies de pena sendo elas: “privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa”. Em sequência, por meio do art. 33 já inicia-se a seção I intitulada como “das penas privativas de liberdade”. É possível verificar a reclusão e detenção como modalidade da pena privativa de liberdade.

Masson (2019, p. 800) entende sobre a pena privativa de liberdade, que elas representam: “regime ou sistema penitenciário é o meio pelo qual se efetiva o cumprimento da pena privativa de liberdade”.

3.1.1. RECLUSÃO, DETENÇÃO E PRISÃO SIMPLES

Depois que o Poder Judiciário através do juiz de direito analisa o processo, uma pena é imposta ao acusado passando ele a ser considerado como condenado após o trânsito em julgado da sentença. Logo o réu será direcionado pela justiça para o cumprimento de sua pena.

A sentença de condenação atenderá a tipicidade do fato, a ilicitude da conduta e a culpabilidade do réu para determinar o tipo de pena a ser cumprida. Esses critérios são firmados pela própria lei para que não haja um julgamento equivocado.

Nos moldes do Código Penal, art. 59 evidencia que:

O juiz, atendendo à 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 crime [...].

Portanto, assim será determinado o tipo de pena a ser cumprido pela pessoa do condenado. Quem explica a diferença entre as penas de reclusão, detenção e prisão simples é o autor Mirabete (2020, p. 291):

A pena de prisão simples é a destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos. Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco: a) a reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto ou aberto; a detenção somente pode ter início no regime semiaberto ou aberto (art. 33, caput, CP); b) a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo Código Civil, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, filho filha ou outro descendente ou tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a internação nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida em primeiro lugar (art. 69, caput, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do delito.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a classificação das penas privativas de liberdade a partir da divisão de três modalidades, quais seja, a pena de detenção, reclusão e prisão simples, conforme se depreende da lição anterior.

Nos termos do Código Penal em vigência, art. 33 salienta que a pena de reclusão poderá ser cumprida em três tipos de regimes conforme se demonstrará no tópico a frente. A pena de prisão simples será deferida aos casos de contravenção

penal. E, por fim, a pena de detenção é estabelecida para os crimes de menor potencial ofensivo.

3.2. REGIMES

A Lei nº. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) estabeleceu através de seus dispositivos que a pena possui finalidade de reeducar o condenado, e, por isso, oferece a progressão de regime como forma de incentivar o bom comportamento do preso. O ordenamento jurídico prevê os seguintes regimes de cumprimento de pena: regime fechado, regime semiaberto e aberto.

Cunha (2020, p. 108) em relação aos regimes de cumprimento de pena leciona: “conforme a LEP, a pena possui caráter reeducativa, sendo a progressão de regime da reprimenda privativa de liberdade uma forma de garantir ao sentenciado que cumpra sua pena, gradativamente, em regime menos rigoroso”.

Com tal característica, a progressão de regime do detento será concedida sempre que ele cumprir todas as exigências, assim vai garantir ao reeducando que cumpra sua pena e possa paulatinamente passar de um regime mais rígido para um mais flexível.

3.2.1. REGIME FECHADO

Por força do art. 33 do Código Penal (1940), o regime fechado é considerado o tipo mais rígido de pena. Por esse regime, o preso deverá permanecer em estabelecimento prisional de segurança máxima, conforme preceitua o artigo, veja: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

3.2.2. REGIME SEMIABERTO

Estabelecido pelo §1, alínea b, art. 33 do Código Penal, o regime semiaberto será cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Em seguida, preleciona o art. 35 que: Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. § 1º-

O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

3.2.3. REGIME ABERTO

O regime aberto está disposto no art. 36 do Código Penal o qual determina as seguintes regras para esse tipo de regime, *in verbis*:

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Ao concluir esse capítulo com os regimes de cumprimento de pena, infere-se que o ordenamento penal vigente no país foi organizado para aplicar a penalidade aos transgressores da lei conforme o tipo de crime praticado. Assim, será analisado alguns fatores antes da determinação da sentença que indicará o tipo de pena e regime imposto ao condenado.

Similarmente, compreende-se com essa seção do trabalho que a pena privativa de liberdade é um modelo de punição estabelecida em legislação utilizada para conter criminosos de forma que eles sejam retirados da sociedade enquanto cumprem sua pena tem a oportunidade de se regenerar como pessoa assim como objetivou a Lei de Execuções Penais.

Entretanto, o que se destaca nesse capítulo foi a opinião consolidada pela maioria dos autores como Boschi e Nucci, de que a pena privativa de liberdade não é possível regenerar os presos considerando os problemas corriqueiros da prisão.

4. FLEXIBILIZAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Busca-se através da pesquisa bibliográfica encontrar a sapiência em relação a flexibilização das penas privativas de liberdade em razão da pandemia provocada pelo novo coronavírus (Covid-19). Portanto, esse capítulo adentrará ao conteúdo da Lei Federal nº. 9/2020 de 10 de abril a qual sancionou o regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça, no âmbito da pandemia da Covid-19.

