

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

TAISLAINE SILVA SANTOS

**A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A CONSEQUENTE EXTENSÃO
PUNITIVA.**

**ARACAJU
2018**

TAISLAINE SILVA SANTOS

**A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A CONSEQUENTE EXTENSÃO
PUNITIVA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE como parte dos requisitos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luiz Eduardo Alves de Oliva.

**ARACAJU
2018**

S237p SANTOS, Taislaine Silva.

A Pena Privativa De Liberdade E A Consequente Extensão Punitiva / Taislaine Silva Santos; Aracaju, 2018. 51 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

1. Aprisionamento 2. Dignidade da Pessoa Humana 3. Princípio da Humanidade das Penas 4. Ressocialização 5. Reincidência 6. Precariedade do Sistema Prisional I. Título.

CDU 343.8(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

TAISLAINE SILVA SANTOS

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A CONSEQUENTE EXTENSÃO PUNITIVA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

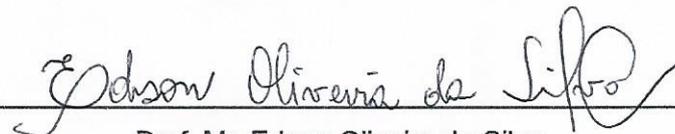
ORIENTADOR: Prof. Me Luiz Eduardo Alves de Oliva

Aprovada em 01/12/18

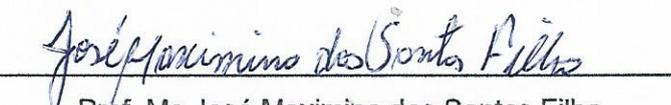
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me Luiz Eduardo Alves de Oliva
Professor orientador



Prof. Me Edson Oliveira da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me José Maximino dos Santos Filho
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus pelo dom da vida, pela força e coragem que me concedeu para realização deste trabalho.

Em seguida, agradeço aos meus pais, por fazerem de mim, quem sou hoje, velando pelos meus princípios e valores.

Aos meus familiares, pelo apoio, orações, e encorajamento de sempre, amo vocês.

Aos meus avós, que hoje habitam no céu, a saudade e as lindas lembranças permeiam minha caminhada, fortalecendo-me.

Aos meus mestres, minha sincera gratidão, por disponibilizarem com muito carinho o conhecimento, que de grande valia, contribuiu para este trabalho, bem como para minha formação tanto profissional, como pessoal. Professores como Fábio Brito, América Nejaim, Edson Oliveira, Valfran Andrade, Raissa Nascier, Eduardo Oliva, e Cristiana Maria, que com excelência exercem a docência, serão grandes referências em minha vida.

Aos amigos que a faculdade me deu dentre eles em especial a Rafaela, e Anderson, por estenderem a mão sempre que precisei vocês fazem parte de minha vida.

Aos demais amigos que por vezes tiveram que abdicar de minha presença, devido a correria, obrigada pela compreensão, vocês são muito importantes para mim.

Aos que fazem o Setor de Atermação do Tribunal Regional do Trabalho, recepcionada carinhosamente, e na condição de estagiária desfrutei de um rico aprendizado.

Minha gratidão também a Thiago por ter dedicado seu tempo, carinho e cuidado nos períodos mais difíceis da minha graduação, eu serei eternamente grata.

A Mateus e Eluana, por não medirem esforços quando o objetivo era me ajudar e me alegrar, vocês são especiais.

Ao meu orientador por ter aceitado o convite para estar ao meu lado neste momento, bem como por ter confiado nessa missão.

Sempre acreditei na educação como ferramenta para o alcance do sucesso, sei que estou no início e que a caminhada é longa, mas, jamais deixarei de acreditar nos

meus sonhos. Hoje, estou a um passo da realização de um deles, qualquer tentativa de mensurar tudo que sinto, seria impossível, por isso minha sincera GRATIDÃO a todos que fizeram parte desse sonho, ele é nosso!

RESUMO

O presente trabalho se deu através do método exploratório de pesquisa bibliográfica em livros e artigos que, de forma sistemática, abordam aspectos relevantes versados sobre fatores relacionados à problemática trazida pelo tema em questão. Seu principal objetivo é gerar uma reflexão a respeito das consequências oriundas da pena privativa de liberdade e suas implicações na sociedade, pondo em pauta as ofensas aos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do atual Estado Democrático de Direito, e o princípio da humanidade das penas como balizador para a proteção do apenado quando no cumprimento das sanções penais. Foram analisadas individualmente as ofensas ocasionadas pelo encarceramento, como por exemplo a superlotação carcerária e a reincidência, fatores estes que culminam para a extensão da pena e acentuam ainda mais a precariedade do sistema prisional, inviabilizando a ressocialização e a diminuição da criminalidade.

Palavras-chave: aprisionamento; dignidade da pessoa humana; princípio da humanidade das penas; ressocialização; reincidência; precariedade do sistema prisional.

ABSTRACT

The present work was carried out through the exploratory method of bibliographic research, in books and articles, which systematically address relevant aspects related to the problems related to the theme in question and aims to generate a reflection on the consequences of the sentence deprivation of liberty, and its implications in society. Putting into question the offenses against the rights and guarantees constitutionally guaranteed, such as the principle of the dignity of the human being which is one of the foundations of the current Democratic State of Law, and the principle of humanity of penalties as a guide for the protection of the grieving when in compliments of criminal penalties. Analyzing individually the offenses caused by incarceration, such as overcrowding and recidivism, which culminate in the extension of sentence and accentuate the precariousness of the prison system, making it impossible to re-socialize and reduce crime

Key words: imprisonment; dignity of human person; principle of the humanity of penalties; re-socialization; Recidivism; precariousness of the prison system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	11
2.1 Considerações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	11
2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e suas Atuações Limitadoras na Seara Penal	14
3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS	18
4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PENA.....	22
4.1 Breve Histórico Sobre a Origem da Pena	22
4.2 Finalidade das Penas.....	24
4.2.1 Teorias absolutas ou retributivas	25
4.2.2 Teorias relativas ou da prevenção.....	26
4.2.3 Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória	27
4.3 Pena Privativa de Liberdade	29
4.3.1 Regime de Cumprimento de Pena.....	30
4.3.2 Direitos do Preso	32
5 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO COMO ÓBICE À EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E HUMANIDADE DAS PENAS E CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DA PUNIÇÃO.....	35
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O estabelecimento prisional é o local em que se acolhe o indivíduo quando há cometimento de um ilícito. Nele põe-se em prática a execução penal que tem em sua base a concretização da pena e a ressocialização. Aquela fora um artifício muito praticado pelos carrascos na utilização dos suplícios, perdurando até meados do século XIX, onde o corpo respondia de forma brutal pelos delitos cometidos, ou seja, a punição, que incidia de forma direta na estrutura física do indivíduo.

Tais práticas se deram desde a guilhotina até o desmembramento do corpo. Muito se andou para chegar ao atual Estado de Direito e conseqüente conquista de direitos e garantias que velam principalmente pelos Direitos Humanos, conjugados em uma busca a nível mundial, haja vista serem essas conquistas frutos de tratados e convenções internacionais que aderam sobre a Dignidade da Pessoa Humana.

Ainda que tenha desaparecido o corpo supliciado e que não mais se utilize a guilhotina, dentro do cárcere são evidenciadas diversas ofensas aos direitos do homem, dentre elas a privação de liberdade, que é uma modalidade de sanção penal, em um ambiente minúsculo e superlotado que isola o indivíduo do convívio social, do afago da família, do direito à privacidade, além de proporcionar falta de higiene e saúde. Essas situações acompanham os encarcerados no cumprimento de suas penas.

Com a precariedade do sistema prisional e as diversas ofensas à dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que o cumprimento da pena vai além da privação de liberdade em um recinto criminal, já que ao adentrar em tratada instituição o agente sofrerá as mais variadas agressões à sua existência digna na condição de humano.

Destarte, nota-se que o detento, ao cumprir a pena, se submete a situações que refletem diretamente na sua integridade pois são violados os princípios consagrados constitucionalmente, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, que se relacionam vedando qualquer possibilidade de existir modalidades punitivas que sejam cruéis e degradantes.

E ainda que não se possa comparar as atrocidades cometidas em épocas passadas, o aprisionamento do indivíduo, submetendo-o a um ambiente superlotado, sem higiene, sem o convívio com a família, e sem a mínima garantia constitucionalmente prevista, faz de sua punição uma extensão da pena que lhe é culminada pelo devido processo penal.

Além de punir excessivamente, a pena privativa de liberdade que se materializa com a prisão, acarreta consequências que permeiam tanto o psicológico quanto a própria identidade dos envolvidos. Convivendo em um meio hostil, em um ambiente superlotado, com precária assistência à saúde, o que propicia o desenvolvimento e propagação de doenças, não há o que se falar em ressocialização, bem como reestruturar o indivíduo para que volte a conviver em sociedade, já que são anuladas quaisquer possibilidades quando os tratam de forma desumana e com desigualdades, tornando o problema ainda mais grave, gerando no detendo sentimentos de desprezo e vingança. Tais fatores contribuem de forma incisiva para a reincidência, já que ao encontrar muitas portas fechadas, busca novamente no crime o meio para sua subsistência, e como consequência seu retorno ao recinto criminal, o que ocasiona a superlotação, colaborando para que o sistema prisional tome o posto em que atualmente se encontra: de precariedade.

