



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ

Direito de Punir do Estado Face à Dignidade da pessoa humana

João dos Santos Carmo

Rio de Janeiro
2011

João dos Santos Carmo

Direito de Punir do Estado Face à Dignidade da Pessoa Humana

Artigo científico apresentado à escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós-graduação.

Orientadores: Prof^a. Kátia Silva.

Prof^a. Mônica Areal.

Prof^a. Neli Fetzner.

Prof. Nelson Tavares.

Prof. Guilherme Sandoval.

Prof. Rafael Iorio.

Rio de Janeiro

2011

DIREITO DE PUNIR DO ESTADO FACE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

João dos Santos Carmo

Graduado pelo Centro Universitário Barra Mansa. Advogado.

Resumo: O Estado democrático de direito impede a realização da justiça pelas próprias mãos do ofendido, com isso, compete aos entes estatais, criados constitucionalmente, exercerem o direito de punir as transgressões ao ordenamento jurídico posto. O presente trabalho busca destacar as formas alternativas de punição encontradas pelo legislador pátrio, para que se alcance, na prática, o respeito à dignidade da pessoa humana quando da necessidade de correção do transgressor da lei penal. O ponto mais relevante é a necessidade de respeito ao ser humano como sujeito de direito e a busca pela punição mais adequada com o objetivo de se alcançar a tão falada ressocialização.

Palavras-chaves: Punir. Respeito. Dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução. 1 Evolução histórica 2 Direito a liberdade 3 O *jus puniendi* estatal. 4 As penas: conceito e espécie. 5 Sistema criminal brasileiro. 6 Situação dos presídios brasileiros. 7 Eficácia das penas alternativas de direito. 8 Pressuposto da aplicação da pena. Conclusão. Referências.

Introdução

O trabalho apresentado aborda o tema do direito de punir do Estado e o confronto com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que foi introduzido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O presente estudo tem como objetivo discutir os avanços alcançados pela introdução do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico pátrio, no que tange a aplicação da reprimenda penal levada a efeito pelo Estado quando da punição do delinqüente da lei penal, bem como trazer uma reflexão acerca das futuras legislações sobre direito penal.

Busca-se confrontar o modelo de norma penal criado no passado em desrespeito aos direitos civis dos apenados, com as atuais legislações que objetivam recuperação e reintegração, sempre preocupadas em não atingir de forma drástica o mínimo existencial do transgressor da lei penal.

Toda estrutura organizacional do Estado passa pela noção de existência de um poder que, em sua forma mais simplista, pode ser definido como a concreta possibilidade de se obrigar alguém a fazer algo contra sua vontade, ou seja, imposição da obediência não espontânea.

Assim, o poder é sempre exercido com vistas à consecução almejada por seu titular, mas nem sempre se alcança a punição do transgressor da lei penal sem que ocorra desrespeito a seus direitos não perdidos quando da sentença penal condenatória.

1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na antiguidade, a punição dos criminosos era realizada pela vingança privada, ou seja, por meio da lei do mais forte. Não havia limites, as punições abrangiam morte, escravização, banimento do infrator e até de sua família, venda dos filhos e até mesmo esquartejamento do delinquente.

Encontra-se em relatos históricos que leis e códigos utilizados para fins de aplicação de penas foram: Lei de Talião, Código de Hamurabi e o Código de Manu que trazia a ideia de que a vingança era divina e que dava ao Estado o poder de punir, todavia, o marco da história do direito penal no que diz respeito à aplicação da pena com fim de se alcançar justiça fora a obra do Marques de Beccaria, Dos Delitos e das Penas.

A fase da vingança privada fora substituída pela vigência da Lei de Talião, que apesar de severa era mais branda que as vinganças privadas, quando as punições eram cruéis e bárbaras.

Para substituir a vetusta Lei de Talião surgiu o Código de Hamurabi demonstrando também sinais de evolução, tal código possuía 282 artigos e fora escrito em uma coluna de pedra negra, que pregava a lei do olho por olho, dente por dente, preceito também difundido na lei dos Hebreus, povo que deu origem aos relatos da bíblia dos cristãos. Esse código prescrevia que aquele que ferisse alguém de igual modo deveria ser ferido como forma de punição, era o famoso *quem com ferro fere com ferro será ferido*.

A crueldade e desumanidade das penas eram aparentes e gritantes, o que revoltava a população, fato que contribuiu para a humanização do direito, e aqui força a refletir a grandiosa obra do nobre Marquês de Beccaria¹ quando diz:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são, por sua própria natureza, injustas, e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano conserva para os seus súditos.

A obra de Beccaria estabeleceu princípios que se firmaram como base do direito penal. A maior inovação era o repúdio às penas de morte, cruéis e aquelas que ultrapassassem a pessoa do delinquente.

