XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;
Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-168-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentindo amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinarias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo "A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro", de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto "Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental", a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 /2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, consequentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

PODER PUNITIVO: DESRESPEITO AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE GRANDE ENCARCERAMENTO.

PUNITIVE POWER: DISRESPECT TO THE CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS IN GREAT IMPRISONMENT TIMES.

Lenice Kelner [1]

Resumo

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 marcou a plena garantia dos direitos humanos, considerado um marco jurídico da transição democrática, inaugurando o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento, ou seja, um princípio do qual decorre todo o sistema dos direitos humanos, sendo reconhecido como um dos fundamentos do próprio Estado Brasileiro. Diante de um sistema punitivo perverso e seletivo, formas de otimização e respeito aos direitos do preso devem ser levados a sério e pensadas em consonância com o marco principiológico constitucional, buscando a igualdade de todos os seres humanos.

Palavras-chave: Poder punitivo, Princípios constitucionais, Teoria da pena, preso

Abstract/Resumen/Résumé

In Brazil, the 1988 Federal Constitution marked the full guarantee of human rights, considered a legal framework of democratic transition, inaugurating the principle of human dignity as a foundation, or principle from which arises the whole system of human rights, being recognized as one of the foundations of the Brazilian State itself. Faced with a perverse and selective punitive system, ways of optimization and respect for the rights of the prisoner should be taken seriously and thought in line with the March constitutional principle logic, seeking equality of all human beings.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punitive power, Constitutional principles, Theory of pena, prisoner

[1] Mestre em Direito (UNIVALI- SC), Doutoranda pela UNISINOS. Professora, pesquisadora e extensionista da Universidade Regional de Blumenau - FURB.

I. Poder Punitivo e Sistema Prisional em Tempos de Grande Encarceramento.

Desde o século XIX a privação de liberdade é, em todo o mundo, a coluna vertebral do sistema de penas. Há tempos, Evandro Lins e Silva (1997, p. 220) declarou que "A cadeia, em si mesma, é uma monstruosidade como método penal. Sou um dos pioneiros no Brasil da luta contra a prisão, sou partidário de se acabar com a prisão." O Sistema Prisional em época de grande encarceramento reproduz de modo agudo a violação de preceitos constitucionais fundamentais. Esquece-se que o sistema penal é de "notória insolvência estrutural" e desde a sua origem é anticivilizatório." (ZAFFARONI, 1991, p. 27)

Dados do Ministério da Justiça divulgados em 2015 colocam o Brasil na terceira posição dos países que mais encarceram no mundo – considerando os presos em regimes penais e os presos domiciliares – com um total de 711.463 detentos. São 358 presos para cada 100 mil habitantes – quando a média de países considerados avançados é de 98 para cada 100 mil. Esses dados lançam o Brasil ao 3º posto no número de presos no mundo atrás dos EUA (2.228.424) e da China (1.701.344).

Decapitações de presos filmadas por rivais em celular, execuções camufladas de suicídios, exploração da população carcerária através de terceirizações de serviço de alimentação, terceirizações de terceirizações do trabalho do preso e ausência de benefícios mínimos previstos na LEP. Falta de assistência médica e dentária. Deficiência ou inexistência de defensoria dativa para pleitear progressões de regimes, livramentos condicionais e indultos. Falta de higiene nas celas. Presos doentes misturados em superpopulação de presos sadios. Espancamentos, suspensões arbitrárias de direitos, constrangimentos e isolamentos em locais sem qualquer condição de higiene eliminam a dignidade da pessoa humana (CASTILHO, 2010, p. 182).