No primeiro capítulo será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana e suas implicações. Já o segundo tratará do princípio da humanidade das penas. O terceiro terá seu foco voltado para as penas, com uma abordagem sucinta de sua origem e finalidade e em seguida se ater à modalidade punitiva da pena privativa de liberdade.

No quinto capítulo será explorada a pena privativa de liberdade e as consequências ocasionadas por ela, como a superlotação, a reincidência e a ofensa à integridade humana, o que contribui para a precariedade cada vez mais acentuada do sistema punitivo, mencionando os efeitos que dela se originam quando das diversas negligências, e que sua aplicabilidade acrescenta à sanção uma maior intensidade punitiva.

A partir daí é importante ressaltar que a excessiva punibilidade oriunda da aplicabilidade da pena de prisão em nada contribui para uma sociedade mais segura e sem violência, ao contrário, os efeitos dela são catastróficos, aumentando ainda

mais a ocorrência de crimes e mitigando a essência do homem quando violados os seus direitos. Aqui serão expostas reflexões de autores que escreveram livros e artigos que intrinsecamente se ligam ao tema, onde se destaca o método exploratório-qualitativo de pesquisa, e nesse viés trazer à baila a necessidade de se buscar uma reforma do sistema prisional, bem como uma mudança do modo como o Estado tem tratado os delinquentes, para que daí então possa ser atingida uma redução da criminalidade, posto que o indivíduo se sentirá protegido e resguardado em sua dignidade humana e conseqüentemente verá outras possibilidades que não sejam o crime, se regenerando para viver normalmente em sua comunidade social.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Será abordado neste capítulo o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo seu conceito e suas relevantes características tanto em sua normatização quanto em sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, traçando uma linha de implicação no Direito Penal refletida nas punições, principalmente no que tange à pena privativa de liberdade.

2.1 Considerações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana emana do pressuposto de compreensão da existência do próprio Estado, visto que se deu através da necessidade de proteção aos interesses do homem desde o surgimento da sociedade, quando aquele ainda vivia em seu estado natural, para que fosse efetivada a proteção do indivíduo frente ao conflito de interesses.

Alguns teóricos consideram impossível estabelecer um conceito preciso deste princípio e, diante de sua complexidade, torna-se um conceito jurídico indeterminado. No entanto, NUCCI (2015, p.32) preleciona que o mencionado princípio, tem como “missão a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”.

A Constituição Federal de 1988, também denominada Carta Magna, trouxe em seu bojo os direitos e garantias fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro, e com isso inaugurou um período chamado de institucionalização desses direitos e garantias que serão tratados ao longo deste trabalho.

Em 1988, o constituinte elencou no inciso III, do artigo 1º, da CF, como fundamento da república federativa brasileira, a dignidade da pessoa humana, com isso constituiu um Estado Democrático de Direito.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;

III - dignidade da pessoa humana; (grifo nosso)
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político

Com isso, nota-se o reconhecimento de um Estado em função da pessoa, já que um dos valores base do Estado Democrático é a dignidade da pessoa humana, sendo assim, o indivíduo é a finalidade do estado e não o meio da atividade desse. (SARLET, 2007).

Nesta linha de defesa de Sarlet, Gustavo Tepedino complementa:

A dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo central da República, funcionalizando em sua direção a atividade econômica privada, a empresa, a propriedade, as relações de consumo. Trata-se não mais do individualismo do século XVIII, marcado pela supremacia da liberdade individual, mas de um solidarismo inteiramente diverso, em que a autonomia privada e o direito subjetivo são remodelados em função dos objetivos sociais definidos pela Constituição e que, em última análise, voltam-se para o desenvolvimento da personalidade e para a emancipação do homem. (2001, p. 500).

O bem comum teve ainda mais enfoque a partir do momento em que a dignidade humana passou a ser velada como objetivo de uma república, e assim todas as prerrogativas voltadas para a defesa do homem devem ser cumpridas e respeitadas.

Nas lições de Sarlet (2007), o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana vai além de um valor moral e ético, haja visto estar positivado e, portanto, ser uma norma jurídica prevista como objetivo fundamental na CF/88, se consubstancia na preservação da vida digna de todo homem, alçando seu valor jurídico essencial para a sociedade. Nesta qualidade fundamenta-se a sua necessidade de existência dentro do ordenamento jurídico como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (SARLET, 2007).

Conforme o que preceitua Nucci (2015), o princípio deve ser encarado sobre o prisma objetivo e subjetivo; no primeiro está em pauta o mínimo existencial garantido ao homem, onde se busca atender às suas necessidades básicas, e aqui estão o direito à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, e sem estas garantias básicas é impossível falar em existência digna. Já subjetivamente, está em questão a essência pessoal do indivíduo, como a sua autoestima e respeitabilidade diante da sociedade e frente ao Estado (NUCCI, 2015).

Destarte, infere-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o liame que norteia a atuação do Estado, de modo a garantir a proteção dos interesses do homem. E no ordenamento jurídico brasileiro, ele é balizador de toda a estrutura jurídica.

Há também quem considera que, além de um valor fundamental, a dignidade da pessoa humana seja um direito inato. Nesse sentido preleciona Fahd Awad

O princípio da dignidade da pessoa humana tem íntima relação com o direito natural. Se considerarmos que o direito natural é aquele que nasce com o homem, a dignidade humana faz parte dele, haja vista que o homem detém capacidades próprias e poder de raciocínio já ao nascer, o que diferencia dos demais seres. (AWAD, 2006, p. 114)

Independente do caráter que tenha o princípio da dignidade da pessoa humana, haverá ofensa deste e será rechaçado qualquer juízo de valor ou comando legal que vise restringir essa garantia fundamental concedida ao homem.

Awad (2006) também acrescenta que o tratado princípio está vinculado a todo o ordenamento jurídico e submetem-se à sua análise todas as demais normas inferiores, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser visto antes de qualquer respaldo para que ele não seja esvaziado ou banalizado, e para que não se perca sua a noção.

Nessa mesma linha de raciocínio, afirma Bonavides (2004) que é necessário que todo o exercício de poder, bem como a legitimação da autoridade seja na figura do indivíduo ou do próprio Estado, passe pelo crivo do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo um exame de modo a averiguar se estão de acordo com os ditames éticos dos preceitos normativos configurados na obediência ao princípio em tela.

Verifica-se a necessidade de que as demais normas que compõem o ordenamento jurídico estejam em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à interpretação dessas normas e sua aplicação ao caso concreto.

Barroso (2010), ao tratar sobre a dignidade da pessoa humana, ressalta sua presença em documentos internacionais, leis, constituições e decisões judiciais, e menciona o poder que tem este princípio no convencimento das decisões, ligando a

outros valores centrais do direito como justiça, segurança e solidariedade, cita o filósofo Habermas que no plano ético se torna a justificação moral dos direitos fundamentais e direitos humanos.

Destarte, ainda que seja necessária aplicação da punição, esta deve estar em consonância com o princípio que preza pela dignidade do indivíduo, devendo a pena ser aplicada quando inviável qualquer outro meio de correção ao ilícito cometido, e se abster de ter um caráter de crueldade para que não seja afrontada a integridade do ser humano.

2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e suas Atuações Limitadoras na Seara Penal

O ramo do direito que intervém nas relações sociais para alcance da segurança, zelando pela ordem e bem estar social é o Direito Penal, e para que este objetivo seja alcançado, são aplicadas penalidades a agentes delinquentes e que comprometem a ordem social.

O Direito Penal é o meio utilizado pelo estado para cumprir o seu dever de dirimir os conflitos oriundos das práticas de condutas tipificadas como criminosas, e assim cuidar da harmonia social, usando os meios necessários para evitar os delitos.

Ao longo do tempo, os meios de punições passaram por uma mudança radical, de sobremaneira que a figura detentora do poder de punir passou para o Estado, e assim, exclusivamente, este é o responsável em arbitrar as punições a serem aplicadas às condutas enquadradas como delituosas. Essa monopolização concentrada na pessoa do Estado exige meios que ponham equilíbrio ao uso desse poder de forma a ser irrestrito e moderado.

Nesse viés existem as garantias penais e processuais, bem como os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, para restringir o arbítrio estatal com o fito de evitar que este venha abusar de um poder que é exclusivamente seu, qual seja o de punir, e sobretudo preservar a dignidade da pessoa humana.

Para que se proteja a dignidade da pessoa humana é necessário nortear a aplicação das normas que servem de garantias para a sua proteção, conforme se conclui através dos ensinamentos de Carvalho e Grandinetti:

Está assegurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade, um Direito Processual que confira ao acusado o direito a ser julgado de forma legal e justa, um direito a provar, contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla, em processo público, com igualdade de tratamento em relação à outra parte da relação processual. (CARVALHO; GRANDINETTI, 2004, p.30)

Diante do supramencionado, infere-se que alguns dos direitos e garantias previstos no artigo 5º da Constituição Federal devem estar presentes na persecução penal, conferindo a qualquer indivíduo que na prática de um delito seja responsabilizado penalmente, o direito ao devido processo penal, direito ao contraditório e ampla defesa, bem como seu tratamento isonômico no processo, todos esses direitos têm seu maior aparato no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido preleciona Capez :

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é a dignidade da pessoa humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-se à categoria de Direito Penal Democrático. (CAPEZ, 2012, p.25)

É evidente a relevância que deve ter a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive no Direito Penal, haja vista que todos, indiscriminadamente e independente de ter cometido um ato ilícito e conseqüentemente receber sua punição por isso, merecem um processo justo, com as prerrogativas do contraditório e da ampla defesa, que lhe sejam asseguradas as garantias que os protejam de punições que possam denegrir, humilhar e até mesmo que ser cruel e degradante ao indivíduo.

