

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS



**UM ESTUDO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL E A SITUAÇÃO EM
QUE OS PRESIDIÁRIOS PASSAM NAS PENITENCIARIAS
BRASILEIRAS**

CLÁUDIO OCTÁVIO CAMPOS PEREIRA

**LAVRAS-MG
2019**

CLÁUDIO OCTÁVIO CAMPOS PEREIRA

**UM ESTUDO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL E A SITUAÇÃO EM
QUE OS PRESIDIÁRIOS PASSAM NAS PENITENCIARIAS
BRASILEIRAS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientador: Prof.^a. Me. Walkiria de
Oliveira Castanheira

**LAVRAS-MG
2019**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

P436e Pereira, Cláudio Octávio Campos.
Um estudo evolutivo do direito penal e a situação em que os
presidiários passam nas penitenciárias / Cláudio Octávio
Campos Pereira; orientação de Walkíria de Oliveira
Castanheira. -- Lavras: Unilavras, 2019.
47 f.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte das
exigências do curso de graduação em Direito.

1. Penal. 2. Penas. 3. Direitos humanos. 4. Penitenciárias. I.
Castanheira, Walkíria de Oliveira (Orient.). II. Título.

Centro Universitário de Lavras – UNILAVRAS

Monografia intitulada “**Um estudo evolutivo do Direito Penal e a situação em que os presidiários passam nas penitenciárias brasileiras**”, de autoria do graduando **Cláudio Octávio Campos Pereira**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof.^a. Me. Walkiria de Oliveira Castanheira – Unilavras (orientador)

Prof. Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro – Unilavras (presidente da banca)

Aprovada em _____ de _____ de _____

RESUMO

Através do método analítico, mediante revisão de literatura, este estudo buscará entender como a pena é aplicada atualmente no Brasil na forma que desrespeita princípios básicos constitucionais, utilizando-se de fontes imediatas e mediatas do direito, quais sejam, as leis, decretos, jurisprudências, doutrinas e princípios constitucionais, como também estatísticas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Para analisar a evolução histórica do Direito Penal, as origens e as finalidades das penas assim como os sistemas prisionais que existiram, assim como também a evolução da sociedade e respectiva evolução das penas com os pensamentos iluministas e humanistas que trouxeram em discussão como os modos arcaicos do *jus puniend* em que era feito pelo Estado na época. Análise de Princípios Constitucionais Penais e suas aplicabilidades no sistema atual, o modo que a pena foi planejada pelo legislador brasileiro, e como está sendo aplicada, a precariedade do sistema prisionais e ilegalidade de tal e possíveis modos da pena ser executada com respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Penal; Penas; Direitos Humanos; Penitenciárias; *jus puniend*; Constitucional.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CPB	Código Penal Brasileiro
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
EXMO	Excelentíssimo
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execução Penal
N.	Número
P.	Página
STF	Supremo Tribunal de Federal
RE	Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 REVISÃO DE LITERATURA	10
2.1 A Origem das Penas	10
2.2 Finalidades das Penas	11
2.3 Sistemas Prisionais	12
2.3.1 Sistema Pensilvânico ou Celular	13
2.3.2 Sistema Auburniano ou “silente system”	13
2.3.3 Sistema Progressivo	14
2.4 Evolução e Humanização da Pena.....	15
2.4.1 Cesare de Beccaria	16
2.4.2 John Howard	18
2.4.3 Jeremy Benthan	19
2.5 Surgimento de Penas Alternativas	20
2.6 Penas na Ditadura Brasileira	21
2.7 Princípios Penais Existentes na Constituição de 1988.....	23
2.7.1 Princípio da Dignidade Humana	24
2.7.2 Princípio da Legalidade	24
2.7.3 Devido Processo legal.....	26
2.7.4 Princípio da Presunção de Inocência	27
2.8 Das Penas Alternativas no Código Penal.....	29
2.9 A Pena Privativa de Liberdade	30
2.10 Execução Fática da Pena no Brasil.....	32
2.11 Da possibilidade de impor o Estado a executar obras no sistema prisional .	35
2.12 Danos Morais aos presos.....	36
2.13 Das PPP para aplicação da pena privativa	37
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	39
4 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1 INTRODUÇÃO

Com a teoria de Rosseau o pacto social ou contrato social, uma das teorias da criação do Estado, onde o individuo se priva de uma pequena parte de sua liberdade para o Estado, com o intuito de um bem coletivo maior.

Assim o Estado cria leis para que as pessoas às sigam e quando às confrontam gera o direito/dever do Estado de aplicar uma sanção contra esta, sendo uma das sanções mais grave a Pena Privativa de Liberdade.

Assim tem-se o “jus puniendi” que é o direito/dever de punir do Estado, não apenas um direito, mas também o dever de punir, pois se fosse apenas um direito o Estado poderia decidir no caso concreto a possibilidade de punir ou não punir. Assim como também o dever de punir, mas punir de modo adequado com a legislação pertinente.

Nos primórdios da humanidade a punição penal era privada, conhecida no direito como Lei de Talião, com a sentença muito conhecida, o famoso “olho por olho, dente por dente”. Em termos se alguém corta a mão de uma pessoa, gera o direito da pessoa cortar a mão do seu agressor. Assim a ideia de Justiça e Vingança se misturavam.

Logo após, com a vinda de Moises com os 10 mandamentos, a ideia de transgressão penal não era apenas com o individuo do sentido passivo, mas também contra a divindade, neste caso contra Deus.

Com essa ideia de que a infração ser contra Deus, aconteceu uma era de trevas, principalmente na Idade Medieval, onde houve torturas inimagináveis com o intuito do agente confessar seus crimes, sendo que após o réu confesso a pena era de morte, pois a ideia canônica era mais importante salvar a alma do que o corpo físico, assim atrocidades foram produzidas com base nesta ideologia, uma das mais conhecidas foi a Inquisição Espanhola, que trucidou milhares de homens e mulheres, principalmente mulheres, com acusações de heresia e bruxaria.

Com a Revolução Francesa e mais recentemente com a Declaração Universal de Direitos Humanos, criou-se para o Direito Penal princípios e entendimentos para aplicação da pena, deixando a pena de ser uma pretensão privada ou transgressão divina e sim uma forma de controle social, advinda da ideia do Pacto Social de Rosseau.

Assim o Direito Penal têm se a ideia de que a lei tem a finalidade de corrigir e remediar o comportamento social. A pena no caso de transgressão, deve ser regulamentada ao ponto de não ultrapassar os limites dos cidadãos previstos na Constituição Federal e de acordo com os Direitos Humanos.

No ano de 2017, teve varias rebeliões em massa, os mais assustadores nas cidades de Manaus (AM), Boa Vista (RR) e Natal (RN), com mais de 125 mortos, mas o que pode ter formado este cataclismo, principalmente a super lotação em que se tem nos presídios brasileiros.

Sendo que volta a discussão a que pensadores humanistas já discutiam na época do iluminismo, sendo que, as penas no Brasil estão respeitando ou não o mínimo de dignidade humana, assim como o sistema que não esta dando conta de cumprir seu papel.

Aliás dados mais recentes, do CNMP, mostram que o sistema prisional ainda está acima da sua capacidade de ocupação, tal que, gera a violação de vários princípios e direitos previstos na Constituição.

Desta forma o presente estudo vem a discutir como o Sistema Penitenciário Brasileiro não está dando conta de aplicar a pena da forma prevista e as possíveis formas de solução desse problema que a justiça, principalmente o STF, traz como saída desses problemas e de como também a iniciativa privada e a sociedade civil busca também a solução destes.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 A Origem das Penas

Sobre a primeira pena e a origem das demais, tem-se como ensinamento as lições de Greco. Onde que a primeira pena a ser aplicada na humanidade foi no Jardim do Éden, em que, Eva além de ter comido o fruto proibido, convenceu seu marido Adão de comer também, sendo as sanções aplicadas por Deus de expulsá-los de lá, tal história descrita em Gênesis. (GRECO, 2017)

Assim entende-se que a princípio, a pena seria de um sentimento de vingança, e como não existia Estado nesta época, a punição era o que doutrinadores chamam de Vingança Privada.