Considerando o exposto o tema principal desse capítulo é a flexibilização das penas privativas de liberdade. Nesse contexto, será analisado a atual conjuntura jurídica sobre a flexibilização das penas. Não obstante, a proposta desse capítulo também envolve a elucidação ainda que de forma breve sobre a crise pandêmica no Brasil. Por fim, pretende-se analisar o contexto prisional com a pandemia para que de posse desses dados seja realizado a elucidação sobre a flexibilização da pena em razão da Lei nº. 9/2020 de 10 de abril.

Inicialmente, cabe lembrar que a legislação em vigor no país já autoriza a mudança de regime sempre que o detento atende com o preenchimento dos requisitos estipulados. A progressão de regime tem a finalidade de beneficiar o preso que teve um bom comportamento e que atendeu aos critérios exigidos pela Lei de Execução Penal.

O estudo agora busca compreender sobre a flexibilização das penas privativas de liberdade considerando a realidade carcerária e a segurança da população nas ruas, já que o reconhecimento do direito de um detento em migrar de um regime para o outro afeta diretamente a sociedade que, receberá um delinquente que não recebeu do cárcere a ressocialização antes de regressar ao convívio social.

Ante o exposto o trabalho buscará em todo o acervo já caracterizado na pesquisa para esclarecer os limites da flexibilização da pena privativa de liberdade, demonstrando o quão benéfico pode ser essa transmutação de pena para a sociedade e para todo o sistema carcerário.

Considerando os enormes desafios consagrados ao sistema penitenciário brasileiro pretende-se vislumbrar as benesses da flexibilização da pena de prisão de um detento para o cárcere como um todo.

Antes de tudo é importante pontuar com base em Oliveira (2016) que a prisão é fruto de um produto antigo, histórico, portanto, a restrição de liberdade não se iniciou na contemporaneidade e sim há muitos anos atrás quando as pessoas identificaram a necessidade de punir os semelhantes que não se encaixavam nos costumes da população.

O ambiente prisional é considerado degenerativo e os presos são expostos a condições desumanas durante o cumprimento da pena. Na prática, se sabe que a execução penal não ocorre da maneira como é expressamente previsto pelo Código penal, Código de Processo Penal (CPP), pela Constituição Federal e Lei de Execução Penal brasileira.

4.1. ANÁLISE DA ATUAL CONJUNTURA JURÍDICA SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PENAS

O Estado através do Presidente da República pode reconhecer o indulto a pessoa do condenado. Em resumo, o indulto representa a clemência oferecida pelo chefe do Poder Executivo a pessoa que cumpre pena. Nos termos legais, existe essa possibilidade, e o detento poderá ter sua pena flexibilizada de acordo com a normatização e a necessidade. Ao discorrer sobre o benefício, Masson (2020, p 103) esclarece que:

O indulto propriamente dito, ou indulto coletivo, é modalidade de clemência concedida espontaneamente pelo Presidente da República a todo o grupo de condenados que preencherem os requisitos, apontados pelo decreto. Não se faz necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para sua concessão. O indulto leva em consideração a duração da pena aplicada, bem como o preenchimento de determinados requisitos subjetivos (exemplo: primariedade) e objetivos (exemplo: cumprimento de parte da pena).

Fragoso (2017, p. 63) explica que no passado o indulto era visto como uma misericórdia ao crime do preso. Ainda nas palavras do autor: “a atividade que tem pôr fim a pesquisa dos meios mais adequados para a repressão da criminalidade, valendo-se dos resultados da Criminologia”.

Nesse segmento, Almeida (2019) trás a história do período colonial em que os donatários poderiam decidir pela penalização ou perdão do criminoso. Na época, os criminosos poderiam ter perdoadas seus crimes se eles concordassem em servir o Estado através do combate de invasores. Entretanto, o indulto não era reconhecido a algumas pessoas que eram excluídas da sociedade como os escravos e índios.

Na atualidade, a Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/1984) assim como o Código Penal admite nos termos do art. 33, parágrafo 2º que: “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”.

Em relação a chance de alterar o regime de cumprimento de pena através da progressão de regime, Greco (2021, p. 641) admite que:

A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social.

A explicação do autor conforme se depreende da citação acima é de que a progressão considera inicialmente, o tempo de pena que já foi cumprido pelo condenado. Em seguida, é avaliado a conduta do apenado, ou seja, o comportamento do preso deve ser considerado no momento da ponderação em relação a concessão do benefício da progressão. No que tange a essa concessão Avena (2020, p. 321) determina que:

O benefício, normalmente, destina-se a condenados submetidos a determinado tempo de pena. Por exemplo, ao normatizar o indulto natalino no ano de 2012, estabeleceu o Decreto 7.833 que seriam beneficiadas, entre outras situações, as pessoas ‘condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2012, tenham cumprido um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes.

Essas medidas foram elaboradas pela política criminal e tem a finalidade de determinar quais pessoas poderão ser atendidas pela progressão de regime. Todavia, o preso que preencher os requisitos apontados pela lei poderá ser colocado

em gozo de tal vantagem prisional. Em relação a flexibilização das penas privativas de liberdade Bittencourt (2017, p. 446) expõe:

O juiz da condenação, na própria sentença, já poderá conceder o serviço externo. Ou então, posteriormente, o juiz da execução poderá concedê-lo desde o início do cumprimento da pena. A exigência de cumprimento de um sexto da pena verifica-se apenas quando tal benefício for concedido pela Direção do Estabelecimento Penitenciário, que dependerá também da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado.