A pena, nesta época, tinha caráter retributivo, o encarceramento só surgiu depois, como forma de repressão aos crimes mais ofensivos, tinha caráter temporário, enquanto não se decidia o destino do acusado, permanecia preso.

Somente no século XVIII a pena de prisão tomou caráter definitivo, passou a substituir outras modalidades de punição, entretanto, o tratamento oferecido aos presos

¹ BECCARIA, Cesare, *dos Delitos e das Penas*. 5.ed São Paulo: Martin Claret, 1978, p. 108.

era cruel, e não existia a menor preocupação em reintegrá-lo à sociedade, o que, de fato, vi acontecer até os dias atuais.

Consagrado no art. 1º, III da constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana é elevada à categoria de postulado constitucional e norteia todos os direitos fundamentais desde então. Dignidade da pessoa humana não pode ser confundida com dignidade da pessoa, pois essa se mostra caracterizadora de um individualismo de privilégios em razão de posições sociais, enquanto aquela se mostra como direito social coletivo.

Todo homem nasce digno de ser tratado com igualdade pelos seus pares, pelo ordenamento jurídico vigente e pelas normas de trato social existente dentro de uma sociedade.

Com a proibição da auto-tutela dos litígios, o Estado chama para si a responsabilidade de julgar as demandas e pacificar os conflitos, assim a paz social é restabelecida.

Por isso necessária se faz a análise do poder/dever do Estado, em tendo de executar sua pretensão punitiva, fazê-lo com o maior esmero em respeitar os direitos individuais e coletivos e, ainda, lutar pela preservação da dignidade da pessoa humana. Portanto, deve o órgão estatal criar mecanismos de defesa e proteção dos jurisdicionados.

A dignidade da pessoa humana é inerente à própria pessoa. Nesse diapasão, independente de nacionalidade e de reconhecimento positivado, uma vez que mesmo não o sendo, terá o indivíduo direito de vê-la respeitada e exigir tal respeito ante os órgãos internacionais e de buscar sua proteção, fazer cessar contra si o desrespeito, seja no âmbito da integridade física, moral, intelectual e mesmo patrimonial.

Face ao grande postulado constitucional, mister lembrar que o Estado, como único legitimado ativo na persecução penal, cria através de seus órgãos legislativos normas de cunho eminentemente penais, busca-se com isso prever o comportamento dos membros da sociedade, edita-se e promulga leis para esse fim.

O Código Penal é a mais expressiva atitude estatal no que diz respeito à pretensão punitiva do Estado brasileiro, mas leis extravagantes esparsas complementam esse poder dever punitivo em abstrato; o Código Penal, bem como todas as leis penais, buscam ,em seu bojo, tornar conhecida a vontade da lei em prever os possíveis conflitos para poder, de modo claro, rpto e conciso resolvê-los a medida em que vão se formando no seio da sociedade hodierna.

Os direitos preconizados no art 5º da CRFB, tais como vida, liberdade, igualdade e a propriedade são, por vezes, confrontados com o direito de punir do Estado para preservação de um bem maior, qual seja, a ordem e a paz públicas. Como é prerrogativa estatal a criação de exceções por meio de dispositivos legais dos direito supracitados, constata-se que os direitos não são absolutos, mas relativos quando analisados no âmbito da coletividade.

A isonomia formal que se depreende da CRFB em seu artigo 5º, "todos são iguais perante a lei", faz acreditar que se pode despender tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais.

Quando comenta o tema, Miguel Realle² leciona:

Toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética pra ser vista como simples "momento de ser

² REALE, Miguel. *Sociologia do Direito*. 3.ed São Paulo: Sariva , 1978, p. 159

transpessoal” ou peça de um gigantesco mecanismo , que, sob varias denominações, pode ocultar sempre o mesmo “monstro frio”: “coletividade”, “espécie”, “nação”, “classe”, “raça”, “idéia”, “espírito universal”, ou “consciência coletiva.

Pois bem, é sob essa concepção metafísica do ser humano que Gilmar Ferreira Mendes reputa adequado analisar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios – desde logo considerado de valor pré-constitucional e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil que busca, com a criação de princípios que devem ser observados por toda coletividade, garantir um mínimo de proteção aos indivíduos.

2 - DIREITO À LIBERDADE

Institucionaliza-se o terror, sob a ideologia de uma falsa ordem, pois o atual sistema punitivo viola, sobremaneira, o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, as garantias de uma existência de vida plena e saudável, embora seja este o princípio que fundamenta a existência e atuação do Estado Democrático de Direito e esteja internacionalizado como universal.

O Art, 5º, LIV da CRFB Diz: “Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A redação de tal inciso é uma exceção ao preceito instituído no *caput* do artigo supracitado.

Todo homem nasce livre, porém essa liberdade pode ser tolida em nome de um bem maior, qual seja, a liberdade e a segurança coletiva.

