



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
FACE DO SEU CARATER RESSOCIALIZADOR E FUNÇÃO
DO ESTADO**

Fátima de Lourdes Campos

BARBACENA/MG, 2015

Fátima de Lourdes Campos

**A INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM
FACE DO SEU CARATER RESSOCIALIZADOR E FUNÇÃO
DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para a obtenção de título de
bacharel em Direito, sob orientação da Dra.
Débora Messias Gomes Amaral.

BARBACENA/MG, 2015

A INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM FACE DO SEU CARATER RESSOCIALIZADOR E FUNÇÃO DO ESTADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para a obtenção de título de
Bacharel em Direito, na Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais de Barbacena-FADI, da
Universidade Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC, sob orientação da Dra. Débora Messias
Gomes Amaral

Aprovada em: ____/____/____

Prof^a. Me. Débora Messias Gomes Amaral

Prof^a. Me. Ana Cristina da Silva Iatarola

Prof. Esp. Rafael Cimino Moreira Mota

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, nosso criador e força Divina que impera sobre os Homens, e a minha família que mesmo nas horas difíceis me apoiou e sempre acreditou nos meus esforços.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela saúde que pode me conduzir de forma perspicaz a pesquisa e estudos deste trabalho.

A minha família por todos os momentos enfrentados durante esta jornada em busca do conhecimento, pela compreensão e paciência devido a minha ausência, para que me dedicasse afortunadamente aos meus objetivos.

Ao meu falecido e amado pai, Walter Campos, que nos deixou pelo caminho. Dedico a ele com todo amor. Em seus últimos anos de vida pode me acompanhar e proferir palavras sábias que me serviram de consolo e incentivo.

Por todo corpo docente acadêmico, em especial minha orientadora Débora Messias Gomes Amaral, pessoa que tenho muita admiração, mesmo nos poucos e corridos contatos sempre acreditou na minha competência.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade deste autor, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, a Orientadora Dra. Débora Messias Gomes Amaral isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 25 de Novembro de 2015.

Fátima de Lourdes Campos

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a função da pena privativa de liberdade na atual conjuntura social e política, e verificar qual o papel do Estado mister ao *ius puniendi*. A crescente criminalidade avassala a sociedade que não tem outra alternativa, cobrar do Poder Público o combate ao crime e punir o autor do delito, mas quando isso não acontece, a impunidade traz sensação de insegurança em todas as camadas sociais. A pena tem seu surgimento em remota época em que se usavam meios bárbaros para castigar, o que demonstrava o seu caráter do desejo de vingança, e a evolução do pensamento do homem teve relevância primordial, pois conduziu o estudo jurídico-penal do delito e a função da pena de forma mais humanitária. O Estado atua no controle social visando a prevenção do crime para manutenção da ordem e paz social, porém, quando há o rompimento do equilíbrio social, a prisão é o sinônimo do poder punitivo estatal e a tutela da custódia do preso nem sempre significa o cumprimento efetivo do objetivo da pena. Indaga-se por fim, a responsabilidade do Estado durante a fase da execução da pena, e após o egresso do preso para a convivência em sociedade. A não ressocialização e os índices de reincidência criminal demonstram a ineficiência estatal em relação ao desrespeito de princípios norteadores do sistema jurídico e a negligência em não buscar uma solução que viabiliza a aplicação imediata dos valores humanos.

Palavras-chave: Controle Social, Prisão, Ressocialização, Sistema Prisional.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the function of deprivation of liberty in the current social and political developments, and find what the state's role must be to right to punish. The growing crime overwhelms a society that has no alternative, charge of the government to prevent crime and punish the offender, but when it does not, impunity brings sense of insecurity in all walks of life. The penalty has its beginnings in remote time when it was used barbarous ways to punish, which showed their character's desire for revenge, and the evolution of human thought had paramount importance, since it led the criminal legal study of crime and function pen more humanely. State acts on Social control aimed at crime prevention for maintaining order and social peace, but when there is break-up social balance, the arrest is synonymous with the state punitive power and the prisoner custody of guardianship does not always mean compliance the actual purpose of the penalty. It asks, finally, the state's responsibility during the phase of execution of the sentence and after the egress of trapped for life in society. Failure rehabilitation and recidivism rates demonstrate the state inefficiency in relation to contempt of guiding principles of the legal system and negligence in not seeking a solution that enables the immediate application of human values.

Keywords: Social Control, Prison, resocialization, Prison System.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONTROLE SOCIAL	11
2.1. FUNÇÕES E FORMAS DE CONTROLE SOCIAL	12
2.2. TEORIA LIBERAL FUNCIONALISTA VERSUS TEORIA CONFLITIVA	16
2.3. O PAPEL DO ESTADO E SEUS AGENTES NO CONTROLE SOCIAL	17
3. BREVE HISTÓRICO DA PENA.....	21
3.1. TEORIA DA PENA.....	23
3.2. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA	27
3.2.1 TEORIA OU PREVENTIVA DA PENA	27
3.2.2 TEORIA MISTA OU UNIFICADORA.....	29
4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	31
4.1. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL.....	31
4.2. LEI DE EXECUÇÃO PENAL E DIREITOS HUMANOS	34
5. O COLAPSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	37
5.1 O CÍRCULO DA REINCIDÊNCIA E A NÃO RESSOCIALIZAÇÃO	37
5.2 SOLUÇÕES PARA A PROBLEMÁTICA VIGENTE.....	46
CONCLUSÃO.....	49
BIBLIOGRAFIA.....	52

1. INTRODUÇÃO

Ao autor do crime será imposta uma sanção penal por violar uma norma penal incriminadora, e a pena é meramente a consequência jurídica, porém, o Estado no direito de punir, *ius puniendi*, não poderá exercê-lo manu militari, de forma unilateral. Deverá respeitar o princípio constitucional do *due process of law*, inserto no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e também ao princípio da presunção da inocência, do inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Cabe o Estado a aplicabilidade do direito de punir e a custódia do preso para o cumprimento da pena em estabelecimento prisional, ou seja, mediante os órgãos da Segurança Pública, o papel primordial estatal é a prevenção do crime, caso ocorra o cometimento de delito, o juiz, ao condenar o réu, após o devido processo, fixa a pena na sentença, e o Estado terá a competência para custodiar o condenado. Durante a execução da pena, o Estado tem o dever de criar condições para que o condenado retorne ao convívio social.

A ineficácia de pena privativa de liberdade insere os assuntos que envolvem o essencial objetivo da pena aliada ao descumprimento dos fatores preponderantes dela. Assim, torna-se de fundamental importância demonstrar que a negligência do Estado acarreta prejuízos sociais, pois muitos dos presos ao saírem dos estabelecimentos prisionais, não convivem de forma pacífica com a sociedade e voltam a praticar delitos, desvirtuando o caráter ressocializador da pena.

Portanto, o presente trabalho terá o objetivo de demonstrar que a pena privativa de liberdade não conduz ao preso sua reintegração a sociedade de forma eficaz. O Estado dessa forma é considerado negligente no que tange nas funções coercitivas e preventivas ao crime, bem como, durante a custódia, pois o sistema penitenciário institucionalmente, não é capaz de ressocializar.

2. CONTROLE SOCIAL

A paz e a ordem são elementos fundamentais para a harmonia da sociedade, e para que eles sejam efetivados, o comportamento dos indivíduos são regulados por meios que visam a prevenção e repressão a determinados desregramentos que poderão ocasionar desequilíbrio social.

E esse conjunto de meios ou dispositivos utilizados pela sociedade em geral e pelos grupos sociais para manter em conformidade com os padrões de comportamento aceitos chama-se CONTROLE SOCIAL.

O controle social funciona como um mecanismo preventivo, pois, a sociedade em geral vive regidas por regras que inicia pelos laços familiares, tem a educação, o trabalho, as normas jurídicas positivadas, etc. Quando o comportamento humano afeta negativamente a estrutura competente da comunidade, caso esse tenha previsão legal em um tipo penal incriminador, o Estado surge de forma impositiva naquela relação afetada e como meio de coerção aplica as sanções sociais.

Diante disso, para que os fins de interesse público e social possam ser alcançados, as instituições sociais envolvidas utilizam-se de dois sistemas de controle que interagem reciprocamente, podendo ser exercido sobre todas situações sociais, imprevisíveis ou não. O objetivo predominante do controle é adaptar a conduta do indivíduo aos padrões de comportamento dominante.

Existem diversos meios ou dispositivos de controle social operando numa sociedade, quer de modo preventivo, evitando os desvios de comportamento, quer de modo coercitivo. Para E.C. Hayes, sociólogo americano, a prevenção é o mais desejável e eficiente meio de controle. A educação é o mecanismo mais apropriado de controle preventivo e a família a agência mais significativa.

Os controles sociais existentes são também mutuamente dependentes, quando um enfraquece, é imediatamente substituído por outro.

Nas palavras do autor TORRES¹:

O controle social consiste nos meios que aplica a sociedade para pressionar o indivíduo a adotar um comportamento conforme os valores sociais e, dessa forma, garantir uma convivência pacífica. É esse o modo utilizado para que os homens incorporem as regras e os padrões sociais.

1 TORRES, M. B. L. Della. **O homem e a Sociedade: uma introdução à sociologia**. 13.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985, p.173

O controle social varia numa escala de aplicação que se torna mais rígida na medida em que vai crescendo. A sua forma mais suave é o controle interno ou informal, o qual nos é imposto logo após o nosso nascimento. Desde pequenos aprendemos as regras sociais por meio do relacionamento com outras pessoas que ensinam e, no caso de descumprimento, aplicam sanções leves. Através da aprendizagem, a pessoa “interioriza” as regras e os mecanismos de controle social, sabendo como deve atuar em cada situação, isto é o que se denomina de controle interno ou autodisciplina. Mas quando o controle interno ou informal não é suficiente, a sociedade recorre a outra forma de manter o indivíduo dentro dos seus limites, surgindo assim o controle externo.

O controle externo ou formal se efetua sobre os indivíduos por meio de atuação dos outros e objetiva restaurar a ordem. Isso acontece, sobretudo, quando falha o controle interno e o indivíduo transgredir as normas. Esse é na maior parte dos casos repressivo: manifestado por meio da aplicação de sanções. Porém, ele pode ser também preventivo, tendo a finalidade de confirmar o valor das normas sociais e de descobrir eventuais violações. O método utilizado como meio de controle externo considerado mais rígido no direito, como é o caso do Brasil, é a pena privativa de liberdade.

São exemplos controle social informal, o comportamento inserido pela sociedade civil: família, escola, ciclo profissional, opinião pública, clubes de serviço, igrejas etc. Já o controle social formal, é representado pelo Estado propriamente dito, pelas instâncias políticas, isto é, as Polícias, o Ministério Público, o Judiciário, as Forças Armadas, o Sistema Prisional e Penitenciário, etc.