Mas não é só. Conflitos do preso com os funcionários da prisão e com os demais presos é constante. A vida social numa prisão é sobremaneira difícil e quase impossível devido a um ambiente de desconfiança total, esperteza e desonestidade lá reinantes (OLIVEIRA, 1984, p. 64)

> *(..) O condenado à pena privativa de liberdade, ao ser trancafiado em cela, resta impossibilitado de sustentar sua família ou obter recursos para tanto, de tomar decisões ou de*

> *exercer seus direitos, de usar seu próprio nome, de escolher suas roupas, de usufruir da posse ou propriedade de seus bens e coisas e de manter relações heterossexuais. Além dessas vicissitudes, deve ainda enfrentar o angustioso e grave problema do excesso da população carcerária, o que implica reconhecidamente em maior número de presos que número de vagas em celas, contribuindo isto para tornar degradante a situação das prisões. (OLIVEIRA, 1984, p. 82)*

O princípio da dignidade da pessoa humana veda atos desumanos de afronta à integridade física, psíquica e moral do ser humano. O que se vê nos cárceres brasileiros é o desrespeito diário a esse princípio fundamental quando se observa a superlotação dos estabelecimentos penais, a falta de direitos básicos de assistência e o fingimento geral de ausência de tortura. Se não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder punitivo não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, se torna um objeto de arbítrios e de injustiças. (LEMOS, 2007, p. 25)

Mais de vinte anos depois do massacre do Carandiru[1] - com a execução de 111 presos em outubro de 1992 pela Polícia Militar de São Paulo, o Brasil ainda não resolveu o problema de superlotação dos presídios. Políticas de governo depositam no Direito Penal a solução dos problemas sociais eis que não há política de Estado racionais e capazes de evitarem o crime. Construir mais prisões e editar mais leis penais aparentam preocupação com o aumento da criminalidade e se tornam boa propaganda a governos demagogos. (BAUMAN, 1999, p 126).

Meios de comunicação de massa iludem o povo ao difundirem que mais penas criminais e mais encarceramentos resolvem o problema da violência urbana no Brasil. Daí então, como alerta ANDRADE (2002) que nasce essa equação do punição desenfreada:

[1] Enquanto no Carandiru daquela época, mais de 7 mil presos se dividiam em 3.250 vagas (média de 2,2 presos por vaga), hoje ao menos seis estados superam esse índice em suas unidades prisionais.

> *A equação "aumento e alarma (midiático) da criminalidade = medo e insegurança = demanda por segurança = expansão do controle penal obedece às ilusões da infância criminológica (Criminologia positivista) quando ainda se acreditava em Papai Noel (sistema penal) distribuindo presentes (combatendo e reduzindo a criminalidade, ressocializando criminosos e promovendo a segurança). (...) uma ilusão lucrativa com a mais-valia da dor e da morte. Dor e morte dos controlados nas masmorras prisionais, dos controladores, sobretudo policiais, das vítimas, dos familiares de controlados e vítimas, sem respostas positivas do sistema. (ANDRADE, 2002, p. 162)*

Não se analisa com a seriedade devida a legitimidade do Estado burguês que se imuniza e que se legitima com a punição daqueles denominados de "maus" (ZAFFARONI, 1991, p. 45). O excluído social sofre mais uma exclusão que é o encarceramento pois criminoso é sinônimo de mal, pobre e excluído (ANDRADE, 2003, p. 21-22). Os cárceres, portanto, espelham a sociedade desigual brasileira que deixa milhares sem direitos sociais e ainda por cima os seleciona para aplacar a sede de justiça burguesa e ilegítima mas que necessitam de alvos para se sustentar. A prisão se transforma em sofrimento humano e há séculos procura um sentido. O único que encontra é reproduzir um sistema violento de poder punitivo e de desigual social.

A história das penas criminais é horrenda e infamante para a humanidade como é a história dos delitos. Por mais cruel que seja a história do delito não se pode esquecer que este costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva, porém, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um (FERRAJOLI, 2006, p. 355).