Assim, o Estado pode e deve reprimir o desrespeito a lei penal, porém, sempre com um viés de ressocialização e reintegração do transgressor.

O ente estatal, criado para servir de controlador social, pode privar o cidadão de seu direito à liberdade caso esse venha a se contrapor à liberdade ou à segurança da coletividade.

A liberdade, portanto, é absoluta, mas poderá, por vontade da lei, torna-se relativa, com o fim específico de controlar o cidadão em prol de um atendimento de anseios coletivos que demandem um agir do Estado e agir para dar resposta à prática delituosa.

Todavia, para que o estado venha privar qualquer cidadão de sua liberdade é preciso que esse mesmo estado respeite outro princípio, tão importante quanto o da dignidade humana, que é o princípio do devido processo legal.

O *due process of Law*, hoje erigido à categoria de dogma constitucional – art. 5º, LIV da constituição cidadã de 1988 tem como finalidade precípua assegurar à pessoa a defesa em juízo, respeito ao contraditório e ampla defesa.

Couture³, dá a mesma lição quando diz que o referido princípio consiste no direito de não ser privado da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma prescrita na lei.

O Estado democrático de direito é o Estado que se submete aos mandamentos presente nas normas que edita e, por esse mesmo motivo, deve o estado respeitar os direitos que ele mesmo criou para proteção do cidadão.

O cidadão tem direitos? E o que é direito? À luz do normativismo jurídico concreto de Miguel Reale⁴, conceitua-se direito como:

conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento da sua história, mediante a interferência decisória do poder, ordena os fatos sociais em conformidade com certos valores, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como abstratos que dialeticamente integram e superam, que sintetizam, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais, nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificamente jurídicos.

³ COUTURE Apud, FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Curso de Direito Processual Penal*. 28. ed..São Paulo: Saraiva, 2006, v.2, p. 130

⁴ REALE, Miguel, op. cit., p. 69.

É esse o conceito de direito, feixe de garantias que cada cidadão possui e que deve o Estado protegê-los de quaisquer lesões ou ameaça de lesão como preceitua o art. 5º XXV da CRFB/88.

Assim, o cidadão perde alguns direitos quando de sua prisão, por exemplo, mas há outros direitos que o cidadão manterá consigo e o Estado tem o dever de protegê-los.

Portanto, o universo prisional se mostra muito distante dos objetivos para os quais foi criado, e acaba por despertar no detento, as mais variadas formas de distúrbios da personalidade, há ambiente propício para proliferação de sentimentos de raiva, vingança, insensibilidade e individualismo. Sentimentos perniciosos para aqueles que precisam de recuperação e reintegração social.

3 – O *JUS PUNIENDI* ESTATAL

Na análise acerca do direito de punir do Estado, bem como das idéias que buscam justificar o exercício deste poder, observam-se as variações conceituais e os distintos enfoques dados conforme se movem as relações de forças no cenário político-social e que, por sua vez refletem a conexão entre todas as formas de poder existentes na relação da sociedade e o Estado.

As ciências criminais têm questionado a legitimidade do poder de punir do Estado em face da concepção de se impor maior limite a tal poder, bem como ante a necessidade de se preservar direitos e garantias individuais fundamentais e, principalmente, o respeito à dignidade humana.

Para que a discussão se efetive devem ser feitas intervenções na reestrutura social do Estado com o objetivo de se alcançar novas diretrizes comportamentais tanto do povo em suas relações internas quanto com instituições envolvidas no contexto da ressocialização.

Como já aventado em outra oportunidade deste trabalho, o Estado chamou para si a responsabilidade de dirimir os conflitos sociais surgidos entre os indivíduos e, para tanto, esse mesmo Estado edita normas em abstrato para posteriormente, pelo princípio da consunção, aplicá-las em casos concretos.

Tendo o Estado o dever de perseguir e punir o crime ocorrido no mundo dos fatos, deve tal punição guardar o devido respeito a alguns princípios, tais como: princípio da reserva legal “nulo crime é nula pena sem lei anterior que o defina”, proibição da lei posterior mais gravosa e retroatividade da lei penal mais benéfica, proibição de penas cruéis e/ou perpétuas, e nulo o crime e nula a pena sem processo todos previstos e positivados no ordenamento jurídico pátrio, pois se assim não for estará o Estado agindo de forma arbitrária e isso não pode ser tolerado em um Estado que se diz democrático de direito, visto que Estado democrático de direito é o Estado que se submete às suas próprias leis, ou seja, o Estado que edita as leis deve também respeitá-las sob pena de ter que responder pelo desrespeito, por ele perpetrado.

O direito de punir não pode ser interpretado como licença para desrespeito aos ditames da justiça, mas o indivíduo deve receber como resposta à sua delinquência tão-somente aquilo que for necessário para reprovação de sua conduta delituosa e também aquilo que lhe for apto a infringir retribuição e temor para que não haja retorno e permanência daquele indivíduo no mundo marginal da lei soberana.