2.1 Funções e forma de controle social

Não podemos pensar no controle social apenas como um sistema de coerção e repressão, pois possui também função criadora e construtiva, garantindo: a ordem social, a proteção social e a eficiência social.

a) ORDEM SOCIAL

É equilíbrio e harmonia na vida social. Resulta de longa e gradativa

organização. A sociedade cria uma ordem social, para que vivendo em sociedade, os indivíduos e os grupos possam viver em paz e em equilíbrio.

b) PROTEÇÃO SOCIAL

Se na sociedade muitos indivíduos apresentam comportamento desejável, não perturbando a ordem, cientes de seus direitos e deveres, há outros que agem de forma contrária constituindo uma ameaça a ordem social. Se o controle não se fizesse sentir, ameaçando-os e aplicando-lhes sanções, multas e prisões, estes indivíduos existiriam em maior número, uma vez que nada lhes inibiria as tendências maléficas contra o bem-estar geral.

c) EFICIÊNCIA SOCIAL

A eficiência social só é possível na base do procedimento ordenado. Nos períodos de estabilidade social há progresso em vários setores, artístico, intelectual, científico, econômico, das sociedades civilizadas. A eficiência no mundo atual requer planejamento, previsão, ação inteligente e organizada e se obtém, por exemplo, dando proteção ao trabalho, orientação profissional, esforço cooperativo, cuidando da educação e da saúde, tudo isso só se efetivando onde há ordem.

Quanto a natureza, pode-se classificar o controle social em interno e externo. Controle social interno é a coerção que emana da própria organização mental da pessoa. Naturalmente, vivendo em sociedade, os indivíduos vão introjetando, apreendendo as suas normas, valores e ideias, de modo tal que eles passam a integrar a sua conduta. Assim, sendo, o indivíduo socializado, que introjetou preceitos morais, crenças, costumes, tradições, usos, convenções, controla por eles sua própria conduta, exercendo autocontrole. Através deste, sente remorso e se censura quando tem conduta indesejável, mesmo que esta passe despercebida a todos. Em sociedades organizadas, o controle interno é a forma mais eficiente para regular o comportamento do indivíduo.

Controle social externo são as medidas de regulamentação que emanam da organização social. A família, a igreja, o Estado, as leis, os códigos, os costumes exercem controle sobre os indivíduos, obrigando-os a comportamentos desejados. Este controle pode ser natural (ou melhor, informal e difuso) e artificial (formal ou

organizado).

O controle natural ou difuso é espontâneo, chegando mesmo a ser inconsciente, e tem por base a simpatia, a sociabilidade e o sentimento de justiça, suficientes, sob condições favoráveis, para manter por si mesmos a ordem social. É exercido pelos costumes, pela família, pelos grupos de vizinhança, pelos grupos de amigos. Mannheim chama isso de controle mútuo, pois ainda não foi transferido para agências que o exerçam em nome da sociedade.

O controle artificial ou organizado é exercido por leis, códigos, tribunais, polícia, enfim, por meios e agências especializadas na manutenção da ordem social. Define-se a autoridade como o direito de mandar e de ser obedecido, mas autoridade pode referir-se não só a poder de mando como também a pessoa que detém tal prerrogativa. Em sentido sociológico, a autoridade pode ser atribuída a pessoas, posições, instituições, normas e leis.

A ordem social não pode ser mantida sem autoridade, mas esta não significa força bruta, porque a força bruta é apenas uma manifestação excepcional de autoridade e não pode ser permanente. A autoridade dos pais sobre os filhos, do Estado, da igreja, dos chefes sobre os subordinados é autoridade manifesta, porém, existem autoridades menos perceptíveis como a da opinião pública, a das crenças, dos costumes, da tradição, que também exercem forte controle. Na Idade Média era o peso da autoridade que discernia o que era certo ou errado. Os fatos não eram suficientes para contestar a autoridade.

Pode-se distinguir dois tipos de autoridade: a baseada no cargo ou posição do indivíduo e a autoridade pessoal. No primeiro tipo as normas são estabelecidas pelo indivíduo que pela posição desfrutada possui direito de mando. A obediência que se presta a um policial, não é por causa de suas qualidades, mas sim pela autoridade a que investido pela sua função. Outro exemplo são os empregados de uma empresa que obedecem à ordem direcionada pelo seu chefe de seção, que tem autoridade, ou seja, todos os que são envolvidos por cargos de administradores possuem autoridade, os quais são conferidos pelo poder que exercem.

Quando são acatadas as ordens dos pais, mestres e chefes, é porque eles ocupam posições e serão obedecidos por constituírem autoridade do cargo. Já a autoridade pessoal é aquela baseada nas qualidades da pessoa, em seu poder de liderança, sendo definido como líderes pessoais.

Na obra *O homem e a Sociedade*², do autor M. B. L. Della Torres, sociólogo e estudioso do assunto retrata:

No mundo atual, a autoridade pessoal está desempenhando importante papel, principalmente na educação. Os filhos, os alunos querem compreender as razões ou os porquês, para depois obedecer e cooperar

Por último deve-se destacar também a existência do controle social pelos usos, costumes e tradição, que tem relevância como meios de controles naturais. Os usos e costumes são maneiras de agir integram o comportamento humano e que não sofre imposição de autoridade. Logo usos e costumes possuem a diferença em relação aos hábitos não somente porque são atos individuais, mas sim dizem respeito a grupos e sociedades, tendo o costume caráter obrigatório.

Os usos e costumes como forma de controle natural desenvolvem-se gradativamente e serão obedecidos espontaneamente pela sociedade, fazendo que o grupo os integrem em suas relações sociais, e assim firmando-os como meios de controle tornando como alicerce para ordem social. Exemplo dessa força de controle é poder dos folkways e mores na Inglaterra, onde as leis desenvolvem-se com fundamento nos costumes, tanto que a própria Constituição desse país é baseada nos costumes tradicionais, abrangendo as leis e as convenções do seu ordenamento jurídico.

Entende-se por tradição como herança social advindo do passado, possuindo valor que concretiza em uma crença estabelecendo respeito condizente e sagrado. A Tradição vai mais além do que simplesmente o passado representado por monumentos, documentos escritos, e sim por contato direto, concreto e não de maneira abstrata. Nesse contexto a tradição tem força vinculante. Os velhos, membros dos grupos, devem ser respeitados porque são eles encarregados de transmitir a sociedade a tradição do passado. A tradição compreende gestos, atitudes, etiquetas, técnicas, provérbios, folclore, e até mesmo o direito, moral e religião, firmando desse modo como força de controle social. No estudo concernente a tradição, verifica-se a distinção introduzido por Mauus entre a tradição oral e a tradição por imitação, em que as gerações vão passando para outra os seus gestos, seus atos e sua forma de vida moral.

2 TORRES, M. B. L. Della. **O homem e a Sociedade: uma introdução à sociologia**. 13.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985, p.175

Mauss ainda menciona a tradição consciente a qual se refere ao conhecimento que a própria sociedade tem si mesma do seu passado.

Por fim, quanto mais extensa influência uma sociedade sofrer com a tradição, maior serão as dificuldades latentes encontradas para haver mudanças em sua estrutura social.

2.2 Teoria liberal-funcionalista versus Teoria conflitiva

Quando se fala em controle social, duas teorias se destacam. Talvez, por uma ser a negação da outra, ambas se sobressaíam tanto. A divergência, por vezes, une coisas.

A teoria liberal-funcionalista parte da premissa de que o controle social é feito de modo democrático, que ele age em prol de toda a sociedade visando beneficiá-la integralmente.

A teoria conflitiva defende que o controle social não afeta em proporções iguais toda a sociedade. Essa teoria parte do pressuposto de que tal controle é usado para legitimar aqueles que possuem poder político e econômico: O controle social visa favorecer os interesses da minoria que detém o poder e a riqueza (capital, prestígio, educação, bens de consumo). O controle social denota uma preocupação em condicionar as pessoas para aceitarem a distribuição desigual dos recursos sociais, apresentando a ordem social como justa e intimidando quem a coloca em dúvida. As regras sociais não exprimem uma vontade geral ou interesses comuns de todos os cidadãos. Em outras palavras, os adeptos da teoria conflitiva não aceitam a ideia de que é possível realizar um controle social democrático e em favor da sociedade como um todo, tal como sustentam os liberais. As teorias do conflito partem da existência de grupos sociais desiguais com interesses divergentes e consideram o controle social institucionalizado como meio de garantia das relações de poder. Tais relações são sempre assimétricas.

2.3 O papel do Estado e seus agentes no controle social

O Estado e os segmentos da sociedade possuem papel primordial no controle social, porque regem de maneira objetiva e subjetiva regras que ditam o comportamento humano e suas relações. Objetivamente quando os indivíduos são

regrados por leis, normas, e ditames jurídicos, ou advém de grupos sociais que imbuídos por laços assumem de maneira subjetiva controle social. A escola, o trabalho, a igreja (aqui entende-se como qualquer religião, sendo o Brasil um Estado laico, a liberdade religiosa é direito constitucional fundamental), fazem parte efetivamente do controle social, pois regulam subjetivamente as relações sociais com suas instruções, orientações, didáticas, funções, e vale dizer, trata-se do processo de socialização que se prolonga durante toda a existência do indivíduo.

Na Carta Magna encontra-se vários dispositivos constitucionais delegando ao Estado exercer de forma legítima no controle social, regulando assim o indivíduo e o seu comportamento lícito ou ilícito, bem como, assegura de forma expressa os direitos individuais e regula a atuação estatal para não cometer abuso de poder. A dignidade da pessoa humana é um direito reconhecido na Declaração dos Direitos Humanos e encontra-se expressamente ratificado no ordenamento pátrio brasileiro, por isso, seu total desrespeito significaria infringir norma de Direito Internacional.

No artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil³, encontram-se elencados órgãos de segurança Pública, são eles também incumbidos de exercer seus deveres que o Estado lhes transfere. Cabe-se destacar neste trabalho fundamental artigo de norma constitucional:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I - polícia federal;
II - polícia rodoviária federal;
III - polícia ferroviária federal;
IV - polícias civis;
V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Na primeira seleção de órgãos atuantes no processo de controle social, tem importante papel da polícia ostensiva, que é aquela dirigida pelas Polícias Militares, a polícia fardada, onde a norma constitucional atribui à preservação da ordem pública. A ostensividade é sinônimo de prevenção ao crime e a ordem, mas caso haja desequilíbrio no ambiente social sua atuação garante fiel cumprimento de representante do Estado. Há várias situações cotidianas que a Polícia Militar depara nas funções prerrogativas de poder de polícia, entre essas situações conflituosas e de caráter emergenciais, exigindo uma pronta resposta e atuação legal. O abuso de

³ BRASIL [Leis, decretos, etc.]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 45

poder caracterizará desvinculamento de ordens e descumprimentos de preceitos pátrios de ordenamento jurídico e também administrativos, ou seja, os policiais são o Estado e sua função é garantir e preservar os direitos individuais e coletivos.

