

ISABELLA DE OLIVEIRA

**INEFICÁCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

ISABELLA DE OLIVEIRA

## **INEFICÁCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor José Rodrigues Ferreira Júnior.

ANÁPOLIS – 2019

ISABELLA DE OLIVEIRA

**INEFICÁCIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL**

Anápolis, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

---

---

## RESUMO

A pena privativa de liberdade tem fracassado, não conseguindo alcançar seus objetivos, ressocializar e reintegrar o indivíduo em sociedade. O presente trabalho tem o escopo de apontar as razões dessa ineficácia, bem como, descrever a maneira que o sistema penitenciário, que é o responsável pela execução da pena privativa de liberdade se encontra. Demonstra, de maneira clara, todos os problemas sociais, que de alguma maneira influenciam no aumento da criminalidade, tais como, desemprego, educação precária, e especialmente a desigualdade social. A pesquisa, para alcançar seus objetivos, abarcou parte do ramo que se encontra a pena, ou seja, o Direito Penal, abrangeu a evolução histórica da pena e ainda foram apontados princípios que devem ser respeitados pelo Estado, sendo ao final do presente, levantados pontos que evitem em determinadas situações, a imposição de uma pena privativa de liberdade, dentre os quais destaca-se, a imposição de políticas públicas de qualidade. O trabalho desenvolveu-se baseado em pesquisas bibliográficas que trouxeram argumentos para a crise carcerária existente, por conseguinte, a razão do fracasso da pena privativa de liberdade.

**Palavras Chave:** Crise Carcerária; Ineficácia; Pena Privativa de Liberdade; Ressocialização; Sistema Penitenciário.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPITULO I – NOÇÕES INTRODUTORIAS DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>03</b>
1.1 Conceito de direito penal.....	03
1.2 Funções do direito pena.....	03
1.2.1 Função protetora.....	04
1.2.2 Função ético-social.....	04
1.2.3 Função garantidora.....	05
1.3 Princípios informadores do direito penal.....	06
1.3.1 Princípio da intervenção mínima.....	07
1.3.2 Princípio da humanidade.....	07
1.3.3 Princípio da proporcionalidade.....	09
1.3.4 Princípio da intranscendência.....	09
1.3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	10
<b>CAPÍTULO II – DAS PENAS.....</b>	<b>13</b>
2.1. Conceito.....	13
2.2. Origem e evolução histórica das penas.....	14
2.2.1 Das penas na Antiguidade e na Idade Média.....	15
2.2.1.1 Das penas aflitivas.....	17
2.2.1.2 Das penas de morte.....	18
2.3. Das penas privativas de liberdade.....	20
2.3.1 Origem da pena privativa de liberdade.....	20
2.3.2 Espécies de penas privativas de liberdade.....	22
2.3.3 Finalidade das penas privativas de liberdade.....	23
2.3.4 Da ideia de ressocialização da pena privativa de liberdade.....	25
<b>CAPÍTULO III – SISTEMA PRISIONAL E MEDIDAS INIBIDORAS DA CRIMINALIDADE.....</b>	<b>28</b>
3.1. Histórico das prisões.....	28
3.2. Sistemas prisionais.....	29
3.3. Século XX e retrocesso das prisões.....	32
3.4. Da inobservância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	34
3.5. Fatores causadores da crise penitenciária.....	37
3.6. Seletividade do sistema prisional.....	38

3.7. Medidas inibidoras da criminalidade.....	39
3.7.1. Da implementação de políticas sociais por parte do Estado.....	40
3.7.2. Do carácter subsidiário do direito penal.....	42
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar de forma clara e detalhada os problemas enfrentados pelo Brasil no que tange as penas privativas de liberdade, que é apresentada por muitos como a melhor maneira de se solucionar os problemas de segurança e de diminuição da violência no Brasil e como veremos, é um mito e deve ser derrubado.

Em meados da década de 90 já se vislumbrava que a pena privativa de liberdade era limitada em seu principal objetivo, a saber: a ressocialização do condenado. Diante do altíssimo índice de reincidência, beirando os 80% (CAPEZ, 2012), se fez necessário a busca por uma saída. Neste contexto criou-se as Regras de Tóquio (Penas Restritivas de Direito) sendo aprovada no 8º Congresso da ONU, como meio de se reeducar e sobretudo prevenir novas práticas delitivas. No entanto, ao invés de continuarmos avançando e buscando novas soluções, paramos no tempo e voltamos ao discurso encarcerador, no qual o direito penal através do sistema carcerário solucionará velhos problemas, que até hoje ele não conseguiu resolver.

Diante desse irresolúvel problema, a mídia (em sua parte sensacionalista) comprou tal ideia, e a vendeu de forma promocional, pregando veemente que a salvadora da pátria (penas privativas de liberdade) deve ser aplicada de forma cada vez mais dura (em muitos casos até pena de morte), mesmo que para atingir seu ápice seja necessária a total inobservância de direitos fundamentais de todo ser humano, dentre os quais podemos citar: Direito à saúde, à vida, ao meio social saudável e de maneira mais intensa o direito à dignidade da pessoa humana, que como não é de difícil constatação, quase nunca é observado pelo Poder Público,

haja vista que o sistema carcerário é falido, seletivo, desigual e conforme anota Grecco (2012,p.56) “Tem cor, tem cheiro e tem classe social”.

A despeito dos números apontarem para a real ineficácia das penas privativas de liberdade, o pensamento da sociedade continua no sentido de que o condenado deve sim aguentar e viver em um ambiente tão hostil e encarar todas as mazelas impostas pelo cárcere. Por essa razão o debate se reveste de uma importância ímpar, pois vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais devem ser respeitados.

## **CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO PENAL**

### **1.1 Conceito de Direito Penal**

Antes de adentrar-se no tema específico deste trabalho, é necessário que se faça um breve estudo sobre o ramo do direito que abarca as penas privativas de liberdade, fornecendo um conceito sobre o que é Direito Penal.

Neste sentido, Masson (2017, p. 05) “Direito Penal é o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal”.

Desta forma, evidencia-se que o Direito Penal exerce uma função de suma importância no seio de uma sociedade, pois o mesmo serve para manter, ou até mesmo reestabelecer a paz social rompida pela prática de uma infração penal. (MASSON, 2017).

Assim sendo, não se imagina nos dias de hoje a existência de uma sociedade sem a tutela do Direito Penal, haja vista a constatação, da criminalidade que aumenta de forma gradual, a cada dia que se passa, encontrando nesta seara do direito, ao menos teoricamente, uma apaziguação para esse aumento desenfreado (GRECCO, 2013).

### **1.2 Funções do Direito Penal**

O Direito Penal, como todo ramo do direito, desempenha funções de alta relevância para a sua real efetivação. Se assim não fosse, ficaria vazia e

desnecessária a sua existência. Dentre as principais funções, destacam-se a proteção de bens jurídicos, sua função ético-social e sua função garantidora, como se verá mais adiante (MASSON, 2017).

Neste diapasão, faz-se oportuno que sejam tecidos comentários sobre cada um destes institutos.

### *1.2.1 Função Protetora*

Uma das funções do Direito Penal se traduz na proteção que o mesmo exerce como responsável por cuidar de bens jurídicos, isto é, de valores e interesses indispensáveis à vivência humana em harmonia, sendo necessário ainda que esses bens jurídicos por ele protegidos sejam os mais importantes, ante a subsidiariedade que é exercida pelo Direito Penal (MASSON, 2017).

Desta feita, anota Grecco (2014, p. 02) “Com o direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, do ponto de vista político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito.” Tal pensamento reforça de forma veemente a subsidiariedade que é uma das características do Direito Penal.

Outrossim, percebe-se que o Direito Penal exerce papel relevante no meio social em que é colocado, servindo como proteção para os bens jurídicos mais importantes. Bem jurídico, é tudo aquilo que é protegido pela norma penal, que satisfaça os interesses das pessoas, tais como, vida, patrimônio, honra, etc. Sempre que a sociedade exigir, e o legislador entender por bem, deverá criar tipos para resguardar tais objetos, possibilitando com isso, que o Direito Penal exerça sua função de garantia (CAPEZ, 2012).

### *1.2.2 Função Ético-social*

O Direito Penal, além de desempenhar a proteção acima exposta, tem ainda como atributo uma função especial, função essa que é conhecida como ético-social. Tal função visa que o ser obedeça à norma, não apenas pelo temor que por

ela é imposto no meio em que é inserida. Tal temor é conhecido como prevenção geral. A norma deve ser respeitada, pela visão ética das pessoas, por um pacto que o indivíduo faz com o Estado e com os seus pares, demonstrando um respeito pela lei, não a respeitando apenas pelo medo. Deve-se obedecer a norma não apenas pelo que ela pode fazer o agente sofrer, mas por tudo aquilo que ela representa em si mesma (CAPEZ, 2012).

Se assim não fosse, a partir do momento, que o Direito Penal propõe o desenvolvimento único e exclusivo de sua função protetora, esquecendo que exerce outras funções, dentre elas, sua função ético-social, de nada adiantaria o endurecimento das leis, ou punições demasiadamente longas, pois o indivíduo continuaria olhando para a coletividade de um modo totalmente individual, não trataria seu próximo com respeito, e assim, continuaria a delinquir, deixando inócua a existência do Direito Penal (CAPEZ, 2012).

### *1.2.3 Função Garantidora*

A despeito de terem sido citadas duas funções de alta relevância do Direito Penal, deve-se atentar para a existência de uma terceira função. Por mais inviável que se possa parecer, referido ramo do direito, desempenha de forma absoluta uma função garantidora. Tal função pode ser visualizada de maneira mais clara quando se destaca que a pessoa, só pode ser punida por algo que está na lei. Não se pode falar em punição, se não existir uma perfeita correspondência entre a conduta praticada e a definição expressa no tipo penal. De fato, tais exigências dificultam que o Estado invada a esfera de liberdade do indivíduo a seu bel prazer, pois tal função serve como um escudo para todos, afastando com isso, atos absolutistas e desumanos (MASSON, 2017).

Tal garantia pode ser visualizada de forma mais clara através do princípio da legalidade, que é constitucionalmente assegurado nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da constituição de 1998, que é asseverado da seguinte maneira pelo professor Grecco (2014, p. 98):

O princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do

Direito Penal. Conforme se extrai do art.1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art.5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal.

Conforme ilustrado acima e reforçando o que já tinha sido dito, dever haver limites na incriminação e imposição de penas, só sendo possíveis tais fatos, se existir uma lei, definindo a infração penal e sua respectiva pena (GRECCO, 2014).