Nas palavras de E. Magalhaes Noronha:

a pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com a justiça. (NORONHA, 1991, p. 220)

Após vieram legislações que se adequavam a necessidades da época e de suas civilizações, como por exemplo, a lei dos Hebreus, o Código de Hamurábi e de Manu. (GRECO, 2017)

A relação entre a lei e a religião na antiguidade eram muito próximas, os crimes, tinham por ideia do conceito de pecado, as regras que governavam a vida da comunidade eram derivadas do caráter sagrado da personalidade individual. Assim as “leis dos homens” eram vistas como reflexo das Leis de Deus. (BELKIN, 2003)

As penas, deste tempo, tinham o cunho de controle social, eram extremamente torturantes, para se provocar o medo nas pessoas, que se infringisse tal infração era severamente castigado, as sanções penais na Idade Média podiam ser substituídas por prestação em metal ou em espécie. Sendo a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que não tiveram gravidade o bastante para a pena de morte ou pena de mutilação. (BITENCOURT, 2011)

Assim, com a evolução da sociedade, trouxe consigo o sentimento de segurança jurídica e a necessidade de um limite entre a gravidade da lesão ao bem jurídico e a pena imposta no caso deste ato. (ZAFFARONI, 2002)

2.2 Finalidades das Penas

Das teorias que explicam as finalidades da pena tem-se as Teorias Absolutas ou Retributivas, Teoria Relativa ou Finalista e Teoria Mista ou Unitária.

Da escola alemã veio a teoria absoluta, onde se acentua na pena o caráter de retribuição, ou seja, se alguém fez algo ruim, algo ruim tem de acontecer a esta pessoa, para equilibrar as coisas. (BRUNO, 1976)

Em resumo a finalidade da pena nesta teoria é exclusiva de punir o autor da infração por ele ter transgredido do ordenamento jurídico. Temos ainda a ideia que o crime seria não apenas contra o indivíduo, mas também contra Deus, se entendendo o crime como pecado. (CAPEZ, 2012)

Desta forma, a pena não pensava em modo coercitivo, de que o castigo dado a o indivíduo não contribua com a sua regeneração, apenas punição.

Diferente da teoria anterior, a teoria finalista tem como finalidade de prevenção, deseja que o delito não se repita (CAPEZ, 2012)

A pena tem como uma prevenção geral, sendo prevenção geral negativa, a de fazer a sociedade junto com o infrator, em pensar nas consequências de praticar um crime, e a positiva em que é voltado a integração social do apenado, após o cumprimento de pena, para que este não volte a praticar atos ilícitos. (GRECO, 2017)

Já a prevenção especial positiva, é de, fazer com que o autor desista de cometer mais infrações futuramente, neste caso, a pena é mais coercitiva do que punitiva, diferentemente da teoria absoluta. (ROXIN *apud* GRECO, 2017)

E por último existe a teoria mista, a qual é a junção das duas acima descritas, onde a pena tem a função de punir o criminoso e também de prevenir a prática delituosa. (CAPEZ, 2012)

A teoria mista vem da crítica a outras absolutas e relativas, onde que tais que trazem consigo uma única finalidade da pena, a crítica é que essa unicidade não abrangeria a complexidade de fenômenos sociais existentes, desta forma também, deve haver harmonia entre a segurança na sociedade e também os direitos fundamentais dos homens. (BITENCOURT, 2018)

Conforme o art. 59, do Código Penal Brasileiro, a finalidade da pena aplicada no Brasil é a Teoria Mista, que em seu caput “o juiz, atendendo [...], conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção”, sendo palavras chave

“reprovação” e “prevenção”, a primeira remetida a teoria absoluta e a subsequente à teoria relativa. (BRASIL, 1940)

2.3 Sistemas Prisionais

Pode-se dizer, segundo os ensinamentos de Greco (2017, p 625) que “a pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas”. Segundo Manoel Pedro Pimentel nos informa que:

A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus. (PIMENTEL *apud* GRECO, 2017, p 625)

Isto é, foi no século XVIII que os sistemas penitenciários surgiram e tiveram sua fundamentação motivada pela religião.

Além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia. (BITENCOURT *apud* GRECO, 2017, p.625)

Assim observando sua evolução no tempo, serão analisados a seguir os sistemas penitenciários que tiveram maior destaque nesse período evolutivo. São eles: os sistemas pensilvânico, auburiano e progressivo. (GRECO, 2017)

2.3.1 Sistema Pensilvânico ou Celular

Nesse método o presidiário deveria ficar preso na cela individual, onde não haveria contato com mais ninguém, sendo que ficaria isolado, onde deveria apenas ler a Bíblia.(GRECO, 2017)

Este regime iniciou-se em 1790, na Walnut Street Jail, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para Eastern Penitentiary, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior. (PIMENTEL *apud* GRECO, 2017. p. 625)

Este sistema não veio a ser recebido, sendo que foi alvo de varias criticas, por fazer o isolamento do preso, onde este não teria possibilidade de se readaptar na sociedade com sistema de completa solidão. (GRECO, 2017)

E com a falha deste criou-se o próximo sistema a ser percorrido.

2.3.2 Sistema auburniano ou “silente system”

Seu nome teve inspiração na cidade Auburn do estado de Nova York, pois foi em esta cidade que o sistema foi criado no ano de 1818, se assemelha ao pensivânico pelo tratamento de silêncio que deveria ter o presidiário quantos aos outros que também cumpriam pena com este. (GRECO, 2017)

O sistema de Auburn — silent system — adota, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Neste silêncio absoluto Foucault vê uma clara influência do modelo monástico, além da disciplina obreira. Esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão. O modelo auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema. (BITENCOURT, 2018, p. 250)

Neste modelo ainda era mantido o isolamento noturno, havia também a possibilidade de trabalho do preso, sendo que inicialmente era dentro da própria cela, sozinho, e depois podiam trabalhar em grupos. (GRECO, 2017)

Na obra de Greco, este cita um pedaço da obra de Manoel Pedro Pimentel, que critica este sistema, assim como o pensivânico, pelo tratamento do silêncio, que na visão do autor era desumana, tanto que chegou ao ponto dos penitentes criarem uma linguagem própria de sinais com mãos para se comunicarem, outra proibição também deste sistema era que não podia haver visitas aos presos, nem de seus familiares. (PIMENTEL *apud* GRECO, 2017)

Pode-se perceber que os dois sistemas apresentados acima, focavam mais no sentido punitivo da pena e não se pensava no sentido reeducador, sendo que o primeiro usava de completo isolamento do preso, tal que não tendo um tratamento tão isolado quanto o sistema apresentado anteriormente, mas com a mesma rigidez ao silêncio que deveria ter o presidiários com seus demais colegas de pena.

2.3.3 Sistema Progressivo

O sistema Progressivo foi criado no século XIX, primeiramente na Inglaterra e depois sendo inserido na Irlanda. que veio a decorrer com a retirada da pena de morte pela pena privativa de liberdade.(GRECO, 2019)

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende /constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (BITENCOURT, 2018, p 250)

Diferente dos sistemas anteriores percorridos, este valoriza a vontade do condenado, além de diminuir o rigor encarceramento que os sistemas anteriores tinham. (BITENCOURT, 2018)

Como ele foi utilizado em países diferentes dividiu ele em dois tipos que são: o Sistema progressivo inglês ou *mark system*, o Sistema progressivo irlandês e o Sistema de Montesinos.

Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degredados para a Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido pelo sistema comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, “passando depois de algum tempo para as chamadas *public work-houses*, com vantagens maiores”; o terceiro período permitia o livramento condicional. (GRECO, 2017, p 629)

Assim o sistema inglês se dividia em três etapas. A primeira era o isolamento celular diurno e noturno, ao qual o condenado deveria refletir sobre seu delito e também poderia ser submetido a trabalho pesado e escassez de comida. A segunda era o trabalho em comum com outros, sob a regra do silêncio, onde o apenado trabalhava em uma *public workhouse*, sobre a regra de silêncio durante o dia, essa etapa era subdividida em classes, que o preso deveria ir passando ao contar do tempo até chegar a última etapa do sistema que é a liberdade condicional. Esta etapa, o condenado recebia sua liberdade por um período limitado e recebia restrições que estavam atreladas a esta, sendo que este respeitasse essas

restrições ao passar de um tempo ganhava sua liberdade definitiva. (BITENCOURT, 2018)

O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional. (LYRA *apud* GRECO, 2017, p.627)

Assim o sistema Irlandês trouxe uma inovação quanto ao sistema inglês, que é a prisão intermediária, no entendimento de Crofton, que foi o idealizador do sistema, que deveria ter um meio termo para o condenado de passar de presidiário para a liberdade condicional. Tal foi idealizada que o preso pudesse trabalhar ao ar livre, no exterior do estabelecimento, preferencialmente em trabalhos agrícolas. (BITENCOURT, 2018)

Pode-se perceber grande semelhança e inspiração do sistema progressivo irlandês com sistema de progressão de regimes no Brasil, principalmente quanto a prisão intermediária que se assemelha com o regime semiaberto.

Bitencourt em sua obra ensina mais um sistema progressivo, conhecido por Sistema de Montesinos.