Ao atender uma ocorrência rotineira, os policiais militares desempenham atribuições legais e inerentes a eles, e assim, conduzir o desenrolar dos fatos, ou seja, atendimento a vítima do crime, arrolar testemunhas, preservar o local, encaminhar o autor até autoridade competente é uma forma de controle social. Inicia-se com a ostensividade, caso seja rompida a prevenção com o cometimento do crime, a atuação registro da ocorrência e demais providências, que seguirá posteriormente a competência da polícia civil, que conforme premissa jurídica constitucional, iniciará o inquérito para que o Estado tenha o poder-dever de exercitar o *ius puniendi* em desfavor do criminoso.

Só que o *ius puniendi* não pode ser exercitado de forma arbitrária. Ele é exercido por meio de um caminho, de um *iter*, que é a persecução penal (*persecutio criminis*), onde, por força constitucional, deve-se estabelecer a “paridade de armas” entre acusação e defesa. Assim, a persecução criminal põe cara a cara a pretensão punitiva estatal e o direito de liberdade do autor do delito.

O vigente sistema processual penal pátrio (acusatório) tem uma etapa preliminar, destinada à apuração da infração penal e respectiva autoria, a que a doutrina denomina “investigação policial”, formalizada no inquérito policial; este é ultimado pela Polícia Civil ou Federal (Judiciária). Apesar do nome “polícia judiciária”, é incontroversa a sua atividade eminentemente administrativa, atividade esta decorrente do poder de polícia do Estado. Evidente está que as atividades policiais encontram-se enfeixadas no Poder Executivo, isto é, na Administração Pública, representada pelo delegado de polícia. Daí se pode concluir que temos, na realidade, administração a serviço do direito penal.

Segundo a lição doutrinária do renomado autor Pedro Lenza⁴ sobre o inquérito:

É um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de uma infração penal, composto por uma série de diligências, que tem como objetivo obter elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la contra o criminoso. Em suma, quando é cometido um delito, deve o Estado por intermédio da polícia civil, buscar provas iniciais acerca da autoria e da materialidade, para apresentá-las ao titular da ação penal (Ministério Público

4 LENZA, Pedro. **Direito Processual Esquematizado**, Saraiva. São Paulo, 2012, p. 49

ou ofendido), a fim de que este, apreciando-as, decida se oferece a denúncia ou queixa-crime

Portanto, no próprio texto constitucional encontra-se as premissas dos órgãos envolvidos na Segurança Pública⁵, conforme a seguir destacado:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Destarte, o Estado, nas sociedades pós-modernas, passou a exercer, com exclusividade, o poder de punir, o que não impede que o particular articule em juízo, o seu ius accusationes, nas ações penais onde a iniciativa é de natureza privada.

Como preleciona Antônio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes⁶:

A autoafirmação do Estado moderno como máxima instância política frente as restantes instituições sociais foi um produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do ius puniendi em suas mãos. Numa sociedade conflitiva, pluralista e democrática o ius puniendi estatal pode se apresentar como instância pública capaz de resolver o conflito criminal – e as expectativas eu ele gera – de forma pacífica e institucional, de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Só o ius puniendi estatal encontra-se em condições de assegurar a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada assim como a autotutela.

O controle social promovido pelas instituições de segurança pública efetiva o diagnóstico real que a sociedade vem vivenciando, a criminalidade crescente e evolução em suas modalidades criminosas. Não tem como prever a intenção dolosa de um indivíduo face ao crime, mas poderão os órgãos policiais,

5 BRASIL [Leis, decretos, etc.]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50

6 GARCIA-PABLO DE MOLINA, Antonio; BIACHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – Introdução e princípios fundamentais**, Ed. Revista dos Tribunais, p. 209.

juntamente com entidades privadas, buscar meios racionais com intuito de erradicar, minimizar ou combater mediante a repressão o delito. Caso haja o acontecimento, e execução de todos os atos do crime, terá o Estado a responsabilidade essencial de julgar o acusado e após sentenciá-lo privar a liberdade, contudo, há a necessidade de observados os princípio da dignidade humana reconhecer que a punição da prisão não é eficaz em relação aos seus objetivos.

3. BREVE HISTÓRICO DA PENA

A palavra “pena” provém do latim poena e do grego painé, e tem o significado de inflicção de dor física ou moral que se impõe ao transgressor de uma lei. Conforme as lições de Enrique Pessina, a pena expressa “um sofrimento que recai, por obra da sociedade humana, sobre aquele que foi declarado autor de delito”

A primeira modalidade de pena foi consequência, basicamente, da chamada vingança privada. O único fundamento da vingança era a pura e simples retribuição a alguém pelo mal que havia praticado. Essa vingança podia ser exercida não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido.

A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que havia sido editada coroando o princípio da proporcionalidade, consagrada no Código de Hamurabi, na Lei das XII Tábuas e na Bíblia. Isto porque, mesmo que de forma insipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conteúdo de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduzia um conceito de justiça, embora ainda atrelado à vingança privada.

Como exemplo da adoção do talião, na Bíblia observa-se em Gênesis, IX, 6: “Aquele que derramar o sangue de alguém, será punido com a efusão do próprio sangue”. Em Deuterônimo, XIX, 21: “Retribuireis vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”. Em Números, XXXV, 19: “O parente do morto matará o assassino”.

Em momento posterior surgiu a fase da composição, em que consistia a transferência do aspecto pessoal para o patrimonial. Assim, algo que tivesse um valor econômico equivalente aquele que foi danificado poderia apresentar substituído. Continuava existindo, ainda que com cunho patrimonial, preocupação com a proporcionalidade entre o dano e a reparação.

Depois surge a figura do arbítrio, terceiro que tinha a finalidade de apontar com quem estava a razão. Vale ressaltar, normalmente essa atribuição era confinada aos sacerdotes, em virtude de sua ligação direta com Deus, ou aos anciãos, ou seja, aquelas pessoas que, devido à sua experiência de vida, conheciam os costumes do grupo social em que estavam inseridas as partes.

Em último estágio, o Estado chamou para si a responsabilidade de não somente resolver esses conflitos, como também a de aplicar a pena correspondente ao mal praticado pelo agente. Era, portanto, o exercício da chamada jurisdição, ou seja, a possibilidade que tinha o Estado de dizer o direito aplicável ao caso concreto, bem como a de executar, ele próprio, as suas decisões.

Nas palavras do renomado autor Rogério Greco⁷:

Até basicamente o período iluminista, as penas possuíam um caráter aflitivo, ou seja, o corpo do homem pagava pelo mal que ele havia praticado. Seus olhos eram arrancados, seus membros, mutilados, seus corpos esticados até destroncarem-se, sua vida esvaía-se numa cruz, enfim, o mal da infração penal era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso

Somente a partir do final do século XVIII, é que as penas corporais, aflitivas, foram substituídas pela pena privativa de liberdade. Até o século XVIII, portanto, as penas mais utilizadas eram as corporais, a pena de morte, além das chamadas pecuniárias. Com a variada do século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa, a pena privativa de liberdade começou a ocupar lugar de destaque, em atenção mesmo a um princípio que, embora embrionário, começava a ser discutido, vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana. Analisando essa mudança de opção punitiva, Foucault dizia que, a partir daquele momento, o sofrimento não mais recairia sobre o corpo do condenado, mas sim sobre sua alma.

O período iluminista teve fundamental importância no pensamento punitivo, uma vez, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como um mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.

Através de um raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer direitos inatos ao ser humano, que não podiam ser alienados ou deixados de lado, a exemplo de sua dignidade, do direito a ser tratado igualmente perante as leis etc. Até mesmo no que dizia respeito à pena de morte, algumas formas de aplicação foram sendo aperfeiçoadas, com a finalidade de trazer o menor sofrimento possível para o

7 GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 86

condenado, como ocorreu com a criação da guilhotina, por Ignace Guillotin, utilizada pela primeira vez no dia 25 de abril de 1792, que consistia em fazer com que a morte ocorresse rapidamente através de um golpe seco, produzido por uma lâmina afiadíssima e pesada, que pendia sobre a cabeça do executado.

As penas que eram extremamente desproporcionais aos fatos praticados, passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento, exigindo-se, ainda, que a lei, que importasse na proibição ou determinação de alguma conduta, além de clara e precisa, para que pudesse ser aplicada, deveria estar em vigor antes da sua prática. Era a adoção do exigível princípio da anterioridade da lei.

Ainda em comento na sua obra “Sistema Prisional, colapso atual e soluções alternativas, Greco⁸ menciona:

Embora o século XVIII tenha sido um marco fundamental para a substituição das penas corporais, incluída a pena de morte, pela privação de liberdade, não podemos deixar de registrar, por oportuno, como aquelas penas eram aplicadas, e quais as mais utilizadas, pois o registro histórico tem o valor de fazer com que o homem do futuro não cometa os mesmos erros do passado.

No Brasil, a história das penas começa com as Ordenações Afonsinas, porém, foi a Filipinas que vigorou no período colonial até o Código Criminal do Império e, 1830. Nessa época a pena tinha caráter expiatório e intimidatório, requintes de crueldade, aplicava-se tortura visando a confissão do delito, e a pena de morte também era utilizada em atentados contra o rei e contra o Estado. A lei penal vigente a época, como regra geral, pretendia combater a vingança privada substituída pela vingança pública. Apenas em dois momentos prevalecia a vingança privada: no adultério e na revelia.

A história do Direito Penal brasileiro vivenciaria anos depois, discussão sobre a aplicação da pena como avanços humanitários.

3.1 Teoria da pena

O estudo evolutivo da sanção penal confunde-se com a própria evolução do homem, demonstrando que o desenvolvimento intelectual do ser humano

8 GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 87

conduziu ao nascimento da concepção dotada de maior humanitarismo na aplicação da repressão estatal pela prática de determinada conduta tida como crime.

O direito penal atravessou várias fases em seu processo de evolução, fases estas que não se apresentam de maneira estanque, mas que interagem umas com as outras e inclusive, convivem, dividindo o mesmo momento histórico, formando as características de dada etapa do processo evolutivo.

A ideia mais aceita é que os grupos humanos primitivos tenham firmado regras proibitivas em razão do convívio mantido nas comunidades iniciais. As normas representavam os tabus, e o descumprimento das mesmas não representava, no psicológico daquelas embrionárias sociedades, apenas desrespeito ao estabelecido para o convívio mútuo, mas também, forma de ataque ao espectro sacral que norteava as concepções organizacionais existentes, sendo a punição aplicada, nesse caso, de intensidade elevada. Não raro a morte era implementada como forma de satisfação e mesmo de busca de perdão para com o divino ofendido.