Ressalte-se, pois, que o direito de punir não deve ser somente punir, pois o indivíduo precisa ser reintegrado ao convívio social e, portanto, é necessário que se criem mecanismos para recuperação social desse indivíduo e isso é dever do mesmo Estado, que tem o direito de puni-lo. Isso quer dizer que o Estado tem o direito de punir o infrator da lei penal, mas, por via de consequência, tem o indivíduo direito subjetivo e

a sociedade, direito objetivo de que o Estado administração irá empenhar todos os esforços na recuperação daquela vida que se está perdendo.

Não adianta o Estado simplesmente punir com reclusão em estabelecimentos prisionais precários sem, contudo, oferecer ao punido, meios eficazes de regeneração, pois se assim não for, o infrator, na primeira oportunidade que tiver, vai delinquir novamente e essa não é a verdadeira vontade da sociedade que deu poderes de punir ao ente criado, o Estado.

Prevenção seria melhor do que punição, porém uma vez tendo falhado os métodos de prevenção não restará às autoridades constituídas outro caminho que o da punição, muito embora possa o Estado trabalhar na fiscalização dos métodos educacionais perpetrados pela família bem como pelas instituições de ensino na busca de prevenir desvios comportamentais, para que se evite chegar ao nível da necessidade da punibilidade e recuperação de tal indivíduo. Para isso, claro, precisa o Estado exercer um maior controle dessas ações educacionais ou talvez um melhor controle, visto que isso, pelo menos no campo teórico, já vem sendo feito.

Ditado antigo “prevenir é melhor que remediar”, mas uma vez sendo o Estado chamado a intervir na liberdade do indivíduo como forma de punição por ter, esse mesmo indivíduo, agido de forma contrária à legislação penal abstrata deverá fazê-lo na busca da recuperação social desse indivíduo e não apenas como forma isolada de punição física do delinquente.

Vive-se, atualmente, sob a égide de um Estado pluralista, laico, em que há total liberdade de religião de crença e de culto. Logo, um dos valores mais caros à realidade constitucional é a tolerância. O poder do Estado emana do povo e por isso é soberano e no homem reconhece o valor da dignidade assim como o núcleo de direitos invioláveis.

O Estado, com tais características, que tem na justiça social o valor mor fica evidente, a proibição do direito penal em perseguir finalidades transcendentais ou éticas. Assim, não há que se contemplar o homem como mero objeto de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social nem tampouco reprimir mera desobediência.

O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a constituição é, em consequência, de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão.

Conceber o Direito Penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa, e por outra parte, entender que sua intervenção só se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa intolerável implica repudiar os sistemas penais autoritários ou totalitários fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais vitimizandando tantos inocentes.

4 - AS PENAS: CONCEITO E ESPÉCIES

De acordo com o Código Penal Brasileiro as penas se dividem em: penas privativas de Liberdade, penas restritivas de direitos e multa.

A pena é sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal.

As penas privativas de liberdade, as quais podem ser cumpridas nos regimes fechado, semi-aberto ou aberto, têm o condão de excluir o indivíduo da Sociedade, segundo o artigo 33 do Código Penal.

Tais penas são necessárias, porém não devem ser imposta sem distinção, pois o Direito Penal é um soldado de reserva e só deve atuar em casos em que outros ramos do direito falharam em solucionar o conflito instaurado.

Assim, o Direito Penal deve atuar para solução do conflito social e aplicar penas restritivas de liberdade, mas somente se outras modalidades de reprimenda penal ou civil ou de qualquer outro ramo do direito não lograrem êxito na pacificação social.

As penas restritivas de direito, também consideradas como penas alternativas, são aquelas em que o legislador aplica em substituição à pena privativa de liberdade, sendo também denominada de “medidas não privativas de liberdade”, podem ser aplicadas antes do julgamento e também é possível na sentença condenatória.

São sanções de natureza criminal que não privam a liberdade do indivíduo, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direito. São também consideradas penas alternativas, as restritivas de direitos, pecuniárias e de tratamento clínico.

Com a mudança da Lei 7.209/84 pela Lei 9.714/98, não foram criadas novas modalidades de penas restritivas de direito, mas houve uma modificação em alguns dispositivos do Código Penal brasileiro, que acrescentou novas fórmulas para as penas restritivas de direito, como na prestação de serviços à comunidade que permite que essa atividade seja cumprida junto às entidades públicas. Essas entidades públicas têm por objetivo atender à população carente, seja ela, crianças ou adultos, alcoolatras ou drogados; enfim, pessoas que estejam necessitando do auxílio.