### **1.3 Princípios Informadores do Direito Penal**

O Direito Penal, apesar de ter como fato sancionador, único e exclusivo, a lei, é regido por inúmeros princípios, que são responsáveis pela função de nortear o legislador na criação de um tipo penal, bem como, de direcionar o julgador em sua aplicação, desempenhando com isso, papel de relevante valor para o direito (NUCCI, 2008).

A palavra princípios possui vários significados, dentre os quais podemos citar: aquilo que vem antes, regra, lei, fonte da qual deriva algo, dentre outros. No sentido jurídico, que é o que nos interessa, a palavra princípio indica um norte a ser tomado pelo legislador e pelos aplicadores do direito, servindo de base para a interpretação, integração e aplicação do direito. Há princípios que estão previstos no próprio texto legal, bem como, princípios, que não estão expressos, sendo chamados de princípios implícitos (NUCCI, 2008).

Nesse passo, convém lembrar a lição de Mello (1994, p. 451).

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, costuméa irremissível a seu cabouco lógico e corosão de sua estrutura mestra.

Conforme exposto, a violação de um princípio se faz mais grave do que a

ofensa da norma em si, deixando antever com sua explanação, a importância destes institutos norteadores do Direito Penal. Diante da importância que é dada pela nossa doutrina aos princípios que delinham o Direito Penal, o que não poderia ser diferente, se faz necessário que sejam destacados os principais princípios que estão intimamente ligados as penas privativas de liberdade, destacando-os e tecendo breves comentários sobre cada um deles. Tal análise será feita nos tópicos que se seguem (MELLO, 1994).

### *1.3.1 Princípio da Intervenção Mínima*

O Direito Penal só deve se preocupar com a proteção de bens jurídicos importantes do ponto de vista de eleição do legislador. É sem sombra de dúvidas, um dos princípios mais importantes do Direito Penal, pois visa afastar a aplicação desnecessária deste ramo do direito, que é tido como o mais cruel de todos os ramos, somente podendo ser utilizado como última opção (GRECCO, 2014).

Este princípio defende que o direito penal, não deve interferir demasiadamente na vida do indivíduo, retirando-lhe sua liberdade, seu livre arbítrio. Afinal de contas, a lei penal não deve funcionar como a primeira opção na resolução de conflitos que nascem na sociedade. Sempre que o bem jurídico puder ser protegido de outro modo, por outro ramo do direito, deverá abrir-se mão deste, ou seja, do direito penal, no sentido de que não se banalize a punição, evitando-se com isso a vulgarização do Direito Penal (NUCCI, 2008).

Para finalizar, cabe destacar os momentos de observância obrigatória deste princípio. Em um primeiro momento deve servir de base ao legislador na seleção de bens jurídicos mais importantes ao convívio. Em um segundo momento, deve servir também de norte ao legislador para retirar a proteção do Direito Penal sobre aqueles bens que no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com o passar dos anos, já podem ser protegidos por outros ramos do direito (GRECCO, 2014).

### *1.3.2 Princípio da Humanidade*

O réu deve ser tratado como um ser humano que é. A pessoa que se vê privada de sua liberdade deve ter todos os outros direitos seus conservados, tais como, vida, saúde, dignidade, integridade física, etc. Baseado neste princípio, a constituição veda a pena de morte, de tortura, cruéis e de banimento. Disso infere-se ser inconstitucional a criação de tipos penais que cominem em seu preceito secundário, penas que infrinjam a dignidade da pessoa, sua integridade, dentre outros direitos da personalidade (CAPEZ, 2012).

Falar deste princípio, significa dizer que o Estado, quando aplica o Direito Penal, deve se respaldar na responsabilidade, garantindo o bem-estar social a todos, incluindo, aos condenados, que fazem parte da sociedade. A pessoa que cumpre uma pena privativa de liberdade, não deve ser excluída da sociedade, porque por um momento, atacou determinado bem jurídico, sendo dessa maneira, alcançada pelo Direito Penal. Não se deve tratar o encarcerado, como se estes, não fossem seres humanos, mas simplesmente coisas, que pelo simples fato de se encontrarem cumprindo determinada pena, não merecem o respeito e o respaldo do Estado. Evitando tais possibilidades, a Constituição assegura que não haverá penas que tornem o cumprimento demasiadamente oneroso para o condenado (NUCCI, 2008).

É por meio deste princípio, de índole constitucional, onde repousa o maior escudo da sociedade contra o Estado, para que este adote a pena capital e de prisão perpétua. Esse instituto partilha da premissa, de que o poder punitivo estatal, não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que causem lesões físicas ou psíquicas aos condenados, como é o caso das penas citadas. Muito embora, o direito penal não possa ser chamado de assistencial, este, como todos os ramos que compõem nossa sistemática normativa, deve obedecer a determinados limites. (BITTENCOURT, 2010).

Baseado neste princípio, toda e qualquer lei que tenda a limitar o tratamento humano do réu ou do condenado, deve ser rechaçada de plano, sob pena de ser declarada materialmente inconstitucional, por ferir dispositivo de nossa Constituição, não merecendo qualquer juízo valorativo. (CAPEZ, 2012).

Cumprido ressaltar ainda, que por estar umbilicalmente ligado à dignidade

da pessoa humana, o constituinte originário, elevou tal modalidade a escala de cláusula pétrea, não podendo ser modificado, nem por meio de Emenda Constitucional. A doutrina mais atual defende que nem por meio da edição de uma nova Constituição, poder-se-ia alterar tal garantia, sob pena de se violar o princípio do não-retrocesso (LENZA, 2017).

### *1.3.3 Princípio da Proporcionalidade*

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já trazia tal expressão, em seu Artigo 15, prevendo que a pena deverá ser proporcional ao crime praticado. Contudo, o princípio da proporcionalidade só foi efetivado de maneira mais clara, com o Direito Moderno, mais precisamente com a obra de Cesare Beccaria que entrou para a história do direito e foi denominada de *Dos delitos e das Penas*, fortemente influenciada pelos ideais iluministas (BITTENCOURT, 2010).

Falar deste princípio significa dizer, que deve haver uma perfeita correspondência, entre a gravidade da infração e a pena a ser aplicada, não sendo possível que haja discrepâncias entre estes dois pontos. Com este raciocínio, não teria sentido, por exemplo, punir uma injúria com uma pena demasiadamente elevada, pois não haveria razoabilidade e proporcionalidade entre o preceito primário e secundário da norma. Da mesma maneira, não seria proporcional, punir um crime de latrocínio, com uma pena restritiva de direito (NUCCI, 2008).

Assim sendo, exige-se a realização de um juízo de valor entre o crime praticado e a pena aplicada. Toda vez que entre esses institutos houver acentuado desequilíbrio, como consequência haverá desproporção, gerando com isso inconstitucionalidade da medida em questão. Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior que o benefício, haverá afronta ao Estado Democrático de Direito (GRECCO, 2014).

Para finalizar, cabe destacar ainda as fases obrigatórias de observância deste princípio, a saber: Fase de criação do delito (legislativa), fase da aplicação (judicial) e fase de execução da pena (execução penal) (MASSON, 2017). Desta maneira, sendo obedecidos todos os preceitos aqui levantados e havendo a

obediência das fases citadas, haverá proporcionalidade entre o delito e a pena, fazendo com que o tipo produza todos os seus efeitos à luz da Constituição.

#### *1.3.4 Princípio da Intranscendência*

Em virtude do princípio da intranscendência, a pena somente será posta ao responsável pela prática do crime. O princípio em questão aduz que somente a pessoa que praticou o delito deverá ser submetida à sanção imposta pelo Estado. Nos dias de hoje, diferentemente do que acontecia, apenas o condenado responderá por seus atos, ficando afastadas as pessoas de seu convívio familiar ou pessoal. Referido instituto é de índole constitucional, estando previsto no art.5º XLV da Constituição Federal de 1998 (GRECCO, 2014).

Tal princípio, também chamado de personalidade, traz em seu bojo, o fato de que ninguém poderá, nem deverá, responder por atos de outra pessoa, pois cada indivíduo deve ser responsabilizado por suas ações. Por esse motivo, nem haverá a responsabilização por conduta de outrem, muito menos o cumprimento de uma pena em face de outro ser. A pena só pode ser cumprida, pela pessoa que foi por ela agraciada. Outrossim, se o condenado vem a falecer, a pena que lhe foi imposta, mesmo essa pena sendo de natureza pecuniária, ela não poderá ser passada a seus sucessores, pois a pena é personalíssima, é apenas do condenado, de mais ninguém (GRECCO, 2014).

No entanto, se a responsabilidade pela infração for de outra natureza, que não seja penal, como por exemplo, a obrigação de reparar o dano causado pela infração penal praticada, não há impedimento (GRECCO, 2014).

No caso da morte do condenado, já tendo sido feita a transferência de seu patrimônio a seus sucessores, os mesmos respondem pela obrigação até o limite da herança. Mesmo com essa possibilidade, não está se transferindo a pena de uma pessoa para outra, pois esta é intransferível, mas apenas sendo transferida a obrigação de reparação do dano, desde que respeitados os limites do patrimônio deixado pelo condenado. Não se deve confundir pena, com obrigação de reparar o dano. A Constituição que veda a transmissão da pena, é a mesma que possibilita a

reparação dos danos pelos sucessores, desde que respeitados o limite da herança (GRECCO, 2014).

### *1.3.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o mais falado dentre todos os princípios. Com origem de difícil constatação, tem-se que teve como ponto marcante o início do cristianismo, onde existia um respeito, uma visão igualitária, entre homens, mulheres, crianças, escravos. Embora, sua origem remonte a tempos remotos, teve-se mais relevância com a evolução da filosofia ocidental, que era baseada na liberdade, no respeito ao próximo, tendo como busca principal, a valorização do ser humano. Não obstante ser de longa data, apenas com o aparecimento dos ideais iluministas, por volta do Século XVII E XVIII, tem-se uma fundamental importância impregnada ao mesmo, bem como, a consolidação do princípio, ora tratado. (GRECCO, 2013).

Com o início do século XX, começa-se a formar governos totalitários em vários Estados, principalmente, com criação do partido nazista, na Alemanha. Tal época foi marcada por uma série de atrocidades, com extermínio de raças, e desrespeito total ao ser humano. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, presencia-se o crescimento do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, expresso em várias Constituições democráticas, com o fim de se inibir, que tais barbaridades, voltassem a serem presenciadas. Hoje em dia, todas as Constituições de países que se dizem democráticos, sem exceção, preveem de maneira expressa o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser sempre entendido, como um princípio de hierarquia superior aos demais, justamente pelo bem jurídico que se quer preservar, ou seja, a dignidade das pessoas (GRECCO, 2013).