A punição, originalmente, com seu sustentáculo nos agrupamentos humanos mais primitivos, tinha caráter sacral, ou seja, as reações eram ditadas por emoções e sentimentos, uma vez que inexistia a construção racional em torno do fenômeno delituoso e da sua correspondente punição. Neste Mister nascem as escolas e tendências penais, tendo o marco inaugural do pensamento classicista é encontrado na já referida obra *Dos Delitos e Das Pena*, do autor Cesaria Beccaria, precursor dessa orientação representante da Escola Clássica.

A produção científica da escola clássica não apresenta homogeneidade, não tendo o cunho de sistema, posto que os doutrinadores possuíam opiniões divergentes, posições contrapostas. A existência de princípios básicos, em especial no que tange à linha filosófica de cunho liberal e humanitário, é empregada para a caracterização da Escola. O dever de observância das normas de cunho político surge por motivos de pragmatismo. O indivíduo cede parte de sua liberdade individual em prol do convívio coletivo, sendo necessário regramento legal que se constitua em algo que convenha estritamente a sociedade.

Observa-se, portanto, não existir nada de extra-sensorial em seu conceito de pena, que se constitui em obstáculo político à prática dos crimes. A pena objetiva é a prevenção pela intimidação, o que representa a desconsideração de qualquer caráter retributivo. Para os clássicos, a punição do ato dependia, necessariamente, da manifestação de uma vontade livre, o que se nominou imputabilidade moral,

como requisito essencial para a punição, tornando-se evidente a adoção do livre-arbítrio pela escola clássica.

As principais características da escola clássica são assim sistematizadas:

- a) O delito é um ente jurídico;
- b) A ciência o Direito Penal é uma ordem emanada das leis moral e jurídica;
- c) A tutela jurídica é o fundamento legítimo da repressão e também o seu fim;
- d) A quantidade da pena, que é repressiva, deve ser proporcional ao dano que com o delito se causou ao direito ou o perigo que este correu;
- e) A responsabilidade criminal funda-se na imputabilidade moral, já que não há agressão ao direito se a ação não procede de uma vontade inteligente e livre;
- f) O livre-arbítrio, aceito como dogma, porque sem ele o Direito Penal, ao ver dos clássicos, careceria de base;

Sinteticamente, portanto, no tange especificamente à pena, escola clássico, proporcional ao dano ocorrido e, no entendimento geral, repressiva e retributiva.

Dando continuidade, a escola positivista reagiu ao retributivismo puro da escola clássica, assentada no total livre-arbítrio do homem, assim com o surgimento da escola positiva eclodiu a filosofia positivista e dos estudos biológicos e sociológicos. Nessa retórica construção desenvolveu-se fases ligadas a escola positivistas, atrelados com suas ideias. A fase antropológica, com seu principal representante, o médico italiano César Lombroso, teve sua concepção de estudo deslocado do crime para a figura do criminoso. Para Lombroso, o crime estava associado à anomalia orgânica e estética, o crânio de um delinquente, compondo o perfil do criminoso, e sua delinquência era ligada a regressão aos estágios primitivos e selvagens. Em seguida Lombroso passou a ligar o fenômeno do crime a epilepsia, o que nominou loucura moral.

Já na fase sociológica, o nome mais representativo desse período é o

advogado Henrique Ferri. Henrique substitui veementemente o livre-arbítrio e realiza um estudo voltado não fatores endógenos do crime, mas sim, fatores exógenos. Para Ferri, o crime é fruto do convívio social, sendo responsáveis os homens, justamente por viverem em sociedade. O estudioso mencionado preocupa-se mais com a prevenção do que a repressão. A pena deve buscar readaptar o condenado ao convívio social, buscando modificar os elementos sociais que influenciam o cometimento do crime.

A fase jurídica, representada por Rafael Garofalo, jurista, onde procurou tratamento técnico-jurídico aos estudos. Para Garofalo, o criminoso tem a própria natureza degenerada, afastando-se, assim, da concepção lombrosiana orgânica, para adentrar o terreno do elemento psíquico do homem. O delinquente apresenta, para o mestre em destaque, deturpação psicológica, a qual nominou anomalia moral.

Adel El Tasse⁹ fazendo uma suma envolta do assunto esclarece:

Garofalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural ; como a violação dos sentimentos altruísticos e fundamentais de piedade e probidade, na medida meia em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas a coletividade.

No aspecto específico da pena, que ora nos interessa mais diretamente, pode-se, sinteticamente, estabelecer que o caminho seguido pela escola positiva alerta para o fato de que a pena não é um castigo, mas um elemento ressocializador do indivíduo, sendo aceita sua segregação nas hipóteses de desajuste intransponível, justificando-se assim, a pena como elemento de proteção social.

Em seguida, surgiram outras ocorrentes imbuídas das ideias das escolas clássicas e positivas, afirmaram-se em sentido geral, nos tempos contemporâneos, que a prevenção é finalidade primordial da pena. Citam-se a escola penal humanista, a escola técnico jurídica, a escola crítica, a escola alemã, e o movimento de defesa social. Com efeito a esse seguimento, foram desenvolvidos os mais variados estudos na tentativa de encontrar mecanismos que capacitem os sistema penal a readaptação social do condenado, na ocasião da aplicação da sanção penal.

A Política Criminal no momento atual, volta-se para a análise da problemática criminal, com enfoque da política social, atuando como consequência,

9 Tasse, Adel El. **Teoria da Pena**, Curitiba, editora Juriá, 2003, p. 47

o Direito Penal, somente no momento em que se fizerem presentes as condutas mais graves da sociedade e de maneira a buscar, dentro das perspectivas humanistas, construção que permita ao autor do delito sofrer efetiva correção, com a criação da plena capacidade de vivência social.

3.2 Teoria absolutas retributivas da pena

Tais teorias têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou (*punitur quia peccatum est*). Seus adeptos veem a finalidade da pena como retribuição do mal pelo mal. Nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso.

Segundo Kant, que foi o maior vulto dessa teoria, a a pena é um imperativo categórico exigido pela razão e pela justiça, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica ao mal do crime como forma de compensação pelo mal praticado e reparação moral. Para ele, só é justo o que é igual, conforme explícita a Lei de Talião. Em outras palavras, a ação de punir é moralmente permitida quando atende à ideia de justiça, não importando se é conveniente ou não.

Para Hegel, outro integrante dos adeptos da corrente absoluta, a pena anula o crime, emprestando à sanção penal uma reparação de natureza jurídica e não de ordem ética, neste sentido é bastante conhecido sua regra dialética pela qual a essência da pena estaria na negação da negação ao direito.

Nesse campo, está inserida a escola clássica que, embora, tivesse linha filosófica de cunho humanitário, e postulasse que a pena fosse meio de tutela jurídica e de retribuição da culpa moral, observava a pena como algo absolutamente proporcional, qualitativa e quantitativamente, ao mal causado, sendo ainda um meio de tutela jurídica.

A crítica a essas teorias é de que não havia qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, limitando-se a mesma à abordagem do direito como válido em si mesmo.

3.2.1. Teoria ou preventiva da pena

As teorias utilitaristas à pena um fim prático, em especial a prevenção.

Pune-se para que não se cometa crime (*punitur ut ne preccetur*). O crime não seria a causa da pena, mas a ocasião que possibilita a aplicação desta. Estas teorias enxergam na pena um fenômeno prático e imediato de prevenção, que pode ser especial, aquela que se dirige à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la; ou geral, dirigida ao corpo social, pretendendo que sejam estabelecidos meios capazes de afastar a ideia de qualquer um que pense em praticar um ato delituoso.

Em função da dúplici feição que pode ser assumida pelo campo prevencionista, em especial e geral, pode-se traçar uma divisão das correntes utilitaristas em duas teorias, uma chamada de prevenção especial, e a outra de prevenção geral.

A prevenção especial foi forjada em sua moderna concepção pelo período do Iluminismo, tendo contudo, sofrido uma retração no século XIX, ressurgindo, tão somente, aos final do século XIX, por força, essencialmente da pregação de Franz Von Listz¹⁰.

Para a prevenção especial, o condenado fica totalmente a mercê da intervenção estatal, ou seja, será ele submetido ao tratamento ressocializatório considerado adequado pelo Estado. Nesse contexto, como há como aceitar justificada a aplicação da sanção penal como uma forma de impor os modos de vida da maioria como uma necessidade de homogeneidade das sociedades, desconsiderando a individualidade de cada ser humano. Esta solução adjetiva o Estado que adota de onipotente, delirante, que falta em nome de Deus, deixando evidente ser o mesmo perigoso, claramente autoritário, para não falar em um Estado democrático, sendo inaceitável dentro do Direito Penal democrático e liberal.

A prevenção geral que também não consegue superar determinadas objeções que a ela podem ser opostas, restando portanto, ineficaz na tarefa de justificar e fundamentar o sistema das sanções penais em decorrência do delito.

Pela teoria preventivo-geral o fim da sanção penal não está em sua ação sobre o condenado, mas sim, nos efeitos intimidatórios que passa exercer sobre sociedade, justamente, a esta intimidação coletiva é que nomina de prevenção geral.

A grande objeção que se tem formulado à teoria da prevenção geral é que não se pode impor à pena alguém senão em função de sua culpabilidade e no limite desta, sendo que pela prevenção geral a sanção penal é imposta tendo em conta os

10 As referências mais presentes da prevenção especial são encontradas no chamado Programa de Marburg, 1883, do qual é autor LISZT.

outros, ou seja o efeito intimidatório na sociedade e não a efetiva responsabilidade do autor do delito.

Não é incomum na prática judiciária brasileira, a utilização da noção preventiva geral de forma absoluta, absurdamente, sem observar a culpabilidade, agravando o Juiz a pena do condenado, argumentando para tanto que razões de prevenção geral justificam o maior rigor da reprimenda. O apenado serve de exemplo para a sociedade, sendo a sua pena não limitada pela sua culpabilidade, mas sim, pela necessidade da sociedade de maior ou menor exemplaridade que deve representar o sofrimento do condenado.

Assim, as teorias da prevenção especial e da prevenção geral não residem às críticas que se pode as mesmas lançar.

Em decorrência de tal postura, existe na pena, uma dupla possibilidade de ameaça: pela cominação, que é ameaça contida, em abstrato, na lei penal, criando a ideia de coação psicológica; e pela execução que é a fase de imposição da pena, em que a pena está sendo cumprida gerando a coação física.

Jeremias Bentham, em sua obra chamada Teoria das Penas das Recompensas, diz “a pena é um mal tanto para o indivíduo quanto para a sociedade, mas se justifica pela sua utilidade¹¹”.

3.2.2 Teoria mista ou unificadora

Sustenta-se nas construções teóricas das teorias mistas, ecléticas ou unificadora ser a pena, por sua natureza, retributiva; porém, sua finalidade é um misto de educação e correção.