Conforme esse entendimento, preleciona Sarlet:

Não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não

propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração” (SARLET, 2007, p. 45).

Ao alçar um Estado Democrático de Direito, o indivíduo foi colocado como finalidade da própria existência de Estado, e teve suas garantias e fundamentos reconhecidos como base para essa conquista, e para inviabilizar o exercício arbitrário do Estado quando no seu dever de punir. A dignidade da pessoa humana guia o interesse dos indivíduos para que não sejam afetadas as suas liberdades, independente de serem elas individuais ou coletivas, ainda que seja um pressuposto para a prevenção e repressão do crime (DIAS, 1974).

Dando continuidade à mesma ideia, ou autor expõe que:

É através dessa ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso de poder – da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controle do Direito; o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado de Direito. (DIAS, 1974, p.59).

Acerca disso, Lopes Jr. (2014) afirma que a intervenção do Estado junto ao seu poder de punir deve estar legitimada, e não a liberdade individual, esta por ser decorrente da dignidade da pessoa humana, princípio que já está consagrado constitucionalmente e em postulados internacionais, antes previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo assim, já legitimado e servindo de limitação para que o homem não seja submetido a um sistema penal autoritário.

Há ainda que se falar que, até mesmo no desenrolar do processo penal, deve ser ressaltada a importância que têm as garantias constitucionais, pois é por intermédio desse desenrolar processual que o Estado exercita a sua pretensão punitiva, e o fato de existir o réu no processo penal não significa dizer que o mesmo seja criminoso, pois o princípio que se presume a inocência declara que ninguém será considerado culpado antes que seja julgado, e isso nada mais é que um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. (NUCCI, 2015)

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o limitador na atuação do poder de punir do Estado, pois este não precisa ultrapassar as

barreiras que conferem ao indivíduo a proteção de sua integridade na condição de humano e detentor de direitos e garantias, ainda que seja o indivíduo um infrator e delinquente.

3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS

Em um passado não muito distante, o Estado brasileiro já foi legitimador de punições cruéis e degradantes, inclusive no período da ditadura militar apropriavam-se destas severas formas de punições para se obter provas, sendo a tortura a mais utilizada.

Outro marco importante para humanização das penas foram as ideias do autor Baccaria com a sua obra “Dos delitos e das penas” de cunho essencialmente humano, discorrendo:

Os gemidos dos fracos, sacrificados à cruel ignorância e à opulenta indolência; os bárbaros tormentos multiplicados com pródiga e inútil severidade; crimes não provocados ou quiméricos; a desolação e os horrores de uma prisão, aumentados pelo mais cruel verdugo dos desgraçados - a incerteza -, deveriam inquietar os magistrados que orientam as opiniões das mentes humanas. (BACCARIA, 2008, p.16).

O breve trecho retirado da obra de Baccaria reporta a barbárie vivida na aplicação das penas, os castigos, o sofrimento e desumanidade que vivia o indivíduo dentro das prisões.

Também sobre um prisma humanitário, Ferrajoli retrata a importância da pena estar proporcionalmente adequada à condição humana, e com isso defende a importância da pena e a sua completa ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana como garantia da proteção do homem.

[...] serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 354)

Diante do exposto, pode-se observar que quando o Estado exerce seu arbítrio, concernente à sua função de punir de modo excessivo agindo de forma cruel e desumana, ele se coloca na mesma condição de delinquente.

O atual estágio de constitucionalidade brasileira trouxe consigo uma nova maneira de olhar as práticas punitivas, e a evolução das penas se deu através da consagração dos direitos e garantias fundamentais, fundados nesse novo Estado

Constitucional. Conforme preleciona Ferrajoli (2002), as penas têm em sua história um registro horrível para humanidade, afirmando ele serem mais horríveis os efeitos produzidos pela pena do que pelo próprio delito, já que outrora as penas custavam sangue, vida e sofrimentos que não se comparam ao efeito trazido nem mesmo se somados todos os delitos.

O princípio da humanidade das penas tem sua maior implicação na pena privativa de liberdade e reconhece o condenado como pessoa humana, consagrado a partir dos ideais do iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, que defendia a afirmação da existência de direitos dos indivíduos e de um Estado que confere e assegura os direitos humanos com a vinculação de um direito penal à regra que o limite ao necessário meio de punição, bem como a não exposição do ser humano à pena degradante (LUIZI, 2002).

Com base na dignidade e na condição humana do indivíduo, busca-se o respeito deste a partir do princípio da humanidade das penas, limitando o Estado em sua função resguardadora da ordem social, aplicando quando necessário aos imperativos da paz as punições aos ditames constitucionais.

Tão relevante é o princípio em tela que tem seu sustento não apenas na legislação nacional, também em documentos instrumentadores internacionais. É o que se observa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme consta em seu artigo 5º: *“ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”*.

Outro documento internacional assinado pelo Brasil que também consagrou o princípio da humanidade das penas foi O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Realizado em 1966, esse pacto, somente foi ratificado pelo Brasil em 1992. E dispõe o art. 7º que: *“ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”*, bem como no seu art. 10 afirma que: *“toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”*.

E na legislação nacional, está presente, o princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 5º da CF/88, em vários de seus incisos, servindo de relevante ferramenta a limitação do Estado em sua maneira de punir.

O inciso XLVII do artigo em tela da Constituição (1988) dispõe que “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos dos art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis*”. Nesta mesma linha de proibição de tratamento cruel ao ser humano tem-se o inciso XLIX da Constituição (1988) “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”, bem como o inciso III, “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”, o inciso XLVIII prevê que “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*”. (BRASIL, 1988).

No tocante a esses dispositivos constitucionais supracitados, Alberto Silva Franco discorre:

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana. (Franco, 2005, p.64)

É notável de imediato a ligação que tem o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da humanidade das penas, tendo em vista que os mesmos propõem-se a impedir violações aos ditames constitucionais, quando da aplicabilidade de meios punitivos que alcancem o homem de forma cruel e desumana, evidenciando a necessidade que tem o Estado de ser limitado quando no seu direito de punir, devendo o homem ter sua integridade preservada, e o Direito penal ter sua aplicabilidade pautada na preservação dos princípios e garantias do homem, para que as penas, mesmo sendo meio de correção, possam ter um caráter humanizado.

Nesse viés, Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal (2016), prelecionam que mesmo sendo sustentado mais antigamente o princípio da humanidade das penas, e recém inserido como meio legal para limitar a atuação do Estado no que tange punir intervindo assim em sua liberdade, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana que tem seu reconhecimento mais recente que o outro, servindo de norte racional e utilitário para se estabelecer a base do próprio Estado Democrático de Direito.

Com o princípio da humanidade das penas busca-se velar pela integridade do apenado, de modo que proíba as penas cruéis e degradantes. Helena Regina Lobo da Costa compartilha deste pensamento, afirmando:

Assim, o princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa, destacando que, no que se refere à liberdade, este princípio determina que sua restrição deve ser limitada à liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção. Com efeito, o princípio da humanidade veda não apenas a pena de morte, mas também penas perpétuas ou de caráter perpétuo, em que não há esperança de reconquistar, por bom comportamento, a liberdade. (COSTA, 2008, p.65).

Não obstante, haja expressa previsão de dispositivos constitucionais que visam vedar as penas cruéis e degradantes, os registros históricos remontam as práticas desumanas de punição com uso de extrema violência, como é o caso da prisão perpétua e da pena de morte. No entanto, o Direito Penal brasileiro não permite tais punições. Ao buscar nos princípios constitucionais mecanismos de interferência na seara penal, priorizou-se a função ressocializadora da pena, tal como um teor educativo. Para que a sanção penal esteja em harmonia com os princípios e garantias fundamentais, por causar sofrimento e tratar de forma cruel aquele que delinuiu, só o faz alimentar-se de ódio, intensificando os instintos violentos, e conseqüentemente aumentar as chances de que o indivíduo volte a delinquir.

Todavia, mesmo expondo as defesas dos direitos e garantias as quais têm todo ser humano, não quer dizer que o Estado não deva cumprir com seus objetivos deixando prevalecer a impunidade mas, que ele cumpra seu papel de mantenedor da ordem social, aplicando sempre que necessário as punições, sendo que estas respeitem a integridade do homem e que ponha-se em cheque a necessidade de se punir de modo a educar e ressocializar o agente que delinuiu.