O princípio aqui levantado foi também adotado pelo direito brasileiro, estando expresso na Constituição, constituindo-se, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se extrai do art.1º, da Constituição Federal, servindo como regra matriz para a edição de qualquer norma penal, sob pena da mesma padecer com o vício da inconstitucionalidade. Isto posto, infere-se que tudo aquilo que infringir a dignidade da pessoa humana,

consequentemente, há de ferir o Estado Democrático de Direito (LENZA, 2017).

Apesar de sua existência e evolução com o passar dos anos, conceituar tal princípio, não é uma das tarefas mais fáceis, pois o mesmo não se traduz em um conceito jurídico, mas sim filosófico. No entanto, pode-se definir que é algo inerente a toda pessoa, uma qualidade que lhe é conferida desde o nascimento, imprescritível e irrenunciável. Mesmo com tal definição, que não deixa dúvidas sobre a função que este princípio desempenha, encontra-se nos tempos atuais, uma grande dificuldade em sua efetiva aplicação. Apesar de ser um princípio reconhecido universalmente, muitas das vezes, referido instituto não é respeitado pelo Estado, ainda mais quando ocorre o confronto entre este princípio, e a maneira que as penas são cumpridas hoje em nosso país (GRECCO, 2013).

Pois bem, pode-se afirmar ainda, que todos os princípios que circulam o Estado Democrático de Direito, e que foram aqui citados, tais como, adequação social, legalidade, humanidade, intervenção mínima, ofensividade, proporcionalidade, entre outros, partem do princípio da dignidade da pessoa humana, servindo este, como princípio matriz dos demais, sendo necessário também a sua verificação e respeito, em qualquer construção típica, haja vista que este princípio é um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, devendo desta maneira, ser posto no patamar de que é merecedor (CAPEZ, 2012).

## **CAPÍTULO II – DAS PENAS**

### **2.1 Conceito**

A pena pode ser definida como uma retribuição dada pelo Estado à pessoa que pratica uma infração penal. Quando o ser social comete um crime, nasce a possibilidade de o Estado fazer valer seu direito de punir, impondo ao praticante, determinada sanção como punição. No entanto, em um Estado Constitucional Democrático de Direito, mesmo o Estado tendo o direito e o dever de aplicar à pena quando se comete uma infração, a sanção aplicada deverá observar princípios expressos e implícitos previsto na Constituição Federal, que depois de uma lenta e dolorosa evolução conseguiu resguardar direitos de todos que se virem obrigados a provar desse remédio amargo imposto pelo Estado (GRECCO, 2014).

Assim sendo, trazendo um conceito sucinto, mas primordial para o entendimento do tema, Capez, (2012, p.385):

É a sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração

penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Neste diapasão, temos que a pena é uma conseqüência que deverá ser suportada pelo indivíduo que decide enveredar pelo caminho obscuro da criminalidade, sendo uma resposta estatal ao fato típico praticado pelo agente, buscando com a sua aplicação, uma apaziguação para a sociedade que se viu atribulada com a prática do delito (CAPEZ, 2012).

## **2.2 Origem e Evolução Histórica das Penas**

O homem não nasceu para ter sua liberdade de locomoção restringida, ao contrário, ele veio ao mundo, para ser livre, pois o instituto em questão é tido como fundamental de todo ser humano. Contudo, a história nos leva a crer, que desde o início de sua criação o homem se tornou perigoso e traiçoeiro para com o seu próximo, devendo com isso, serem impostos limites ao mesmo, com o fim de se evitar abusos (GRECCO, 2013).

Quando se fala do início da humanidade, como resultado falar-se-á também da origem das penas, pois o afastamento de Deus do homem foi a primeira pena que se tem notícias. Logo, após provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal e de ter sido expulso do paraíso, o homem sofreu a sua primeira condenação, sendo esta, com certeza a mais pesada de todas as sanções. Tempos mais tarde, a desobediência do homem gerou o primeiro crime da história, tendo sido o homicídio de Caim contra seu irmão Abel. A partir daí, o homem não parou mais de delinquir, aumentando cada vez mais a perversidade de suas condutas (GRECCO, 2013).

Tentando encontrar a origem da pena, Bittencourt, (2010, p. 505):

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a história da humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na história da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por

tudo isso, não é uma tarefa fácil. Surge uma ampla gama de situações e variedades de fatos, que se impõem a considerações, com magníficos títulos para assumir a hierarquia de fatores principais. Porém, são insuficientes. A carência da continuidade é quase total. Há muitos exemplos. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução, a confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas) dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica. Um bom exemplo dos retrocessos referidos é a própria aparição da 'prisão-pena', que ocorre em fins do século XVI, para depois ficar sepultadas nos dois séculos seguintes.

Em que pese ser de difícil constatação a data inicial da aplicação da primeira pena, ou seja, sua origem, o doutrinador concorda com o fato de que a pena remonta a antiguidade, não podendo ser separada da história da humanidade, entendendo-se com isso que a história da humanidade está intimamente ligada com a história das penas (BITTENCOURT, 2010).

### *2.2.1 Das Penas na Antiguidade e na Idade Média*

Na antiguidade, não existia a pena privativa de liberdade, considerada em si mesmo como sanção. Embora existisse o encarceramento de delinquentes desde os tempos mais remotos, tal privação de liberdade não tinha como finalidade o cumprimento de uma pena, esse confinamento, almejava outros vãos. Até os fins do século XVIII, a prisão servia apenas para a guarda de réus, preservando-os fisicamente e mentalmente até o instante que seriam realmente julgados e saberiam então, qual pena haveriam de cumprir. Durante tal período, as sanções aplicadas pelo Estado, eram as penas de morte, aflitiva, ou infamante. A prisão neste momento servia apenas como um mecanismo por meio do qual o acusado esperaria seu julgamento, não lhe sendo resguardado nenhum direito (BITTENCOURT, 2010).

A primeira modalidade de aplicação da pena neste momento se ajusta naquilo que a doutrina chama de vingança privada. A finalidade da pena nessa época e seu único fundamento que ela deixava transparecer, era a simples retribuição pelo mal praticado. Tal retribuição era praticada não apenas pela vítima do dano causado, sendo aplicada ainda, por seus parentes, amigos, e até mesmo pela pluralidade onde a pessoa atacada vivia inserida. Tal vingança, não raras vezes, acabava em retribuições desproporcionais, cominando

muitas das vezes, até mesmo com a extinção de vários grupos na antiguidade (GRECCO, 2013).

A Lei de Talião tempos mais tarde, foi considerada um passo à frente para os seres por ela regidos, ainda que com várias precariedades, pois a mesma começou a fornecer uma ideia, ainda que tímida, de proporcionalidade. A Lei de Talião tinha em seu bojo, a famosa expressão “olho por olho e dente por dente”, trazendo com isso, para aquele momento histórico uma noção de razoabilidade que era de suma importância e foi de grande relevância para a época. Tempos depois, temos a composição e o árbitro, como meio de se solucionar os conflitos em sociedade (GRECCO, 2013).

Na Idade Média, a pena tinha como objetivo principal difundir o medo na sociedade. Não importava a idade da pessoa, se criança ou velho, o sexo, a capacidade de entendimento, todos esperavam encarcerados à espera de sua pena, que seria de suplício (aflictiva) ou de morte. Neste período, como no período anterior, não há que se falar em privação de liberdade como pena em si mesma. A privação da liberdade continua a ser de natureza intimamente processual, enquanto o condenado aguarda sua pena pelo mal que ele causou (BITTENCOURT, 2010).

Verifica-se, no entanto, o surgimento neste período medieval, de dois tipos de prisões, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão do Estado, eram recolhidos os inimigos do Estado, que cometiam atos atentatórios aos interesses dominantes, e adversários que se opunham ao governo. Tal espécie de prisão dividia-se em duas modalidades, a prisão custódia e a prisão temporal ou perpétua. Naquela, o réu esperava a aplicação de sua verdadeira pena, que variava do açoite à pena de morte. Nesta, ele cumpria pena temporal até receber o perdão do Estado, ou a cumpriria perpetuamente. Os exemplos mais lembrados nos dias de hoje dessas prisões são a Torre de Londres e a Bastilha de Paris (BITTENCOURT, 2010).

Na prisão eclesiástica, por sua vez, eram recolhidos os rebeldes, dando aos mesmos, uma espécie de lição de moral, na linha de pagarem uma penitência e fazendo-os meditarem sobre seus atos. Os rebeldes eram detidos, e colocados na área dos mosteiros, para que, por meio de orações, se arrependessem do pecado e

recebessem o perdão pela prática de seus atos. Descreve-se tal modalidade de confinamento, como sendo, um aposento subterrâneo, sem portas nem janelas, que era acessado por meio de uma escada. Tinha luz, pois os enviados pela igreja dela necessitavam, para ler os livros sagrados. Tal prisão era mais humana que o regime que vigorava na época, sendo este, todo baseado em penas corporais, colocando ao condenado um sofrimento imensurável. Todos os réus que adentravam nas prisões eclesiásticas, não saíam de lá com vida, pois ficavam ali em penitência, até que a morte os apanhasse. É inegável que o direito canônico, influenciou e muito as penas do período moderno, sob tudo com esse tipo de prisão. (BITTENCOURT, 2010).

Como se pode perceber pelos levantamentos aqui realizados, as penas daquela época em nada se parecem com as dos tempos atuais, não existindo uma diferença substancial, entre as penas na Antiguidade e na Idade Média, sendo ambas cruéis. (BITTENCOURT, 2010).

#### *2.2.1.1 Das Penas Aflitivas*

São consideradas aflitivas, as penas que causem um imenso sofrimento físico ou mental ao condenado ou acusado, sem que esse sofrimento, no entanto lhe retire a vida. Essas penas são subdivididas em positivas e negativas. As positivas são as penas que trazem a pessoa, certo sofrimento a seu corpo, como é o caso dos açoites, mutilações, etc. As penas positivas, ainda podem ser indeléveis, que são aquelas penas que deixam no corpo do condenado algum sinal permanente, que não pode ser regenerado com o tempo, como é o caso das mutilações (corte da perna, do braço), ou ainda como a pena de marca, que deixa algum sinal perpétuo no corpo do condenado. Ocorria de maneira costumeira, que tal marca, consistisse na colocação ao rosto do condenado, da primeira letra do crime por ele praticado, para que a sociedade tivesse o conhecimento de tal fato. Com a realização deste ato por via do Estado, havia por consequência, a exclusão do indivíduo do seio social (GRECCO, 2013).