A sanção penal deve objetivar, simultaneamente, retribuir e prevenir a infração, *punitur quia peccatum ut ne peccetur* (pune-se porque pecou e para que não se peque).

A resposta estatal ao delito deve conservar seu caráter tradicionalmente, mas outras medidas devem ser adotadas, tendo em vista a periculosidade de uns e a inimizabilidade de outros, campo este no qual ingressam as medidas de segurança.

11 Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 257.

As teorias mistas aceitam que a pena é retribuição, mas enfatizam que esta deve ter primeiro, função utilitária de prevenção. A retribuição, para as teorias mistas, limita o poder punitivo do Estado, na medida em que a pena somente se pode impor se restar cometido um mal punível, sendo por outro lado verdadeiro que a retribuição não é absoluta, posto que limitado pelos postulados humanistas e pela ideia utilitarista presente na prevenção especial, quando se busca permitir ao condenado que se readapte para a vida em sociedade.

Com efeito, ainda que presentes eventuais críticas, as teorias unitárias são as que despontam, na atualidade, com maior número de adeptos, em uma tentativa de integrar de forma harmônica e racional os três estágios da aplicação da sanção penal, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial.

4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A lei nº 7.210/84, mais conhecida com LEP, traz no seu ART 1º reza que o objetivo que é efetivar, dar cumprimento às disposições de sentença ou decisão proferida em sede de juízo criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Trata-se de norma dirigida para execução da sanção penal judicialmente imposta, sem descuidar da imprescindível socialização ou ressocialização, com vistas à reinserção social. Na busca a tais objetivos, o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade (LEP, art. 4º), cada vez mais imprescindível nas atividades de execução das penas e das medidas de segurança, especialmente em razão da incapacidade do próprio ente público em propiciar o escopo da lei.

4.1. Princípios da Execução Penal

Mister no que tange a lei de execução penal, é ela regida por princípios do direito que seguem a seguir explanado:

Princípio da legalidade

Garantia constitucional ao condenado de que nenhuma sanção será aplicada sem a prévia disposição da lei. De inspiração iluminista, princípio da legalidade encontra-se inserido, de forma expressa, no artigo 2º da Lei de Execução Penal, além de inúmeros outros artigos que evidenciam a concreção dessa garantia ao condenado, sem desconsiderar os preceitos constitucionais esculpidos no artigo 5º, incisos XXXIX, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L da Constituição da República. Aliás, a Exposição de Motivos da lei enfocada sobreleva o princípio em epígrafe, acentuando que o “‘princípio da legalidade’ domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.”

Princípio do devido processo legal

Expressa a garantia de que nenhum castigo, nenhuma sanção é aplicada

ao condenado sem a instauração de um procedimento disciplinar. A garantia do devido processo legal vem estampada na Carta Constitucional, *ipsis litteris*: “Art 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa diretriz impõe assecuração, ao ser humano envolvido em uma *persecutio criminis*, de livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar, em igualdade de condições com os agentes estatais da persecução penal, e em inafastável contraditoriedade, de todo o iter procedimental, orientado por mecanismo de controle e exatidão de desfecho do processo, num processo, num prazo razoável.

Embora o princípio do devido processo legal seja orientador de toda ação estatal constritiva de direitos, com destaque para a privação de bens e da liberdade, tem ele manifesta importância na execução penal, já que nenhum castigo, nenhuma sanção pode ser aplicada ao condenado sem a instauração do devido procedimento disciplinar, nos termos dos artigos 50 e 60 da Lei de Execução Penal.

Princípio da Humanidade

Tem o condenado como pessoa humana e orienta toda atividade estatal atinente à execução da penal.

Princípio da jurisdicionalidade

Garantia do condenado de que a atividade que gravita sobre a execução penal é predominante jurisdicional, obstando assim, excesso ou desvio de execução. Decorrente também do movimento iluminista, o princípio da humanidade consiste em tratar o condenado como pessoa humana e foi consagrado, expressamente, na Constituição da República, em vários preceitos, merecendo destaque o artigo 5º, XLIX, que dispõe que é assegurado aos presos o respeito à integralidade física e moral. O inciso L do mesmo artigo realça a condição peculiar da condenada, estabelecendo que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos, durante o período de amamentação”.

Princípios do contraditório e da ampla defesa

Garantia do condenado de exercer tais princípios constitucionais nos

procedimentos administrativos, inclusive com a presença de advogado. Pelo princípio do contraditório esclarece-se “no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contratá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade das armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares”.

Princípio da igualdade

Garantia de que nenhum condenado pode sofrer discriminação decorrente de cor, sexo, raça, religião, idade, idioma, opinião política ou de outra índole. O princípio da isonomia tem inteira aplicação no âmbito da execução criminal, no sentido de que nenhum condenado sofra discriminação natureza racial, social, religiosa ou política (art. 3.º, parágrafo único, da LEP).

Princípio da individualização da pena

Diretriz constitucional orientadora de imposição, aplicação e execução da pena. O princípio da individualização da pena consiste numa diretriz constitucional orientadora, aplicação e execução da pena (art.5, inciso XLVI), no sentido de que o condenado não só receba a pena adequada à reprovação e prevenção do crime, dentre os critérios previamente estabelecidos em lei, as que também, no decorrer da execução, receba o condenado a devida atenção do Estado, não só no que tange às suas características pessoais, mas que, de igual forma, a explicação seja atenuada, à medida que e constate uma prognose positiva de reeducação penal.

Princípio da publicidade

Objetiva preservar a pessoa do condenado da prática de qualquer ato que evidencie sensacionalismo. Com esse princípio firma-se garantia relevante e asseguradora da transparência da atividade envolvida na execução penal, permitindo assim uma fiscalização conjunta dos diversos órgãos.

4.2 Lei de Execução Penal e Direitos Humanos

Para que possa conviver harmoniosamente em sociedade, é necessária a criação de regras básicas de comportamento. Essas regras devem ser legitimamente ditadas pelos Poderes regulamente constituídos, muito embora, ainda hoje, infelizmente, existam sociedades submetidas a regimes ditatoriais, não democráticos, que se valem da força de suas armas para a imposição de seus pensamentos.

Deixando de lado esses regimes de exceção, nas sociedades democráticas o poder de criar normas não é ilimitado. Existem, portanto, limitações, obrigatoriamente, ser observadas pelo legislador, uma vez que essas normas, em muitas situações, criam direitos e também obrigações.

No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o chamado *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em sentido objetivo, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo um determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em sentido subjetivo, quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que cumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável. Esse raciocínio é extremamente importante, mas de nada valeria se não estivéssemos diante de um verdadeiro Estado de Direito, onde esse *ius puniendi* encontrasse sua fonte de validade. Somente em Estado de Direito o cidadão encontrará a segurança necessária.

A história da humanidade, infelizmente, tem sido também uma história de desrespeito aos direitos humanos. Um elenco enorme de situações fez com que a sociedade se mobilizasse no sentido de lutar por seus direitos, considerados, por muitos, inalienáveis e inerentes a toda pessoa. Houve, durante a história, um intenso processo de evolução de defesa desses direitos humanos, cada vez que se identificava a ofensa a algum deles. Exemplo recente disso foi a eclosão da Segunda Grande Guerra Mundial, que ocorreu no período de 1939 a 1945, considerada um marco de evidente desrespeito aos direitos humanos. Após o seu encerramento, a sociedade tomou conhecimento, estarrecida, das incontáveis atrocidades praticadas e se mobilizou no sentido de tentar fazer com que esses fatos

não se repetissem no futuro.

A história dos direitos humanos é uma história de lutas ao longo dos anos. Esses direitos, hoje tão propalados universalmente, foram sendo conquistados pouco a pouco. À medida que a sociedade evoluía, novos direitos eram discutidos e requisitados. A natureza desses direitos também era objeto de discussão, razão por que foram surgindo teorias que procuravam fundamentá-los, cada qual com seu enfoque.

Nuria Belloso Martin¹² preleciona, ainda, que grande parte das teorias que existem acerca dos fundamentos dos direitos dos direitos humanos poderia ser reduzida a três colocações que dominam na atualidade, dizendo que:

Por um lado, os dois já típicos que, ao longo da história, se debateram no pensamento filosófico-jurídico: a fundamentação jusnaturalista, que consiste na consideração dos direitos humanos como direitos naturais, e a fundamentação historicista-positivista, que considera os direitos humanos como pretensões historicamente logradas pela vontade coletiva e consolidadas em normas positivas. A estes temos que acrescentar a fundamentação ética, a qual alcançou grande predicamento em algum setor da atual doutrina e que considera os direitos humanos como direitos morais, apresentando-se como uma postura superadora das duas anteriores.

Ao analisar o histórico dos Direitos Humanos e sua evolução, encontram-se diversas normas que tiveram sua positivação no desenvolvimento e nascimento dos DH, entre eles a Magna Charta Libertatum¹³, de 1215, e considerada o mais importante documento medieval, e foi editada ao tempo do rei João Sem-Terra, com a finalidade de proteção contra os excessos praticados pela Coroa. Vários foram os direitos previstos em seus sessenta e três artigos (ou cláusulas), entre os quais podemos destacar o art. 39, que diz:

Art. 39 Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira, alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares ou pela lei da terra

Atualmente no escopo constitucional de vários países, inclusive o Brasil, verifica-se os fundamentos de Estado Democrático de Direito com validade do ius

12 Nuria Belloso Martin, Doutora em Direito pela Universidade de Valladolid é Professora Titular de Filosofia do Direito na Universidade de Burgos (Espanha) sendo atualmente a Coordenadora do Programa de Doutorado em Direito Público.

13 A *Magna Charta Libertatum*, assinada em 1215 pelo Rei João, é um documento que tornou limitado o poder da monarquia na Inglaterra, impedindo, assim, o exercício do poder absoluto.

puniendi, bem como suas limitações. A partir do momento em que esses direitos humanos, conquistados e ao longo declarados longo aos inseridos anos, foram inseridos nos corpos das Constituições de cada Estado, passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais.

Nas palavras Cesare BECCARIA¹⁴:

Entre as penas e na maneira de aplicá-las em proporção com os delitos, devemos escolher os meios que causarão no espírito do povo a impressão mais eficaz e mais durável, e ao mesmo tempo a menos cruel sobre o corpo do culpado.

Paul-Michael Foucault mostra a evolução de um sistema penal cuja finalidade era a aplicação de uma pena aflitiva, corporal, para outro, cuja finalidade precípua seria a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Agora, como dizia certamente Foucault, o sofrimento não era mais o corpo, mas sim o da alma. Vigiar e punir de Foucault já prognosticava a falência da pena de prisão, uma vez que o cárcere não cumpria as funções para as quais havia sido criado.