Para ROSA (2013) O sistema de justiça atua como um instrumento sofisticado de controle social e como sustentador de uma ordem conveniente às elites dominantes, não somente tornando as prisões e demais instituições totais – dentre elas as escolas-prisões – depósitos de pessoas pobres, mas também exercendo o controle

intenso, na medida em que constrói presídios simbólicos, elaborados a partir de um imaginário de medo sentido por uma classe em relação à outra". Então:

> *"O sistema penal, já seletivo na criminalização de determinadas condutas, acaba sendo identificado também pela própria escolha de seu cliente, instituindo mecanismos de filtragem, desde a ação da polícia, passando pelo sistema de justiça, que aumentam significativamente a probabilidade de aplicação da pena aos cidadãos ajustáveis a estereótipos de idade, gênero, raça e classe social. (ROSA, 2013, p. 158)*

ANDRADE (2003, p. 26) argumenta que a seletividade subsiste, como lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, "mas extrapola a seleção de classe, de gênero e étnica, para alcançar a seleção penal e/ou extermínio daqueles que "não tem um lugar no mundo" ou que foram absorvidos pelo mercado informal e ilegal de trabalho, competitivo com o mercado oficial". A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais, e afirma Andrade que nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão, pois a criminalização incide seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente de cor não branca e masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminista." (ANDRADE, 2002, p. 137-8.)

O fracasso histórico do cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos é denunciado há muito tempo por Alessando Baratta (1987), diante das suas funções declaradas que não cumpre, "conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade" (BARATTA, 1987, p. 623), pois não diminui a criminalidade, senão a instiga, não ressocializa o condenado, mas o avilta em sua dignidade como pessoa humana.

II. Fundamentos Constitucionais da Pena Criminal

O princípio da legalidade - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" - (art. 5º, XXXIX, da CF/88); o princípio da pessoalidade da pena - "nenhuma pena não passará da pessoa do condenado (...)" (art. 5º., XLV, da CF/88) são princípios reitores do sistema de penas criminais e pilares do sistema de garantias e de direitos fundamentais aos condenados (Carvalho 2012, p. 462). A prevalência de preceitos constitucionais deveriam se sobrepor a legislações infraconstitucionais mas a desorganização estatal condiciona práticas inversas (CALLEGARI e WERMUTH, 2010, p. 135).

O art. 5º, inc. XLVI, da CF/88 apresenta espécies de sanções criminais adotadas no sistema penal brasileiro: "a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos". A pena privativa de liberdade continua sendo a pena central do sistema punitivo brasileiro pois é tradição do Direito Penal romano-germânico a lógica "carcerocêntrica" e não, por outra razão, as chamadas penas alternativas não são efetivamente alternativas, mas substitutivas à pena privativa de liberdade (prisão) (CARVALHO, 2012, p. 466).

A deixar a pena privativa de liberdade no centro punitivo do sistema penal brasileiro nega-se, "cotidianamente, com a conivência irresponsável, comissiva ou omissiva, dos agentes dos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), o comando constitucional que veda a imposição de sanções desumanas (cruéis)." (CARVALHO, WEIGERT, 2012, p. 466/467).

O cárcere é uma instituição ao mesmo tempo lesiva à dignidade da pessoa e inutilmente aflitiva. Nascido do projeto iluminista de mitigação e racionalização das penas, não parece mais idôneo atualmente, ou talvez nunca foi, porque não permite satisfazer a nenhuma das duas razões que justificam a sanção criminal: "prevenir o delito, dado o caráter criminógeno do cárcere, destinado a sempre funcionar como escola da delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; a prevenção da vingança privada e da punição informal, satisfeita, na atual sociedade da mídia, muito

mais pela publicidade do processo e pelo caráter simbólico e estigmatizante da condenação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

A mídia impulsiona punições mais severas, porém, é verificado que “a pena não resolve, nem encaminha a questão. A crença no aumento de punições e processos penais céleres, sem garantias processuais, fomenta a sensação de segurança, tão imaginária quanto as histórias infantis, ainda que vendidas pela mídia delivery e manejadas politicamente.” (ROSA, 2013, p. 34).