As penas positivas deléveis são aquelas que não deixam nenhuma seqüela no corpo do condenado, causando-o, no entanto, um sofrimento instantâneo. As negativas, são impeditivas do exercício da liberdade do condenado,

como acontece na masmorra e no desterro (GRECCO, 2013).

Sobre a maneira de aplicação destas penas, Grecco, (2013, p.187) “O suplício era uma demonstração de poder, de intimidação do povo, que se colocava no lugar do executado em seus pensamentos”.

Trazendo um conceito sobre o que vem a ser o suplício, Foucault (2013 p.35-36):

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente a privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero de suplício – até o esquartejamento em que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, *themostexquisiteagonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas; números de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados).

Tais barbaridades eram vistas pelo Estado como uma forma de prevenir e reprimir novos delitos, pois se o condenado sobrevivesse a tais fatos, carregaria as marcas em seu corpo, pelo resto de sua vida, não voltando com isso, a delinquir, haja vista todo o mal que lhe foi imposto pela execução de sua primeira pena. Esse espetáculo de Horror era visto pela justiça com bons olhos, pois com isso, deixava transparecer todo seu poder, com a imposição deste tipo de pena (FOUCAULT, 2013).

O Estado acreditava, que agindo desta forma bárbara, todos os demais, assistiriam ao sofrimento daquele que praticou uma infração penal, e não usariam em praticar o delito por ele cometido, pois se o cometessem, seriam responsabilizados da mesma maneira. Foram tempos difíceis, pois as pessoas eram vítimas de uma fúria devassadora, embutida nos controladores do povo, difundindo de forma gratuita entre toda a sociedade o medo, tornando os indivíduos reféns deste sentimento tão cruel (GRECCO, 2013).

### *2.2.1.2 Das Penas de Morte*

A pena de morte é tida como uma das mais antigas e mais aplicadas pela grande maioria dos povos que já povoaram a terra. O seu cumprimento, variava desde uma execução lenta, demorada, dolorosa, como era o caso da crucificação, que foi a pena imposta a nosso Senhor Jesus Cristo, até uma execução rápida e sem dor, que era a maneira vislumbrada nas decapitações. Até o início do século XVIII, conhecido como o século das luzes, essa espécie de pena era aplicada pelo Estado, e defendida por grande parte da população, inclusive por nobres intelectuais da época (GRECCO, 2013).

Mesmo com o advento do iluminismo, trazendo ideias contrárias a penas cruéis ou sanções que retiravam a dignidade das pessoas, modificando a maneira que o homem era visto até então, a revogação da pena de morte, não foi desde logo defendida, principalmente em caso de cometimentos de infrações tidas como graves. Diante desse pensamento conservador, Beccaria, que foi um dos defensores mais ferrenhos de direitos humanos, admitia a pena de morte, em situações de extrema relevância, como eram os casos de crimes cometidos contra o Estado (GRECCO, 2013).

O Estado que cometia tais atrocidades, era o mesmo que impossibilitava, que o réu tivesse um processo guiado, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Muitas das vezes, a pessoa era condenada com base exclusivamente em sua confissão, sendo o único meio que ela detinha de não passar por sérias e mais sérias de tortura, das mais inimagináveis, no que tange ao aspecto de crueldade que as acompanhava. Muitas vezes, deixava-se de lado, ou até mesmo era esquecido,

que o mesmo Estado, aplaudido pelo povo, quando condenava um jurisdicionado com base em um sistema inquisitivo, baseando-se uma execução, sem o mínimo de indícios probatórios, poderia se voltar a qualquer momento contra qualquer pessoa, que até então, era expectadora do show que era a ela apresentado, passando com isso, de expectadora a protagonista (FOUCAULT, 2013).

A maior parte dos Estados avançou e continua avançando na linha de excluir tais penas de uma vez por todas, sendo que, somente em 25 dos 59 países que adotam a pena de morte ocorreram verdadeiras execuções no ano de 2008. Defende-se ainda, a impossibilidade de países que não adotaram a pena de morte, implantá-la, mesmo em face da confecção de uma nova Constituição, pois tal complemento violaria o princípio do não retrocesso, daí um dos fundamentos da vedação da instituição de tal pena na República Federativa do Brasil, como é por muitos defendida. Os países que adotam, no entanto, somente poderá aplicá-las em situações extremamente graves, devendo ser observadas todas as garantias do condenado, sobre tudo, ampla defesa e contraditório, além de tratados internacionais, que são fixados de maneira frequente, com o intuito de inibir tais penas. (GRECCO, 2013).

Para finalizar, cumpre expor um pensamento muito propício para o assunto abordado neste tópico, que são os argumentos que deslegitimam tais penas, neste esteio, Grecco (2013, p.141).

A pena de morte já deveria ter sido abolida há muito tempo, em todos os países. São inúmeros os argumentos que a deslegitimam, tais como a possibilidade, sempre real, do erro judiciário, pois, uma vez executada, a decisão equivocada será irreversível; a desistência completa daquele que praticou a infração pena, impedindo-o de retornar ao convívio em sociedade; a sua inutilidade como medida preventiva, já que dados estatísticos demonstram que nos países onde existe a pena de morte, ela não tem o condão de inibir a criminalidade, ou seja, não cumpre com sua apregoada função dissuasória, além do fato de, sem dúvida, sua aplicação ser ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, evidencia-se a maneira que eram executadas as penas durante a Antiguidade e por toda a Idade Média. Percebe-se a maneira cruel que o condenado era tratado pelo Estado e por seus pares. Cumpre, porém ressaltar, que

os tempos mudaram, chegando-se assim a Idade Moderna, mudando-se também a maneira de execução das penas, sendo que tais modalidades, não mais encontram guarida em nosso direito, conforme se verá adiante (GRECCO, 2013).

### *2.3 Das Penas Privativas de Liberdade*

Neste tópico, será feito um estudo detalhado sobre a pena privativa de liberdade, bem como, o porquê do entendimento de que tal espécie de pena não é eficaz.

#### *2.3.1 Origem da Pena Privativa de Liberdade*

A pena privativa de liberdade, não foi aplicada pelo Estado como punição pela prática de uma infração penal, desde o início dos tempos. Durante o período Antigo, como dito, aplicavam-se apenas penas cruéis ou infamantes. A privação de liberdade do indivíduo, tinha apenas caráter iminente processual. A pena nessa época, só se preocupava em divulgar o medo em toda a sociedade (BITTENCOURT, 2010).

Descrevendo o panorama que se encontrava a Europa, principalmente o Estado Francês, no período que surge uma ideia, ainda que tímida da pena privativa de liberdade preleciona Bittencourt, (2010, p.510):

As guerras religiosas tinham arrancado à França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. Estas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos. O parlamento tratou de enviá-los às províncias. No ano de 1525 foram ameaçados com o patíbulo, em 1532 foram obrigados a trabalhar nos encanamentos para esgotos, acorrentados de dois a dois, em 1554 foram expulsos da cidade pela primeira vez, em 1561 condenados às galés e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo expulsos da cidade. Tudo isso logo crescera desmesuradamente. Esse fenômeno estendeu-se por toda a Europa. Por essas razões de política criminal era evidente que, ante tanta delinquência, a pena de morte não era a solução adequada, já que não se podia aplicar a tanta gente. Sobre isso nos fala com sua autoridade Hans Von Heting: 'Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da

criminalidade em fins do século XVII e início do XVIII'. Contudo, como em algum lugar tinham de estar, iam de uma cidade a outra. Eram demasiados para seres todos enforcados, e a sua miséria, como todos sabiam, era maior que sua má vontade; na Europa, cindida em numerosos Estados minúsculos e cidades independentes, ameaçavam, só com sua massa crescente, dominar o poder do Estado.

Ademais, com todos os acontecimentos, o Estado começou a sucumbir diante das penas que eram por ele aplicadas. A pena que antes tinha um forte caráter de intimidação, já não mais intimidava, e a reincidência era demasiadamente vista (BITTENCOURT, 2010).

Todavia, com a chegada do século XVIII, principalmente em decorrência das ideias iluministas, as penas cruéis, foram sendo deixadas de lado, criando-se novos sistemas de correção, que visavam não apenas a pena como punição, mas também como prevenção e reabilitação. Foi sendo retirado do meio social, os castigos que eram demasiadamente desnecessários, como a tortura, introduzindo-se em seus lugares, a privação de liberdade como meio sancionatório aplicado pelo Estado. Com isso, desenvolve-se de maneira inaugural, as construções de prisões para a correção dos condenados. Destarte, apenas que era até então aplicada somente para que o condenado não conseguisse fugir da sanção a qual estava obrigado, ganha o lugar de pena principal. Um dos grandes idealizadores desse sistema foi Cesare Beccaria, defensor nato do princípio da dignidade da pessoa humana (GRECCO, 2013).

### *2.3.2 Espécies de Penas Privativas de Liberdade*

Hoje no Direito Penal brasileiro, existem três espécies de pena privativa de liberdade. Tem-se as penas de reclusão, detenção e prisão simples. Todas essas penas, por estarem diretamente ligadas a privação de liberdade do indivíduo, poderiam ser denominadas apenas, pena de prisão. A pena de prisão simples é a punição decorrente da prática de uma contravenção penal, enquanto que as outras duas espécies, são destinadas as pessoas que praticam um crime. Ademais, não seria atitude correta do Estado, colocar junto com criminosos, pessoas que cometessem contravenções penais, que são infrações tidas como mais leves, razão pela qual podem chamadas de crime anão (NUCCI, 2008).

Todas as espécies de pena privativa de liberdade, visam de alguma maneira, como seu nome indica, retirar o direito de liberdade do indivíduo. Percebe-se no entanto, que algumas privam essa liberdade, com mais intensidade outras, todavia, demonstram um menor fervor. A pena de reclusão, é tida como a mais grave, no que tange ao cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo, podendo ser cumprida em três regimes, sendo: fechado, semiaberto e aberto. A pena de detenção, é cumprida em regime semiaberto ou aberto, da mesma maneira que a pena de prisão simples. A diferença entre a pena de detenção e a de prisão simples reside no fato, de que a pena de prisão simples, não comporta o regime de reclusão nem mesmo em caso de regressão, enquanto que na de detenção, possibilita-se tal conversão (CAPEZ,2012).