O autor informa que a própria justiça determinará por meio da sentença penal condenatória sobre o tipo de regime a ser cumprido inicialmente pelo condenado. Posteriormente, será realizada uma avaliação para conceder a flexibilização da pena privativa de liberdade.

Sobre a análise para a flexibilização da pena privativa de liberdade Jesus (2019, p. 569) narra: “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Nele, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada”. Outra ponderação importante é que o preso deve permanecer recolhido no estabelecimento penitenciário durante a noite e nos dias e folga.

Como leva a lição de Barros (2021, p. 75): “é inegável que tal instituto é recorrentemente utilizado no âmbito do processo penal brasileiro. E mais, é utilizado, disfarçando-se sob o manto da cautelaridade, como efetivo cumprimento de penalidade”. O autor sugere uma avaliação dos pontos positivos e negativos em relação ao reconhecimento de tal benefício.

Outrossim, Almeida (2019) preleciona que o benefício deve ser reconhecido somente a partir de uma análise cautelosa, e não da forma como tem sido aplicado no Brasil já que sua concessão se tornou corriqueiro para diminuir a quantidade de presos no sistema penitenciário.

Por fim, cabe sublinhar que a Constituição Federal do Brasil através do art. 84, II, reconheceu ao Presidente da República competência para outorgar o indulto bem como para converter as penas. Pode o chefe do executivo ainda, transferir parte de sua função sempre quando constatado ao PGR conforme predispõe a lei.

Portanto, a flexibilização da pena privativa de liberdade considera essencialmente, o comportamento do preso, recomendando a mesma disciplina após deixar a unidade prisional em que o detento cumpre sua pena. Por meio da

flexibilização espera-se que o condenado possa regressar ao convívio social mais rápido.

4.2. PANDEMIA: BREVE ANÁLISE SOBRE A CRISE PANDÊMICA NO BRASIL

Através desse tópico demonstrar-se-á como a crise pandêmica oriunda da Covid-19 foi introduzida no território brasileiro causando a modificação e o transtorno em diversos setores. A pandemia causada pelo novo coronavírus também descrito através da sigla SARS-Cov-2, representou um dos maiores desafios nos últimos anos para as autoridades mundiais de saúde.

Segundo Barreto e Rocha (2020) em todo o mundo ocorreram milhares de óbitos isso, porque o avanço da doença foi exponencialmente significativo, principalmente, por se tratar de um vírus letal e de rápido alcance. Assim, sua disseminação chegou a todos os territórios em questão de pouco tempo. Ademais, cabe lembrar que a população assim como as autoridades de saúde não estava preparada para enfrentar essa pandemia.

A OMS alertou ainda no final de 2019 sobre a possibilidade de uma pandemia provocada por um vírus descoberto inicialmente na cidade de Wuhan, na China. Logo em janeiro de 2020 foi declarado pela OMS o surto do coronavírus em que a principal fonte de contágio acontecia pelo contato humano através de secreção e sangue, ficou bem determinado também que se tratava de uma doença infecciosa que afetava inicialmente, o sistema respiratório das pessoas, chamando atenção das autoridades e acionando a emergência na saúde pública. Pela ótica de Valery (2020, p. 03) é possível perceber como a COVID se disseminou entre a população:

A cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China, detectou os primeiros casos de uma estranha pneumonia em dezembro de 2019. Rapidamente, autoridades locais identificaram um novo tipo de coronavírus, mais tarde batizado de Sars-Cov-2. A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a infecção humana pelo vírus Emergência de Saúde Pública em 30 de janeiro de 2020. Quatro dias depois, em 3 de fevereiro, o Ministério da Saúde brasileiro seguiu os passos da OMS e decretou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional. Ainda não havia sido registrado nenhum caso da infecção no país, o que só ocorreu no dia 26 daquele mês, em São Paulo.

Em 3 de janeiro de 2020 o Organização Mundial da Saúde emitiu uma nota declarando emergência na saúde pública devido a infecção humana. As autoridades

sanitárias brasileira atendendo a OMS também decretou no país estado de emergência recomendando logo em seguida o distanciamento social através da quarentena.

Santino (2020) acrescenta que o Brasil ocupou por diversas vezes a posição de epicentro do coronavírus. A propagação da doença ficou conhecida depois do descaso do governo federal em negociar as vacinas com os laboratórios. O impacto do vírus fez com que o Brasil se tornasse o epicentro do coronavírus por diversas vezes.

A partir do estudo realizado por Valery (2020, p. 03) notou-se que o Brasil se destacou por não entregar uma resposta imediata a contenção da propagação do vírus:

A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), entidade referência em epidemiologia, destaca que morrem quatro vezes mais infectados no Brasil do que a média global. Tragédia anunciada, fruto de apostas contra a ciência do governo federal, como a defesa intransigente de medicamentos comprovadamente ineficazes contra o vírus, como cloroquina e ivermectina.