O Coronel Manuel Montesinos e Molina foi nomeado “governador” de Valência. Possuía qualidades pessoais adequadas para alcançar uma eficiente e humanitária direção de um centro penal. Entre suas qualidades mais marcantes encontram-se sua poderosa força de vontade e sua capacidade para influir eficazmente no espírito dos reclusos. Sua penetrante vontade e grandes dotes de liderança lograram disciplinar os reclusos, não pela dureza do castigo, mas pelo exercício de sua autoridade moral. Diminuiu o rigor dos castigos e preferiu orientar-se pelos princípios de um poder disciplinar racional. (BITENCOURT, 2018, p. 255)

Sendo que se traz de interessante nesse sistema é que deu uma relação de importância entre os presos, não apenas uma ideia sancionatória, mas também educadora, baseando-se em um sentimento de atrelamento ao próximo, com estímulos a reforma moral do recluso. (BITENCOURT, 2018)

2.4 Evolução e Humanização da Pena

As formas de cumprimento de pena foram evoluindo a partir dos tempos, sendo que a privação de liberdade, como regra de pena, foi um fenômeno não tão

antigo assim, sendo que, até o período do iluminismo as penas tinha caráter torturador, ou seja, era o corpo que pagava pelo crime. (GRECO, 2017)

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai se extinguindo. Nessa transformação, misturam-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas – condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade – são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplicio de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas – “cena repugnante”, dizia Réal; ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (FOUCAULT, 2005.p 12-13)

Visto o tratamento desumano em que as penas tinham, nasceu um sentimento reformador, que foi trago pelo iluminismo, na Revolução Francesa. Nessa época houve um grande sentimento em comum entre pensadores em que o sistema punitivo deveria mudar. Com os pensamentos da revolução, de liberdade igualdade e justiça, trouxe novas ideias sobre política criminal, principalmente nos ensinamentos de Beccaria, Howard e Bentham. (BITENCOURT, 2018)

2.4.1 Cesare de Beccaria

Beccaria foi pioneiro daquele tempo, já no ano de 1764, este publicou um livro que trouxe grandes ideias revolucionárias para o direito penal da época. Sua obra foi batizada por “dos delitos e das penas”. (CANTEIRO *apud* GRECO, 2017)

O autor desse pequeno grande livro chamava-se Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que nasceu na cidade Italiana de Milão, em 15 de março de 1738. Filho primogênito de uma família de nobres, iniciou seus estudos em um colégio de jesuítas, chamado Colégio dos Nobres de

Parma, conhecido pela rigidez com que ensinava e disciplinava seus alunos.(GRECO, 2017, p. 56)

Como pode ver Beccaria era um Marquês, condição que lhe dava regalias e privilégios, mas mesmo presente nesse meio social não “virou as costas” para o que estava acontecendo, como a opressão do Estado Monarquista atingia a população.

Alguns anos após, o marquês conjuntamente com os irmãos Alessandro e Pedro Verri, começaram a discutir sobre o sistema aos quais estavam. Sendo a brutalidade estatal, injustiças com os menos favorecidos inspirou Beccaria a escrever um manifesto, sobre os fatos ocorridos e o modo que que era as punições. (GRECO, 2017)

Assim, a partir de 1763, Beccaria deu início à redação do seu opúsculo, completando-o em 1764. A força das suas palavras ecoou não somente pela Itália, mas por toda a Europa Continental. Temeroso pelo que certamente lhe aconteceria, caso fosse descoberta a autoria daquele manual revolucionário, no livro, quando da sua primeira publicação, foram omitidos, propositadamente, a data e o nome do autor. (GRECO, 2017, p. 56).

Importante destacar uma parte de sua obra, que se baseia claramente no contrato social, como Bitencourt prestigia em seu livro: “Desta forma, os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade.” (BECCARIA *apud* BITENCOURT, 2018, p. 128).

Muitos entendem que as reformas propostas por Beccaria, não foram todas suas ideias originárias, acredita-se que algumas delas já tinham sido inspiradas por outros pensadores, mas não se desmerece a obra deste que reuniu uma teoria sobre a ótica que substitua o caráter desumano da pena de como ela era aplicada na época. (BITENCOURT, 2018)

Nesse sentido, complementa Greco:

Independentemente das críticas sofridas, se foi ou não o pensador original das ideias colocadas em sua magnífica obra, por incrível que isso possa parecer mesmo decorrido mais de duzentos anos da primeira edição do livro de Beccaria, suas lições, com pouquíssimas adaptações, ainda podem ser perfeitamente aplicadas aos dias de hoje. Parece que o tempo parou que ainda estamos vivendo a mesma sociedade cruel e despótica da época de Cesare Bonesana. Os governos despreocupados com a população, somente têm seus olhos voltados para a punição, para a criação de tipos penais cujo valor não ultrapassa o mero simbolismo. (2017, p. 58).

Sendo que Beccaria se concentrava em outras áreas do Direito Penal, além da pena propriamente em si, mas este defendia avanços na pena privativa de liberdade, da ideia principalmente de não só o caráter sancionatório, mas também reformador, sendo que a base de ideias humanista da pena, seguintes, estão

baseadas pelos ensinamentos do Marquês. Além de que muitos problemas que ele salientou na época ainda estão sem solução até hoje. (BITENCOURT, 2018)

2.4.2 John Howard

John Howard foi um inglês que nasceu no ano de 1.726 nos arredores de Londres, em 1755, já com 30 anos este inglês resolve viajar para Lisboa, para contemplar a destruição que um terremoto tinha feito na cidade. Esta viagem foi de suma importância para seu entendimento de sistema prisional. (GRECO, 2017)

A viagem teria as mais fecundas consequências em sua existência, repleta, desde então, de um afã filantrópico. Ao voltar daquela excursão, à altura de Brest, no ângulo extremo da Bretanha, quase à entrada do Canal da Mancha, o barco de Howard que voltava à sua pátria, foi atacado por um corsário francês, que o reteve como prisioneiro durante vários meses. Conheceu, assim, por experiência própria, a privação da liberdade. (ASUA *apud* GRECO, 2017, p 64).

Futuramente Howard foi nomeado xerife do condado de Bedford, sendo que essa nomeação abriu seus olhos como estavam as prisões dessa época na Inglaterra, lugares que os presos eram tratados iguais animais, em uma tamanha miséria, tal contato, fez com que o Inglês se sensibilizasse com a situação. (GRECO, 2017)

Afirma-se que Howard encontrou as prisões inglesas em péssimas condições, porque, com o desenvolvimento econômico que a Inglaterra já havia alcançado, era desnecessário que a prisão cumprisse uma finalidade econômica e, portanto, indiretamente socializante, devendo circunscrever-se a uma função punitiva e terrorífica (MELOSS, PAVARINE *apud* BITENCOURT, 2018, p. 130).

Sendo assim, Howard propunha que o Estado deveria construir lugares adequados para a execução da pena, que propunha ao apenado o mínimo de higiene necessário, com alimentação e assistência médica necessária. Outra ideia que este trouxe é que existisse uma classificação dos que estavam executando pena, sendo estas: os processados, os condenados e os devedores, que na época devedores civis podiam ser presos. (HIBBER *apud* BITENCOURT, 2018)

A diferenciação dos processados e dos condenados segundo Hibber era: “a) os processados, que deveriam ter um regime especial, já que a prisão só servia como meio assecuratório e não como castigo; b) os condenados, que seriam sancionados de acordo com a sentença condenatória imposta;” (HIBBER *apud* BITENCOURT, 2018, p.130).

Na obra de Greco traz a importante citação de Fernando Bejerano Guerra, ao qual dita da importância deste humanista.

Se a obra de Howard é considerada por muitos a obra de partida da reforma carcerária, não podemos olvidar sua transcendência e atualidade, já que seus princípios seguem vigentes hoje, encontrando-se muitas de suas propostas incorporadas nas disposições que na atualidade regem os estabelecimentos penitenciários do Ocidente (GUERRA *apud* GRECO, 2017, p 66).

Sendo assim Howard, já naquela época criticava as condições degradantes que os presos passavam situação que ainda estão presentes nos sistemas prisionais de hoje, principalmente na parte higiênica.

2.4.3 Jeremy Bentham

Como já dito anteriormente com o iluminismo em ascensão na Europa, as praticas penais desumanas da época, Bentham trouxe grandes ideias para o Direito Penal, ele foi o criador do utilitarismo no direito, sendo considerado uma das mentes mais importantes da Inglaterra em seu tempo. (GRECO, 2017)

Seu profundo interesse pela Revolução Francesa, os ilustrados franceses, o empirismo inglês, e os penalistas italianos ilustrados, entre os quais se destacava Beccaria, influenciaram Bentham e o animaram em sua longa luta em defesa do projeto panóptico e, posteriormente, o encontro com seus principais discípulos – Etienne Dumont y James S. Mill – entre outros, converteram o filósofo de Queen’s Square Place, no líder espiritual dos liberais ingleses e estrangeiros da época. (PARRA *apud* GRECO, 2017, p 67-68).

O utilitarismo de Bentham era pensando na existência do contrato social, onde o cidadão deveria obedecer ao Estado pela finalidade do bem comum, sendo que o descumprimento deste seria à contramão do bem estar social do resto da população. (GRECO, 2017).