Conforme sintetiza Foucault¹⁵:

A punição ideal será transparente ao crime que sanciona, assim para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga, e para quem sonha com o crime, a simples ideia do delito despertará o sinal punitivo. Vantagem para a estabilidade da ligação, vantagem para o cálculo das proporções entre o crime e castigo e para a leitura quantitativa dos interesses, pois, tomando a forma de uma consequência natural, a punição não aparece como o efeito arbitrário de um poder humano.

14 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66

15 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 37.ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 101

5. O COLAPSO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O que se assiste atualmente é o colapso do Sistema Penitenciário, pois as instituições envolvidas estão desmanteladas, ou seja, o Estado não possui recursos financeiros imediatos para construção de novos presídios e assim criar novas vagas capaz de atender a demanda crescente de presos sejam eles provisórios ou condenados pela justiça.

O Estado demonstra sua ineficiência pois, não se preocupa em remodelar o sistema carcerário, bem como, implementar projetos voltados para a ressocialização dos presos. O egresso do ex-condenado a sociedade parece um caminho perdido e sem perspectivas, e para aqueles que não encontraram apoio do Estado, da sociedade e da família, e o retorno ao crime será a opção mais viável para a sobrevivência e sua reintegração social.

As rebeliões ocorridas em diversos estados brasileiros de forma sistemática, retratam o cenário da falta de interesse do Poder Público em buscar novas soluções. Além de desrespeitar o princípio da dignidade humana, as instituições públicas e os órgãos que compõem o Sistema Prisional, ficam inertes perante o alarme que isso ocasiona para a sociedade, e o reflexo é negativo.

A população carcerária tem aumento progressivo enquanto as vagas para atenderem aqueles que ficam sob a custódia do Estado é decrescente, em decorrência desse fato a superlotação gera consequências danosas como rebeliões, proliferação de doenças, homicídios entre os presos, ataques aos agentes penitenciários, resultado do fracasso do objetivo necessário da pena. Passam-se anos e os problemas continuam. As rebeliões amoldaram-se a conveniência dos detentos e a violência fica estampada na mídia que procura elevar a situação.

5.1 O círculo da reincidência e a não ressocialização

Segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, DMF, o diagnóstico de pessoas presas no Brasil, demonstra o déficit de vagas no sistema penitenciário brasileiro de 206.307, e o população carcerária é de 711.463, dentre esse total, 41% são presos provisórios que aguardam os seus julgamentos. São

indicadores lançados no site do Conselho Nacional de Justiça¹⁶ em junho de 2014, sendo os mais recentes acerca do sistema prisional brasileiro.

Ainda conforme divulgação sobre o assunto, o Brasil ocupa 4º lugar no ranking dos 10 países com maior população prisional; 563.526, os Estados Unidos da América aparece em primeiro lugar; 2.228.424, seguido de China; 1.701.344, e completando o ranking, Rússia em terceiro com quantitativo de 676.400.

O Estado de Minas Gerais é o segundo estado brasileiro que possui a maior população carcerária, sendo 57.498 presos, o estado de São Paulo está em primeiro lugar com 204.946. Deste total de presos em Minas 49% presos provisórios que aguardam seus julgamentos, e em muitos casos dividem a cela com presos condenados. O diagnóstico levantado pelo DMF ainda apontou 36.098 capacidade/vagas e concluiu o número de 21.400 déficit de vagas para suprir a demanda de detentos.

A justificativa para o enorme contingente é os inúmeros flagrantes ocorridos nas delegacias que são convertidos em prisões preventivas. Porém, pelo fato da Polícia Militar de cumprir o seu papel, que após o cometimento do crime e ricas informações coletadas, juntamente com atividades próprias dos policiais, como tirocínio policial, trabalhando para dar uma resposta rápida a sociedade, não soluciona os problemas que a Secretaria de Segurança enfrenta. Vários são os casos em que o indivíduo está em estado de flagrância, a PM reage prontamente, e o delegado libera o autor, aguardando assim a conclusão do Inquérito Policial.

Os vários flagrantes realizados e convertidos em prisões preventivas é sinal que alguns órgãos se dedicam em suas funções, mesmo sabendo que incontáveis delegacias de polícias estão sucateadas, e delegados, agentes e escrivães trabalham de maneira precária sem nenhuma assistência digna para tal situação. A Polícia Militar também convive com problemas como baixo efetivo, grande números de viaturas em manutenção ou cidades que nem possuem. Já os agentes penitenciários trabalham exaustivamente e sem muitos recursos logísticos, convivendo com o medo de ameaças de rebeliões e fugas. Os juízes que são encarregados o poder de punir do Estado o *ius puniendi*, trabalham em suas varas amontoados de processos que parecem intermináveis, e seguidas de centenas de

16 JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Diagnóstico de pessoas presas no Brasil e quantitativo da População Carcerária**. Jun 2014. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>>> Acesso em 23 Out. 2015.

audiências, não tendo outra opção, ao analisar no caso concreto a ação delituosa encontrando fundamentos para a condenação, sentencia o réu e o encaminha para o sistema prisional.

O Centro de Pesquisa em Segurança Pública da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Cepesp/PUC Minas)¹⁷, realizou estudo em o estado de Minas Gerais, em que apontaram a taxa de reincidência de 51,4%. Também se chegou ao perfil dos reincidentes, sendo em sua maioria jovens, e atrelados a outros fatores a probabilidade de reincidirem é muito maior.

Os pesquisadores acompanharam vários condenados ao regime fechado pelo justiça comum, e passou a monitorá-los, com finalidade de se verificar casos de novos registros junto a Polícia Civil de delitos cometidos por eles. O resultado foi trágico, pois, demonstrou-se que esses mesmos condenados ao saírem da prisão, têm a probabilidade de cometerem novos delitos, chegando a 97,5% a reincidência.

A pesquisa concluiu que o atual modelo prisional brasileiro é pouco efetivo na reintegração social do ex-detento, e é preocupante a atual situação carcerária que o Estado vive, pois, infratores entram e saem constantemente dos presídios e penitenciárias sem recurso, ainda há o preconceito vindo da própria sociedade que também tem seu papel na reintegração. Ainda foi levantado que nenhum estado brasileiro acompanha o egresso de forma satisfatória, ou seja, não há por parte do Estado combate para que os ex-presidiários voltem a cometer novas práticas delituosas, e nem encaminhamento adequado para que eles exercem novamente sua cidadania sem recorrer ao crime.

Após divulgação da pesquisa, a SEDS (Secretaria do Estado de Defesa Social), repassou que a reincidência do Estado de Minas Gerais está intimamente ligada a fatores como o uso de drogas e a violência. Segundo a secretaria informou, o Estado possui um programa de inclusão social de egresso, porém, ao retornarem para o convívio com a sociedade novamente, os ex-detentos encontram várias dificuldade e sua reintegração é obstaculizada.

Outro ponto levantado na durante a pesquisa desse trabalho, é o fato que 08 em cada 10 presos em Minas voltam a cometer crimes. Esse índice foi lançado nos indicadores do Conselho Nacional de Justiça. O custo de cada detento para os

¹⁷ G1, Minas Gerais, **Maioria dos presos de Minas Gerais é reincidente, aponta estudo**. Jul 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/07/maioria-dos-presos-de-minas-gerais-e-reincidente-aponta-estudo.htm>. Acesso em 16 Set. 2015

cofres públicos é de R\$1.600,00 mensais, totalizando R\$ 1 bilhão por ano. Do total de presidiários no Estado, 60% praticaram pequenos ou médios crimes contra o patrimônio, enquanto 8% são envolvidos em crimes de homicídios. Deve-se ressaltar a chamada “Faculdade do crime”, que consiste em recrutamento ou continuidade de presos condenados em manutenção de organizações criminosas que se formar nos interiores do presídios e penitenciárias, surgindo assim como opção eficaz para aqueles que não possuem outra oportunidade. São os condenados por crimes contra o patrimônio que convivem com perigosas integrantes de facções criminosas e não tendo outra saída aliam-se aos condenados “respeitáveis e temidos” das grades, e aprendem como praticar crimes considerados mais graves, comprometendo sua ressocialização, pois não existe na prática.

Dessa maneira, conclui-se o surgimento do CICLO DA REINCIDÊNCIA. Esse termo implementado nesse trabalho, refere-se aos dados demonstrados durante as pesquisas do trabalho, que não deixa dúvida a proporção quase exata para que os ex-presidiários retornem ao crime novamente. Sem perspectivas de concretizar projetos de ressocialização, o falido sistema de recuperação de presos não cumpre sua tarefa, tão pouco demonstra vontade para solucionar esse retrato que afeta diretamente a harmonia e ordem social.

O ciclo é constante, pois a todo instante, novos infratores surgem e os reincidentes voltam para as celas, saem que conseguem a liberdade e muitos retornam porque não tiveram outra opção e insistem em continuar na vida do crime, o Estado permanece negligente, fecha os olhos para o quadro, e não buscam alternativas de soluções aplicáveis ao problema. Resultado disso, o ciclo continua em atividade saem, e entram mais uma vez, ou várias vezes.

De modo geral, no Brasil, os recursos voltados para financiar projetos de recuperação de presidiários são escassos ou aqueles que já existem são deficientes na reabilitação, que gera negativamente influentes para a extensão da violência e do crime.

A questão que surge é: como alguém vai ressocializar quando preso, encontra-se numa estrutura carcerária defasada; e quando posto em liberdade, enfrenta uma sociedade cheia de preconceitos e que apresenta um posicionamento totalmente contraditório, pois ao mesmo tempo em que deseja receber o criminoso ressocializado, não está disposta a aceitá-lo novamente no âmbito social.

A pena privativa de liberdade é a forma de controle social mais rígida que

a sociedade detém, quando ação de outros métodos falham, a prisão se torna meio solução para coerção daquele indivíduo que teve sua conduta contrária ao ordenamento jurídico. Mas no que tange em toda conjuntura do assunto abordado neste trabalho, o que se verifica é que a prisão não cumpre efetivamente sua função social: a ressocialização, egresso e posterior reintegração. Longe está a ressocialização, diante da eclosão de apenados, amontoados em celas, dezenas de rebeliões, ataques criminosos vindo das próprias penitenciárias, mortes de agentes incumbidos da segurança pública, defasagem do sistema prisional, desrespeitos aos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana, a negligência estatal durante a custódia do preso e do seu retorno a sociedade. Muitos são os reflexos sofridos, sejam eles mediatos ou imediatos, e a certeza que se confirma é que, o problema de cunho social, não é digno de um Estado Democrático de Direito. Tanto o Poder Público em seu estado latente e a sociedade de maneira ampla, tem o dever de buscar ou pelo tentar amenizar os problemas trazidos das prisões brasileiras, e cabem a eles especialmente ao Estado a quem a Constituição confere deveres, de elencar novos valores

A supressão da liberdade humana, atitude extrema de controle social, não viabiliza a concepção de democracia, e tão pouco fundamenta a legitimidade do Estado em seu *ius puniendi*. Diante do processo histórico das penas, e por conseguinte o poder absolutista do Estado em aplicar a coerção desproporcionalmente em razão do valor humano, o que se vê atualmente é a ineficácia da pena privativa de liberdade em relação aos princípios inerentes e o Estado.