Sobre os regimes de cumprimento de pena, em especial no regime fechado, que é realizado em penitenciárias de segurança máxima ou média, observa-se que o preso fica sujeito a trabalho dentro do estabelecimento carcerário durante o dia, e isolamento durante o período noturno; no regime semiaberto, o condenado fica sujeito a trabalho durante o dia, e durante o período noturno, se recolhe a colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, o regime aberto, que é tido como o mais brando de todos, o preso fica possibilitado do trabalho durante o dia fora do estabelecimento prisional, recolhendo-se durante o período noturno em casa de albergado. Em todos os regimes, as penas são cumpridas de maneira progressiva, juntando-se ao mérito do condenado, que é tido como circunstância subjetiva, o tempo de cumprimento de pena, que variará de acordo com o crime praticado, e é visto como requisito de natureza objetiva para que se consiga a referida progressão (NORONHA, 2009).

### *2.3.3 Finalidade das Penas Privativas de Liberdade*

A pena privativa de liberdade, como tudo aquilo que compões o direito, tem a sua finalidade, ou melhor, suas finalidades. Neste tópico, serão levantadas as finalidades da pena, bem como, se essas finalidades têm sido alcançadas na busca incessante de tornar melhor o convívio social.

Ultimamente, discute-se de uma maneira frequente, sobre o papel que é desempenhado pelas penas privativas de liberdade. Nosso estatuto repressivo, em seu artigo 59, traz que a pena deverá ser necessária para a reprovação da conduta, indo ainda mais além, estabelecendo também, que a pena buscará a prevenção de novos delitos, tendo com isso, um papel tanto punitivo, quanto preventivo. Assim, infere-se do Código Penal, que a pena não deverá apenas punir o agente, mas similarmente, prevenir futuros delitos (GRECCO,2013).

Prevalece nos tempos atuais, duas teorias, sobre a finalidade da pena. Para os adeptos da teoria chamada de absoluta, a pena privativa de liberdade, apenas retribuirá o mal praticado pelo agente, deixando de lado o aspecto da prevenção. Para esta corrente, a pena privativa de liberdade, terá apenas um caráter retributivo, não demonstrando, nenhuma finalidade social. Ela deverá apenas devolver o mal praticado pelo infrator, quando este comete uma infração penal, tendo portanto, uma natureza apenas compensatória (GRECCO,2013).

Desta feita, para os que advogam esta tese, a teoria da retribuição, como é por muitos chamada, visa somente punir o ser social que rompeu com o dever de não violação da norma. A pena aqui, é o pagamento do injusto praticado pelo homem. Errou, deve-se sofrer as consequências de suas ações, simples assim. A pena serve apenas para punir o violador do contrato social (CAPEZ, 2012).

A sociedade, que em muitas das vezes preza somente a aflição imposta pela pena, nem sempre se contenta com a simples privação de liberdade do indivíduo, como pagamento pelo mal praticado, defendendo-se em muitos casos, a pena de morte, a mutilação, etc. Se por ventura, mesmo nos crimes que não mereçam a segregação do indivíduo como pena, a exemplo dos crimes de menor potencial ofensivo, que são considerados delitos menos graves e, por conseguinte, merecedores de uma menor reprovação por parte do aplicador do direito, for sentenciada uma pena que não seja a privativa de liberdade, aplicando-se em seu lugar, uma pena restritiva de direito ou até mesmo de multa, a sensação que paira sobre a comunidade, é a de que o condenado saiu impune, e que a justiça no Brasil, não cumpre com o seu papel(GRECCO,2013).

No entanto, em que pese a grande afeição da sociedade por esta teoria, existe uma outra, que vai de contramão com a que foi aqui citada, sendo denominada teoria relativa, ou da prevenção, para esta teoria, conforme nos ensina Capez (2012, p.386):

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação social do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição).

A teoria relativa, que como dito, defende a ideia de prevenção do delito, se biparte em duas, a saber: prevenção geral, que pode ser negativa ou positiva, e prevenção especial, que do mesmo modo poderá ser tanto negativa, quanto positiva. A prevenção geral, sob o aspecto negativo, é chamada também de prevenção por intimidação, e segundo essa vertente, a punição de um membro da coletividade, nela se refletirá, fazendo com que as pessoas, ao verem o infrator sendo punido, pela intimidação que lhes é sentida, pensem antes de cometer algum delito, prevenindo com isso, futuras infrações. O aspecto positivo da prevenção geral, vai mais além, pois ele visa difundir na mente das pessoas a necessidade de respeito a certos valores, criando-se com isso uma espécie de fidelidade ao direito à norma que rege as relações sociais (GRECCO, 2014).

A prevenção especial por sua vez, que como posto, divide-se em duas linhas diferentes, sendo a negativa e a positiva, tem uma tese diferente. Naquela linha, a partir do momento, que o indivíduo que praticou uma infração penal, é retirado do meio social, com a imposição de sua segregação, o mesmo ficará impedido de delinquir, haja vista que este se encontra detido, privado de sua liberdade, que era utilizada, para de maneira ilegal para ofender bens jurídicos de terceiros. Na linha da prevenção especial positiva, o ser que foi preso, voltará ao convívio social de uma maneira totalmente diferente, pois ele foi revigorado, foi totalmente ressocializado, tendo a pena cumprido com o seu papel. Tal teoria é mais demagógica de todas, pois é sabido que as pessoas que entram no sistema carcerário, saem de lá muito piores do que antes. Cumpre ressaltar que nosso Código Penal, adotou uma teoria mista, pois a pena deverá, tanto punir, como

prevenir novos delitos (GRECCO, 2014).

#### *2.3.4 Da Ideia de Ressocialização da Pena Privativa de liberdade*

A pena privativa de liberdade, conforme exposto, busca uma dupla função. De um lado, a punição, de outro a ressocialização do condenado. A partir do momento, que a pena privativa de liberdade, se tornou a principal resposta do Estado, aquele que praticou determinada infração penal, sobretudo com a chegada dos séculos XVIII e XIX, vislumbrou-se um meio eficaz para que se alcançasse a correção do delinquente (BITTENCOURT, 2010).

No decorrer de vários anos, predominou-se uma crença no sentido de que a prisão, seria o meio mais correto de todos testados até então, para que se chegasse à reabilitação do criminoso, sendo também a maneira mais humana de cumprimento de uma pena. O cárcere, foi tido por várias décadas, como o salvador da pátria. Esse pensamento tão otimista foi se esvaindo de maneira gradual, predominando atualmente uma certa visão pessimista, no sentido de que a prisão tradicional, não alcançou os resultados antes sonhados e tão almejados. Tal crise, atingiu em cheio a ideia de ressocialização da pena privativa de liberdade, visto que as críticas são demasiadamente coerentes, no que tange à impossibilidade deste tipo de pena trazer algum efeito positivo ao condenado (BITTENCOURT, 2010).

Muito da impossibilidade dessa reeducação do preso, se traduz na forma que a pena privativa de liberdade foi traduzida e executada no Brasil, tendo grande importância também, a maneira que o detento é tratado pelo Estado, sendo jogado em celas fétidas, sem nenhuma condição de vivência, abandonados por seus familiares e pela sociedade, cumprindo não apenas uma pena, que o prive de sua liberdade física, mas também, de sua dignidade, sua saúde, sua moral, fazendo com que o mesmo, quando posto em liberdade, saía pior do que entrou, quando foi pagar uma dívida que tinha com o Estado e com a sociedade (GRECCO,2013).

Portanto, se fossem realizadas essas ações acima elencadas, a pena traria resultados mais eficientes, ou pelo menos tenderia a tê-los, podendo-se assim alcançar seus fins almejados, principalmente no que tange a reinserção do

condenado na sociedade, não ficando a sanção com isso, vazia e desnecessária (FOUCAULT, 2013).

Por outro lado, em que pese o sistema de ressocialização ser falho em sua maior busca, esse não é o único problema. A sociedade, não concorda com essa ideia de reeducação da pessoa que foi segregada. A pessoa que cumpriu pena, ela quase sempre será olhada de maneira discriminada, pois, existe um estigma muito grande que é carregado pelo condenado, mesmo depois de ter este cumprido sua pena, o estigma da condenação (GRECCO, 2011).

O egresso, fica totalmente desorientado quando é posto em liberdade, não consegue trabalho, deixa de ser aceito no meio social daqueles que nunca cumpriram uma pena. Sempre que surgem movimentos sociais, que buscam meios de sobrevivência para essas pessoas, como por exemplo, ações no sentido de colocar um ex-presidiário no mercado de trabalho, ou até mesmo dentro de uma sala de aula, a sociedade se revolta, como se ele não tivesse esse direito, pois ele foi condenado, e como tal deve ser tratado (GRECCO, 2011).

Percebe-se com essas ações, que a sociedade, contribui, mesmo que de maneira indireta, para que a ressocialização do condenado se torne algo utópico. Traduzindo, a pena privativa de liberdade, fracassou em vários aspectos (GRECCO, 2011).

A pena privativa de liberdade, como visto, não vem alcançando seus objetivos, principalmente o de ressocialização, que deve ser visto como seu ponto fundamental, muito por conta da forma que a mesma é executada pelo Estado, não podendo no entanto, ser esquecida, a contribuição indireta que é dada por nós, a sociedade (GRECCO,2011).

### **CAPÍTULO III - SISTEMA PRISIONAL E MEDIDAS INIBIDORAS DA CRIMINALIDADE**

Como visto no capítulo anterior, a pena privativa de liberdade, não está conseguindo, alcançar seu objetivo de reintegração do condenado a sociedade. Neste capítulo serão levantados pontos importantes sobre o sistema prisional,

mostrando os problemas que tornam impossíveis a ressocialização, levando com isso à ineficácia da pena privativa de liberdade. Será demonstrado também, que existem medidas inibidoras que podem frear a criminalidade que hoje se alastra pelo país.

### **3.1 Histórico das Prisões**

No início, a prisão que hoje serve para a execução de pena, não tinha como finalidade principal, o papel que por ela hoje é desempenhado, pois, não era voltada para a correção da pessoa que tinha quebrado o contrato social, através do cometimento de uma infração penal. A prisão, tinha apenas uma natureza de preservação, com o intuito de acautelar o acusado, para que depois de seu julgamento, viesse a saber qual a pena lhe seria aplicada, corporal ou de morte. Após o cumprimento da sanção imposta, se esta não fosse a de morte obviamente, o condenado seria posto novamente em liberdade, voltando ao convívio com as outras pessoas. (GRECCO,2013).