Encerra-se a discussão desse capítulo pondo em destaque as prerrogativas constitucionais asseguradas ao indivíduo na condição de humano, devendo ter sua integridade protegida, bem como as finalidades do princípio da humanidade das penas, para que o Estado não se abstenha de exercer seu papel penal de forma

justa, de modo que as penas venham cumprir sua função ressocializadora e reeducadora.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PENA

O presente capítulo tem por objetivo traçar as principais características da pena. Em primeiro plano tecer um breve histórico sobre o surgimento desta, em seguida estudar a pena privativa de liberdade abordando seus mais relevantes aspectos, bem como trazer à baila o enfoque de ser a pena que priva a liberdade o meio de punição mais corriqueiro do sistema punitivo brasileiro.

4.1 Breve Histórico Sobre a Origem da Pena

A pena acompanha a sociedade desde a sua existência. Tudo começou a partir do momento que o homem precisou unir-se ao outro com o fito de facilitar a luta pela sobrevivência, daí surgiu a sociedade, no entanto, para que fosse possível a junção de homens e seu conseqüente agrupamento, fez-se mister a imposição de regras norteadoras de condutas.

Para que tais regras tivessem aplicabilidade, o homem teve que abrir mão de parcela de sua liberdade, e conforme ensinamentos de Rousseau (2002) o indivíduo nasce com a liberdade natural e por intermédio do contrato social, ele abre mão dela para aderir à liberdade civil, onde se abandona o instinto e põe-se em prática a justiça, ou seja, agora suas condutas são norteadas por regras. A partir do momento que um indivíduo integrante da sociedade agisse de modo desordeiro ou com condutas que comprometessem o convívio social, seria necessária a aplicação de uma punição que servisse de ferramenta para que tais condutas não se repetissem.

Ou seja, como preleciona Rogério Greco

Todo grupo social sempre possuiu regras que importavam na punição daquele que praticava fatos contrários a seus interesses. Era uma questão de sobrevivência do próprio grupo ter algum tipo de punição que tivesse o condão de impedir

comportamentos que colocavam em risco sua existência.
(GRECO, 2015, p.15)

Alguns historiadores consideram como fases da pena: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública. Na vingança privada, o indivíduo que praticasse um mal deveria ser punido, seja por quem sofreu o dano ou qualquer outra pessoa. A lei do Talião é um exemplo da vingança privada, “o olho por olho e o dente por dente”. A vingança divina estava atrelada a divindade, onde pessoas, que eram consideradas ligadas a um deus, impunham submissão a regras que estes criavam.

Tal período era regido por crenças que serviram de arcabouço para atrocidades e, usando o poder divino como fundamento para a prática das punições, o código de Hamurabi é um exemplo, pois é revestido de caráter religioso. Na vingança pública, o Estado passa a fazer parte do cenário, já que toda a preocupação em retribuir o mal cometido por quem quer que seja visava a proteção social, bem como a segurança Estatal.

Os meios de punições, desde a antiguidade até os dias atuais, sofreram as mais variadas transformações. Nos primórdios, a punição era pautada pela lei do mais forte onde se fazia “a justiça com as próprias mãos” e o corpo era o objeto da punição. O suplício, uma das formas mais cruéis de punição, onde o esquartejamento e a tortura em forma de espetáculo serviam para confissão em público e consequente intimidação aos demais indivíduos, foi uma das respostas dadas para as condutas que comprometessem a ordem e os bons costumes da época. Além dos suplícios, a guilhotina e o enforcamento foram exemplos de penas corporais que marcaram um período chamado por Foucault de “época da sobriedade punitiva” (1997, p. 19).

Com o passar do tempo a pena foi mudando de objeto e o corpo já não era o principal alvo da punição. Conforme preleciona Michel Foucault,

Em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. (FOUCAULT, 1997, p.13)

Ocorre que, todo espetáculo ao qual estava exposto o corpo foi perdendo espaço para outra modalidade de punição, a privação de liberdade. Com as

mudanças ocorridas em meados do século XVIII e XIX após a Revolução Francesa e com os ideais iluministas, a essência punitiva sofreu significativa mudança, já que foram postas em evidência algumas garantias que visavam a proteção do homem. Com isso, foi se adquirindo um abrandamento na forma de punir. Ao período em que foram extintas as penas corpóreas e que foi trazida a privação de liberdade como nova modalidade de punição, dá-se o nome de Período Humanitário.

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e "humanidade". Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objeto, certamente (FOUCALT, 1997, p.21)

O pensamento jusnaturalista trouxe o reconhecimento dos direitos que nascem com o ser humano. Conforme preleciona Rogerio Greco (2015) tais direitos não poderiam ser ignorados, e a dignidade do ser humano é um exemplo. O positivismo também foi crucial para que as penas fossem vistas com outros olhos, já que, apenas com o surgimento da Escola positivista foi possível superar os castigos corporais.

4.2 Finalidade das Penas

Nas precisas palavras de Bitencourt (2012, p.54)., "a pena justifica-se por sua necessidade" e é com base nessa premissa que se constitui o anseio de analisar a finalidade da pena, que não se confunde com função, ainda que finalidade e função da pena sejam inter-relacionadas às modernas concepções do direito penal.

A função da pena seriam os efeitos concretos alçados com a sua aplicação, e a finalidade, efeitos que se buscam a partir de sua aplicabilidade, tanto no campo pessoal, como social do indivíduo. Pode-se adotar aqui a distinção da base sociológica referida tanto por Ferrajoli como por Feijoo Sánchez, segundo a qual o fim ou finalidade da pena estão relacionados com os efeitos sociais buscados desde a perspectiva jurídico-normativa até a axiológica, enquanto a função da pena está

relacionada com a análise descritiva dos efeitos sociais produzidos, inclusive quando estes se distanciam de finalidades previamente postuladas para a pena.

Há no contexto de elucidação, a respeito da finalidade e função da pena, algumas teorias e dentre elas se destacam as teorias absolutas ou retributivas; teorias relativas ou da prevenção; e teorias mistas ou unificadoras da pena.

4.2.1 Teorias absolutas ou retributivas

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena é a resposta pelo mal injusto cometido e funciona como uma vingança, já que esta é oriunda de um período em que a pena está associada à obtenção de um perdão divino, e para que este seja alcançado é necessária a aplicação de uma penalidade para que só então se alcance a justiça.

No tocante a essa teoria, Bitencourt destacou em sua obra como principais representantes da teoria absoluta os grandes filósofos Hegel e Kant.

Conforme preleciona Kant (1983)

Quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Nesses termos, é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei. Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária. (KANT, 1983, p.61 *apud* BITENCOURT, 2012, p.55)

O pensamento de Hegel tem um ponto de partida distinto ao de Kant, na medida em que busca não um conceito imutável de pena, mas sim um conceito relacionado com sua teoria de Estado. A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. A fundamentação hegeliana da pena é — ao contrário da kantiana — essencialmente jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. (BITENCOURT, 2012)

É notável nesta teoria que a pena visa apenas a retribuição do mal cometido, independente de sua modalidade e dos reflexos que se geram na sociedade, e por conseguinte o direito do homem é deixado à margem de qualquer proteção, já que o

direito penal antropocêntrico, aqui, não é evidenciado. Ainda nas precisas palavras de Fernando Capez (2012, p.383) “a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico”.

Sobre a tratada teoria, Bitencourt tece uma crítica:

confundir a questão relacionada com o fim geral justificador da pena (legitimação externa), isto é, por que castigar, que não pode ser outro senão um fim utilitário de prevenção de crimes no futuro, com a questão relacionada com a distribuição da pena (legitimação interna), ou seja, quando castigar, que, olhando para o fato passado, admite uma resposta retributiva, como garantia de que a condição necessária da pena é o cometimento de um crime. (BITENCOURT, 2012, p.57)

Daí, conclui-se que a teoria absoluta perde sua conotação quando se restringe apenas na punição, pondo os males causados pelo delinquente na mesma condição dos males oriundos desse molde teórico ao qual é submetida a pena, sem levar em conta nas disparidades ocasionadas por este nivelamento.

4.2.2 Teorias relativas ou da prevenção

Na teoria relativa, põe-se em pauta a prevenção do crime. O foco já não é a punição e sim a prevenção por que, segundo essa teoria, prevenir é mais importante que punir. Segundo Bitencourt (2012) foram os ideais do liberalismo a base para que se chegasse ao atual estado de direito e conseqüente modernização do direito penal, ao passo que velavam pelas teorias relativas consolidadas por intermédio do Iluminismo.

Na visão dos teóricos relativistas, há dois tipos de prevenção, a geral e a especial. Nesse sentido preleciona Capez (2012, p.384) “a pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*).” A distinção entre uma e outra reside no alvo da prevenção.

A prevenção geral tem por finalidade alcançar a coletividade na prevenção de delitos e funciona de modo a intimidar o corpo social para que não cometam más condutas. Ela também tem subdivisões, dentre elas destacam-se: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. Na primeira, conforme Bitencourt (2012, p.59)

“assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz”. Já para segunda, a prevenção geral positiva, “assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem”.

Em outras palavras, uma visa a intimidação da sociedade através da aplicação da pena, castigando o indivíduo delincente para que os demais integrantes da sociedade não venha a delinquir; a outra, a prevenção alcança sua função quando elucida a sociedade por intermédio da conscientização da importância da não reincidência na prática de delitos.

Concernente à prevenção especial, aduz Capez (2012, p.385) “pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir”.