Ademais, foram acrescidas as modalidades de prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

O confisco, como efeito da condenação, é o meio pelo qual o Estado visa a impedir que instrumentos idôneos para delinquir caiam em mãos de certas pessoas, ou que o produto do crime enriqueça o patrimônio do delinquente.

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou a seus dependentes, em valor a ser arbitrado pelo juiz de acordo com a complexidade e gravidade do delito, não podendo ser inferior a 1 (um) salário mínimo e nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

A perda de bens e valores do condenado dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que deverão ser executadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros.

As penas de interdição temporária de direitos visam a proibir, por algum tempo, que o condenado exerça algum direito.

A limitação de final de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Em face do exposto, chega-se à conclusão de que o Estado brasileiro possui alternativas, no que tange à punição do transgressor da lei penal que não a segregação da liberdade, que mais prejuízos traz à sociedade pela dificuldade de recuperação daqueles que vão para o sistema prisional que benefícios.

Dessa forma, não se deve punir tão-somente, mas punir com responsabilidade e principalmente com o único intuito de recuperação do cidadão e nunca com fim de vingança.

A prisão já não cumpre mais a sua função (se é que um dia veio a cumprir), e em total paradoxo, representa uma espécie de “escola” do crime. Isso porque, os detentos são tratados como animais, não dispõem de um ambiente que lhes proporcione mínimas condições para que se tenha uma vida digna, em total desrespeito à Lei de Execuções Penais, a qual prevê uma série de direitos/garantias para o internado/condenado.

5 - SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

Sistema pode ser entendido como sendo o conjunto de elementos, materiais ou idéias entre os quais se possam encontrar ou definir algo; disposição das partes ou dos elementos de um todo coordenados entre si e posicionados como estrutura de organização.

Immanuel Kant⁵ diz que sistema é um conjunto de conhecimento sobre uma mesma idéia. Falar de sistema criminal é falar de um todo que deve funcionar de forma perfeita.

As penas, como já visto, eram aflitivas e o delinquente da norma penal respondia até mesmo com o seu corpo, podendo o tal sofrer açoites, esfolamento, torturas e até mesmo poderia ser crucificado como Jesus Cristo de Nazaré.

A pena de prisão, de acordo com escólio de Rogério Greco⁶:

[...]pode ser considerada como um avanço na triste história das penas. As penas de prisão, segundo nos informa Manoel Pedro Pimentel, "tem 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 com Deus. Além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdã, 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 marcaram o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.

⁵KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3. ed. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2008, p. 154.

⁶GRECO, Rogério. *Curso de Direito Processual Penal*. 5.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2008, v 5, p. 98.

Na evolução dos sistemas penitenciários os que mais se destacaram foram: O Pensilvânico, o Alburniano e o Progressivo.

O Brasil, como sabido, adota o sistema progressivo, ou seja, o delinquente condenado terá direito de progressão de regime durante o período de cumprimento de sua pena, que poderá ser fechado, semi-aberto e aberto a depender do preenchimento dos requisitos previamente elaborados pela lei.

O regime fechado é o que mais causa problema no campo do desrespeito aos direitos do preso, pois nesse regime deverá o infrator permanecer preso vinte e quatro horas e em muitos casos, em condições precárias que atentam contra a dignidade humana do recluso, pois as condições de salubridade não são atendidas e o risco à saúde do apenado é constante.

Melhor seria se o preso pudesse ser útil à nação e a si mesmo, pois poderia trabalhar e manter condições dignas de habitabilidade e de vida, já que a experiência demonstra os efeitos benéficos do trabalho na ressocialização do condenado.

Todavia, a falta de vontade política, associada a uma burocracia infundada emperram os projetos que buscam reinserção pelo trabalho no sistema prisional e impedem que a ressocialização se efetive com efeitos benéficos para os apenados, bem como para a sociedade em geral.

6 - SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Segundo alguns especialistas, na área de segurança pública, a situação dos presídios no Brasil é alarmante e, obrigatoriamente, deve-se pensar em formas alternativas de reprimenda aos crimes que não denotam maior complexidade na reabilitação do delinquente, pois, se assim não for, corre-se o grande risco de se estar enviando alunos para a escola de formação do crime organizado.

Segundo preleciona Marcos Faerman⁷ :

Promiscuidade, violência, tráfico de drogas, corrupção, doenças e mortes. Se os presídios foram construídos para que os detentos pudessem se arrepender, corrigir-se e voltar ao convívio social, a receita estava errada. O resultado não poderia ser pior. Jogados no caldeirão fervente dos carandirus plantados pelo país afora, detentos às vezes nem tão perigosos assim iniciam um curto e eficiente aprendizado. A universidade do crime, sustentada pelos contribuintes, forma delinqüentes em diversos graus, com aulas práticas diurnas e noturnas. Escravidão sexual, espancamentos, assassinatos na madrugada, Aids, solidão e desespero, eis o que compõe o submundo atrás das grades. Já que a cadeia não corrige nem recupera, a solução pode estar nas penas alternativas, como os serviços comunitários, que algumas cidades já estão experimentando, com sucesso, no caso de condenados que não oferecem maior perigo. É uma saída, até para evitar as prisões, já atulhadas em excesso.