Embora o homem tenha se superado a cada momento no campo científico e tecnológico, ainda não encontrou soluções para velhos problemas sociais, destacando-se dentre todos eles a criminalidade, a influenciar na qualidade de vida e no trabalho. Na busca de soluções tem-se voltado, na atualidade, os olhos para o direito como instrumento de resguardo da segurança e da paz e em tutelar os direitos fundamentais da sociedade.

O Estado tem incrementado o seu aparato de repressão e apresentado o direito penal como panaceia de todos os problemas que circundam a criminalidade, destacando-se nesse contexto a prisão como possível meio eficaz de garantir a tranquilidade e a ordem pública. Os governantes preocupam-se em construir presídios quando deveriam combater os diversos fatores sociais que provocam a

criminalidade. Destarte, o direito penal transformou-se em terror, tal a obsessão da sociedade com a pena de prisão, vendo-se como mensageira da pacificação e garantia de segurança pública, mas ela não é.

Os penalistas ou criminalistas contemporâneos discutem o fato de que em determinados crimes a pena privativa de liberdade pode e deve ser substituída pela pena privativa e/ou restritiva de direitos, como um dos meios eficientes de combater ao crime. Observa-se que nos delitos considerados de menor potencial ofensivo as penas impostas são consideradas brandas e são normalmente transacionadas em face da lei 9099/95, com boa perspectiva de não reincidência criminal. Nesse caso, não resultam em culpabilidade, portanto não são incluídas nos antecedentes judiciais, sem contudo, deixarem a impressão de ser promissor o mundo do crime, compreendendo que a justiça foi feita e somente foi evitado o encarceramento. Essa ação propicia uma reeducação por não retirá-lo do convívio social.

No entanto, alguns criminalistas discutem que esse sistema penal poderá vier apresentar problemas futuramente, em face de ausência dos agentes estatais na verificação do cumprimento efetivo das medidas aplicadas, pois existe falha na supervisão do cumprimento da penalidade. O fato argumentado baseia-se que não há uma fiscalização contundente para tal medida, principalmente relacionada a questão do comparecimento perante ao juízo de execução nas datas previamente designadas.

Infelizmente, persiste no Brasil o sistema prisional com o uso da pena de prisão e consequente encarceramento daquele cidadão, que transgrediu normas de convívio social editada pelo Estado e tipificada como crime. No entanto, o estudo da criminalidade mostra resultado contrário, sendo crescente a criminalidade a cada década, desafiando o sistema.

A finalidade do sistema prisional resumidamente, pode ser entendida no sentido de que o homem se humaniza por meio da socialização e o sistema prisional tem por finalidade última a ressocialização do preso, tendo como meta a reeducação social e familiar do preso e seu retorno ao convívio dela. Contudo, o relatório da CPI carcerária demonstrou que o processo de ressocialização praticamente inexistente no sistema vigente no Brasil.

Resta dizer que o art. 1º da LEP (Lei de execução Penal), tanto do Estado de Minas (Lei nº 11.404/94) como a federal (Lei nº 7.210/84), em síntese, pontuam ser finalidade da pena privativa de liberdade propiciar condições harmônicas de

integração social.

A ressocialização pressupõe um estágio anterior que seria a socialização, ou seja, uma integração com os princípios da sociedade organizada, respeitando a igualdade de condições de vida e de direitos e deveres, tendo como finalidade última a readaptação, a recuperação, a reinserção, ou o retorno ao *statu quo* não delitivo.

Os sociólogos, desde o final do século XIX, têm se manifestado no sentido de que o homem, desde tenra idade, sofre influências da socialização, sendo educação nesse sentido. Gradualmente vai aprendendo a seguir as regras sociais, como a comunidade espera que ocorra. A socialização nunca é perfeita, e uma demonstração dessa imperfeição está nos desvios de conduta geradores da criminalidade, fazendo surgir o criminoso mesmo com um controle social para a adoção de comportamento nos moldes e valores sociais de uma comunidade.

Para esse controle social, a sociedade tem buscado um conjunto de sanções negativas e positivas como forma de adaptação de conduta aos padrões daquela comunidade, fazendo surgir um sistema formal de controle social denominado “sistema da justiça ou justiça criminal”, constituído pelo Ministério Público, Polícias, Administração Penitenciárias e Poder Judiciário.

No combate à criminalidade, tem se buscado no direito penal a prisão como um meio de obrigar o desviado social a se readaptar e ser reinserido novamente na comunidade, sem obter o resultado desejado ao provocar segregação social, isolamento e tratamento desumano.

O processo de execução criminal é um instrumento de controle social formal resultante da aplicação de uma sanção com certa dosagem de gravidade com finalidade de coibir condutas desviadas, quer ofensivas, quer nocivas à convivência Humana.

Políticas públicas e criminais adequadas, voltadas especificamente para essa finalidade, permitiriam a reconciliação ou a reaproximação entre o infrator e a comunidade e, conseqüentemente, a reintegração social. No entanto, o que se vê é um processo repressivo com a aplicação da pena de prisão que seja por meio de reclusão quer seja por meio de detenção.

O relatório da CPI carcerária, recentemente concluído pelo Congresso Nacional brasileiro, evidencia que o Estado nunca se preparou suficiente e adequadamente para recuperar o preso e não estruturou o sistema prisional para evitar que a ociosidade e a heterogeneidade carcerária provocassem uma

especialização na arte do crime, Nessa ótica, não se inibe o crime, muito menos propícia a ressocialização.

O Estado punitivo justifica-se, apesar do seu despreparo, ao argumento de que o encarceramento é necessário para o bem-estar social, principalmente num momento de histeria social pela busca do direito penal com bases terroristas, como se fosse uma tábua de salvação, vista atualmente no Brasil. No entanto esse sistema, ao misturar todos os atos dentro de uma célula prisional sem verificar a diversificação da natureza do delito, traz a baila um problema enorme relativo a especialização criminosa durante o cumprimento de pena, como uma espécie de “faculdade do crime”, criando a reincidência criminal e não atingindo sua finalidade última de ressocialização.

É certo que existem momentos em que a pena privativa de liberdade deve ser adotada, mas observado o princípio estatuído por Beccaria ¹⁸, no que diz:

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proposições, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

Esses fatores transformam o sistema prisional num ilegitimidade absoluta para gerir os seres humanos que fazem parte de sua massa prisional, incluindo os responsáveis pela direção e segurança dos presídios. Isso confirma palavras ditas no passado por Thomas Hobbes, sintetizadas em “o homem é o lobo do próprio homem” e que vem sendo repetida de geração em geração. As falhas advindas do sistema carcerário conduzem à legitimidade para o exercício da missão proposta: reeducação do encarcerado.

A política criminal, como o próprio nome diz, tem por finalidade estudar as causas de criminalidade, seus fatores, motivações e seus atores, bem como analisar as ações judiciais criminais do processo social no tocante à previsão constitucional de garantia e integridade dos custodiados pelo Estado, respeitando seus direitos e deveres. Essa política tem sido realizada por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em âmbito nacional e em alguns Estados da Federação que

18 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p.88

possuam o Conselho de Criminologia e Política Criminal, como no caso de Minas Gerais, através dele.

A prisão afeta a mente e a própria vida do preso, reduzindo sua capacidade de convívio aumentando o sentimento de rejeição e de hostilidade dele contra a sociedade e vice-versa. Hoje é uma verdade incontestável que o cárcere não recupera ninguém, contrariamente, gera a degradação humana e inviabiliza o processo de ressocialização e não permite o retorno ao convívio social da forma desejada.

Se a política criminal é voltada para a ressocialização, é necessário que hajam ações governamentais propiciando a toda a sociedade, sem qualquer segregação, a oportunidade de uma vida digna, tal que está inserida na Constituição da República promulgada em 1988, e medidas preventivas devem ser adotadas e não repressivas.

Uma solução viável do sistema atual de prisão, até que se encontra outra forma adequada, seria a adoção do método APAC, que contribuirá significativamente para a melhoria do sistema prisional.

Reincidência é prova de falha. Nada menos de 25% de ex-detentos voltam a praticar crime. O número resultou de levantamento do instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a pedido do Conselho Nacional de Justiça. Foram analisados, ao longo de meia década, 817 processos de presos que acabaram de cumprir a pena em 2006. Cindo estados com alto índice de violência figuraram na amostragem.,entre ele o estado de Minas Gerias.

O resultado não surpreende, e sim ratifica o fracasso do sistema prisional brasileiro. Segundo dados oficiais, a taxa de superlotação dos presídios é de 161%. O país dispõe de 376.669 vagas, e faltam 231.062. O Brasil tem a 4º maior população carcerária do mundo, atrás de Rússia, China e Estados Unidos. Em 10 anos, a cifra saltou 80%. Entre 2004 e 2014, passou de 336.400 encarcerados para 607.700.

Incapaz de ressocializar o preso delinquente, a cadeia o aperfeiçoa no crime. Retorna a sociedade inapto para conviver socialmente. A tragédia ganha cores mais dramáticas quando se analisa o perfil dos presidiários. Eles são jovens com baixa escolaridade. Oito em cada 10 encarcerados completaram, no máximo o ensino fundamental. Assim é visível que a criminalidade e a educação não andam de mãos dadas, pois ao evadir do sistema de ensino, o adolescente tende engordar

a estatísticas do crime. O tráfico é real exemplo de recrutamento de jovens adolescentes que não tem outra alternativa senão entrar no mundo crime, auxiliados pelos traficantes que os veem como “ mão-de-obra” voltados para seus interesses.

5.2 Soluções para a problemática vigente

De tudo o que foi exposto até agora pode-se concluir que o sistema prisional está em crise, principalmente porque, na maioria dos países, não conseguem cumprir com objetivos para os quais foi criado e resulta ofensivo à dignidade da pessoa humana.

No estágio em que nos encontramos atualmente, já no início do século XXI, após dezenas de anos experimentando um sistema prisional que se mostrou falho, que não cumpre com suas funções, haveria alguma solução para esse problema que aflige a sociedade pós-moderna?

A resposta na verdade, encontra-se em um conjunto de ações. Não basta, tão somente, tentar melhorar a vida dos presos dentro do sistema penitenciário. Temos que pensar em programas sociais, que antecedem à prática da infração penal, como também em programas sociais destinados a ressocialização do preso que, certamente, após algum tempo, nos países que não adotam a pena de morte e a pena de prisão perpétua, voltará ao convívio em sociedade.