A Constituição Federal de 1988 abrangeu direitos e garantias fundamentais de maneira clara sendo considerada um marco jurídico na transição do Brasil ao regime democrático de Direito. Direitos e garantias fundamentais são “dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico” (Piovesan 2010, p. 25 e 35). Em seu preâmbulo artigos iniciais a Constituição Federal deixa clara a construção de um Estado Democrático de Direito que visa assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. (PIOVESAN, 2010, p. 26).

O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, contido no art. 5º, §1º, ressalta a força e a importância desses direitos no ordenamento jurídico. Então, “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” (PIOVESAN, 2010, p. 36).

Por conseguinte, dentre os direitos fundamentais encontrados na Constituição, urge dissertar acerca de alguns que estão estritamente ligados à execução penal e aos direitos inerentes aos presos e que, além de direitos, constituem verdadeiros princípios fundamentais e norteadores do direito, quais sejam: o da legalidade, o da liberdade, o da igualdade e o da dignidade humana.

O princípio da legalidade é um dos mais importantes princípios dentro de um

Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal, como sua lei principal, orienta a legislação infraconstitucional. A legalidade deve "abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes" (BONAVIDES, 1994, p. 112).

No âmbito penal, a Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da legalidade em seu art. 5º, inciso XXXIX, que dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." Disposição esta que já vinha estampada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que assegurava que "nenhum homem pode ser acusado, impedido ou detido senão nos casos determinados pela lei, e segundo as formas que ela prescreve."

O princípio da legalidade penal limita o poder punitivo estatal e garante aos cidadãos não serem punidos por crimes não existentes na lei e também que sejam punidos por juízos de exceção (SCHMIDT, 2007, p. 31 e 72). A legalidade penal deve observar, ainda, as condições que legitimam a aplicação da pena criminal.

Porém Zaffaroni (1991, p. 235) sustenta que é absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e sobretudo da igualdade, pois estruturalmente está preparado para violar a todos, mas o que pode-se pretender e buscar, é que a agência judicial empregue todos seus esforços de forma a reduzir cada vez mais o número e a intensidade destas violações, e que o fim seja elevar a realização destes princípios.

O princípio da igualdade recebe alerta com a Revolução Francesa. A partir de então o conceito de igualdade evolui. Igualde formal é cheia de contradições. "Já a igualdade material visa assegurar tratamento equiparado na possibilidade de acesso a todos os bens da vida, proporcionando, dessa forma, a igualdade real e efetiva de todos." (LEITE, 2011, p. 50).

O art. 5º, da CF/88 prevê em seu *caput* a "igualdade de todos perante a lei". No âmbito penal, este talvez seja um dos princípios mais transgredidos, já que dificilmente se vê a premissa de tratar os desiguais de maneira desigual.

Da mesma forma, que a liberdade é um dos princípios de maior importância no

ordenamento jurídico brasileiro. “Converge, hoje, de forma unitária para o aspecto de considerar que todo ser humano é livre por nascimento, quer dizer, que nasce com um direito moral à liberdade. O ser humano unicamente pode realizar-se a si mesmo em liberdade pessoal, liberdade de ser e de chegar a ser livre”. (OESTREICH, 1990, p. 25).

Apesar de ser direito inerente a todos e de extrema importância, o direito a liberdade não pode ser absoluto, devendo ser limitado em favor do bem comum e da paz social, a fim de evitar-se o caos social. Esta limitação, contudo, deve ser estabelecida de forma democrática e, para tanto, deve obedecer ao princípio da legalidade[2]. Ou seja, cabe ao Estado limitar este direito, instituindo leis que privem a liberdade, apenas, de quem descumprir os preceitos e regras de convivência de maior gravidade.

A referida noção de liberdade advinda com a Revolução Francesa, em que os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade consubstanciaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabeleceu que a lei é a expressão da vontade geral e que os homens nascem livres e iguais em direitos.