O relatório diário do CONASS (Conselho Nacional dos Secretários de Saúde) (2022) acusou a partir dos últimos dados do país um total de 662.646 óbitos decorrentes da Covid-19 no Brasil até o dia 24 de abril de 2022. Ainda segundo o Conselho existem 30.349.463 casos confirmados de pessoas que contraíram a doença e estão em tratamento.

É alarmante a quantidade de casos de contágio ao coronavírus no território brasileiro. Todavia, a Covid-19 também provocou abalo em vários setores do país, causando restrições a saúde, a política, a educação e economia. Não obstante, houve, portanto, diversos desdobramentos na saúde e na economia. A sociedade como um todo foi afetada pela pandemia e teve que ressignificar sua vida.

As informações obtidas através do site da Globo (2022) apontam que a pandemia também provou sérios impactos na economia global. Não obstante, toda a necessidade que se formou do isolamento social foi capaz de prejudicar diversos setores além de criar uma crise de desemprego.

4.3. O CONTEXTO PRISIONAL COM A PANDEMIA

Para Santos (2021) “a pandemia da covid afetou a todos indistintamente, mas sem dúvida, os reflexos no sistema prisional foram ainda maiores devido às condições precárias das unidades prisionais”, assim veio à tona todo o contexto em que vivem os presos.

De acordo com Santos, a situação estrutural das edificações dos estabelecimentos prisionais junto a superlotação representou a inquietação desde quando surgiu o vírus, já que a preocupação era sobre o elevado nível de contaminação ocasionado com vírus do coronavírus.

Toda preocupação em relação a disseminação do vírus entre a população prisional fez com que houvesse alterações no sistema carcerário brasileiro a fim de evitar o contágio entre os presos. Essas mudanças foram consideradas imprescindíveis para controlar a disseminação da doença nos estabelecimentos prisionais.

A Secretaria de Administração Prisional e Socioeducativa tomou medidas importantes para a contenção do vírus na prisão, publicando o DO nº. 21.224 algumas diligências a serem adotadas pelos presídios durante a pandemia do novo coronavírus.

Dentre essas medidas adotadas pela SAPS selecionou-se as mais importantes, como a Portaria nº. 191/2020 que suspendeu no âmbito prisional todas as visitas aos detentos. A Portaria nº. 193 publicada em 17 de março de 2020 que deixou de aplicar a transferência entre os presídios. Portaria nº. 196 que suspendeu o trabalho externo dos presos. Portaria nº. 198 que proíbe a entrada de alimentos externos.

Essas foram algumas medidas adotadas para conter o vírus no âmbito prisional. No entanto, com a redução da alta de casos de covid no Brasil, algumas medidas foram revogadas, retomando o padrão parcial da política criminal na prisão para evitar a contaminação entre os reclusos.

Na vigência do período pandêmico, toda sociedade viu-se obrigada a cumprir o isolamento social através da quarentena para prevenir a contaminação ao Covid-19. Houve, portanto, a suspensão de eventos públicos e particulares que pudessem causar a aglomeração de pessoas, e seguindo a recomendação da ONU, diversos estabelecimentos considerados não essenciais foram fechados.

Ante o exposto, Santos (2021) revela que a pandemia trouxe enormes impactos a vida das pessoas, já que algumas perderam seus empregos, assim como houve também consequências do isolamento social voltado a sanidade mental dos indivíduos.

Conforme revela a pesquisa elaborada por Lima (2021, p. 38-39), vê-se o descontentamento do reeducando em relação a privação de contato com a família durante a pandemia:

Nunca fiquei tanto tempo ausente da presença dos meus familiares, aonde estou tendo que aprender a conviver com a distância e a saudade de minha família e a incerteza de que um dia tudo isso vai normalizar, e poderei dar um aconchegante abraço em minha família. Bom, ficar longe da família durante a Covid-19 foi e está sendo muito difícil de não pode estar com meus filhos e familiares neste momento cruel de Covid onde só se vê pessoas perdendo seus familiares para essa doença, só peço a Deus que tudo volte a normalizar e essa doença desapareça e a cura prevaleça.

No âmbito do sistema carcerário brasileiro houve também impactos provocados pela pandemia já que os detentos deixaram de receber visitas devido a recomendação das autoridades para evitar a disseminação do vírus na prisão. O contato familiar foi extinto durante a pandemia e, com isso os presos tiveram retirados o único contato que possuíam com o mundo lá fora.

Inevitavelmente, a pandemia causada pelo novo coronavírus não robustece somente para a ruína do sistema de saúde. Produz, com tal característica, os mesmos abalos a outros campos do país como é o caso da economia. Não obstante, foi também para o sistema prisional brasileiro um grande desafio já que os reclusos não deixaram de ser atingidos pela pandemia.

De acordo com as informações do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021), no primeiro ano da pandemia constatou-se a taxa de incidência da infecção por covid no ambiente prisional era 62% maior que a taxa geral do país. Em relação a mortalidade, a pesquisa informou que correspondia a 15,1 de mortes em razão da Covid-19 a cada grupo de cem mil detentos.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021): “o total de casos confirmados em até meados de maio de 2021 foi de 57.619 entre presos e 21.419 entre servidores do sistema”. Enquanto a taxa de incidência correspondia 7.642 casos a cada 100 mil presos e de 18.323 a cada 100 mil funcionários do sistema prisional.