Durante a Antiguidade, a prisão era um lugar de custódia e tormento. Naquele ambiente, o acusado era submetido a vários tipos de interrogatórios, sendo que o uso da tortura era intenso e constante. Naquele período, a prisão era o lugar onde o Estado arrancava a confissão da pessoa ali posta, pois se a mesma confessasse, era levada a condenação, pois a confissão era a prova plena naquela época. Em Roma, cárceres se tornaram célebres pelo terror que ali era difundido, a exemplo da prisão de Marmertina. Na Idade Média, a prisão servia de custódia da mesma maneira que no período anterior. Foi um período sombrio, no qual se fez valer, terríveis formas de tormento, não se cogitando cuidar do ser humano de forma digna, uma vez que os seus pares era apoiadores das barbaridades que eram cometidas, desde que não fossem com eles claro. No século XVIII, cria-se a ideia das prisões, para o cumprimento efetivo das penas, iniciando-se assim, o sistema prisional (BITTENCOURT,2010).

### **3.2 Sistemas Prisionais**

O início do sistema prisional tem origem nos Estados Unidos, muito

embora, não se possa afirmar, que a prisão é um invento dos americanos. A análise desses sistemas é de suma importância, pois eles marcam o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (BITTENCOURT, 2010).

Existem três sistemas prisionais clássicos. O da Filadélfia, também chamado de pensilvânico, o de Auburn e o progressivo inglês (JESUS, 2014). Explicando como funcionava o sistema da Filadélfia, Jesus (2014, p.565) “De acordo com o sistema de Filadélfia, o sentenciado cumpre pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos”.

De acordo com o sistema da Filadélfia, o preso se recolhia em sua cela, sem contato com os demais, não lhe era permitido o trabalho, nem mesmo receber visitas, devendo sempre acompanhar leituras da bíblia, para que chegasse ao arrependimento. O único contato, dos detentos deste sistema com o mundo exterior, era quando os mesmos, recebiam visitas de oficiais que fiscalizavam as prisões, ou quando eram procurados por representantes da sociedade que ajudava os presos. Tal sistema, foi muito criticado, pois, além de ser extremamente severo, impossibilitava por completo, a readaptação do encarcerado, tendo em vista, o seu imenso isolamento. Era comum, que esses isolamentos, levassem os condenados a loucura. Tal regime iniciou-se em 1790 (GRECCO, 2013).

Descrevendo um pouco do sistema da Filadélfia, preleciona Bittencourt, (2010, p. 147):

As características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração. Esse sistema de vigilância reduzia drasticamente os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões. Sob um ponto de vista ideológico, Melossi e Pavarini interpretam o sistema celular como uma estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instituição que requeira a presença de pessoas sob uma vigilância única, que serve não somente às prisões, mas às fábricas, hospitais, escolas etc. Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servido, por sua vez, como modelo pra outro tipo de relações sociais.

No sistema de Alburn, conforme é trazido por Jesus (2014, p. 565) “Durante o dia o sentenciado trabalha em silêncio, havendo isolamento durante a noite”. Percebe-se aqui uma diferença, quanto ao sistema de Filadélfia.

O sistema Auburniano, surgiu das críticas que o sistema anterior recebeu. O nome deve-se a construção da penitenciária na cidade de Auburn, no Estado de Nova York, no ano de 1818. Tal método de prisão, continha menos rigor que o pensilvânico, pois este permitia o trabalho dos detentos, dentro de suas celas, e em momento posterior, até mesmo em grupos. O isolamento, durante o período noturno, continuou vigorando no sistema de Auburn (GRECCO, 2013).

Tal sistema tem como característica marcante, o respeito absoluto ao silêncio que era imposto aos que ali se encontravam sob custódia, razão pela qual ficou conhecido como o sistema do silêncio. As refeições, eram servidas no refeitório da penitenciária, em uma grande mesa, lugar onde todos os presos se assentavam e comiam juntos. Durante a refeição, para manter a regra do lugar, o silêncio era absoluto, sendo que os presos entravam e saíam de cabeça baixa (GRECCO, 2013).

Os castigos corporais, eram empregados, sempre que se infringia alguma norma carcerária, mesmo de forma clandestina, quando não se conseguia descobrir qual o detento que violou a norma. O ponto mais cruel deste sistema, era a regra absoluta do silêncio, impedindo os presos de se comunicarem até entre si, criando-se nesta época, a comunicação de sinal entre presos, que é vista nos dias de hoje. O sistema falhava também, na impossibilidade dos presos de se comunicarem com seus familiares ou amigos, sendo os internos privados até mesmo de realizarem qualquer exercício físico ou mental (GRECCO, 2013).

Ilustrando um pouco deste método de prisão, trazendo suas características, Bittencourt, (2010, p. 148):

O sistema de Auburn – silent system – atoa, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Os detentos não podiam se falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Neste silêncio absoluto Foucault vê uma clara influência do

modelo monástico, além da disciplina obreira. Esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão. O modelo auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema.

Não existe uma diferença significativa entre o sistema de Auburn e o sistema da Filadélfia. Em ambos, os internos não podiam se comunicar entre si, nem com seus familiares. A principal diferença entre eles reside no fato de que, no sistema da Filadélfia, os presos eram separados durante todo o dia, enquanto que no de Auburn, eles eram reunidos durante o período diurno, para o desenvolvimento de algum trabalho. Ambos não conseguiam reabilitar o interno (BITTENCOURT, 2010).

No sistema inglês, conforme ensina Jesus (2014, p. 565) “Há um período inicial de isolamento. Após, o sentenciado passa a trabalhar junto com os outros reclusos. Na última fase é posto em liberdade condicional”.

O sistema progressivo inglês surge originalmente na Inglaterra, vindo mais tarde, a ser adotado na Irlanda. Tal sistema teve início no começo do século XIX, na data de 1840. Seu idealizador foi Alexander Maconochie, que era capitão da Marinha Real. O motivo do desenvolvimento deste sistema baseou-se, no tratamento desumano que era imposto aos presos, prática esta que impressionou seu idealizador, impulsionando-o então, a criação de um novo modelo (GRECCO, 2013).

Maconochie, mentalizou, um sistema aonde as penas fossem cumpridas de maneira progressiva, desde que o preso, tivesse um comportamento satisfatório e passasse por três estágios. No primeiro período, o preso era mantido totalmente isolado, da maneira que acontecia no sistema pensilvânico; com a passagem para o segundo estágio, o detento, poderia realizar atividades laborativas, sendo obrigado, no entanto, a manter o silêncio de maneira absoluta, da mesma maneira que era visto no sistema de Auburn e deveria obedecer ao isolamento durante o período da noite, no terceiro e último estágio, o preso era finalmente colocado em liberdade

condicional, devendo se comportar de maneira que não comprometa a ordem social (GRECCO,2013).

Pode-se perceber com isso, que ao longo dos anos, desenvolveram-se vários modelos de sistemas prisionais, para que se chegasse aos moldes que o mesmo hoje é aplicado pelo Estado, passando por uma série de evolução e transformação (JESUS, 2014).

A reforma do Código Penal, por meio da lei 7.209/84, adotou um sistema progressivo inglês de maneira melhorada, pois se retira do texto legal, que as penas privativas de liberdade, deveram ser cumpridas de maneira progressiva (JESUS, 2014).

### **3.3 Século XX e Retrocesso das Prisões**

Como visto, a prisão surge como meio de cumprimento de pena apenas no século XVIII. No entanto, três Séculos se foram e a prisão não evoluiu, continua não alcançando seu principal objetivo, que é colocar novamente a pessoa apta ao convívio social (FOUCAULT, 2013).

Nos países de toda a América Latina, principalmente no Brasil, as penitenciárias se transmutaram de meio de reabilitação, para verdadeira fábrica de presos, que ali são despejados e esquecidos pelo Estado, não lhes sendo oferecidas, nenhuma condição de dignidade, ou outros direitos que lhes são conservados, direitos que aliás, são assegurados constitucionalmente, tais como, humanidade, dignidade, saúde, dentre outros (GRECCO, 2011).

A superlotação do sistema virou regra em todas as prisões e juntamente com esse fenômeno nada agradável, criaram-se as rebeliões, as fugas, o cometimento de inúmeros crimes dentro do próprio sistema, não apenas pelos presos que ali se encontram, mas também, por aqueles que na teoria, deveriam fazer valer a lei, mantendo a ordem dentro do sistema prisional. Não é algo raro de ser ver, detentos que são espancados dentro do cárcere, por aqueles que deveriam ser os responsáveis pela ordem nas penitenciárias brasileiras (GRECCO, 2011).

Outro mal que assombra o sistema, e que não deve ser esquecido, é a corrupção por parte de agentes carcerários. Os presos são extorquidos quase que diariamente, sendo-lhes exigido todo tipo de pagamento, para que os mesmos tenham direito a algo que o Estado deveria oferecer, tais como, papel higiênico, entrega de bens por parte de seus familiares, comida, enfim, quase tudo nos tempos de hoje exige-se uma contraprestação. Por todo o exposto, tem-se mais um motivo negativo, que certamente dificultará o resgate de alguém por parte do sistema prisional, pois o exemplo transmitido, não é dos melhores (GRECCO, 2013).

A despeito dos fatores apontados, existe um também que não pode ser deixado de lado, pois contribui de maneira importante para a pane do sistema. É normal em todos os presídios nacionais, a verificação de convivência entre presos de alta periculosidade, com detentos que em muitos casos, pelos crimes praticados, poderiam muito bem, ter sua sanção substituída por uma pena restritiva de direitos, ou seja, detentos de menor periculosidade. Esse convívio promíscuo aumenta consideravelmente os números da reincidência, haja vista, que o preso que não está acostumado com a prática delituosa, é posto com aqueles que usam desse meio para sobreviver, fazendo com isso, que o detento menos perigoso, aprenda na escola do crime, que são os presídios, novas táticas perniciosas, através dos presidiários mais experientes (GRECCO, 2013).

Outro fator negativo que, se junta com os pontos acima citados, e degrada o sistema prisional brasileiro de, são as tragédias ocorridas em seu meio, com a morte não apenas de presos, mas também de agente e policiais encarregado de sua guarda. No Brasil, o episódio mais lembrado que se tem notícias, foi o massacre do Carandiru, no ano de 1992, que resultou na morte de 111 presos, pela polícia militar do Estado de São Paulo. Desta feita, o século XX e o início do Século XXI são marcados pelo retrocesso das prisões para com a pena privativa de liberdade, deixando de lado valores e princípios conquistados ao longo de duros anos. Tais séculos marcam de forma evidente, a volta da crueldade no cumprimento de penas (GRECCO, 2013).

Percebe-se por tudo o que foi levantado, que o sistema brasileiro, não tem evoluído ou avançado na busca de melhor atender as necessidades dos que ali

se encontram detidos, bem como, evidencia-se também, a falta de comprometimento por parte dos responsáveis pelo mesmo, ou seja, o Estado.