A sociedade brasileira pode e deve buscar alternativas para recuperar o delinqüente de bagatela, ou seja, o que comete crimes menores, anãos, no sentido da menor reprovabilidade da conduta delitativa do individuo delinqüente.

Não que o delito de menor potencial ofensivo deva ser tolerado, mas é possível fazer reprovação do delito sem que se fomente ainda mais a indústria de criminosos que tem se formado em nos presídios.

Situações há, ainda, em que os direitos do preso são flagrantemente violados e em alguns casos com a conivência de autoridades que deveriam zelar para que tal não ocorresse.

Exemplo como o da menina, menor, que foi colocada em cela com presidiários maiores e homens, sob o argumento que na cidade não haveria presídio feminino, desrespeitando o comando do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cabe aqui uma reflexão sobre o vetusto Código de Menores, que até bem pouco tempo ainda vigia no Brasil e preceituava que o estado, só deveria se preocupar com o menor delinqüente no sentido de lhe impor castigo, fustigá-lo por meio do aparelho

⁷FERMAN, Marcos. *Revista Problemas Brasileiros*. Edição nº 320, Rio de Janeiro, Março/Abril de 1997, p.32.

estatal para que se restaurasse a ordem social perturbada sem a devida preocupação com a pessoa em desenvolvimento.

Observa-se em todo território nacional o movimento pelo melhoramento dos estabelecimentos correccionais e isso ocorre tão-somente porque o Estado tem falhado na organização do seu sistema de repressão aos criminosos e por via de consequencia desrespeitando os direitos dos presos como sujeitos de direitos que são.

De acordo com os organizadores do livro Juizados Especiais Criminais Comentários à Lei 9099, a lei especial atende a exigência de se buscar novas formas de o Estado lidar com os ditos crimes de menor potencial ofensivo, já que, nas palavras dos citados autores:

A Lei 9099/95 cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado. Assim, a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, não rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tão pouco implica reconhecimento da responsabilidade civil.⁸

As medidas despenalisadoras da Lei 9.099/95 são poderosos instrumentos de punição no que diz respeito à dignidade do delinquente, pois se busca com tais medidas reprimir os crimes de menor reprovabilidade sem aplicação do cárcere e com respeito ao sistema penal vigente. Com isso, consegue-se a punibilidade e reprovabilidade das infrações penais de menor potencial ofensivo, porém preservando o delinquente do contato com os condenados por crimes maiores e de maior reprovabilidade. Isso merece aplausos ao legislador pátrio que tem tido sensibilidade para com os anseios da sociedade e tem dado a ela, sociedade, um modelo de punição e repressão ao crime que vem respeitar o ser humano em sua dignidade.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al, *Comentários à Lei 9.099*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 40.

Exemplo marcante trazido pelo diploma retro é a prestação de serviços à comunidade, medida que traz o transgressor a prestar serviço à sociedade que ele ofendeu com seu atuar contrário ao ordenamento jurídico sem ofender sua liberdade de locomoção.

Tal medida importa-se com a reprovabilidade da conduta delitiva, bem como com resposta que o Estado deve dar a tais condutas, porém sem descurar do efeito positivo que a reprimenda penal deve produzir nos que por ela forem exercitados.

Muito já se caminhou, em termos de legislação, para se buscar a efetividade da recuperação do infrator do Direito Penal sem, contudo, se ferir a dignidade da pessoa do delinquente, mas, com toda certeza, muito ainda se terá que caminhar para que o modelo de legislação penal aplicável seja totalmente isento de abusos.

7 - EFICÁCIA DAS PENAS ALTERNATIVAS DE DIREITO

Há, na comunidade jurídica, pensadores do direito que enxergam nas penas alternativas de direito não uma alternativa de se buscar cada vez mais um ordenamento jurídico plausível, com penas justas, capazes, de prevenir e ao mesmo tempo trazer resultados satisfatórios, mas sim um meio de se furtar ao dever de resolver os conflitos sociais e alcançar paz social com a devida recuperação do ser, enquanto produto do meio.

O Estado tem sua parcela de culpa na criminalidade, pois, ao se furtar à educação, moradia digna, trabalho e outros meios de exercício da dignidade, contribui-se diretamente para o ócio e delinquência juvenil que repercutirá na vida adulta do indivíduo.

Em sede de Direito Penal o fenômeno ora abordado é identificado como repartição da culpa pelo crime cometido, pois se o Estado se omite em suas funções

básicas ele contribui de forma direta para o agravamento da circunstâncias que determinam a prática de delitos.