Diante das ponderações trazidas acerca da teoria relativa ou da prevenção percebe-se que a ruptura da teoria absoluta, consiste na mudança de finalidade em que a pena é direcionada, na medida em que a pena vai tomando um caráter de humanização.

4.2.3 Teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória

Já na teoria mista, a pena passa a ter um enfoque que concilia as características da teoria absoluta e relativa para justificar. Para Capez (2012, p. 384) “pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).”

Segundo Bitencourt:

Em relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com esta afirmação, afasta-se um dos principais equívocos das teorias preventivas: a prioridade outorgada à justificação externa da pena — por que se pune — sem antes oferecer resposta à questão da sua justificação interna — quando se pune. Com efeito, sob o argumento da prevenção geral negativa, a intimidação através da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos, não é capaz de explicar por que a prática de um delito por um sujeito culpável é condição necessária da pena. Por sua vez, a teoria da prevenção geral positiva não é capaz de oferecer uma justificação da pena com base em valores que imponham limites tangíveis ao exercício do *ius puniendis* estatal.

Tampouco sob o argumento preventivo-especial da pena é possível explicar satisfatoriamente quando é legítimo punir, pois para esta teoria, como já vimos, a pena tem como base não a prática de um fato passado, mas aquilo que o delinquente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo. (BITENCOURT, 2012, p.61)

Oriunda das críticas aos posicionamentos monistas, a presente teoria revela que os reflexos das penas absoluta e relativa, são incapazes de salvaguardar os direitos fundamentais do homem. E a formalidade inviabiliza a capacidade de alcançar a complexidade dos fenômenos pertinentes ao Direito Penal acarretando graves consequências a segurança das garantias concedidas ao Homem (BITENCOURT, 2012).

A teoria em tela foi adotada no atual Código Penal, conforme expõe Greco (2009, p. 491) “em razão da redação contida no caput do art. 59 do código penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena”.

Dispõe o artigo 59 do CP:

Art. 59 - 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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

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

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

Diante do exposto, conclui-se que a presente teoria preza por um olhar mais humano da pena, velando pelas garantias fundamentais. Ainda que na Constituição Federal de 1988 não se vislumbre fundamento que evidencie a adoção da teoria eclética, há de se destacar que, mesmo diante de tal omissão, a CF/88 consagra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que por si só já é suficiente para embasar a defesa das garantias fundamentais, bem como a limitar qualquer forma de penalidade cruel e desumana.

4.3 Pena Privativa de Liberdade

Depois de estudar o breve histórico da pena, e a finalidade delas, faz-se necessário um exame acerca da modalidade de sanção, o qual tem grande relevância para esse trabalho, qual sejam: as penas privativas de liberdades. Neste tópico será feita uma abordagem desta modalidade, conforme o que preceitua o inciso I, do artigo 32, do Código Penal.

Pelos ensinamentos de Greco verifica-se que as penas de privativa de liberdade como resposta aos crimes e delitos são alcançadas através da detenção e reclusão. Ressaltando ainda que no tocante à contravenção, a sua legislação também prevê a privação de liberdade que é a prisão simples (GRECO, 2009).

A detenção e a reclusão, segundo Bitencourt (2012) são distintas, ainda que alguns insistam em dizer que não há diferença entre uma e outra, e se fundamenta através das consequências oriundas dessas espécies de privação de liberdade. No que tange à detenção ela é voltada para os crimes considerados de menor gravidade e o cumprimento inicial dessa pena se dará em regime aberto ou semiaberto. O que de diferente ocorre com a reclusão, haja visto que seu cumprimento inicial se dará no regime fechado, semiaberto ou aberto, ou seja, apenas na reclusão que serve de resposta aos delitos de maior gravidade, que o cumprimento inicial pode começar no regime fechado. Salientando também que na detenção pode haver regressão, quando a mesma for cumprida insatisfatoriamente, o que se dará por intermédio de descumprimento das condições estabelecida pelo juiz. (BITENCOURT, 2012).

Nesse viés, Bitencourt leciona que:

A pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la ao regime fechado, através da regressão (BITENCOURT, 2004, p. 473).

Sendo assim, apenas na reclusão pode haver iniciação de cumprimento da pena em regime fechado, daí o motivo dele ser considerado o mais rigoroso, por que tal prerrogativa não alcança a detenção, esta jamais poderá iniciar com o regime fechado.

Segundo Nucci (2009), a reclusão tem consequências a exemplo da incapacidade para o exercício do pátrio poder quando o crime for doloso cometido contra o filho que, na ocorrência de medida de segurança, causa internação no que difere na detenção por ser apenas tratamento ambulatorial que tais distinções servem para sinalizar a sociedade sobre a gravidade do delito; ressalta também as diferenças refletidas no processo, a exemplo da proibição de fiança cuja pena mínima for superior a dois anos.

O autor também tece críticas quanto a distinção entre reclusão e detenção, referindo serem elas mínimas, e conseqüentemente terem pouco efeito prático até porque no atual cenário brasileiro não existe espaço para que se cumpram as diferenciações, bem como as autoridades quase nunca as obedecem, válidas apenas em caráter processual, e levando em consideração as grandes demandas fica mais difícil ainda (NUCCI, 2009).

4.3.1 Regime de Cumprimento de Pena

Os Regimes de cumprimento de pena são três: fechado, semiaberto e aberto, e seu cabimento se fundamenta pela espécie e quantidade da pena, bem como ao mérito do condenado, ou seja, sua conduta e a reincidência.

No regime fechado, e conforme ensinamentos do autor, a pena será cumprida em penitenciária, e obrigatoriamente o apenado deverá trabalhar dentro do estabelecimento prisional; o trabalho deve levar em conta as suas aptidões e o que exercia antes de ser recluso, de acordo com a pena. Já o trabalho externo é proibido, exceto em serviços ou obras públicas, desde que já tenha o apenado, cumprido um sexto da pena. O cumprimento se dará com o isolamento no período noturno, onde é tecida uma crítica pelo autor .“esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP), não passa de “mera carta de intenções” do legislador brasileiro, sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais” (BITENCOURT, 2012, p. 228). Cabe também ressaltar que a possibilidade de realização de curso no regime fechado é proibida.

Nucci faz uma crítica quanto ao isolamento no período noturno, que determina o Código Penal, visto que com a superlotação, torna-se impossível, este isolamento. (NUCCI, 2009)

Aduz o art. O art. 33, §2º, a, do CP, que “inicialmente, se sujeitarão ao regime fechado, os condenados à pena de reclusão, de forma reincidente, ou que a cominação legal seja superior a oito anos” (BRASIL, 1940).

No regime semiaberto, a pena deve ser cumprida em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. É permitida a realização de cursos, e trabalho externo, podendo se dar também no setor privado. Tal prerrogativa também confere a possibilidade de remição da pena, como ocorre no regime fechado, sendo que três dias trabalhados correspondem à redução de um dia de pena, bem como para ajudar a reinserção do apenado na sociedade preparando-o para voltar ao convívio. Cabe ressaltar que a característica mais relevante deste regime, é a atingir a consciência do apenado através da autodisciplina (GRECO, 2009; BITENCOURT, 2012; CAPEZ, 2012).

O art. 33, §2º, b, do Código Penal, determina que “o regime semiaberto inicial de cumprimento da pena, dispondo que é cabível tal regime aos não reincidentes condenados à reclusão superior a quatro anos e que não ultrapasse a oito”. (BRASIL, 1940).

Já no regime aberto, o recolhimento se dá em casa de albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga, podendo o apenado participar de cursos e trabalhar durante o dia.

Bitencourt tece alguns elogios ao regime fechado, dentre eles a obrigatoriedade do trabalho para tal regime, sendo este fator preponderante na civilização do homem e o contato direto com a família e sociedade, para que não perca sua identidade como homem integrante de um meio social e membro de uma família. (BITENCOURT, 2012)

O art. 33, §2º, c, do CP, determina que “o cumprimento da pena poderá iniciar no regime aberto quando o apenado não reincidente for condenado a uma pena igual ou inferior a quatro anos”. (BRASIL, 1940)

Tem ainda o regime disciplinar diferenciado, recém inserido na legislação penal, Pela nova redação do art. 52 da LEP, por intermédio da Lei n. 10.792/2003,

tem como finalidade evitar a formação de grupos dentro dos presídios e a proteção da ordem dentro deste. Este regime é de total isolamento, tem a duração de 360 dias podendo ser repetido caso haja cometimento de falta grave, e desde que não ultrapasse um sexto da pena fixada na sentença condenatória. O apenado deve ter duas horas diárias para banhos de sol, e pode receber duas visitas por semana, também por duas horas. É aplicada em três hipóteses: a) quando o fato praticado for considerado doloso e possa conturbar a ordem e disciplina interna do presídio; b) quando for provisoriamente preso ou condenado, representar risco a ordem e segurança do sistema prisional; e c) quando o preso provisoriamente ou condenado, for envolvido em grupos organizados, a exemplo de bando, organização criminosa e quadrilha. (NUCCI, 2009; BITENCOURT, 2012)

O vulgo RDD - Regime Disciplinar Diferenciado, é fortemente criticado por que esse viés de total isolamento abstém de forma ainda mais severa o apenado, e diante desse contexto de severidade, ainda que para atender as necessidades prementes de proteção a ordem nos recintos prisionais e sociais, já que visa combater o crime organizado, é encarado de forma cruel. (NUCCI, 2009).