4.4. FLEXIBILIZAÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA LEI Nº. 9/2020 DE 10 DE ABRIL

Considerando a superlotação carcerária, a precariedade do sistema prisional em relação a estrutura e assistência, e a falta de recursos econômicos para tratar a população carcerária que viesse a se contaminar com o vírus da Covid-19, algumas medidas foram adotadas no âmbito prisional para conter a propagação do coronavírus durante o período pandêmico.

Assim em virtude de todo o contexto envolvendo o contágio pelo novo coronavírus, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), determinou junto ao Ministério da Saúde e Segurança Pública, através da recomendação nº. 67/2020 a adoção de medidas a serem acolhidas pelos Tribunais de Justiça para prevenir a propagação do vírus nas prisões, preservando assim a saúde e a vida das pessoas que se encontram em reclusão.

Não obstante, em 2020 foi promulgada a Lei nº. 9/2020 de 10 de abril que passou a disciplinar sobre o regime excepcional da flexibilização da execução penal por causa da pandemia instalada no Brasil. A principal finalidade era a concessão do perdão quando a pena fosse igual ou inferior a dois anos, e através do indulto o preso poderia ser colocado em liberdade.

Pela Lei Federal em comento é possível a flexibilização da pena no âmbito dos estabelecimentos prisionais do país durante a pandemia. Por esta legislação, compreende-se que sua finalidade é reconhecer o perdão parcial das penas de prisão menores de dois anos.

De acordo com o primeiro artigo da lei (2020) ficou determinada as seguintes medidas: a) Um perdão parcial de penas de prisão; b) Um regime especial de indulto das penas; c) Um regime extraordinário de licença de saída administrativa de reclusos condenados; d) A antecipação extraordinária da colocação em liberdade condicional.

Fora dessa excepcionalidade, existe a possibilidade de progressão ou regressão do regime durante o cumprimento da pena estabelecida pela sentença. Não obstante, a política criminal adotando o pensamento do STF passa a considerar a flexibilização da pena privativa de liberdade, ou seja, foi admitida a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos em alguns crimes, como é o caso do tráfico de entorpecente seguindo interpretação do HC 88.319 MG.

Pode-se entender que essa medida estabelecida através da Lei nº. 9/2020 foi de importância ímpar para conservar a saúde dos presos, considerando o fato que o sistema prisional é também um local dotado de vulnerabilidade, principalmente, no que tange a saúde entre aos presos. Não obstante, é também um lugar lotado, sem estrutura adequada para atender a demanda de prisões que são realizadas e tudo isso contribui com grande potencialidade para a contaminação do Covid-19.

Desse modo, ao estabelecer as medidas através da Lei nº. 9/2020 o Governo Federal buscou conter a propagação do vírus na prisão. No entanto, o que se apura com a presente pesquisa, é a necessidade de uma reavaliação no contexto normativo a qual estabeleceu a flexibilização da pena durante a pandemia para os detentos, já que tal medida não é aplicada automaticamente a todos os presos que se encaixam nos quesitos estabelecidos pela lei, demandando a presença de um advogado para representar tal pedido no Poder Judiciário.

Considerando toda conjuntura abordada nesse capítulo pode-se concluir que ficou esclarecido sobre o papel do instituto da flexibilização da pena no ordenamento jurídico que está em vigor. Igualmente, comprova-se que a pandemia causada pela Covid-19 impôs enormes desafios à sociedade, e não foi diferente para a população carcerária que também se viu privada de alguns benefícios que detinha na prisão como é o caso das visitas.

Insta esclarecer que no período da pandemia com relação a prevenção do contágio da Covid 19 várias Recomendações, Resoluções, e outras legalidades respaldadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foram criadas sob a ótica da proteção aos direitos humanos. Houve uma preocupação com a prevenção do contágio do vírus de forma a garantir o acesso à justiça nesse período emergencial, incluindo várias normas de prorrogações para se evitar a contaminação no sistema prisional e socioeducativo como forma de proteção da vida dessas pessoas privadas de liberdade, bem como dos magistrados e todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição do amparo legal que respalda o tema em estudo da flexibilização das penas privativas de liberdade em razão da pandemia, tais como: Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020; Recomendação nº 68, de 17 de junho de 2020; Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020; Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 - STF Habeas Corpus nº 143.988/ES - STF Habeas

Corpus nº 143.641/SP - STF Habeas Corpus nº 165.704/DF - STF Habeas Corpus nº 172.136/SP - STF Habeas Corpus nº 188.820/DF – STF Reclamação Constitucional nº 29.303/RJ – STF; Resolução nº 47, de 18 de dezembro de 2007; Resolução nº 77, de 26 de maio de 2009; Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015; Resolução nº 214, de 15 de dezembro de 2015; Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019; Resolução nº 313, de 19 de março de 2020; Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020; Resolução nº 330, de 26 de agosto de 2020; Resolução nº 357, de 26 de novembro de 2020; Resolução nº 367, de 19 de janeiro de 2021; Resolução nº 369, de 19 de janeiro de 2021; Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973; Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998; Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013; Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; Recomendação Conjunta nº 1, de 9 de setembro de 2020; Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 01/2020; Resolução nº 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Resolução nº 04/2020 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que versa sobre os direitos humanos das pessoas com Covid-19.