O legislador alterou alguns dispositivos do Código Penal Brasileiro a exemplo do artigo 97, com o intuito de recuperar o condenado sem que esse passe pelo sistema prisional, cria-se assim, penas alternativas que tenham eficácia plena, pois mesmo sendo mais branda, a pena seja capaz de reeducar e evitar o encarceramento do condenado. Essa a posição majoritária dos pensadores do direito moderno.

No dizer Manoel Pedro Pimentel⁹:

Entre os substitutivos penais que se propõem a evita o encarceramento do condenado, principalmente nos casos de penas de curta duração, encontram-se as formas de punir alternativas. Estas penas, capazes de produzir o efeito benéfico da punição, sem os inconvenientes da prisão, foram lembradas desde o momento em que se constataram os malefícios da prisão imposta em virtude de penas brandas e as sugestões mais significativas apontavam as seguintes:

- a) castigos corporais;
- b) multa; detenção domiciliar (Código Penal argentino e o nosso Projeto Alcântara);
- c) admoestação e repreensão judicial;
- d) perdão judicial;
- e) prisão d fim de semana;
- f) prisão de férias;
- g) prestação de serviços à comunidade; interdição de direito;
- h) dever de aprendizado.

Fazendo um juízo de ponderação, com relação à existência de muitas dúvidas quanto aos resultados, não se pode negar a importância de tão grande iniciativa do legislador pátrio, uma vez que todos envolvidos, direta ou indiretamente na repressão ou prevenção do delito deverão fazer sua parte para que tal iniciativa tenha sucesso, pois sabe-se que para que essas medidas possam alcançar seus objetivos faz-se necessária a participação do poder Judiciário para julgar com moderação e ponderação e da sociedade como um todo unitário com o fim de cumprir seu papel de contribuir para que tais medidas sejam aptas a recuperar sem macular princípios constitucionais, já de longa data, consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio.

⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Consultor jurídico*. São Paulo: Consuléx, 1983, p. 170.

Nos dias hodiernos, por força da Lei 9.714/98, admite-se a substituição referida, para penas de até quatro anos, e ainda se coloca à disposição do magistrado, além das penas tradicionais de prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos bem como a limitação de fim de semana; criam-se outras, como a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, dentre outras. Todos com o fim de que seja possível punir sem ferir a dignidade do ser humano.

Outra iniciativa digna de aplausos foi a posição do legislador quanto ao uso de substâncias entorpecentes trazida pela nova Lei Drogas que muito embora tenha mantido o uso como crime, pois o uso esta previsto no capítulo que trata dos crimes, não buscou apenas reprimir o uso de tais substancias, mas precipuamente tem o objetivo de tratar do usuário de drogas.

No entanto, melhor seria que o Estado cumprisse o seu papel precípua, que é produzir bens e serviços em quantidade suficiente a atender a todos os seus administrados, com o objetivo de impedir a delinquência, pelos meios de formação e aprimoramento do ser humano pela prestação de serviços de educação, formação profissional, acesso à cultura, lazer, alimentação.

Assim, mais importante que atuar para recuperar é atuar para formar sem a necessidade de ter o ônus da recuperação no futuro. Portanto, mostra-se a falha e, mais ainda, mostra-se a incompetência dos administradores para trabalhar a prevenção da delinquência como política pública de prioridade nacional que vise a proporcionar à sociedade, meios de subsistência digna que dispense a necessidade de delinquir para sobreviver.

Quando o Estado alcançar tal desiderato certamente o princípio da dignidade humana se mostrará aplicado na pratica e terá deixado de ser apenas um sonho do constituinte originário.

8 - PRESSUPOSTOS DA APLICAÇÃO DA PENA

Como toda pena, as penas alternativas possuem pressupostos que devem ser respeitados para a sua aplicação sob pena de se assim não ocorrer, tal pena ser considerada ilegal e inconstitucional. Os pressupostos legais estão elencados no artigo 44 do Código Penal.

Os pressupostos objetivos e subjetivos tratam da natureza do crime, a forma de execução, a quantidade da pena, a culpabilidade e as circunstâncias judiciais.

Para que as penas alternativas ou restritivas sejam aplicadas é necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática de crime doloso não seja superior a quatro anos, porém, comporta tal regra, algumas exceções:

1) a multa substitutiva é cabível em relação à pena detentiva não superior a um ano e tratando--se de crime culposos, a substituição é admissível qualquer que seja a pena aplicada.

2) que em sendo crime culposos possa ser substituída por restritiva de direitos desde que presentes as circunstâncias pessoais favoráveis.

É necessário também que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado indiquem a conveniência da substituição conforme o texto do artigo 51 do Código Penal.

Em estando presentes as condições de admissibilidade, a substituição pela pena alternativa será obrigatória, pois tal previsão será um direito público subjetivo do réu.