4.3.2 Direitos do Preso

O artigo 39 da Lei de Execução Penal, prevê os deveres do preso, *in litteris*:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
 - II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
 - III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
 - IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
 - V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
 - VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
 - VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
 - VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
 - IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
 - X - conservação dos objetos de uso pessoal.
- Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.
(BRASIL, 1984)

O rol onde constam os deveres do preso é taxativo e transcreve as regras que devem permear a condutas do preso dentro do estabelecimento que se encontra retido, seja de higiene, urbanidade e até mesmo respeito para com a administração pública, órgãos e agentes do estabelecimento carcerário. Porém o que se verifica é que mesmo diante da exigida conduta aos presos, não se oferecem recursos para que esses cumpram com os objetivos delineados pelo supratranscrito artigo. Ressalta-se ainda que o parágrafo único do mencionado artigo estende os deveres ao preso provisório.

No entanto, verifica-se que tal dispositivo não alcança eficácia, pois não passa de uma mera pretensão jurídica.

Concernente aos direitos do preso, sua previsão se encontra no artigo 41 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
 - II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
 - III - Previdência Social;
 - IV - constituição de pecúlio;
 - V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
 - VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
 - VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
 - VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
 - IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
 - X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
 - XI - chamamento nominal;
 - XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
 - XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
 - XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
 - XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
 - XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
- Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.
- (BRASIL, 1984)

Elencando os direitos do recluso, este rol é meramente exemplificativo, ou seja, cabe uma interpretação extensiva e, na visão de Marcão (2007, p. 32)“sua

análise deve ser buscada de forma ampla, no ponto de vista em que, se o fato não for uma restrição legal ao apenado, será um direito seu.”

Percebe-se a partir do parágrafo único do mencionado artigo que há uma afronta à dignidade do preso, pois é concedida discricionariedade aos administradores dos recintos prisionais para tratar da conveniência ou não de suspender e restringir alguns dos direitos previstos no rol, que permite o contato do preso com o mundo externo através do desempenho do seu trabalho, da fruição do seu tempo para recreação, ou concernente ao seu contato com amigos e familiares ou condizente ao seu acesso aos meios de comunicação como carta, correspondência. Não conceituando “ato motivado”, a lei permite que o diretor do estabelecimento aplique punições ao seu livre convencimento, de forma desproporcional e inadequada.

Contudo, devem ser preservados todos os direitos do apenado, respeitando a sua condição humana, ainda que tenha sua liberdade privada, o seu direito à saúde, à vida, à integridade física e moral e à honra devem ser respeitados.

5 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO COMO ÓBICE À EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E HUMANIDADE DAS PENAS E CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DA PUNIÇÃO

No presente capítulo, serão abordadas questões intrinsecamente relacionadas às consequências ocasionadas pela aplicação da pena privativa de liberdade, quais sejam as violações aos preceitos constitucionais, tais como as ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da humanidade das penas, e conjuntamente a isso fazer uma crítica ao sistema prisional brasileiro, e à limitação deste na defesa da integridade humana, quando das mazelas oriundas de uma pena que não cumpre suas efetivas funções.

Dentre as diversas garantias constitucionais que visam a proteção aos indivíduos que cometem delitos, quando no cumprimento das penas que lhe sejam culminadas para que sejam dignas à condição humana, se destacam os princípios da dignidade da pessoa humana e o da humanidade das penas. Só com as efetivas garantias constitucionais poderá se dizer que as penas cumprem seus objetivos e finalidade.

A aplicação de penalidades como sinônimo de reprovação de condutas tipificadas na lei como crime, são uma ferramenta usada para zelar pelo convívio social. Ocorre que, a pena privativa de liberdade, que se materializa com a prisão, apenas retribui e reprova as condutas delituosas, entretanto não obtém êxito quando se trata de prevenir o cometimento de novos delitos, assim como não ressocializa e nem reeduca o delinquente.

Em todo o mundo civilizado estão consagrados princípios que velam pelas garantias individuais, tuteladas inclusive pelos direitos humanos, e diante dessa

conjuntura a sanção penal se insurge como instrumento de grande valia social. Até mesmo a infração penal contribui para a falência do sistema e impotência do estado na luta contra o crime (LUIS, 2002).

Atualmente, o Sistema Prisional brasileiro, conforme preleciona Silva, pretende garantir à sociedade, que o agente transgressor da lei cumpra suas penas em estabelecimentos carcerários dignos para que seja possível sua recuperação e conseqüentemente uma ressocialização e reeducação do apenado. Para isso, adotou na aplicação da execução da pena uma progressividade que está prevista no Código Penal brasileiro, e permite que ao cumprir a pena o apenado progrida em uma ordem subsequente de regime fechado, semiaberto e aberto.

Muito embora tenha se utilizado desse mecanismo de progressão de pena, e tentado garantir os direitos do preso com o intuito de regenerar o apenado, é notório que esse objetivo não é alcançado pois não se consegue reeducar o indivíduo o que dificulta seu retorno à sociedade, e com isso se evidencia a falha do sistema prisional em não cumprir com seus objetivos de ressocializar e reeducar, corroborando para um crescente aumento nas ocorrências de crime, criando-se estigmas a esses, e submetendo-os a uma condição de vida desumana

No cárcere não são cumpridos os dispositivos legais, pois o preso fica exposto a um ambiente completamente inóspito. Com isso, verifica-se que o Estado vai além do limite de punir e a pena se estende, causando assim, uma ideia de punição multiplicada por que não é o só a liberdade que é tolhida, mas todas as demais garantias estendidas ao homem (integridade, saúde, trabalho, lazer, educação, família, cidadania, devido processo legal) ocasionando uma excessiva punibilidade.

Mesmo tendo alçado várias conquistas ao longo dos anos, muito se precisa melhorar na efetividade das práticas punitivas, pois os condenados a penas que privam sua liberdade devem ter seus direitos preservados. Não é por que se perdeu a liberdade de locomoção que suas garantias fundamentais devem ser esquecidas, o apenado ao cumprir mencionada pena continua sendo cidadão como qualquer um, e precisa ter sua integridade tanto física quanto moral respeitadas. Isso se consubstancia através do princípio da humanidade das penas que confere ao apenado a obrigatoriedade de um tratamento digno.

Isolar um sujeito infrator em uma cela em condições desumanas nunca será uma boa maneira de banir a violência que assola o país, tal como criar obstáculos que comprometem a interação social do preso com o mundo exterior nunca será uma alternativa viável para uma boa reinserção a sociedade, já que ocasionará um sentimento de revolta no apenado, fazendo-o voltar à sociedade revoltado e com sede de vingança. Sobre tal vingança preceitua Foucault:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimento que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado: acusa a própria justiça. (FOUCAULT, 2012, p. 14).

Diante do exposto, pode-se verificar que os prejuízos trazidos pela pena privativa de liberdade não alcançam apenas o apenado, mas a toda sociedade pois, ao retornar ao convívio social, o indivíduo estará mais violento, primeiramente, por que ao ter sua liberdade abdicada, se submetendo ao cárcere, tem-se uma ofensa a sua autonomia e personalidade, uma vez que, ao perder os vínculos com seus objetos pessoais, a exemplo das roupas documentos, perde também sua essência de indivíduo pertencente a uma sociedade.

Além disso abre mão de sua intimidade, privacidade ficando à disposição da administração carcerária e convivendo com os demais presos e os valores do aprisionamento se perdem à medida que o apenado, ao estar submetido a um sistema completamente precário onde presos que não tem periculosidade se misturam com os de alta periculosidade, facilitando a propagação da violência e abusos, tornando-se o presídio uma escola do crime, exposto a um ambiente brutal retorne à sociedade brutalmente, tal como vivenciou no cárcere.

Nesse viés, quando o preso adentra ao ambiente do recinto criminal, adota posturas oriundas dos vícios da convivência, como se já estivesse adaptado àquele local, e sobre isso discorre Pimentel :

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. E claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão,

pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisonizado. (PIMENTEL, 1983, p. 158)

O ser humano é por sua natureza adaptável, para completar este conteúdo, cabe citar o entendimento de Silva:

É de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a insensibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando entrou. (SILVA, 2003, online).

Sobre a ineficácia do sistema prisional brasileiro, Leal descreve sobre a crueldade presente neles:

As prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigoram o código arbitrário de disciplina, com espancamento frequentes; prisões onde os detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso sorteado é morto, a pretexto de chamarem atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência por local próprio para triagem, os recém-ingressos que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigos, ao lado de presos extremamente perigosos. (LEAL, 2001, p. 58).

Com isso, verifica-se que o Estado não se preocupa com o preso, e o descaso com ele dentro do cárcere é a prova disso, como aduzido por Leal (2001), não há políticas públicas que priorizam a questão prisional, daí o fracasso do sistema prisional sem nenhuma perspectiva de melhoria, tornando ainda mais inviável a reabilitação do preso. E este descaso não parte apenas do Estado, mas pode se dizer com total propriedade que esse problema ocasionado ao sistema prisional é tanto do estado como da população.