Liberdade deve ser entendida como a possibilidade de exercitar direitos fundamentais, baseados no princípio da dignidade humana. Porém o cárcere é contrário a tudo isso, no cárcere os direitos fundamentais são suprimidos, como bem argumenta Zaffaroni (2002), o cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, pois enquanto o ideal educativo promove a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, o cárcere tem caráter repressivo e uniformizante, pois:

> *As cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso. A educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante. (BARATTA, 2002, p. 183-4)*

[2] O homem deixa de ser considerado apenas cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Verifica-se, assim, um deslocamento do direito do plano do estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e autoridade. Prado (2006, p. 133-134).

E conclui Zaffaroni:

> *A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão, o que não é difícil de explicar. O preso ou prisioneiro é levado a condição de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo o que o adulto faz ou deve fazer usualmente em condições e com limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, etc.) ZAFFARONI, 1991, p. 135)*

A perda da liberdade ao preso não pode lhe retirar também a dignidade.

Não há liberdade sem dignidade.

Daí então, a noção de dignidade vincula-se à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade (Sarlet 2003, p.106-7). O princípio da dignidade da pessoa humana[3] é entendido como superprincípio, por ser o mais importante e o norteador de todos os demais princípios constitucionais. Então, "seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade". (PIOVESAN, 2010, p. 31).

Inserido na Constituição Democrática brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana é norma hierárquica superior. Orienta todo o sistema legislativo e proíbe o legislador infraconstitucional crie lei desrespeitosa a esse princípio. O Estado "existe em função da pessoa humana, isto é, a dignidade da pessoa humana é o fim maior do

[3] Conforme ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III, está elencada a dignidade humana como princípio fundamental. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - dignidade da pessoa humana;** (grifo nosso) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Estado e da sociedade". (LEITE, 2011, p. 45).

Dignidade da pessoa humana é:

> *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas de uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2012, p.73)*

Este princípio limita o poder punitivo, já que preexiste ao direito, "não dependendo do Estado para sua construção". (LEITE, 2011, p. 45). A dignidade da pessoa humana "vem a constituir princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro." (PIOVESAN, 2010, p. 32).

> *A dignidade da pessoa humana desde muito cedo deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa posição autônoma, do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2001, p. 231).*

Cabe ao Estado observar o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana embora este se traduza em seu grande violador. Principalmente na gestão do sistema prisional brasileiro onde aflora a superlotação dos estabelecimentos penais, onde a falta de direitos básicos de assistência ao preso são latentes e a as torturas físicas e psicológicas são constantes.

Sem respeito à vida e à integridade física e moral preso, sem respeito às limitações do poder punitivo o princípio da dignidade da pessoa humana se torna mais uma letra morta na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é direito fundamental reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, porém, seu descumprimento é diário com o tratamento desumano que se destina aos presos brasileiros. A realidade da punição criminal no Brasil "assume, sem pudores, a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade[4], são desprezíveis e por isso serão oficialmente abandonadas*".* (CARVALHO, 2010, p. 146). O sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente declaradas em seu discurso oficial. (BARATTA, 1987, p. 623-650)

Quando argumenta-se estratégias de despenalização, BARATTA (2002) aduz é necessário a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de socialização de controle do desvio e de privatização dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno, mas

> *(...) Enfim, integra a tarefa de uma política criminal alternativa em relação ao direito penal desigual, uma reforma profunda do processo,*

[4] Regras Mínimas para o tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Congresso das nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, onde dispõe que: As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos penitenciários separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento penitenciário, tendo em consideração o respectivo sexo e idade, antecedentes penais, razão da detenção e medidas necessárias a aplicar. Assim: a) Na medida do possível, homens e mulheres devem estar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que receberam homens e mulheres, a totalidade dos locais destinados á mulheres será completamente separada; b) Presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados; c) Pessoas presas por dívidas ou outros reclusos do foro civil devem ser mantidos separados de reclusos de foro criminal; d) Os jovens reclusos devem ser mantidos separados dos adultos.