Convém pôr em relevo a importância de explorar algumas das normas acima supracitadas para sustentar a pesquisa aqui apresentada. Nesta oportunidade importa transpor o cerne da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 que recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, mais especificamente no seu art. 8º, inciso I único, *in verbis*:

Art. 8º, I – o controle da prisão seja realizado por meio da análise do auto de prisão em flagrante, proferindo-se decisão para: a) relaxar a prisão ilegal; b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando como fundamento extrínseco, inclusive, a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; ou c) excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e que as circunstâncias do fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Vê se no contexto da referida Recomendação o relaxamento da privação da liberdade em função da pandemia do coronavírus como forma de resguarda a vida, que é o bem maior do ser humano.

A Recomendação nº 68, de 17 de junho de 2020 vem claramente reforçar essa preocupação com o zelo pela preservação da vida ao retratar em seus artigos a importância do isolamento, conforme redação da mesma:

Art. 8-A. Na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, nos termos do artigo anterior, deverá adotar o procedimento previsto na presente Recomendação.

§ 1º Sem prejuízo das disposições do artigo anterior, o ato do tribunal que determinar a suspensão das audiências de custódia durante o período de restrições sanitárias decorrentes da pandemia de Covid-19.

Em lógica decorrência dos fatos narrados a Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021 também coaduna com as demais em relação a propagação do vírus no meio carcerário e na comunidade em geral, vindo, portanto, mais uma vez reforçar medidas de segurança com relação a privação de liberdade, como consta no art. 2º inciso II: “a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência por prisão domiciliar sempre que possível, nos termos das ordens de habeas corpus concedidas pelo STF[...]”.

Nesse interim temos o respaldo da Declaração da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 01/2020 que em seu bojo emite a esta declaração para exortar à adoção e implementação de medidas, dentro da estratégia e dos esforços que os Estados Membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estão realizando para enfrentar e conter a situação da pandemia, e que diz respeito à vida e à saúde pública, trazendo em seu corpo o seguinte relato:

Dado o alto impacto que a COVID-19 pode ter com relação às pessoas privadas de liberdade em prisões e outros centros de detenção e, tendo em vista a posição especial de garantidor do Estado, é necessário reduzir os níveis de superlotação e superpopulação para, dessa forma, promover de forma racional e ordenada alternativas à privação de liberdade.

Percebe-se, e é oportuno salientar que a preocupação com a flexibilização com penas privativas de liberdade se estende além das fronteiras, ou seja, é uma preocupação mundial que surgiu em tempos de pandemia, principalmente para os órgãos considerados garantidores dos Direitos Humanos.

Desta feita, resta plenamente cabível expor a Recomendação Conjunta nº 1, de 9 de setembro de 2020 que tem por fim dispor sobre cuidados à comunidade socioeducativa, nos programas de atendimento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), no contexto de transmissão comunitária do novo

Coronavírus (COVID-19), em todo o território nacional, como se pode constatar no art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Recomendar aos magistrados, com competência para a execução de medidas socioeducativas, a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, especialmente, a reavaliação de medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade, para o fim de declarar:

I - a eventual extinção da medida, para aqueles adolescentes cujos relatórios técnicos tenham apontado para o alcance de seus objetivos no cumprimento do Plano Individual de Atendimento (PIA) e, por conseguinte, para a realização da finalidade da medida socioeducativa; e

II - a eventual suspensão dos atendimentos presenciais e do comparecimento dos adolescentes aos locais designados para a prestação dos serviços, durante o período de distanciamento social, procedendo-se ao acompanhamento remoto por telefone ou plataformas digitais que permitam vídeo chamadas com os adolescentes e suas famílias.

Em todos os contextos apresentados vê-se transcrição de normas com possibilidades de flexibilização de cumprimentos de penas nas mais variadas formas em função do cenário caótico mundial de pandemia da Covid 19.

São inúmeras as fontes bibliográficas que coadunam com as legislações vigentes criadas com o fim de flexibilizar as penas privativas de liberdade e que muito têm a contribuir com ampliação do conhecimento referente ao tema em estudo, e inesgotáveis são as oportunidades de avanços em pesquisas de aprofundamento desta discussão e que muito contribuirá com a sociedade nacional e internacional.

Em relação a flexibilização das penas durante a pandemia, compreende-se que ela foi imposta pelo Governo Federal sob determinação da Lei nº. 9/2020 a qual estabeleceu os critérios para a fixação da flexibilização da execução penal durante a pandemia. Outrossim, o capítulo, atendendo a problemática do trabalho entregou o resultado de que é concreto a flexibilização do cumprimento da pena no sistema carcerário brasileiro atendendo ao disposto na Lei Federal nº. 9/2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No percurso da construção dessa monografia obteve-se com êxito os resultados pretendidos com o desenvolvimento desse trabalho, os quais serão expostos agora. O referido tema buscou conhecer se o ordenamento jurídico brasileiro em vigor permitia a flexibilização da punição do infrator diante da crise pandêmica que se instalou no país.