Sobre essa afirmativa cabe ressaltar a reflexão de Amaral:

Não se sente sensibilizada diante do sistema de execução de penas também porque não se identifica de modo algum com aqueles que se encontram dentro dele: os presos. A condição

de preso é em si estigmatizada, e como tal, provoca um efeito de polarização psicológico nas massas. De um lado estão os presos, que se presume estarem detidos porque fizeram algo ruim. De outro estão “os livres” que estão em liberdade porque nada fizeram de errado. E assim, existem os “bons” e os “maus”, polarizados e separados por muros e grades. E ao mundo da vida dos “bons” não interessa nem um pouco o que se passa no mundo de vida dos “malvados”. (AMARAL, 2009, p. 189).

Por esse estigma que carrega o preso por ter agido de modo a transgredir a norma, a sociedade o encara como alguém que pela conduta errada que tivera merece ser castigado, reagindo de forma vingativa carregando um discurso de ódio pautado em uma falsa ambição de verdade. É sobre este discurso de ódio que a sociedade alimenta que Salah H Khaled Jr discorre:

De qualquer modo, parece claro que a democraticidade impõe que o funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana- em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistema voltados para implacável perseguição dos indesejáveis, ditos como inimigos. É precisamente aqui que podemos identificar de forma nítida a articulação entre sistema inquisitório e discurso de ódio, o que faz dessa epistemologia um resquício indesejável contemporâneo.(JUNIOR, 2016, p.30)

Percebe-se que mesmo com a mudança do sistema acusatório para inquisitório, não se vislumbraram mudanças ao modo de olhar a natureza persecutória da pena, e que ainda que vigore a obrigatoriedade de se respeitar o princípio de grande relevância para ao atual Estado Democrático de Direito, que já foi detalhado no capítulo 2 deste trabalho, atualmente ainda vivencia um sistema que vê o apenado como pessoa que não merece ter seus direitos e dignidade resguardados.

Os fatos só evidenciam que a aplicação da pena privativa de liberdade não logra êxito, pois a finalidade da pena não se alcança, não há ressocialização, não há reeducação, e todas as ofensas à integridade física do apenado dentro do cárcere denotam uma multiplicação da pena, como se já não bastasse a privação da liberdade, a faz sem garantir o mínimo digno possível.

Greco ao se referir à aplicação da pena que priva o indivíduo de sua liberdade afirma:

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que

mediante a privação da liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos antissociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.(GRECO, 2010, p.468)

Levando em consideração o que é explanado por Greco, resta evidente que a pena de prisão jamais será uma alternativa viável na recuperação do indivíduo, além de privar a liberdade, a faz em um ambiente hostil, privando do convívio da família e amigos, sendo obrigado a permanecer em um ambiente que não lhe confere dignidade e sendo tratado com um ser que não humano.

Dentre as mazelas do sistema punitivo, encaradas pelo apenado, se destaca a superlotação. Com uma estrutura física precária, os presos ficam amontoados em celas pequenas, o que compromete a higienização facilitando a propagação de algumas doenças infectocontagiosas.

A superlotação carcerária é um problema que ocasiona os demais problemas. Primeiramente há uma contraposição ao que é assegurado constitucionalmente, bem como na legislação infraconstitucional e tratados internacionais, inclusive o de direitos humanos ao qual o Brasil é signatário, segundo porque tal fator está intimamente ligado à reincidência e os números comprovam isto.

Ao analisar os países que possuem a maior população carcerária, pondo em destaque os dados do levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN pelo Ministério da Justiça no ano passado, ao retratar que o Brasil abriga a terceira maior população carcerária do mundo e diagnosticar que o número de ocorrências de crime não diminuiu, nota-se que o aprisionamento não é e não será uma solução para a crescente criminalidade.

Na teoria, o aprisionamento deve ser a última medida a ser tomada quando na aplicação das espécies punitivas (*ultima ratio*), ou seja, aplicam-se

subsidiariamente, no entanto o que se verifica é a banalização dessa modalidade de pena. Como se não bastasse, um judiciário lento que acumula os processos penais e aumenta as ocorrências de prisões temporárias, que ainda conforme dados do levantamento supracitado, 40% dos encarcerados no Brasil são presos temporários.

O último levantamento do INFOPEN, que se deu em junho de 2014, relatou a taxa média de ocupação nos estabelecimentos prisionais onde o Brasil possui um índice de 161%, daí, em um espaço onde deveria comportar 10 presos, estão aprisionados uma média de 16 reclusos, o que evidencia a situação da superlotação nos presídios do Brasil. Por tais constatações tomou a posição de quinto país de maior população carcerária, perdendo apenas para Filipinas (316%), o Peru (223%) e o Paquistão (177%). Os Estados Unidos e a Rússia, dois dos países de grande população carcerária, detém índices de ocupação melhores. Os estabelecimentos prisionais russos operam, em média, aquém de sua capacidade, com cerca de 94% de ocupação, já os presídios americanos operam somente um pouco acima do limite, com taxa de 102% (INFOPEN, 2014, p. 13).

Tais fatores propiciam o aumento da população carcerária, direta e indiretamente. Diretamente, devido ao excesso de prisões que são realizadas, bem como a lentidão do judiciário ao dar celeridade nos trâmites do processo, ocasionando maior incidência daqueles que estão presos provisoriamente e que aguardam julgamento. E indiretamente, porque o cárcere superlotado traz como consequência a precariedade do sistema prisional.

Ao Estado cabe a punição, tal como a prevenção, no entanto o desvelo com o detento, já que tem sido negligente tanto no que tange velar pelas garantias fundamentais do encarcerado quanto no que cabe prezar pela ressocialização, tem sido ineficiente em atingir a sua finalidade garantidora. O art. 1º da Lei de Execução Penal (lei nº 7.210 de 1984) aduz que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado”. Mas o que se vê é o descaso do Estado que não tem atingido a sua finalidade.

Segundo Bitencourt é necessário que seja aperfeiçoada a pena restritiva de liberdade para quando for necessária e recomendável que a seja substituída quando

possível, pois a necessidade de uma reforma na seara penalista põe em evidência o descrédito na esperança da pena de prisão. (BITENCOURT, 2007)

Foucault (1987), ao pesquisar sobre prisões constatou uma questão oriunda da detenção, a reincidência, pois para ele o indivíduo que saiu da prisão tem mais chances de voltar e, proporcionalmente falando, os condenados são geralmente os antigos detentos.

A ruína do sistema prisional brasileiro ratifica que a pena privativa de liberdade aqui, além de não estabelecer as finalidade legais, contribui para a formação de indivíduos revoltados com a crueldade, humilhação e desumanização do cárcere. Resta claro também o desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao princípio da humanidade das penas, pois ao submeter o indivíduo a uma ambiente que além de privar a liberdade também priva o direito a uma vida digna, vai de encontro com todas as garantias e direitos concedido ao ser humano. Nesse viés Mirabete dá sua opinião:

Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável (MIRABETE, 2006, p. 244).

Resta evidente que a pena privativa de liberdade não é a melhor solução a ser utilizada quando a intenção é diminuir a criminalidade e reincidência, o descuido com o ser humano que precisou ser punido extrapola qualquer noção de cuidado na tentativa de vê-lo apto ao convívio social já ressocializado. A priori cabe destacar que a sociedade fecha todas as portas para este indivíduo, a sua vida outrora digna, passa por uma transformação marginalizada, visto que que se perde não apenas sua auto imagem, mas também o seu valor humano.

Não existem políticas públicas que visem a reinserção do agente transgressor na sociedade, o mercado de trabalho já é extremamente seletivo quanto aos indivíduos que não tem estigma de ex presidiário, imagina se nessa condição terá um apenado uma oportunidade de emprego. A consequência disso é o retorno para o mundo do crime.

Se não bastasse o rótulo que o apenado carrega por ter sido delinquente, a família do encarcerado passa a ser vista com outros olhos, o preconceito ainda

prevalece na sociedade contemporânea e massacra aqueles que necessitam de uma oportunidade para ser reintegrado ao seu convívio social.

Um trecho da obra de Beccaria retrata bem essa situação:

Quando fosse verdade que a desigualdade é inevitável e mesmo útil na sociedade, é certo que só deveria existir entre os indivíduos e em virtude das dignidades e do mérito, mas não entre as ordens do Estado; que as distinções não devem permanecer num só lugar, mas circular em todas as partes do corpo político; que as desigualdades sociais devem nascer e desaparecer a cada instante, mas não perpetuar-se nas famílias. (BECCARIA, 1764, p. 49)

Têm-se dois negligenciadores quando se busca a efetividade da pena, o apenado não pode ser visto apenas como responsabilidade do Estado, a sociedade também é responsável pela ressocialização do preso. O indivíduo que já cumpriu a pena que lhe foi culminada deve ser respeitado como qualquer cidadão que nunca cometeu delitos. Não precisa carregar ao longo de sua vida um rótulo que nada lhe beneficiará, ao contrário, o faz acreditar que jamais será ele um ser normal digno de viver normalmente na sociedade.