No caso de concurso de crimes, deve ser considerado o total da pena privativa de liberdade para efeito de substituição, não podendo atingir um patamar superior a quatro anos.

Tratando-se de concurso material de crimes, caso em que há imposição cumulativa de penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, se houver hipótese de substituição, devem ser cumpridas, as que forem compatíveis entre si, de forma simultânea, ao passo que as incompatíveis, sucessivamente.

No concurso formal e crime continuado, deverá ser considerada a pena final sem o acréscimo. No quesito da retroatividade, deve-se permitir a aplicação de pena restritiva quando houver imposição de pena detentiva inferior a quatro anos.

Quanto à Lei de Drogas, Lei 11343/06, existe uma certa controvérsia, gerando assim, duas correntes: uma a favor da aplicação de penas alternativas ao tráfico de drogas e uma segunda corrente a dispor, não ser cabível tal aplicação na espécie.

A posição favorável a tal aplicação das penas alternativas condiciona essa aplicação somente quando a pena mínima cominada for de três anos de reclusão e, ainda, sob a égide de uma segunda condição, qual seja, a de que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, levando-se sempre em conta o desvalor do resultado.

Pode também, sempre com fulcro na busca da preservação da dignidade, haver substituição das penas em sede de crimes de ameaça.

As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.082/90), pois essa lei tem o objetivo de disciplinar a execução da pena privativa de liberdade, mas por isso, deve tal diploma legal ser contextualizado juridicamente com o fim precípua de coadunar-se com os pressupostos constitucionais de aplicação de penas aos jurisdicionados do Estado.

Até mesmo no instituto da reincidência, deve-se buscar a aplicação de penas alternativas, mas essas serão possíveis tão-somente se o réu não for reincidente em crime doloso ou caso o delincente da norma seja reincidente, tal medida seja

recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo delito.

As penas restritivas de direito podem ser aplicadas em sede de leis especiais, como pode ser observado na Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente bem como o Código de Trânsito Brasileiro, onde encontramos a previsão de suspensão e até a proibição para dirigir veículo automotor.

A reparação dos danos é também uma importante posição tomada pelo legislador pátrio, pois essa previsão legal demonstra que a reparação do dano, em termos de justiça consensual, tem funções e efeitos distintos, a saber: pela Lei nº. 9.099/95, a composição cível do dano *ex delicto* extingue a punibilidade, via renúncia do direito de ação, nos crimes de ação pública condicionada à representação ou de exclusiva iniciativa privada. Já se for crime de ação pública incondicionada, a composição cível não gera nenhum efeito extintivo.

Na mesma Lei n. 9.099/95, a reparação do dano é a primeira condição legal obrigatória para se conceder a suspensão condicional do processo, de um lado, de outro lado, a não reparação do dano é a primeira causa de revogação obrigatória da suspensão do processo.

CONCLUSÃO

As questões analisadas e pesquisadas levam a concluir que a Constituição Federal é muito ciosa ao problema do desrespeito à dignidade da pessoa humana, por parte dos órgãos estatais incumbidos de administrar as penas impostas aos cidadãos delinquentes, que designa um piso vital mínimo de cidadania a todo cidadão como direito inerente a todos os seres humanos.

Pode-se punir o agir de uma pessoa, porém jamais se pode punir o ser, pois o direito é uma ordem eminentemente reguladora da conduta humana. Assim, deve o Estado sempre fugir da concepção do direito penal do inimigo.

Cabe ressaltar que a dignidade humana é inerente ao ser humano, por isso deve-se buscar sempre a adequação da pena pessoa que é o delinquente, sob pena de se assim não for, ficar provado pela prática, que o Estado não é capaz de respeitar as normas que ele mesmo editou e se perder, com isso, a idéia de Estado Democrático de direito.

Por fim, rendam-se homenagens a todos que lutam para melhorar a humanidade, bem como à sociedade tão sofrida que acredita que o melhor meio para isso é o aperfeiçoamento do aparato estatal, pois com o aprimoramento dos meios educacionais se conseguirá, com toda certeza, chegar-se a um Estado Democrático de Direito. Assim, quando se tiver chegado a um patamar mais querente de convivência em sociedade certamente se olhará para traz e se verá o quanto a sociedade era primitiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil 8 em 1*. Barueri, São Paulo: Manoel, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Butshasky, 1978.

BITERCOURT, Cezar Roberto. *Aplicação alternativa ou substitutiva das penas restritivas de direitos nas Leis 9.503/97 e 9.605/98*. Porto Alegre: Notadez, 2000.

COMPARATO. Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 5.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Comentários à Lei 9.099*. 5 ed. São Paulo: RT. 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 9 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2007.

MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Consultor jurídico*. São Paulo: Consuléx, 1983.