Para atender os objetivos da monografia o trabalho foi repartido em capítulos sendo o primeiro crucial para construir uma sapiência sobre os fundamentos da pena. Assim, a primeira seção da monografia abordou a necessidade de punir, que surgiu desde as épocas mais remotas para controlar o convívio social dos primitivos.

Todavia, observa-se que houve uma mudança considerável em relação a aplicação da pena e também sobre os crimes que foram modificando com o passar dos anos. Pela evolução histórica da pena percebe-se que houve uma expansão da tutela penal, sendo necessária a punição de todos aqueles atos que pudessem de certa forma, prejudicar um terceiro.

A medida que o Estado foi se fortalecendo e a sociedade se desenvolvendo, grandes mudanças ocorreram no âmbito da penalização do indivíduo, podendo usar como exemplo as formas de punição do qual foi completamente extinto a pena de morte, e tortura a partir do entendimento da República Federativa do Brasil.

Verificou-se também no primeiro capítulo que as penas privativas de liberdade têm a finalidade de prevenir, punir e de também educar os delinquentes, nessa conjuntura ela atuaria como um meio coercitivo para o crime não acontecer, mas se ainda assim a delinquência viesse a se consumir seria também por meio da pena privativa de liberdade que o infrator receberia sua punição conforme instrução da sentença criminal e, na mesma medida será aplicado o caráter educativo da pena que ocorrerá através das medidas de ressocialização do preso.

Determinado pela Lei de Execução Penal (Lei nº.7.210/1984) a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Com isso, fica clarificado que a finalidade da pena é combater a criminalidade, mas, se o Estado fracassar será aplicado uma punição àquele indivíduo que deixou de observar as normas preestabelecidas para o convívio social.

Na sequência do estudo o segundo capítulo da monografia abordou sobre o sistema de execução das penas privativas de liberdade no território brasileiro, extraindo dessa seção que sob orientação da Constituição Federal de 1988 todos os outros ordenamentos se formaram, e tracejaram o mesmo entendimento em relação a aplicação da pena privativa de liberdade.

Ficou estabelecido que as penas privativas de liberdade poderão ser classificadas e ou divididas em pena de reclusão, detenção ou prisão simples. Em relação a pena privativa de liberdade, autores como René Dotti, entendem a partir do ordenamento jurídico em vigor como a pena mais grave dentre todas as outras sanções, reforçando que ainda que não seja possível a aplicação da pena de morte no Brasil, a pena privativa de liberdade retira do homem aquilo de mais importante que existe que é o seu direito de ir e vir.

A pena privativa de liberdade representa uma resposta estatal diante de um crime cometido na sociedade. Assim, cabe ao Estado recolher esse indivíduo em um estabelecimento prisional para aplicar-lhe a pena conforme determinado pela sentença a qual representará a resposta punitiva pelo crime praticado.

Com a finalidade de promover a ordem social qualquer indivíduo poderá ter sua liberdade cerceada por uma sentença penal condenatória. Desse modo, o cárcere será o local onde se consumira a decisão do Estado em relação ao crime praticado pelo infrator após uma decisão do juiz criminal nos moldes do art. 59 do Código Penal em que considerará a culpabilidade, os motivos, os antecedentes, e a conduta social.

Para isso, a normatização classificou as penas da seguinte maneira: pena de reclusão a qual será executada no regime fechado, semiaberto ou aberto nos termos do art. 33 do Código Penal; pena de prisão simples aplicada aos casos de contravenção penal.

A problemática da monografia assim como o objetivo geral partia do pressuposto de investigar a possibilidade da flexibilização da execução penal durante a pandemia. Para lograr êxito com a resposta dessa indagação o terceiro capítulo intitulado como “flexibilização das penas privativas de liberdade” veio mostrar sobre o posicionamento das normas em vigor, em relação a tal conteúdo.

O estudo trouxe que a flexibilização das penas privativas de liberdade já é possível em decorrência das normas vigentes no Estado brasileiro. Ademais, ela sempre será autorizada em função da mudança de regime quando o reeducando

atender a todos os requisitos estabelecidos pela legislação. Através da progressão de regime será possível que o preso seja colocado em liberdade.

Compreende-se que a flexibilização das penas privativas de liberdade pode afetar diretamente a sociedade já que uma pessoa considerada em um momento pela própria justiça como perigosa para conviver na população possa ter resgatado ainda que de forma tímida e restritiva seu direito de voltar as ruas.

No entanto, considerado a crise pandêmica instalada no mundo devido o novo coronavírus (Covid-19) surgiu essa indagação em relação a flexibilização da pena privativa de liberdade. Em fevereiro de 2020 foi confirmado o primeiro caso de contaminação ao coronavírus, desde então os casos positivos se multiplicaram numa velocidade e proporção estarrecedora.

Por causa da doença e da alta taxa de transmissibilidade somente no ano de 2021 foram registradas pelo IBGE e Fiocruz um total de 540 mil mortes. Infelizmente, essa contaminação não se restringiu somente as pessoas que não estavam presas, pelo contrário, houve também registros consideráveis de transmissão no âmbito prisional.