Ferrajoli (2002) ao tratar do tema “abolição da pena carcerária” afirma que mesmo sendo alterado o objeto da pena que há algum tempo atrás prevaleceu, tem-se conservado muitos elementos da pena que alcançavam o indivíduo e faziam o seu corpo responder pelas condutas ilícitas. Tais elementos seriam as “aflições físicas” e são manifestadas nas formas de tratamento, diferindo das penas corporais simplesmente pelo percurso do tempo, ele também coloca a “aflição psicológica” como outro elemento oriundo da solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da efetividade. E segue justificando sua ideia afirmando:

A prisão é portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a desigualdade das pessoas, penosa e inutilmente aflictiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens para quem quer que seja. (FERRAJOLI, 2002, p. 331).

As afirmativas só ratificam a conclusão de que a pena privativa de liberdade tem consequências onde a curto prazo não se encontram meios para repará-la. Não

basta ser punido com sua privação, essa punição se estende às suas garantias e assim o indivíduo é excessivamente penalizado. Nas precisas lições de Grecco ele aduz que o homem não nasceu para ficar preso, e essa característica do homem é inevitavelmente fundamental ao homem.

A prisão nunca será um meio efetivo para punir alguém, já que a mesma acarreta consequências que reflete direto na sociedade, haja visto as situações degradantes que se submetem os presos. E segundo Khaled Jr. a busca da condenação é tão intensa que não se leva em consideração a devida averiguação de fatores inerentes ao caso concreto, mas tão somente a busca da punição (KHALED JR. 2016).

Diante das estatísticas conferidas pelo Infopen, verifica-se que são graves os problemas encarados no sistema prisional brasileiro, fazendo-se necessárias sérias e profundas discussões acerca do tema, com o fito de buscar soluções, ou, até mesmo, provocar um debate e não ver na pena privativa de liberdade como maneira mais viável quando o tema é punir, pois esta já não traz as soluções necessárias para modular o indivíduo frente ao mundo da criminalidade já que os estabelecimentos prisionais têm sido uma verdadeira “escola do crime”. E com o fracasso da prisão, conjuntamente ao fato de que esta modalidade penal desrespeita as garantias constitucionais de dignidade humana e humanidade das penas, faz-se necessário pensar uma alternativa capaz de efetivamente ressocializar e reeducar o delinquente, respeitando-se as garantias já mencionadas. Não se verifica soluções no excesso punitivo que vigora na prática persecutória penal, ao contrário a violência e o crime só aumentam.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As regras, sejam elas morais ou de condutas, servem para nortear o indivíduo a delimitar suas ações para que seja preservado o bom convívio social. A partir de algumas conquistas, e da evolução da sociedade fez-se necessário a positivação de algumas normas para servirem de balizadoras de condutas, ou seja, definir o que é permitido e proibido.

Dentre os exemplos de normas postas, chamadas de positivadas por que podem ser documentadas dentre os mais variados documentos que contém em seu bojo, pode ser citada a Constituição Federal, que é a Magna Carta, e rege as relações de uma nação. É o que ocorre com as garantias e direitos estabelecidos em um documento de força vinculante, que obrigatoriamente deve ser respeitada e serve para dar ciência aos cidadãos integrantes de uma nação de seus direitos.

No Brasil vigora a Constituição Federal de 1988, fruto de muitas lutas, e atualmente assegura ao seu povo um Estado democrático de Direito e tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

A busca por uma sociedade sem violência e sem criminalidade é o desejo do Estado e da sociedade. Do Estado por que é ele fomentador de políticas públicas que visam uma melhor qualidade de vida para as pessoas e tem em sua própria existência a finalidade de buscar o bem da coletividade. E da sociedade, porque anseiam seus membros por um convívio harmônico e de paz.

Quando um indivíduo age de modo a comprometer a ordem social, transgredindo uma norma ou tendo uma conduta que atente para a paz social, deve ser ele punido. É o Código Penal a legislação infraconstitucional responsável por tipificar algumas condutas como delituosas, e determinar a sanção cabível para tal.

Ocorre que, dentre as modalidades de punições previstas no Código Penal, está a pena privativa de liberdade, que se consubstancia através da prisão. Essa modalidade de pena é a corriqueiramente aplicada e seus efeitos tomam proporções irreparáveis.

Conforme já foi tratado no capítulo 5 do presente trabalho, população carcerária brasileira está entre as cinco maiores do mundo. E o problema não reside apenas no número, mas nos efeitos que dele advém.

A sociedade brada pela pena de prisão, veem nela, o respaldo necessário para solucionar o problema do crime e da violência. Mas, o que as pessoas dessa sociedade não sabem ou fingem não saber, é que trancafiar os indivíduos em uma cela minúscula convivendo em um meio hostil, em um ambiente superlotado, com precária assistência à saúde, propicia o desenvolvimento e propagação de doenças; não há o que se falar em ressocialização, bem como reestruturá-lo para que volte a conviver na sociedade, já que são anuladas quaisquer possibilidades, quando os tratam de forma desumana e com desigualdade, tornando o problema ainda mais graves, gerando no detendo o sentimento de desprezo e vingança.

Ocorre que, o uso abusivo das penas causa males irreparáveis. Além de empilhar o judiciário de demandas dificultando o uso racional na aplicabilidade da pena, bem como aumentando em número significativamente de condenados ela também descaracteriza a função intimidadora da pena. O uso dessa, deve ser legitimada evidente e extremamente necessária.

A convivência no cárcere expõe o indivíduo a conviver com diversos agentes delinquentes, e ao se submeterem as regras ditadas pela “máfia carcerária”, se adaptando aos comportamentos do meio. As supramencionadas mazelas enfrentadas pelos detentos, incluindo o preconceito e a exclusão advindas da sociedade, que o vê e trata como ex-presidiário, fechando as portas para sua reinserção ao meio social, e ao mercado de trabalho, onde a punição se perpetua mesmo finda a reclusão. O estigma da condenação o impossibilita ao retorno à

sociedade como um ser ressocializado apto ao convívio social e à vida longe do crime. Tais fatores propiciam a reincidência, já que ao encontrar as portas fechadas, busca novamente no crime, o meio para sua subsistência, e como consequência seu retorno ao recinto criminal, o que ocasiona a superlotação, acentuando ainda mais a precariedade do sistema prisional.

Todas as violações à integridade humana ocasionadas pelo cárcere, a negligência do Estado, o tratamento desumano, a humilhação e a crueldade a que está exposto o encarcerado, faz de sua pena uma sanção completamente violadora dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, e ao não conferir o mínimo de humanidade nos meios de punição, lesa o princípio da humanidade das penas.

A sanção penal, deve ser um grande e forte instrumento a favor da sociedade. Devido a sua relevante função ressocializadora, a sua aplicabilidade desordenada colabora para que seu fim destoe completamente da realidade, e em vez de se buscar a regeneração do indivíduo para que não venha cometer delitos, estes conseqüentemente se multiplicará.

Do princípio da dignidade da pessoa humana emanam importantes princípios penais que preconizam ser o direito penal muito mais que uma ferramenta opressora na defesa do Estado, o fito de sua aplicação deve estar pautado em uma reestruturação do delinquente de modo que este veja que, apesar de transgressor de uma norma, deve ser encarado em sua dignidade como ser apto a conviver normalmente em sociedade e ter sua vida outrora desconstruída para o cumprimento da pena restabelecida, sem que para isso tenha que carregar o estigma de ex-presidiário.

Reside em tais fatos a evidência de que a privação da liberdade do indivíduo em estabelecimentos prisionais precários faz da execução de sua pena, uma extensão punitiva, daí se não bastasse ser privado de sua liberdade, multiplica-se a punição submetendo o apenado a viver em um recinto criminal em intensa desumanidade.

REFERÊNCIAS

AVILA, Angelica. Falência do sistema prisional brasileiro e a falácia da sua privatização. Disponível em :<<https://jus.com.br/artigos/48234/falencia-do-sistema-prisional-brasileiro-e-a-falacia-da-sua-privatizacao//>>. Acesso em: 18 de junho de 2018.

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: file:///C:/Users/Jose/Downloads/2182-Texto%20do%20artigo-8216-1-10-20120104.pdf Acesso em: 10 de novembro de 2017.

BECCARIA, C. Dos Delitos e das Penas. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Castanho; Luís Gustavo Grandinetti. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30.

COMEIA, Zé, *Família e Cárcere – Os efeitos da punição sobre a unidade familiar e a necessidade de inclusão*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/anexos-cnpcp/familia-e-carcere-2013-os-efeitos-da-punicao-sobre-a-unidade-familiar-e-a-necessidade-de-inclusao.pdf>>. Acesso em :19 de junho de 2018.

DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 26 de abr. de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral v.1*, Rio de Janeiro, Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, vol.I*, 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2017. Acessado em 18 de junho 2018. Online. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

JUNIOR, Salah H. Khaled Junior. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Casa do Direito 2016.

KHALED JR, Salah H. *Discurso de Ódio e Sistema Penal*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2006, p.33.

LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.58.

LUIS, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Frabis Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 03 de nov. de 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 158.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Edição Ridendo Castigat Mores, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José de Ribamar da. *Prisão: Ressocializar para não reincidir*, Curitiba, 2003. Disponível em http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf. Acesso em: 01 novembro.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 500.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

ZAFFARONI, Eugenio Rául; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. Volume 1. 7ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.163.

_____. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. *Execução Penal, Comentário à Lei nº 7.210 de 11-7-84*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996, p. 604.

_____. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 18 junho 2018.

_____. *Manual de Direito Penal*, vol. I, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 244.