Assim Leciona Bicudo que:

Segundo esse modo de pensar, Bentham circunscreve o que se propõe a classificar, baseando-se no principio da utilidade. Essa é a lógica da sua ciência legislativa. Para ele, o direito é tido como valor, fato que se deve ter em consideração quando da elaboração das legislações, cujo objetivo admite ser a realização da felicidade humana. Assim, em seu sistema, o valor a permear o sistema jurídico é o útil. Ao seguir o principio da utilidade, ele não pode se furtar de atribuir ao direito um sentido moral. Como, também, por decorrência do próprio significado de direito no contexto da compreensão havida, não pode se eximir de atribuir ao direito também o sentido legal. (BICUDO, 2010, p 87)

Assim Bentham, mesmo dando importância primeiramente a prevenção, ou seja, que o fim principal da pena era de prevenir delitos, este considerava a finalidade retributiva também, mas de uma forma diferente que existia no seu tempo.

Não a via um caráter de crueldade, que como se pensava, a pena deveria causar profunda dor e sofrimento. Entendia que a pena deveria ser vista como de retribuição ao mal que o crime causou, mas que essa retribuição ficava limitada ao tamanho, que não podia exceder o mal que esta causou. (BITENCOURT, 2018)

Outra grande ideia que o Inglês trouxe foi o Panóptico, que era a forma que uma penitenciária deveria ter como explica Jacques-Alain Miller, seria um prédio na forma de círculo, onde haveria uma torre no meio da circunferência, sendo que na orla do prédio seriam as celas e na torre central ficariam os guardas, desta forma, cada guarda iria ter a visão de 1/3 dos presidiários trazendo assim mais segurança na prisão. (MILLER *apud* GRECO, 2017)

2.5 Surgimento de Penas Alternativas

As penas alternativas são tidas como sanções modernas, entende que foi uma evolução dos reformadores humanistas, que foram discorridos no item anterior, que mesmo esses grandes pensadores as idealizaram, mas com seus ensinamos e visão de uma pena mais justa nasceram estas.

As penas alternativas, ou medidas alternativas à pena privativa de liberdade, adotadas pela legislação brasileira, em especial o Código Penal, são penas executadas sem a respectiva privação da liberdade do indivíduo, de modo descontínuo e apenas em substituição àquelas.

As penas alternativas à prisão surgiram através das Regras de Tóquio, o principal objetivo é atribuir uma nova chance ao condenado antes de privá-lo de sua liberdade, pois a pena de prisão deve ser imposta apenas para aqueles criminosos de alta periculosidade que não são mais capazes de conviver em sociedade. (BEZERRA, 2014)

O 6º Congresso das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, cujos altíssimos índices de reincidência (mais de 80%) recomendavam uma urgente revisão, incumbiu o Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente de estudar a questão. Apresentada a proposta, foi aprovada no 8º Congresso da ONU, realizado em 14 de dezembro de 1990, sendo apelidada de Regras de Tóquio, também conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (CAPEZ, 2011, p. 428).

Pode-se observar que as penas alternativas foram criadas para ser aplicadas em crimes menos graves, restringindo as penas privativas de liberdade apenas para

os crimes mais graves, ou quando a vida pregressa do agente recomendar tal diligência.

O Estado possuidor do *jus puniendi*, ao não alcançar seu objetivo com a pena privativa de liberdade, seja de detenção ou reclusão, busca outros caminhos na tentativa de retomar o projeto inicial em transformar criminosos em cidadãos sociáveis.

Percebeu-se que a pena privativa de liberdade era ineficaz na recuperação e reinserção do condenado ao meio social, trazendo males nefastos e irreversíveis aos a ela expostos.

É claro que isso não se processou como num passe de mágica. Foi em consequência da manifestação de inúmeros estudiosos no assunto, da realidade dos cárceres, da cobrança da própria sociedade, que se quedava sobressaltada com a falta de resultados da política prisional, a qual ao invés de recuperar, produzia indivíduos muitíssimos mais perigosos, com também da consciência de que algumas punições se caracterizavam pelo rigor excessivo, quando não pela injustiça, confrontadas com outros crimes. (MARTINS, 2002, p.80)

Ao passo em que a pena busca humanizar-se o direito penal procura novas alternativas punitivas capazes de recuperar a conduta social do ser humano. E essa busca não é mérito da atualidade, desde os primórdios o homem que vive em sociedade busca meios de controlar os transgressores das ordens.

2.6 Penas da Ditadura Militar

De 1964 à 1985, o Brasil passou por uma de suas fases mais obscuras da história moderna, a Ditadura Militar.

Após a 2ª Guerra Mundial o Governo buscou consolidar a estrutura sindicalista no Brasil, que logo após, foi repreendido pelo governo Dutra, que retirou o direito a greve. Assim teve também, com a industrialização e posição econômica voltada para o capitalismo americano, e processos de desenvolvimento e humanização voltada apenas a região Centro-Sul, surgiram problemas, como o desemprego favelização e aumento da criminalidade. (CASTRO, 2011)

O período de 1945 a 1964, chamado por alguns de “experiência democrática” foi, portanto, uma fornalha, prestes a explodir. De um lado, o operariado urbano desejoso de maior participação e melhorias de vida, junto com eles uma massa crescente de despossuídos que ocupavam os morros e periferias das cidades; de outro lado a elite, acostumada a não ter muitos problemas para impor sua vontade; no meio, a classe média urbana, nova e extremamente ansiosa em parecer-se em consumo e pensamento com os da classe alta. Em suma, um barril de pólvora. (CASTRO, 2011, p. 523)

Com essa instabilidade, em 1964 os militares assumem o poder e impetram uma ideologia no Brasil, compartilhada da doutrina de “Segurança Nacional”, com o cenário internacional de Guerra Fria em que se vivia. (MEZZARROBA, 2010)

A Doutrina de Segurança Nacional se assentava na tese de que o inimigo da Pátria não era mais externo e sim interno. Não se tratava mais de preparar o Brasil para uma guerra tradicional, de um Estado contra outro. O inimigo poderia estar em qualquer parte, dentro do próprio país, ser um nacional. Para enfrentar esse novo desafio, era urgente estruturar um novo aparato repressivo. (BRASIL, 2007, p. 22)

Foram introduzidos, com a ideia de segurança nacional, três Decreto-lei n.º 314/1967, 510/1969 e 898/1969. Com o objetivo de igualar a vontade da Nação e do Estado com a vontade do regime. (NUNES, 2016)

Com a mesma ideia foram também criados órgãos, para que se exerça a Segurança Nacional, como o Serviço Nacional de Informações, conhecido com a sigla SNI, com o intuito de coletar e analisar informações sobre segurança, assim como também o Destacamento de Operações de Informações que tinha autonomia para perseguir, torturar, matar ou prender opositores políticos. (BORGES, 2012, p. 63-64).

[...] nas semanas seguintes à deposição de João Goulart, mais de 5 mil pessoas foram presas. Entre 1964 e 1966, cerca de dois mil funcionários públicos foram demitidos ou aposentados compulsoriamente. Trezentas e oitenta e seis pessoas tiveram seus mandatos cassados e/ou viram seus direitos políticos serem suspensos por dez anos. (CASTRO, 2011, p. 531)

Com esta ideologia, estima-se que no período da ditadura militar gerou o desaparecimento forçado de 150 pessoas, a morte de 100, e mais de 30.000 denúncias de pessoas torturadas por agentes públicos em defesa da Segurança Nacional. (PIOVENSAN, 2010)

O Ato Institucional 5, criado no fim do ano de 1968, trazia a suspensão de vários direitos de liberdade de expressão por meio da censura, e também suspendia a garantia de *habeas corpus* para acusados de crimes contra a segurança nacional. (BORGES, 2012)

Vale citar também que o AI-5 deu abrangência de poder na fase inquiritorial, como dita Castro neste trecho:

Para completar o quadro de possibilidades de repressão à margem de qualquer legalidade, três meses depois da edição do AI-5, ficou estabelecido que os encarregados dos Inquéritos Policiais podiam prender qualquer indivíduo por sessenta dias, dos quais dez em regime de incomunicabilidade. Tempo mais que suficiente para que a tortura, que já era usual e especializada, acontecesse de maneira facilitada. (CASTRO, 2011, p. 554).

Lembrando também que a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei 898), introduzia a prisão perpétua no Brasil, assim como, a pena de morte para opositores envolvidos em conflitos armados. (BRASIL, 2007)

A partir de 1978, a ditadura brasileira foi abrandando, e ficando menos dura em relação a políticos opositores e a crimes políticos.