Sem dúvidas, pode-se afirmar que a pandemia provocou reflexos em todos os setores do país, e assim também foi nos estabelecimentos prisionais que já antes do coronavírus mostravam-se despreparados para atender a quantidade de presos devido a falta de estrutura física do cárcere brasileiro, a superlotação e ausência estatal quanto à prestação de assistência médica.

Desse modo, o Presidente da República entendeu que a precariedade do sistema prisional contribuiria para a disseminação do vírus na prisão. Em virtude do exposto, foi sancionada a Lei Federal nº. 9/2020 que flexibilizou a pena privativa de liberdade, tornando possível a saída de alguns detentos em situações excepcionais da prisão.

Das medidas adotadas pelas autoridades, destaca a Lei Federal nº. 9/2020 que teve a finalidade de conter a propagação do coronavírus durante o período pandêmico. Baseando na legislação supra, a finalidade era a concessão do perdão quando a pena fosse igual ou inferior a dois anos, e através do indulto o preso poderia ser colocado em liberdade. Portanto, a partir das disposições legais da Lei Federal nº. 9/2020 é possível a flexibilização da pena no âmbito dos estabelecimentos prisionais do país durante a pandemia a partir dos critérios pré-determinados.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO, Brasileiro de **Segurança Pública** 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 20.04.2022.

ARAGÃO, Nancy. **Você conhece o Direito Penal?** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1972.

BARRETO, Andreia Cristina Freitas. ROCHA, Daniele Santos. **Covid 19 e educação: resistências, desafios e (im) possibilidades** inss 2675-1291- DOI: <http://dx.doi.org/10.46375/encantar.v2.0010>. Revista Encantar - Educação, Cultura e Sociedade - Bom Jesus da Lapa, v. 2, jan./dez. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição de República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30.11.2021.

BRASIL, Lei nº. 9/2020 de 10 de abril. **Regime excepcional de flexibilização da execução das penas e das medidas de graça**, no âmbito da pandemia da doença COVID -19. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2020/04/071a00/0001400018.pdf>. Acesso em: 14.04.2022.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em 04.04.2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral. 16. Ed. Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. JusPodivm, 2020.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FARIAS JUNIOR, Joao. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GLOBO, **Brasil tem mais de 540 mil mortes de Covid na pandemia; ainda alta, média móvel registra queda há 20 dias**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/07/16/brasil-tem-mais-de-540-mil-mortes-de-covid-na-pandemia-ainda-alta-media-movel-registra-queda-ha-20-dias.ghtml>. Acesso em: 13.04.2022.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: Acesso em 20 de janeiro de 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Manual de direito penal**. 23^o Ed., Saraiva, 2019, v. 1.

LIMA, Amanda Domingos Paiva. **O impacto da pandemia da COVID-19 no sistema prisional catarinense e a atuação do Serviço Social: análise sobre a Penitenciária Masculina do Vale do Itajaí, 2021**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/229742/TCC%20Amanda%20Domingos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17.04.2022.

MARINS, Claudia. SATIE, Alessandro. ESPINA, Rodolfo. Covid: **Brasil ultrapassa 540 mil mortes apesar de média em queda há 20 dias**. UOL, matéria publicada em 16/07/2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/07/16/covid-19-coronavirus-casos-mortes-16-de-julho.htm>. Acesso em: 08.04.2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Parte Geral: Esquematizado**. 2 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, 2016.

_____. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NORONHA, Edgard Magalhaes. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal anotado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. **Da sociedade de risco ao direito penal do inimigo: tendências de política criminal**. 2016. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10421. Acesso em: 05.12.2021.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3ª edição revisada – Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2016.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou Punir? Como o Estado trata o criminoso**. 2ª. ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 2019.

PAZ, Huri. **As desigualdades sociais que a pandemia da covid-19 nos mostra**. São Paulo: 2020.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PREDIGER, Rui. **Prisão e penas alternativas**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. V. 1. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

RAMÍREZ, Juan. Sentido y **Función del Sistema de Derecho Penal**. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, 2019.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª Ed. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2018.

SANTINO, Renato. **Brasil já tinha mortes por Covid-19 antes do Carnaval**, diz Fiocruz. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/31695-Texto%20do%20artigo-93376-1-10-20200807%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/31695-Texto%20do%20artigo-93376-1-10-20200807%20(1).pdf). Acesso em: 25.07.2021.

SANTOS, Renato. **A pandemia do novo coronavírus e a urgência de repensar o mundo.** Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/31695-Texto%20do%20artigo-93376-1-10-20200807%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/31695-Texto%20do%20artigo-93376-1-10-20200807%20(1).pdf). Acesso em 08.04.2022.

SANTOS, Douglas Ribeiro dos Santos. **Reflexos da covid no sistema prisional,** 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351924/reflexos-da-covid-no-sistema-prisional>. Acesso em: 20.04.2022.

TELLES, Thiago da Nova. **Afinal, por que se pune? Prática Jurídica,** Ano VII, nº 71, 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** V. 1. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

VALERY, Gabriel. Saúde e Ciência: Dois anos de covid-19: a maior crise sanitária e hospitalar da história do Brasil. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2022/02/dois-anos-de-covid-19-a-maior-crise-sanitaria-da-historia-do-brasil/>. Acesso em: 25.04.2022.