### **3.4 Da Inobservância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo também, o mais importante de todos os princípios que constam em nosso ordenamento. Nada que na prática se configure como algo atentatório contra este princípio deve prosperar. Sendo este um dos pilares da sociedade brasileira, o sistema carcerário, deverá ser legítimo, obediente a este princípio. Nos tempos atuais, a luta no entanto, se traduz não no reconhecimento do princípio em tela, mas sim na sua real efetivação (CAPEZ, 2012).

Como visto a dignidade da pessoa humana, tem sede constitucional, sendo também um princípio expresso em nosso ordenamento jurídico. No entanto, não é de difícil constatação, sua violação pelo próprio Estado. Deste modo, o ente que deveria ser o seu maior protetor, se transformou em seu maior desrespeitador (LENZA, 2017).

O Estado, conforme ilustra a Constituição Federal de 1988, tem o dever de fornecer saúde, educação, alimentação, moradia, enfim, condições mínimas de existência, que efetivaria, ao menos em parte, a dignidade da pessoa humana, imposições estas, que dificilmente são cumpridas. Em que pese, o Estado nem sempre ser um fiel cumpridor de seus deveres, quando se analisa a luz do sistema prisional, a displicência é ainda mais gritante (LENZA, 2017).

O ser humano, que se vê privado de sua liberdade, como consequência da pena privativa imposta, é cerceado também de sua dignidade humana, pois os mesmos enfrentam diariamente, problemas de superlotação nos presídios, espancamento, torturas, falta de programas que os reabilitem, ausência de médicos, dentre mazelas de toda sorte. Por causa deste desrespeito por parte do Estado, a reeducação do egresso, se torna uma tarefa praticamente impossível, além da afronta que se verifica a Constituição Federal (GRECCO, 2013).

Quando se trata do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, como se percebe, o desrespeito pelo Estado, ao princípio da dignidade da pessoa humana é extremo. Deixa-se entrever, com essa omissão do Estado, que além das funções que são atribuídas à pena, que é reprovar a conduta, bem como, prevenir o cometimento de futuras infrações, o responsável pelo direito de punir, quer também se vingar do condenado, fazendo com que este se arrependa da maneira mais terrível pelo mal praticado (GRECCO, 2013).

A quebra do dever de lealdade do indivíduo para com a lei, desperta um ódio inexplicável do Estado, que passa a tratá-lo como objeto, deixando de lado a observância obrigatória do princípio da dignidade da pessoa humana. Nas penitenciárias brasileiras, os presos são espancados por seus companheiros de cela, estuprados, coagidos, chantageados, enquanto que os agentes do Estado que estão ali para impedir tais barbaridades, nada fazem para inibir tais condutas, transmitindo-se com isso, uma imagem, de que o Estado, aprova essas condutas de agressões múltiplas (GRECCO, 2013).

É prática corriqueira também nas penitenciárias brasileiras, que as pessoas que deveriam manter a ordem, os agentes do Estado, no interior das prisões, pratiquem condutas inadequadas com a função que estes ocupam. Até os próprios agentes, em muitos casos, espancam os presos, com o fim de obter alguma informação, ou até mesmo por pura diversão (GRECCO, 2011).

Mas as inobservâncias do princípio da dignidade da pessoa humana por parte do Estado, não param por aí. Nas prisões brasileiras, verdadeiras faculdades do crime, as pessoas que pretendem visitar seus parentes, são obrigadas a passar por todos os tipos de constrangimentos imagináveis para, que essa visita se torne possível. Os visitantes são obrigados não raras vezes, a se despirem, bem como se agachar, para que os funcionários verifiquem se essas pessoas, não estão trazendo alguma coisa proibida, tais atitudes, acabam fazendo com que esses indivíduos, deixem de visitar os seus entes queridos, tornando-os, mais revoltados ainda com a sociedade (GRECCO, 2011).

Apesar, de ser algo não tão incomum, que parentes e amigos, tentem entrar com algo ilícito dentro do sistema prisional, tais como, drogas, armas, celulares, isso não dá ao Estado, o direito de constranger esses seres, devendo o mesmo, providenciar aparelhos mais avançados, a fim de inibir e de acabar com esses fatos produzidos, respeitando dessa maneira, a dignidade dessas pessoas (GRECCO, 2011).

Finalizando, não se pode deixar de destacar a influência que é exercida pela mídia, nessa omissão do Estado para com a dignidade da pessoa humana. Nos tempos atuais, é inegável o forte papel que é desempenhado pela mídia, não sendo exagero, considerá-la como um quarto poder (GRECCO, 2011).

Em muitos casos, ela influencia julgamentos, através da divulgação de reportagens sensacionalistas que são difundidas em seus meios de informações. Os meios de comunicação, estão sempre em busca, de maneira incessante, do aumento dos percentuais de audiência, e perceberam, que a divulgação de notícias ligadas ao criminoso e a vítima, caíram no gosto popular, pois as pessoas, possuem um prazer mórbido em assistir notícias dessa espécie (GRECCO, 2011).

Vários programas se especializaram no tema da criminalidade, pois isso aumenta consideravelmente os números no ibope. Acontece que grande parte das pessoas que atuam nessa área da televisão, não possui qualquer autoridade, emitindo conclusões precipitadas, e respostas a todos os problemas da criminalidade. Na maioria das vezes, essas saídas, são no sentido de aumento da pena ou endurecimento do próprio sistema carcerário, sendo raras as opiniões no sentido da criação de políticas sociais, que verdadeiramente, seriam a melhor solução (GRECCO, 2011).

Os direitos dos presos passaram a ser tratados com verdadeiro repúdio, e o Estado, se aquietou diante desse pensamento, haja vista, que a melhoria da qualidade de vida dos presos não gera voto, esquecendo-se, no entanto, que da forma que está, é impossível a reabilitação (GRECCO, 2011).

### **3.5 Fatores Causadores da Crise Penitenciária**

A crise hoje vista no sistema penitenciário, resulta de uma série de ingerências que contribuem para que a pena privativa de liberdade, não alcance seus efeitos. Baseado nessas causas determinantes deve-se apontar os principais motivos que levam a este triste fato.

Em primeiro lugar, pode-se apontar como causa do problema, a ausência de compromisso do Estado, no que diz respeito ao sistema prisional. A crise no sistema carcerário, nunca ocupou lugar de destaque em pautas das administrativas do governo. Fica mais evidente a falta de compromisso dos governantes, quando correm notícias de rebeliões, ou quando órgãos não governamentais gritam em prol das pessoas que estão encarceradas. Em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, a fatia do orçamento destinada a políticas que visem a melhoria do sistema prisional, quase sempre são insuficientes, faltando as vezes, até a destinação de recursos, para a alimentação, higiene, vestuário, dentre outras necessidades dos detentos. (GRECCO, 2013).

Não pode deixar de ser apontado, como fator que contribui para a crise do sistema carcerário também, o controle ineficiente por parte daqueles que deveriam fiscalizar o sistema penitenciário. Jogar a culpa dos problemas, em cima apenas do Poder Executivo, seria incorrer-se em erro, pois a falta de fiscalização contribui de maneira significativa para o modelo de sistema que hoje é visto. O Ministério Público deverá estar atento, bem como, juízes e defensores, investigando os motivos que levam a Lei de Execução Penal, ser deixada de lado, e possibilitando, que direitos fundamentais sejam respeitados (GRECCO, 2013).

Outro ponto que leva a crise, este talvez o mais evidente, remete-se a superlotação carcerária. O excesso de presos é uma mazela que destrói os objetivos do sistema penitenciário, ou seja, a ideia de reabilitação. O número elevados de presos, colocando-se em uma cela para 20 pessoas, quase 80 seres, além de fazer mal para os internos, colocam em risco a integridade física dos agentes que são responsáveis pela manutenção da ordem local. Presos se amontoam, como se fossem animais, tornando a sua revolta com a sociedade ainda maior, contribuindo para que o mesmo, quando posto em liberdade, volte a cometer novos delitos. O

argumento de falta de verba para a construção de presídios, não convence, pois se diminuísse os escândalos de corrupção que se alastram pelo país, a verba seria mais que suficiente (GRECCO, 2011).

Para finalizar a lista de motivos que levam a deterioração do sistema, faz-se necessário a indicação de um fator, pós cumprimento da pena, que é a ausência de programas destinados à ressocialização dos condenados. O Estado falha com relação aquelas pessoas que, depois de cumprirem suas sanções impostas, procuram uma maneira de se reintegrarem ao meio social. É inegável, que a Administração Pública, deve cumprir atividades que lhe são impostas pela Constituição, dentre elas, o amparo ao necessitado, devendo adotar políticas no sentido de evitar que o criminoso, que na maioria das vezes, viveu em um ambiente promíscuo, sendo esta pessoa ainda mais debilitada no cárcere, tenha a possibilidade de ser novamente chamado de cidadão (GRECCO, 2013).

### **3.6 Seletividade do Sistema Prisional**

Por fim, encerrando o tópico referente ao sistema prisional, vale dizer, que além deste não ter alcançado seus objetivos, ele é altamente seletivo. Em que pese, ao menos teoricamente, a lei ser feita para todos, sem distinção, de qualquer natureza, analisando o ramo do Direito Penal, mais especificamente o sistema prisional, essa não tem sido a realidade do Brasil, ao contrário, o sistema tem se mostrado um ótimo escolhedor, convidando para o seu meio, apenas os menos favorecidos (GRECCO, 2011).

Dissertando sobre o assunto aqui abordado, temos Foucault (2013, p.261):

Serio hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que ao contrário do que acontece com as leis políticas e civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma, que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fada à desordem.

Portanto, conforme se extrai da visão do exposta, não há que se falar em lei pena para todos, pois esta, é feita para alguns, para os ocupantes das classes menos favorecida da sociedade, enquanto que outra parte detém certos privilégios, dentre os quais, de não serem atingidos pelo Direito Penal, nem por seu método sancionador, o sistema prisional (FOUCAULT, 2013).

A seletividade do sistema prisional é uma triste marca histórica e inseparável deste, pois o que se verifica, é a sua aplicação apenas para os grupos dominados, em detrimento dos grupos dominantes do Estado.

Diante das informações lançadas, percebe-se que o sistema penal, não está preocupado em punir todas as condutas criminosas, mas apenas algumas condutas criminosas. Em países como o Brasil, lugar onde infelizmente a corrupção impera, o fato dos bandidos de colarinho branco não experimentarem o amargo gosto do sistema, mostra da maneira mais clara e lastimável possível, que o cárcere é apenas para um seletivo grupo de bodes expiatórios (GRECCO, 2011).