A chamada “abertura política” iniciou-se no governo do general-presidente Ernesto Geisel (1974-1979) e se estendeu pelo mandato de seu sucessor, o general João Figueiredo (1979-1985). Geisel tomou várias iniciativas que atenuaram a opressão política, como o abrandamento da censura à imprensa, a revogação da parte da legislação repressiva (como o AI-5 e o decreto-lei nº 477), o restabelecimento do habeas corpus para crimes políticos e a abolição das penas de morte, prisão perpétua e banimento, entre outras. (FICO, 2011, p. 319)

Com essa abertura, e retirado o poder opressor, abriu-se a possibilidade de pessoas que foram expulsas ou estavam exiladas retornassem ao país, sendo que esta última fase da Ditadura se iniciou a redemocratização brasileira.

2.7 Princípios Penais Existentes na Constituição de 1988

Primeiro deve-se entender o que realmente significa princípios.

Para Silva (2012, p. 85), “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas” assim como complemento, Celso Antônio Bandeira de Melo dita que Principio é:

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELO, 2009, p. 888-889)

Com o entendimento de principio, para o direito penal, este traz diretrizes básicas que possam regula-lo, traz pressupostos que regulam sua natureza, características e fundamentos para a aplicação do Direito Penal. Traz então, pilares que suportam instituições jurídico-penais e criam exigências políticas-criminais. (PRADO, 2010)

Dito isso, o seguimento dos princípios constitucionais penais é obrigatório como diretriz para o direito penal, pois se não há fundamentação em uma norma no Direito material, ou se esta estiver em conflito com norma ou principio na Constituição, se torna ineficaz e inaplicável. (CARVALHO, 1992)

Há vários princípios norteadores do Direito Penal na Constituição Federal, a seguir virão alguns deste, que valem uma atenção especial e que estão ligados diretamente nos problemas penais vividos no Brasil.

2.7.1 Princípio da Dignidade Humana

Primeiro Princípio a ser tratado, é o da dignidade da pessoa humana tratado no art. 1º, III CF/88, o que é a base de um país democrático e que respeita os direitos individuais da pessoas. (BRASIL, 1988)

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado). (GOMES, 2006, p.112)

Este Princípio veio dos pensamentos iluministas, que são inerentes a condição de ser humano, ou seja, o básico de condições e de direitos que todas a pessoas devem ter, e no conforme Luisi ensina, que o Direito Penal deve seguir a esse pensamento com normas e penas que respeitem princípios limitadores da condição humana.(LUIZI, 2003)

Decorrente deste pensamento norteador, tem-se em sequência no art. 5, XLVII da CF, limitando as penas, como por exemplo, a proibição de Penas de Caráter Perpétuo, trabalhos forçados, cruéis...(BRASIL, 1988).

2.7.2 Princípio da Legalidade

Este princípio é a base do Direito Penal Brasileiro, esta previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88, “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), assim também com o mesmo sentido o art. 1º do CP “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena, sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940).

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o

poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa legibus solutus e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas (BONAVIDES *apud* GRECO, 2017, p.173-174)

Assim com esse dispositivo legal, pode se dividir este Princípio em três subprincípios, que são, o princípio da reserva legal, princípio da taxatividade e da irretroatividade.

E como primeiro subprincípio, o da reserva legal, é que o art. 5º, XXXIX da CF/88 trata-se, ao qual diz que não há crime sem lei anterior que o defina, e nem sem pena anterior prevista, em resumo é que para que se qualifique um crime tem de haver descrito em uma lei e que tal tenha sua sanção para este prevista anteriormente do fato a ser cometido. (BRASIL, 1988)

Registre-se, ainda, que o postulado da Reserva Legal, além de arginar o Poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. [...] ao reiterar na Constituição de 1988 o postulado da Reserva Legal, o constituinte brasileiro não somente manteve um princípio já secularmente incorporado ao direito pátrio, mas se aliou às Constituições e aos Códigos Penais da quase totalidade das Nações já que o mencionado princípio é, uma essencial garantia de liberdade e de objetiva Justiça (LUIZI, 2003, p. 18)

O subprincípio da taxatividade, é que a lei deve descrever a conduta de que se deve ter para a caracterização do crime é de que o puna do jeito cabível, não excedendo limites (LOPES, 2000).

Procura-se evitar o *arbitrium iudicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. (PRADO, 2006. p.133)

Desta forma o princípio da taxatividade complementando o da reserva legal, que não apenas deve já haver a existência da proibição, mas também em como se conecta conduta do agente com a proibição e como também a punições a esta conduta e também que na hora de elaboração de certa norma, as circunstâncias descritas não sejam ambíguas, equivocadas ou vagas.

Presente no art. 5º, XL da CF/88, o subprincípio da Irretroatividade ensina que “a lei penal não retroagirá, salvo se beneficiar o réu” (BRASIL, 1998). Sendo que a primeira parte do inciso é o princípio próprio e a segunda parte é uma exceção a este.

O Princípio é uma continuação lógica ao da Reserva Legal, pois na criação de uma norma penal proibitiva, pois as condutas proibitivas só serão ilícito penal após sua vigência, sendo fatos ocorridos anteriormente a esta proibição não podem ser punidas, como também a mudança de penas para serem mais severas.

A norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal. (TOLEDO, 1994, p.21)

Assim a única possibilidade retroatividade e no caso que for trazer benefício ao praticante do ato, como está expressa no texto constitucional.

Como pode se ver, o Princípio da Legalidade é o que traz diretrizes ao Direito Penal e a aplicação da pena, que a conduta a ser Imputada deve estar previamente descrita, taxada e já tipificada no tempo em que é executada, como Ilícita.

2.7.3 Devido Processo legal

Também temos como princípio na Constituição, atuante no direito penal, o princípio do devido processo legal, descrito no art.5º, LIV da CF/88 onde diz "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal". (BRASIL, 1988)

[...] importa ainda reafirmação da garantia de igualdade entre as partes e necessidade de manter a imparcialidade do juiz, inclusive pela preservação do juiz natural. Ela tem também o significado de mandar que a igualdade em oportunidades processuais se projete na participação efetivamente franqueada aos litigantes e praticada pelo juiz (garantia do contraditório, art. 5, inc.LV) [...]. Absorve igualmente a regra de que as decisões judiciais não motivadas ou insuficientemente imotivadas serão nulas e, portanto incapazes de prevalecer (a exigência de motivação: Const., art. 93, inc. IX [...]) e a de que, com as naturais ressalvas destinadas à preservação da ordem pública e da intimidade pessoal, os atos processuais deverão ser dotados de publicidade [...]. (DINAMARCO, 1999.p. 246)

Com o princípio do devido processo legal, temos a proteção do sistema Processual do Direito Penal, com seguimento do Princípio da Legalidade, completando que não apenas a penas devem estar tipificadas, mas também os mecanismos apreciação e julgamento no caso concreto.

E derivado deste princípio pode-se conectar com os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

O devido processo legal tem como corolário a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto

constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação escrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa (MORAES, 2008, p. 105).

O princípio do contraditório afere a igualdade processual, ou seja, as partes terem tratamento igual no processo, como também liberdade processual, tal que a parte acusada tem a faculdade de nomear qualquer advogado de sua escolha de apresentar provas entre outros meios processuais (MIRABETE, 2012).

Baseado também neste princípio, a súmula 707 do STF, traz a possibilidade de nulidade do processo quando acontecer do acusado ter seu direito ao Contraditório reprimido, segue *in verbis* o instituto jurídico: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”. (BRASIL, 2003)

A ampla defesa é a proteção para que o acusado tenha todos os meios de defesa possíveis. Segundo Greco Filho (1996), a ampla defesa é fundamentada sobre alguns fatores essenciais sendo eles: I- ter conhecimento claro dos fatos ao qual está sendo acusado, II- possibilidade de prestar as alegações do acusado, III- poder acompanhar a produção das provas e realizar contraprova, IV- possuir defesa técnica por advogado ou defensor público, V- poder recorrer da decisão desfavorável.

Desta forma, percebe-se que a ampla defesa conjuntamente com o contraditório, são imprescindíveis para um processo justo e sem arbitrariedades.

2.7.4. Princípio da Presunção de Inocência

Presente no art. 5, LVII da CF/88 onde que só será considerado culpado após o Transitado em Julgado da Sentença Penal Condenatória, sendo que este como pilar do Direito Penal, com intuito de resguardar a liberdade pessoal do processado, e que em um primeiro ponto só deveria cumprir sua pena após o trânsito julgado.

Segundo MIRABETE (2006), o constituinte não apenas criou uma tendência a presunção, mas sim um estado de inocência, tal estado que só irá mudar ao transitar em julgado a sentença condenatória, ou seja, em todo o processo o acusado deve ser considerado inocente.

Mais recentemente ouve a discussão se este princípio foi relativizado em uma decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP que teve como Relator o Exmo. Min. Teori Zavascki. (BRASIL, 2015)

Tal que foi decidido, por 6 votos a 5, que confirmadas as condenações criminais nos tribunais, a pena privativa já poderia ser cumprida provisória antes do trânsito julgado.