> *da organização judiciária, da polícia, com a finalidade de democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado, para contrastar, também de tal modo, os fatores da criminalização seletiva que operam nestes níveis institucionais. (BARATTA, 2002, p. 202-3)*

Então, conclui BARATTA (2002) que após uma análise realista das funções exercidas pelo cárcere, a consciência do fracasso histórico para fins de controle da criminalidade e de reinserção do desviante na sociedade, mas também no esmagamento de setores marginais da classe operária, não resta ouro objetivo, senão a abolição da instituição carcerária: *"A derrubada dos muros do cárcere tem para a nova criminologia o mesmo significado programático que a derrubada dos muros do manicômio te para a nova psiquiatria.*" (BARATTA, 2002, p. 203). No mesmo sentido ZAFFARONI acredita ser possível "reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas humanas, evitar muita dor inútil e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos". ZAFFARONI, 1991, p. 159).

Porém, enquanto tivermos que conviver com a prisão, deveríamos buscar, como aduz Zaffaroni (1991): a máxima realização dos princípios garantidores da pena e a mínima violação dos princípios garantidores da pena, talvez assim poder-se-á limitar a irracionalidade e a violência do exercício do poder do sistema penal para alguns.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que diante do contexto histórico as penas privativas de liberdade produziram e reproduzem sofrimento e violência. Em muitos casos as penas privativas de liberdade têm acarretado dano maior do que o fato considerado criminoso. Crimes patrimoniais não violentos (furtos, receptações e estelionatos.) e crimes de discutida incriminação como o tráfico de drogas, o contrabando e o descaminho ilustram esse rol. Diante desse contexto parece evidente que a pena privativa de

liberdade não consegue reintegrar o condenado ao meio social. Ao contrário. Serve de estímulo à violência, à barbárie e ao desrespeito à condição humana.

Constata-se que a destinação da prisão afeta especialmente os excluídos sociais, demonstrando que ao longo da história o Direito Penal serviu de instrumento para manutenção de um estado de coisas desigual e a serviço dos detentores do poder de ocasião, pois é seletivo, arbitrário e estigmatizante. Ademais, a política estatal parece procurar substituir a afirmação de direitos sociais básicos aos cidadãos como a moradia, escola, emprego digno por estabelecimentos penais que são mais rápidos de construírem e rapidamente isolam aqueles considerados inúteis pela sociedade.

É um desafio, romper essa lógica punitiva retributiva e este enorme ciclo de encarceramento em que vive-se hoje no Brasil, especialmente quando nos deparamos com o desrespeito a um valor constitucional fundamental como a violação da dignidade humana, diante dos cárceres cruéis, desumanos e degradantes, que insistem em contribuir para as desigualdades sociais, especialmente de raça, gênero e de classe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima:** Código da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Trad. Francisco Bissoli Filho. Revista "Doutrina Penal" n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. As Alternativas às penas e às medidas sócioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. In. **Discursos Sediciosos**. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, v. 19/20, 2012.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Walter Rodriguez da. **As Penas Alternativas no Direito Pátrio.** São Paulo: Editora de Direito, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In Discursos Sediciosos, Revan: Rio de Janeiro, 2002.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FUNES, Mariano Ruiz. **A crise nas prisões.** São Paulo: Saraiva, 1953. 207 p.

HERKENHOFF, João Batista. **Crime, Tratamento sem Prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. Vila Velha: Univila, 2007.

LINS E SILVA, Evandro. **O Salão dos passos perdidos**: Ed. Nova Fronteira, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Prisão: Um Paradoxo Social.** Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.

ORDEM DOS ADVOGADO DO BRASIL, Rio de Janeiro. **Superlotação carcerária supera Carandiru.** Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100070086/superlotacao-carceraria-supera-carandiru>. Acesso em 08 de março de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Pablo Ornelas. Juventude criminalizada. Florianópolis: Insular, 2. ed., 2013.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das Penas Pedidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. de Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.