Enquanto milhares de crianças morrem nas filas de hospitais, enquanto senhores padecem a espera de um atendimento no Sistema único de Saúde, os barões da corrupção, fazem farra com o dinheiro público, desviando-o sem nenhum pudor (GRECCO, 2011).

### **3.7 Medidas Inibidoras da Criminalidade**

Conforme o levantado nos tópicos anteriores, a pena privativa de liberdade está em crise, principalmente pelo fato de não conseguir alcançar seu principal objetivo que é ressocializar o condenado, além do fato da total inobservância do Estado no que tange aos direitos dos condenados. Sendo assim, se torna necessário, a análise de algumas alternativas que possam vir a substituí-la em algumas situações, aplicando a pena privativa de liberdade, somente em último caso (FOUCAULT, 2013).

Não obstante, a pena privativa de liberdade não ser eficaz em sua busca,

esta não pode ser abolida de imediato, não nestes tempos, haja vista a ausência de algo que a substitua de imediato. Por essa razão, por este tipo de pena, ser um mal necessário, ela só deve ser aplicada em último caso, devendo com isso, se adotar políticas minimalistas, deixando de lado, pensamentos que venerem o Direito Penal máximo, e adotando políticas sociais que atuem na prevenção da infração, não apenas na repressão. O Estado deve-se preocupar, em realizar programas que antecedam a prática do delito, bem como alternativas que visem a ressocialização do preso, uma vez que, por o Brasil não adotar a prisão perpétua como pena, um dia será colocado em liberdade (GRECCO, 2013).

### *3.7.1 Da Implementação de Políticas Sociais por Parte do Estado*

Nos tempos atuais, nota-se que o Estado Social, foi sendo deixado de lado, para a implementação de um Estado Penal. O Direito Penal, que conforme nos mostra vários princípios, dentre eles, o da intervenção mínima deveria ser utilizado somente em último caso, se tornou o meio preferido dos governantes para a resolução dos problemas sociais, servindo sempre de base para o freio da criminalidade. Nesta esteira, ponto fundamental de nossa Constituição, foi sendo deixado de lado, visto que as finalidades sociais impostas pela Carta Magna ao Estado, não são cumpridas, tais como, saúde, lazer, segurança, assistência aos desamparados, e principalmente, a educação de qualidade (GRECCO, 2011).

Assim sendo, percebe-se que passados quase 30 anos da ditadura militar no Brasil, ainda há sérias dificuldades para a efetivação de uma sociedade verdadeiramente democrática. No campo político, a evolução é considerável, pois os avanços foram relevantes, em outros campos, no entanto, as mudanças são bem menos expressivas. O novo regime democrático, não conseguiu mudar as desigualdades econômicas, fazendo com isso, que a exclusão social se espalhasse como uma praga por todo país, difundindo também a criminalidade. Mesmo a Constituição assegurando, que a República Federativa do Brasil, se constitui em um Estado Democrático de Direito, percebe-se que os direitos humanos são inobservados diariamente e as políticas estatais voltadas a manutenção social, permanece em situação de calamidade. Muito embora, a cidadania seja constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros, na prática, ela funciona

apenas para alguns (GRECCO, 2011).

Suponha-se que uma pessoa que sustente a família esteja desempregada, sem casa para morar juntamente com sua prole, com filhos doentes, passando fome, seja abandonada pelo Estado para este ser se vire. Por estar desempregado, não tem condições de colocar o filho em uma escola que forneça uma educação de qualidade, ficando as crianças desamparadas, naquilo que viria a ser seu bem maior, a educação. Por óbvio, não se pode concluir de maneira matemática, que essas pessoas desamparadas, venham a delinquir, mas também não se pode negar, que a chance desse acontecimento é grande, pelo simples fato, de existir no Brasil uma imensa desigualdade econômica, que contribui de maneira demasiadamente intensa para ao aumento da criminalidade (GRECCO, 2013).

É inegável, que no Brasil, a grande parte dos delitos, decorre do cometimento de crimes patrimoniais, normalmente praticados por pessoas que pertencem às classes sociais mais baixas. Tais infrações, existem pela incapacidade do Estado em administrar a coisa pública, pois, se a pessoa política não consegue criar meios que diminuam o imenso buraco existente entre as classes sociais, permite com essa ingerência, que surja um espírito de insatisfação, que gera o aumento nos índices da criminalidade. O problema maior que deve ser combatido para que ocorra a diminuição de atitudes delitivas, baseia-se na instituição de políticas sociais efetivas, que diminuam a desigualdade social hoje existente, devendo ser deixada de lado, apenas as políticas penais, que criam crimes e aumentam pena (GRECCO, 2013).

Percebe-se com o exposto, que a diminuição da criminalidade, passa por outros meios, dos que o que vem sendo elaborados pelo Estado, neste sentido, Grecco, (2013, p. 333):

Entendemos ser possível reduzir e não eliminar a criminalidade, tida como aparente a partir do momento que o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sócias. No que diz respeito à criminalidade não aparente, praticada, como regra, pelas camadas sociais mais altas, a questão em jogo é de caráter moral, não tendo o Estado condições para impor tais atributos às pessoas que não pensam no próximo, não se

preocupam com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação de massa, que anunciam crianças morrendo de fome, idosos padecendo em filas de hospitais em busca de atendimento; enfim, cidadãos destituídos de dignidade porque o Estado retirou aquilo que lhes restava.

Outrossim, diante da explanação acima verificada, aduz-se que a extinção da criminalidade, é algo quase impossível, sendo possível no entanto, a sua diminuição de forma considerável, desde que o Estado atue de maneira eficiente na redução das diferenças existentes. Quanto aos crimes de corrupção, verificados pelos detentores do poder, estes são mais difíceis de constatar uma causa que os diminua, haja vista que não existe uma fórmula mágica contra pessoas sem nenhum caráter.

### *3.7.2 Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*

A pena como visto, é um mal necessário. Por mais que se discuta e se aponte os seus problemas, não há nada momentaneamente que possa vir a supri-la. Todavia, em um Estado Democrático de Direito, ela deve ser aplicada com certa responsabilidade. Não se deve aplicá-la em todas as situações, mas apenas naquelas tidas como mais graves, dando-se com isso ao Direito Penal, uma natureza subsidiária, bem como impossibilitando a encarceração em situações irrelevantes (BITTENCOURT, 2010).

Tal visão demonstra uma visão minimalista do Direito Penal, uma vez que este só será chamado em situações extremas tão graves que os outros ramos são incapazes de reestabelecer a paz social, tornando assim, inoportuno a intervenção do ramo mais drástico do direito. Em várias situações, outros ramos serão capazes de solucionar os conflitos existentes, vertentes como o Direito Civil, Direito Administrativo, dentre todos os outros (GRECCO, 2013).

Desta feita, sendo dada ao Direito Penal, essa natureza subsidiária, afasta-se naturalmente a submissão de determinadas pessoas ao sistema prisional, evitando dessa maneira, que haja a degradação ainda maior do ser que é colocado dentro de uma cela para cumprir uma pena. Não há que se falar em afastamento do Direito Penal em infrações graves, mas como visto, apenas em situações não

merecedoras de alto grau de relevância jurídica.

Percebe-se com isso, que se observados os preceitos aqui levantados, existe uma tendência no que tange ao fato de diminuição de infrações, e de prisões.

## CONCLUSÃO

Por tudo o que foi desenvolvido neste trabalho, é indubitável a percepção de que o sistema penitenciário e a pena privativa de liberdade tem falhado de maneira espantosa, pois as penas não estão conseguindo alcançar seus objetivos principais, que são a ressocialização e a reintegração do condenado no meio social, bem como, o sistema carcerário brasileiro está a beira do colapso, não servindo de exemplo para nenhuma forma de reeducação.

Percebe-se também, que o Estado tem deixado de lado, tarefas de sua competência, que poderiam amenizar de maneira considerável o cometimento de infrações e conseqüentemente o número de pessoas que fazem parte do sistema prisional, se este, o Estado, colocasse de maneira efetiva em sua maneira de administrar, o desenvolvimento de políticas públicas de qualidade, que reduzissem a gritante desigualdade social hoje existente no país.

Quando se levantou, no início desta obra, os princípios de observância obrigatória quando se aplica o Direito Penal, tais como, humanidade, dignidade da pessoa humana, subsidiariedade, foi dito que eles servem de norte, tanto para o legislador, quanto para o aplicador do direito no caso concreto, evitando-se assim, os abusos que hoje são noticiados.

Por ora, os estudiosos, não conseguiram encontrar uma saída imediata para esse tormentoso problema, que é a pena privativa de liberdade, no entanto, deve-se buscar meios mais humanos de seu cumprimento, possibilitando que ela atinja seus objetivos, fazendo-se assim, que a sua natureza, seja realmente preventiva, e não apenas punitiva, ou seja, um meio de aflição imposta pelo Estado a uma pessoa que violou a norma penal.

Outrossim, verifica-se que nos tempos atuais, como não se tem um método mais eficaz de cumprimento de pena, é importante o desenvolvimento de ideias e movimentos, no sentido de melhorar o sistema penitenciário hoje existente, não para a cooperação da impunidade, mas sim, pela possibilidade deste, desde que melhorado, cumpra a função para qual foi criado, respeitando todos os princípios constitucionais.

Deve-se atentar também, para o pensamento da sociedade, que contribui de forma eficiente para esse modelo hoje vigente. A mídia conseguiu implantar na mente da sociedade, que a pessoa que está encarcerada, deve sim aguentar as mazelas impostas pelo cárcere, pois quebraram o contrato social, devendo com isso, suportar todos os tipos de desumanidades que lhes são impostas. Todavia, este pensamento é do portão de casa para fora, pois quando o Direito Penal, bate em nossa porta, lhes damos as costas e concordamos com as barbaridades do sistema.

O problema está aí, ele existe e a cada dia só piora. Notícias de superlotação carcerária, espaçamentos, estupros dentro dos presídios, dentre tantos outros, são noticiados diariamente. O Estado e a sociedade, deve atentar-se para a resolução do problema, tornando-o possível a reabilitação do condenado, pois este, um dia será posto novamente em liberdade, e da maneira que as coisas caminham, sairá bem pior do que quando adentrou no sistema, para ser ressocializado.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral. 16. Ed. Saraiva, 2012.

GRECCO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. 1. Ed. Saraiva, 2013.

GRECCO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECCO, Rogério. **Direito Penal**. Parte geral. 16. Ed. Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. 35. Ed. Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. 12. ed. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Cursode Direito Administrativo**. 5 Ed. Malheiros, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Vol1**. Introdução e parte geral. 38. Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. Parte especial. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.