No voto do Relator, abordou que a execução provisória da pena, deve buscar um equilíbrio entre o princípio da presunção da inocência em comparação com a efetividade da função jurisdicional penal.

Houve muita controvérsia e discussão no caso deste julgado, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que o que está descrito no art 5º, LVII é taxativo, é que a presunção de inocência deve ser mantida até o trânsito julgado.

Logo, o Ministro anteriormente citado, também relembra de um entendimento do Ministro Eros Grau, que foi Ministro no período de 2002 a 2010, ao qual cita:

Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.(BRASIL, 2015 p.97)

Assim também, ainda no voto do Ministro Lewandowski, o Exmo. Ministro Marco Aurélio, reitera se o Estado terá como indenizar o inocente que cumpriu pena provisória, devido a grande crise que o Estado Brasileiro passa.

Indagação que remete a possibilidade do cumprimento da pena provisória após decisão de Tribunais, e posteriormente for reconhecida alguma nulidade no processo ou mesmo a inocência do acusado, em decisões de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário a essa pena.

Desta forma, respondendo, o Ministro Lewandowski reitera que:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo. (BRASIL, 2015 p.101)

Assim é perceptível que o STF foi infeliz na decisão deste julgado, que não cumpriu sua finalidade como guardião da Constituição, que o Princípio da Presunção de Inocência deve ser absoluto, e não relativo, como foi decidido neste caso, pois este está expresso e claro no art. 5º, LVII da CF/88.

2.8 Das Penas Alternativas no Código Penal

Pena, nos ensinamentos de Rogerio Greco é: “A pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *Jus puniendi*”. (GRECO, 2017, p. 617)

Entendido o conceito de pena do Código Penal Brasileiro, traz em seu artigo 33 as três espécies de pena, que são a Restritiva de Direitos, de Multa e a Privativa de Liberdade. (BRASIL, 1945)

Sendo que as duas primeiras citadas acima, são conhecidas como penas alternativas, tais surgiram o nosso sistema, na base do Princípio da Proporcionalidade da Pena.

De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações. É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. (BECCARIA, 2001, p.81)

Nesta ideia, para infrações com pena menores foi criado o instituto que em determinados casos poderia se substituir essa pena por restritivas de direito como foi abordado por ROXIN:

[...]o curto tempo de estada num estabelecimento carcerário é insuficiente para uma execução ressocializadora da pena, de que se possa esperar êxito. É suficientemente longa, no entanto, para levar àquele que cometeu seu primeiro deslize, definitivamente, pelo mau caminho, em razão dos contatos com criminosos perigosos condenados a tempo mais longo...quase não é exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curto prazo, em vez de prevenir novos delitos, os promove (1986 p.17).

Desta forma o Código Penal Brasileiro traz os requisitos da pena restritiva de direitos desta forma:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I- aplicada pena privativa de liberdade não superar a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II- o réu não for reincidente em crime doloso;

III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (BRASIL, 1945)

Sendo que os dois primeiros requisitos são requisitos objetivos, já o terceiro requisito é subjetivo e ficará a cargo do magistrado analisar no caso concreto se o agente infrator preenche tal.

A segunda pena alternativa que o CPB traz em seu art. 49 a pena de multa que: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”. (BRASIL, 1945)

O art. 60, em seu paragrafo 2º, do código supracitado, traz quando a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela pena de multa, “Art. 60 § 2º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste código.” (BRASIL, 1945)

Desta forma, verificam-se de suma importância as penas alternativas, para a aplicação de uma pena adequada ao ilícito penal cometido, principalmente para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

3.9 A Pena Privativa de Liberdade

De agora em diante será trazido o ponto em que este presente trabalho veio abordar. A Pena privativa de liberdade, suas características e seu meio de aplicação no Direito Brasileiro.

No código penal, em seu art. 33 traz os dois tipos de pena privativa de liberdade que são a de reclusão e de detenção, a primeira deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, já a subsequente deve ser cumprida ou em regime semiaberto ou aberto. (BRASIL, 1945)

Existe uma discussão que se as penas de reclusão e detenção deveriam ser executadas separadas, mas na ótica de Franco, mostra que:

O legislador de 84 manteve a classificação ‘reclusão-detenção’, acolhida da PG/40 e, sob este ângulo, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais aceitam, porque as áreas de significado dos conceitos de reclusão e de detenção estão praticamente superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador (FRANCO *apud* GRECO 2017, p.628)

Visto os tipos de penas, sequentemente tem-se as regras do regimes acima citados, nos arts. 34 a 36 do CPB, segue *in verbis* as regras do Regime Fechado:

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.
§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.(BRASIL, 1940).

Sendo que o trabalho do preso é um direito deste, como é tratado no art 41, II da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), e que tal possibilidade gera o direito de a cada 3 dias trabalhados pelo preso, ele tem o direito a redução de 1 dia de sua pena. Rogerio Greco critica a falta de estrutura do Estado para se ter essa possibilidade ao preso.

O condenado ao regime fechado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho é um direito do preso, segundo o inciso II do art. 41 da Lei de Execução Penal. Por essa razão, se o Estado, em virtude de sua incapacidade administrativa, não lhe fornece trabalho, não poderá o preso ser prejudicado por isso, uma vez que trabalho gera o direito à remição da pena, fazendo com que, para cada três dias de trabalho, o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado. Se o Estado não está permitindo que o preso trabalhe, este não poderá ficar prejudicado no que diz respeito à remição de sua pena. Assim, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição, mesmo que não haja efetivo trabalho.(GRECO, 2017, p 639)

Já no art. 35 temos a regras do Regime Semiaberto, que diz que:

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (BRASIL, 1940).

Este regime foi planejado para ser executado em colônias agrícolas, industrial ou algo deste tipo, como nos traz o art. 33, §1º, “b”.

Desta forma Capez explica. “Nessa colônia deverá existir uma relativa liberdade para os presos, sendo a vigilância moderada, com os muros mais baixos. Leva-se em conta a responsabilidade do condenado em face do cumprimento da pena” (CAPEZ, 2011, p. 61).

Sendo que o intuito era que os presos (que estavam progredindo de regime) aos poucos se acostumassem novamente com a liberdade. Com menos rigor na parte da segurança que o Regime fechado.

Mas já em 1999, Mesquita Junior já criticava a falta de estabelecimentos deste tipo no Brasil em sua obra:

O Brasil não dispõe de muitas colônias agrícolas e industriais razoáveis, as quais se destinam ao cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto. A maioria das colônias agrícolas é verdadeiras adaptações que não podem atender a um grande número de condenados (MESQUITA JR., 1999, p. 175).

Por fim tem-se a regulamentação do último estágio da pena privativa, o regime aberto, sendo assim o art. 36 traz:

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

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

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.(BRASIL, 1940)

Nos ensinamentos de Greco, ensina que, é “uma ponte” para completa reinserção do preso de volta a sociedade, tal cumprimento é realizado na casa de albergado que permanece durante a noite e feriados, e fora deste estabelecimento trabalhe ou exerça curso ou outra atividade autorizada, sem vigilância durante esses.(GRECO, 2017)

Assim como o estabelecimento adequado ao regime semiaberto, a casa de albergado também está em falta no Brasil, como cita Marcão:

Contudo, como já se sabe, a quase absoluta ausência de estabelecimentos penais do gênero tem impossibilitado, por inteiro, o cumprimento de tais penas conforme o desejo da Lei de Execução Penal, já que passam a ser cumpridas, ambas (privativa de liberdade no regime aberto e limitação de fim de semana), em regime domiciliar, ao arrepio da lei, porém, no mais das vezes, sem alternativa para os juízes e promotores que operam com a execução penal (MARCÃO, 2007, p. 99).

Assim pode-se observar que a pena privativa foi pensada a modo de reeducar aos poucos o infrator penal, sendo que se pensar em casos que o regime inicial é o fechado, este começa a cumprir sua pena em um sistema mais rígido, ao progredir sua pena vai reduzindo a rigidez.

E também, ao que iniciar seu regime em diverso do fechado, pois segue o Princípio da Proporcionalidade, pois dependendo da infração cometida, não há necessidade de que o agente seja colocado em uma penitenciária de segurança máxima ou média.

3.10 Execução Fática da Pena no Brasil

Sendo que acima como foi discorrido, a execução da pena privativa no sistema brasileiro foi baseado no sistema prisional de progressão de regimes, como no subtítulo 2.3.3 foi discorrido.

Entretanto, infelizmente, não é executada da forma que foi prevista.