Além disso, a legislação penal deverá ser repensada, adotando-se posturas minimalistas e, conseqüentemente, deixando-se de lado pensamentos de lei e ordem, que só conduzem a um processo nefasto de inflação legislativa. Deve-se fazer, portanto, uma depuração no sistema legal, revogando-se tudo aquilo que não seja pertinente ao Direito Penal, isto é, temos que deixar de lado a proteção dos bens que, seguramente, podem ser protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

No que diz respeito à política criminal, um dos fatores fundamentais para que as funções atribuídas às penas sejam cumpridas é, efetivamente, o combate à corrupção, permitindo-se, dessa forma, o cumprimento das determinações legais destinadas à execução penal.

Ademais, uma postura minimalista deve, urgentemente, ser adotada, somente levando, ao cárcere os casos graves, que importem em violação a bens jurídicos de maior importância. Assim, deverá ser observada a natureza subsidiária

do Direito Penal, deixando a proteção de determinados bens jurídicos, de menor importância, para outros ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do civil e do administrativo. Medidas despenalizadoras deverão ser adotadas, com possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou mesmo a pena de multa, quando for possível sua aplicação no caso concreto, em razão da capacidade econômica do condenado.

A adoção do minimalismo como política de correção do sistema foi muito bem salientada por Greco ¹⁹, conforme exposição a seguir:

Toda vez que algum crime grave é mostrado pela mídia, tem início uma mobilização com a finalidade de se alterar a legislação, pugnando-se, sempre, pela neocriminalização ou pela neopenalização, vale dizer, a mídia nos força a reconhecer que o Poder Legislativo precisa acordar para os problemas sociais e, através da criação de novas leis penais, ou mesmo com o recrudescimento das penas já cominadas em abstrato, tentar impedir, a qualquer custo, a criminalização.

No âmbito da política existe a necessidade de uma efetiva fiscalização pelos órgãos competentes, a exemplo do Ministério Público e do Poder Judiciário, bem como a preparação dos funcionários encarregados de exercer suas funções perante o sistema prisional.

Dentro do cárcere, o trabalho é de fundamental importância. Não somente valoriza o preso, como permite ainda que, com os recursos por ele obtidos, sua família não seja punida por via indireta, passando necessidades em virtude da ausência do provedor da casa. Por isso, a administração prisional deve procurar fazer convênios com empresas privadas, que se utilizem da mão de obra do preso, no entanto, abusar dessa relação, com políticas exploradoras.

Finalmente, a política estatal é de vital importância para o alívio do sistema carcerário. Os Estados devem cumprir as determinações constantes em suas Constituições, bem como os Tratados e Convenções Internacionais de que são signatários, implementando os direitos sociais necessário a evitar o abismo existente entre as camadas da sociedade.

Assim, o Estado deve cumprir suas funções sociais, permitindo que a população mais carente tenha acesso à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, à

19 GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014 Ltda. p. 250

habitação, enfim, acesso aos direitos básicos do cidadão.

O uso da tecnologia como instrumento a serviço do sistema penal, também será válido no que tange a monitoramento dos condenados, observadas condições para a eficácia da pena e evitando desse modo cumprimento em penitenciárias. Outro destaque para solução condizente é a reparação voluntária do dano à vítima, como bem enfatiza o autor Adel El Tasse ²⁰:

Umas das questões que tem estado presente no debate político-criminal dos últimos tempos é o de atribuir um papel importante à reparação do dano à vítima do delito no sistema punitivo...[] A vítima penal, a bem, da verdade esteve renegada a um quadro secundário pela ordem jurídica. Mesmo os estudos desenvolvidos pela vitimologia acabaram por repercutir em favor do delinquente e não da vítima, construindo-se no campo da dogmática penal uma nova perspectiva que se chamou de vitimodogmática e que se orientou muito mais na diminuição da responsabilidade dos autores de delitos do que e, qualquer benefício para quem por eles é vitimado.

20 TASSE, Adel El, **Teoria da Pena**, Editora Juruá, Curitiba: 2003 p. 160

CONCLUSÃO

Ressalta-se que o presente trabalho não tem a pretensão de sobrepor os direitos dos presos em relação aos seus deveres, pois, o alcance dos dois devem ser de forma equilibrada. Assim não deve o Estado permitir tratamento desumano aos presos, bem como ficar inerte e não assumir o seu papel social, ou seja em uma nova política-social ou descumprir a primazia da ordem jurídica. O controle social como mecanismo regulador do comportamento humano, a sociedade deve ser mais atuante em prol das desigualdades sociais vigente e o Estado deve difundir a prática da prevenção, criando meios alternativos de métodos que visem desviar o indivíduo desde cedo do caminho dos desregramento.

No que pese ao assunto, o Estado tem o dever de melhorar as condições sociais, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, valorizando os segmentos da sociedade como órgãos iniciadores do controle social. A escola deve ser primeiro modelo de harmonia, inserir as crianças e jovens em estruturas saudáveis, dando apoio e incentivo para novas didáticas de estudo e implementar projetos voltados para o crescimento e desenvolvimento intelectual dos estudantes. Primeiramente, os educadores têm o direito de receberem remuneração digna, segundo, trabalhar com infraestrutura adequada capaz de suprir as antigas deficiências, e por último estreitar a relação “escola x professor x pais”. Os outros segmentos merecem reconhecimento e proteção estatal, pois desempenham o controle social de forma humanizada.

Ivan Luiz da Silva²¹, em minucioso estudo sobre o crime organizado, declarou que:

Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, e das inter-relações entre participantes; só assim, portanto, poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice-versa.

O Estado através de seus órgãos e agentes exerce o controle informal, mas a pena privativa de liberdade é a forma mais rígida de controle social, portanto, ela só entra em ação quando todos os outros métodos de controle falham.

21SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado – Aspectos jurídicos e criminológicos**, p.31

Draúzio Varela²², médico e escritor, relatou em seu livro *ESTAÇÃO CARANDIRU*, com extrema realidade o interior do maior complexo penitenciário:

Na prisão, a violência que explode em ciclos invade a vida dos guardas. Nos acertos de conta entre a malandragem, quando um grupo decide dar a cabo de alguém, os funcionários têm ordem para não interferir. Morra aquele que tiver que morrer; paciência, trabalham desarmados.

Muitas rebeliões revelam a violência e o descaso do Estado em solucionar os problemas advindo de dentro das penitenciárias. A história do CARANDIRU é grande marco dessa falha, bem como, caracterizou o abuso de poder das autoridades que ali fizeram presentes de forma direta ou indireta. O maior complexo penitenciário do Estado de São Paulo foi palco de momentos horríveis na história carcerária brasileira. Naquele tempo, o sistema já agonizava, e não pode resultar por fim no massacre de 111 condenados, e mais uma vez o Estado deu sinal que o colapso representaria o desmoronamento do sistema prisional aliado a sua negligência.

Não obstante, o autor Drauzio Varela²³, revela também na narração do livro *ESTAÇÃO CARANDIRU*, a negligência do Estado em permitir que aqueles, os quais o representam, “cegassem” ou eram coniventes com a situação, conforme o trecho a seguir:

A realidade é desconcertante numa prisão, o que parece certo muitas vezes está errado, e aparentes absurdos encontram lógica em função das circunstâncias. O visitante ingênuo, tira conclusões precipitadas e pode fazer comentários indiscretos que eventualmente cheguem aos ouvidos da Corregedoria, encarregada de investigar abusos de autoridade, ou a redação dos jornais.

A falência do sistema prisional é o resultado, principalmente, da inobservância, pelo Estado, de algumas exigências indispensáveis ao cumprimento das penas privativas de liberdade. Portanto, inúmeros são os fatores que contribuíram para a crise penitenciária, fazendo surgir um movimento no sentido de repensar o modelo estatal. Ausência de compromisso por parte do Estado no que diz respeito ao problema carcerário, controle ineficiente por parte daqueles que deveriam atuar e fiscalizar o sistema, superlotação carcerárias ausência de programa destinado à ressocialização dos condenados, falta de política voltada para ampliação de vagas nos presídios e penitenciária, diversas rebeliões e fugas,

22 VARELLA, Drauzio, *Estação Carandiru*. ed. São Paulo: Editora Schwarc, 1999 p.105

23 VARELLA, Drauzio, *Estação Carandiru*. ed. São Paulo: Editora Schwarc, 1999 p.106

despreparo e desvio de conduta de agentes e funcionários que exercem funções no sistema prisional.

Diante de todo o exposto neste trabalho, conclui-se que os esforços pelo Estado em implementar uma política inteligente, voltada efetivamente em recuperar o infrator, primando pela proteção e garantia dos direitos fundamentais, é vital. Destarte, a liberdade humana não significa deixar impunes certos crimes, pois há uma nítida diferença entre encarcerar e punir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

BRASIL [Leis, decretos, etc.]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 44.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1993

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7210, de Julho de 1984. Brasília

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 37.ed. Petrópolis: Vozes, 2009

G1, Minas Gerais, **Maioria dos presos de Minas Gerais é reincidente, aponta estudo**. Jul 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/07/maioria-dos-presos-de-minas-gerais-e-reincidente-aponta-estudo.htm>>. Acesso em 16 Set. 2015

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011 Ltda.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014 Ltda.

GUIMARÃES. Cláudio Alberto Gabriel. **A função neutralizadora como fonte de legitimação da pena privativa de liberdade**. Revista Jurídica, Porto Alegre,RS: Notadez, v.50, n.292, p. 75-84, Fev. 2002.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Revisão crítica da pena privativa de liberdade: uma aproximação democrática**. Revista Jurídica, Porto Alegre,RS: Notadez, v.52, n.321, p. 93-106, Jul.2004.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Diagnóstico de pessoas presas no Brasil e quantitativo da População Carcerária**. Jun 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>> Acesso em 23 Out. 2015.

MONDUCCI, Maurício Cerqueira. **A pena privativa de liberdade cumpre sua finalidade última de ressocializar?**. In: CASTRO, João Antônio Lima. **Direito Processual: interpretação constitucional no estado democratico de direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010. p. 929-950.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. Editora Saraiva. São Paulo, 2012

PRADO, Luiz Regis et al. **Direito de execução penal**. 3.ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Ingrid Bispo dos. **Pena privativa de liberdade: objetos ocultos**. Revista CEJ, Brasília: CEJ, v.18, n.64, p. 75-78, set./dez. 2014.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado – Aspectos jurídicos e criminológicos**, p.31

RIBEIRO, Geraldo de Sá, **A PRISÃO DOS EXCLUÍDOS , Objetos e reflexões sobre a pena privativa de liberdade**, 1996, Editora EDUFJF

TASSE, Adel El, **Teoria da Pena**, Editora Juruá, Curitiba: 2003

TORRE, M.B.L. Della. **O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia**. 13.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1985

VARELLA, Drauzio, **Estação Carandiru**. ed. São Paulo: Editora Schwarc, 1999