O primeiro problema no regime fechado é a lotação, sendo que segundo dados mais recentes do CNJ são 262.983 pessoas condenadas ao regime fechado. (BRASIL, 2018). Onde também afirma o Conselho Nacional do Ministério Público, no mesmo período que o CNJ aponta, que o sistema prisional brasileiro opera com 175% de sua capacidade. (BRASIL, 2018)

Com a criação do sistema prisional em números, pelo CNMP, qualquer cidadão tem a possibilidade de ver os dados sobre prisões no Brasil. O dado mais recente que se pode ver é sobre os dois primeiros trimestres do ano de 2018, que afirma que houve uma pequena redução da população carcerária, mas mesmo assim o sistema ainda opera em 163% da capacidade. Já em regime semiaberto são 73.993 vagas para 112.640 detentos, que mostra a taxa de ocupação em 152%. E o regime aberto são 6.209 vagas para os 9.311, com taxa de execução em 149%. (BRASIL, 2018)

Desta forma percebe-se que o sistema prisional opera muito acima da sua capacidade, sendo que por isso gera outros vários problemas como serão discutidos a seguir. (BRASIL, 2018)

O mesmo sistema acima citado, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, aponta números referentes à violência nos presídios, com dados incompletos do ano de 2018, apenas o 1º e o 2º trimestre estão disponíveis. Dessa forma traz que:

Dos 1212 estabelecimentos pesquisados 221 registraram que houve morte de detentos sendo que no total foram 407 mortes.

Dos 1.817 estabelecimentos pesquisados 246 relataram que houve lesões corporais aos presos de autoria dos servidores daquele lugar, sendo registrados no total de 963 casos desse tipo.

E também em 28 estabelecimentos dos 1405 pesquisados relataram que houve maus tratos aos presidiários pelos servidores somando o número de 68 relatos desse tipo.

Com os resultados fáticos da pena, acima trazidos, aos diretamente colidem com o que o ordenamento jurídico nos traz, como a seguir será explicado.

Sendo que o art. 5º da CF/88 nos traz que: III- “Ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante”; e o XLIX “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”(BRASIL, 1988)

Complementando a Constituição vem a Código Penal em seu art. 38, dizendo que: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” (BRASIL, 1940)

Dessa forma em vários casos, nos presídios, o tratamento que os presos recebem, ferem diretamente a Constituição assim como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Com esses dados é possível concluir que o Estado não esta tendo capacidade funcional de manter um sistema prisional de qualidade.

Nesse mesmo sentido Greco ensina que:

O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não são cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo (GRECO, 2017, p. 653-654).

Assim o sistema carcerário se torna uma “maquina de moer” aos presos, a ressocialização não fica nem em segundo plano, se torna inexistente.

Sobre a ressocialização tem-se como tema principal o trabalho do preso, e mais uma vez vê que o Estado não consegue propor essa possibilidade. Com mais dados do CNMP, no ano de 2017, apenas em 31% dos estabelecimentos penais tinham oficinas de trabalho dentro das unidades, já com parcerias publico privado o numero é um pouco maior, mas mesmo assim ainda baixo, são 42% de unidades no Brasil com essa parceria.

A Lei de Execução Penal em seu art. 28 trata que o trabalho do condenado tem como finalidade educativa e produtiva.

Nesse ponto Greco (2017), ensina que o trabalho do condenado é uma das formas mais visíveis de ressocialização, mostrando também que em estabelecimentos que promovem a possibilidade do apenado de trabalhar tem índices menores de tentativas de fugas.

Com o mesmo pensamento Bitencourt cita que: “O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminógenos da prisão” (2018, p. 951).

O trabalho do preso também gera o direito a este a diminuir sua pena, sendo que a cada 3 dias de trabalho, reduz 1 dia de sua pena, como prevê o art. 126 da LEP (BRASIL, 1984)

Sobre o caráter de ressocialização o alemão Claus Roxin, trata:

(...) servindo a pena exclusivamente a fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da idéia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações (ROXIN, 1986, p.40)

Assim pode-se observar que dar a possibilidade ao preso de trabalhar é de uma importância para a regeneração deste e também a premiação para a redução de sua pena, sendo que também ao cumprir sua pena este já tem um dinheiro reservado deste trabalho.

3.11 Da Possibilidade de impor o Estado a executar obras no sistema prisional

No Recurso Extraordinário 592.581 do STF com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, impetrado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul onde foi discutido se poderia ou não impor pela justiça a administração pública a reforma de presídios. (BRASIL, 2015)

No presente recurso, MP pediu que o Governo do Rio Grande do Sul fizesse reforma no Albergue Estadual de Uruguaiana, tal que havia violações a integridade física e moral dos detentos, no mais este cita que “a integridade física e moral dos presos configura interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental de observância obrigatória pelo Estado, que tem como um de seus pilares constitucionais a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 2017, p. 4-5)

No voto do ministro relator, este afigura que o *jus puniend* do Estado não é ilimitado e que deve estar em conformidade com os preceitos legais, ao qual afirma que a pena deve conter a função eminente de ressocialização.

Outo ponto levantado é que o sistema carcerário esta falido, e este problema é de conhecimento de todos os cidadãos brasileiros, e que esta compromete a efetividade do sistema prisional.

Entre outros pontos listados pelo ministro, que são válidos a ler, pelo conhecimento dos problemas que as penitenciárias vivem e nos efeitos que estes problemas trazem de volta a sociedade como um todo, não só no Estado do Rio Grande de Sul, mas em todo o Brasil, este jugado gera a repercussão geral da decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim ficou decidido, em repercussão geral, que é lícito ao Judiciário impor a administração pública, a fazer reformas que promovem medidas de execução da pena, para que estas respeitem a dignidade da pessoa humana e que resguardem o direito a integridade física e moral do apenado.

2.12 Danos morais aos presos

Também interessante salientar outro Julgado do STF, sendo este o RE 580.252/MS, com relator o Min. Teori Zavascki. (BRASIL, 2017)

Este recurso extraordinário foi discutido o responsabilidade civil do Estado de reparar danos pessoais a detentos aos quais permaneceram sob responsabilidade do Estado em condições que violaram os direitos fundamentais.

O Excelentíssimo relator traz o relatório que: A demanda provida pelo detento condenado à 20 anos, com o intuito de ser indenizado pelo condições sub-humanas ao qual passou pelo cumprimento de sua pena.

Sendo que na própria decisão ao qual está recorrendo reconheceu as precariedades do sistema prisional a qual trata: “é notório que a situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica” (STF, 2017, p. 11)

Sendo que o art. 37 §6º da CF, trata que quando há danos feito por agentes estatais ou pela a inadequação dos serviços públicos há o direito a ressarcir os danos.(BRASIL, 1988)

Deste modo o relatório do ministro traz:

as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação

da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.(BRASIL, 2017, p. 14)

Dessa forma a Suprema Corte decidiu em repercussão geral que:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (BRASIL, 2017, p. 212)

Assim pode-se ver que, obviamente esta decisão não irá resolver os problemas do sistema carcerário em um primeiro plano, mas é indiscutível não considerar a reponsabilidade do Estado em manter os presídios de forma que estes possam manter os direitos básicos aos presos, e que esta decisão mostra à Administração Pública que deve se preocupar com a situação dos presídios e que ignorar estes pode gerar prejuízos patrimoniais a esta, sendo que esta deve pagar indenizações.

2.13 Das PPP e a APAC para a aplicação pena privativa

Conforme já dita anteriormente, com a falta do Estado executar a pena com os paramentos humanista, foram criadas entidades privadas que buscam formas mais efetivas de se aplicar a pena.

As parcerias público-privada nascem dessa falta do Estado de implantar a infra estrutura necessária para as prisões.

Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a 'utopia' de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira. [...]De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco (D'URSO *apud* MURARO, 2012)

Assim a iniciativa privada pode amparar alguns desses problemas que as prisões brasileiras estão, mas tal deve haver muito cuidado, para que o *jus puniend* não se torne uma demanda privada.

Já com um preceito de assistência ao preso temos a APAC.

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) é uma entidade civil, sem fins lucrativos, que se dedica à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, bem como socorrer a vítima e proteger a sociedade. Opera, assim, como uma entidade auxiliar do Poder Judiciário e Executivo, respectivamente na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade. Sua filosofia é 'Matar o criminoso e Salvar o homem', a partir de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado.(FARIA, 2011, p.1)

Desta forma esse projeto, com dados de 2009 reduz a reincidência em 10 vezes a menos que penitenciárias normais, tal resultado se confirma com a ideia que a APAC traz métodos inovadores como o de valorização humana, a autovigília dos presos com si, uma menor repressão dos agentes que ajudam os presidiários, também ajudam na educação dos presos, que ao fim da execução de sua pena, tem um melhor currículo para o mercado de trabalho.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A presente pesquisa trouxe evolução sóciojurídica da Pena, sendo que em primeiro ponto essa era considerada uma transgressão divina, ou seja, o crime era contra à divindade, o que se entendia como pecado. E posteriormente esta chegou ao cunho de controle social.

Assim entendendo as finalidades das penas, traz que o Direito Brasileiro a teoria mista, tal que apresenta pelo artigo 59 do Código Penal que a pena deve ser necessária para a prevenção crime e a devida reprovação deste. Sendo que esta teoria é a junção das teorias relativistas e absolutas, tais que respectivamente, defende que a pena deve servir para apenas prevenir futuros crimes pelo agente e em segundo plano a sociedade, já a segunda teoria, seria que deveria haver uma retribuição, que se o agente pratica um mal um mal deve acontecer com este.

Entendido a questão da finalidade da pena é importante salientar os modelos prisionais ao estudo de qual conseguiria chegar mais próximo à atingir de forma melhor de se prevenir e punir.

O primeiro sistema, conhecido como Pensilvânico era muito rigoroso, sendo que este isolava o presidiário ao qual deveria ficar em silêncio completo na execução sua pena. Já no sistema Auburniano o preso não ficava isolado, podendo trabalhar de dia com outros penitentes, mas o silêncio deveria ser mantido.

O sistema progressivo, ao qual mais se assemelha com o sistema brasileiro, veio na vanguarda em relação aos anteriores percorridos, sendo que o tempo de cumprimento de pena era dividido em etapas, a primeira em que o preso ficava isolado, a segunda que o preso podia trabalhar e por último a liberdade condicional.

Com o iluminismo ascendente na Europa, vários pensadores vieram a discutir sobre as condições que o Estado tratava as pessoas, sendo que essas condições estavam também no âmbito do Direito Penal. Desta forma vieram a se destacar três pensadores dessa época com ideias humanistas da pena a os quais são Beccaria, Howard e Bentham.

Sendo Beccaria o pioneiro desses três, a perceber as condições que o Estado tratava seus penitentes, trouxe um pensamento embasado no contrato social, entendia que se as pessoas resolviam formar uma sociedade, as regras dessa sociedade não poderia massacrar as mesmas.

Já Howard, ao ver a precariedade das prisões propunha que era responsabilidade do Estado de providenciar locais apropriados para a execução da pena.

Com o pensamento de que a finalidade primaria da pena era prevenir delitos, o humanista Bentham trazia que o utilitarismo da pena, ao qual dita que o Estado tem a finalidade do bem comum, sendo que a transgressão penal vai em contramão a esta finalidade, o Estado deveria a todo custo criar modos de evitar a prática do ilícito penal.

Assim sob o olhar constitucional, têm-se os princípios penais, como o da dignidade da pessoa humana, que o no art. 5º XLVII proíbe penas cruéis, assim como o da presunção da inocência, que diz que só será considerado culpado com o transitado julgado de sentença penal, tal princípio que foi relativizado pelo HC 126.292/SP, ao qual entendeu como de acordo com a constituição a execução provisória da pena.

Seguindo, temos a pena privativa de liberdade no Brasil, tal que foi dividida em reclusão e detenção, sendo que a única diferença é que a detenção não se inicia em regime fechado.

Assim têm-se os regimes prisionais fechado, semiaberto e aberto, tais regimes que foram inspirados no sistema prisional progressivo de irlandês. Sendo o regime fechado que o preso fica recluso podendo trabalhar dentro da penitenciária, já o semiaberto em outro estabelecimento, seja colônia agrícola ou industrial, onde o preso trabalharia nesses estabelecimentos e a noite ficaria recluso, e por último o aberto ao qual ficaria livre de dia e a noite e feriados o preso dormiria em casas de albergado.

Ao primeiro ponto, vale dizer que a pena no Brasil não respeita princípios constitucionais, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana, com os dados do CNMP, foi possível ver que os presídios operam acima da capacidade de vagas, tal lotação gera outros problemas como presos se matando, e agentes penitenciários sobrecarregados que acabam descontando nos penitentes, com maus tratos e lesões a estes.

Outro problema é a falta de estabelecimentos da forma que o legislador pensou, sendo que o regime semiaberto que deveriam todos trabalhar e é visto poucos lugares parecido com este para execução da pena. Sendo que o trabalho do preso é de suma importância para a ressocialização deste.

Já em entendimentos jurisprudenciais temos a forma de responsabilização do Estado civilmente por não dar segurança e respeito aos presos, e também a possibilidade de impor a Administração para que promova reformas para se evitar injustiças na execução penal.

Como visto como o legislador trouxe como seria a execução da pena, esta não é executada várias vezes dessa forma, sendo que volta a discussão que John Howard trouxe em sua época, que a precariedade dos sistemas prisionais e a responsabilidade do Estado de construir locais adequados a execução da pena.

E também a privatização das cadeias, que ao primeiro modo deveria se evitar, pois é de responsabilidade do Estado de executar a pena, como também o belo trabalho em que as APACs fazem no Brasil com seu sistema inovador.

4 CONCLUSÃO

Através do estudo, foi possível concluir que o Direito Penal brasileiro, necessita se adequar as formas prescritas pelo legislador.

Sendo que hoje a pena privativa de liberdade ataca vários preceitos que já foram discutidos na época do Iluminismo, e que esses problemas ainda estão vigentes atualmente, principalmente o caráter cruel das penas e a falta do Estado de punir com condições mínimas de humanidade.

Também o desrespeito com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que nesse caso gerou a possibilidade ao preso, que passar por condições sub-humanas, deste entrar com ação contra o Estado a reparação de direitos violados.

Assim como a possibilidade da Justiça impor a Administração Pública reformas nos sistemas penitenciários ao modo deste promover condições mínimas aos seus internos.

Como também a possibilidade de privatização dos presídios, em último caso visto, quem não se pode esquecer que é o Dever do Estado a manter e punir, mas com a manifesta incompetência deste não se pode retirar a possibilidade privatização.

Outro ponto importante dizer, é sobre as APACS que estão fazendo um trabalho muito bom na vista de ressocializar os presos e da devida segunda chance a estes. Assim vale muito estudar e colocar mais em prática os métodos trazidos por esta.

Desta forma o presente estudo buscou sobre um sistema evolucionista da pena em um contexto internacional, como o sistema penitenciário brasileiro ainda carece de muitas mudanças principalmente no ponto de formas de execução da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmude**. São Paulo: Êxodus Editora, 2003.

BEZERRA, Rafaela Pinto da Costa. **Origem e fundamentos das penas alternativas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14558>. Acesso em abr. 2019.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Porque Punir? Teoria Geral da Pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral 1**. 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BORGES, Bruno Barbosa. **Justiça de transição: a transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL, **Código Penal**, Decreto-lei nº 2.848/40 . Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)” .htm Acesso em: 19 de abr. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira**, disponível em: “<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>”. acessado em abril de 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em Números**. Disponível em: “<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>”. acessado em: abril de 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PÚBLICO. **Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra relatório dinâmico "Sistema Prisional em números"**. disponível em: “<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>”. acessado em abril de 2019.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm” Acesso em: 19 de abr. 2019.

BRASIL, **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210/84 . Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm”. Acesso em: 19 de abr. 2019.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HABEAS CORPUS 126.292/SP**. Relator Min. Teori Zavascki, DJ: 17/02/2016, Inteiro Teor disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>” acessado em: 04/04/2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 707**, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=707.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. acessado em: maio de 2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINARIO 580.252/MS**. Relator Min. Teori Zavascki, DJ: 16/02/2017, Inteiro Teor disponível

em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14276246>>

acessado em: 19/04/2019

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO **592.581/MS**. Relator Min. Ricardo Lewandowski Zavascki, DJ: 13/08/2015, Inteiro Teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10166964>> > acessado em: 19/04/2019

BRUNO, A. **Das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificada**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

CARVALHO, Márcia D. L. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1986..

FARIA, Ana Paula. **APAC: Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296>. Acesso em abr 2019.

FICO, Carlos. **A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”**. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. n. 4. jul./dez. 2010. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 30ª Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2005.

GOMES, Geder Luis Rocha. **Substituição da Prisão, Alternativas Penais: legitimidade e adequação**. Salvador: jusPODVM, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais**. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000.

JÚNIOR, S. R. M. **Manual de execução penal - teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 1999

LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

MAZZA, Ana Carolina. **Reformulação da Lei de Execuções Penais e a inclusão do artigo 126-A - Seção IV - da remição, na lei de execução penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14003>. Acesso em abr 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEZAROBBA, Glenda. **Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil**. *SUR – Revista internacional de Direitos Humanos*, v. 7, n. 13, p. 7-25, São Paulo, dez. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 22^a ed., 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MURARO, Celia Cristina. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136>. Acesso em abr 2019.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Ramon de Sousa. A história do direito e a ditadura militar. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55150&seo=1>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Lei de Anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto Sul-**

Americano. In: PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal.** Lisboa: Veja, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35a. edição - São Paulo: Malheiros, 2012

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

ZAFFARONI, E. R. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.