

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DA FALÊNCIA DO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Lucas da Silva Medeiros

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DA FALÊNCIA DO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Lucas da Silva Medeiros

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2020

**ASPECTOS JURÍDICOS E PRÁTICOS DA FALÊNCIA DO SISTEMA  
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como  
requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

---

Orientador Professor Mestre Rodrigo Lemos Arteiro

---

João Pedro Brigatto Wehbe

---

Felipe Velasques Dias

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2020.

*Dedico este trabalho à minha família, cujo carinho, cuidado e amor são as bases da  
minha vida.*

*“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.”  
(Jonh Locke)*

## **AGRADECIMENTOS**

Renovamento o quanto já declarado na dedicatória, gostaria de agradecer a minha família, base de minha vida e sustento dos meus dias.

Também estender os meus agradecimentos ao meu ilustre orientador, que mesmo com as restrições que o período atípico vivido mundialmente nos impôs, não mediu esforços para aceitar o convite e me honrar com seu aceite.

Outrossim, agradeço também à banca avaliadora, por dedicar parte de seu tempo ao meu trabalho.

A todos vocês, os meus mais sinceros agradecimentos.

## RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo abordar a relação entre o estado inconstitucional de coisas e o sistema carcerário brasileiro atual baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como nos direitos fundamentais e na Constituição Federal. Analisa-se esses princípios, bem como o conceito de estado inconstitucional e seus requisitos, no qual é necessário, para que esteja instaurado, que haja um quadro de violação contínua de direitos fundamentais, fruto de uma inércia ou incapacidade reiterada das autoridades públicas de modificar esse quadro. Será estudada a intenção da pena privativa de liberdade como medida de ressocialização, assim como a teoria dos afetos para o filósofo Espinoza e a modernidade líquida para Zygmunt Bauman. Serão apresentadas pesquisas realizadas a respeito do sistema carcerário brasileiro a fim de relacioná-lo com o estado de coisas inconstitucional. Essa ligação será constatada a fim de concluir que há uma rigorosa ligação entre o sistema carcerário e o estado de coisas inconstitucional e é necessário que se cesse a omissão do estado em relação à esses abusos à dignidade do preso para alcançar uma maior ordem social.

**Palavras-chave:** Princípios. Estado inconstitucional. Sistema carcerário. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This paper aims to address the relationship between the unconstitutional state of affairs and the current Brazilian prison system based on the principles of human dignity, as well as fundamental rights and the Federal Constitution. These principles are analyzed, as well as the concept of unconstitutional state and its requirements, in which it is necessary, for it to be established, that there be a framework of continuous violation of fundamental rights, the result of a repeated inertia or inability of public authorities to modify this painting. The intention of the penalty granted to freedom as a resocialization measure will be studied, as well as the theory of affections for the philosopher Espinoza and liquid modernity for Zygmunt Bauman. Research will be carried out on the Brazilian prison system in order to relate it to the unconstitutional state of affairs. This link will be verified in order to fulfill that there is a strict link between the prison system and the unconstitutional state of affairs and it is necessary to cease the state's omission in relation to these abuses of the prisoner's dignity to achieve a greater social order

**Keywords:** Principles. Unconstitutional state. Prison system. Fundamental rights..

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 ACEPÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....</b>	<b>13</b>
2.1 Aspectos Históricos da Pena Privativa de Liberdade.....	13
2.2 Da Finalidade da Pena de Prisão.....	15
<b>3 BREVE DIGRESSÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>18</b>
3.1 A Dignidade da Pessoa Humana.....	19
3.2 O Estado de Coisas Inconstitucional.....	23
<b>4 DA CRISE DA PENA DE PRISÃO.....</b>	<b>27</b>
4.1 Os Elevados Índices de Reincidência.....	29
4.2 Do Efeitos Crimnógeno da Prisão.....	30
4.3 Dos Efeitos Psicológicos Produzidos pela Pena de Prisão.....	31
<b>5 A PENA COMO MEDIDA DE RESSOCIALIZAÇÃO.....</b>	<b>33</b>
<b>6 DAS ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO.....</b>	<b>34</b>
6.1 O Sistema Carcerário Brasileiro.....	35
6.2 O Sistema Penal Alternativo no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	38
6.3 Os Afetos, a Modernidade Líquida e o Preso.....	41
<b>7 CONCLUSÕES.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade é instituto que atravessa a história da humanidade. Em primeiro momento, prezou-se, com sua criação, a partir de um critério sancionador; ou seja, estaria recolhido à prisão aquele que havia praticado delito proporcional à sua pena. Posteriormente, o aspecto ressocializador da prisão fora exaltado. Ocorre que, embora a finalidade da pena tenha mudado, vê-se, hodiernamente, que não há qualquer diferença quando da aplicação das sanções penais nos anos antigos e nos atuais.

O indivíduo, no atual sistema prisional brasileiro, é detentor de diversas garantias legais que asseguram os seus direitos humanos durante a execução de sua pena. Tanto pela Constituição Federal, quanto pela lei de Execuções Penais.

Entretanto, na prática acontece de forma diferente do que está garantido, pois é comum a violação e inobservância de tais preceitos durante a execução da pena. Nesse sentido, o indivíduo, desde o momento de sua prisão, acaba por ter sua liberdade e seus direitos fundamentais perdidos, passando a uma vivência totalmente diferente da que estava acostumado. Os problemas do sistema prisional são inúmeros e nos mais variados aspectos.

Dessa forma, nota-se que a Lei de Execução Penal não tem sido eficaz, pois acaba não atingindo o fim para o qual se destina, que é a proteção dos direitos e a reinserção dos detentos na sociedade, após cumprirem pena e terem alcançado a recuperação nas instituições prisionais.

Além disso, a Constituição Federal e a LEP asseguram ao indivíduo preso o respeito à integridade física e moral, dentre tantas outras garantias que, porém, não são observadas. Muitas vezes, as prisões brasileiras afastam-se dos preceitos legais constitucionais e infraconstitucionais e não respeitam minimamente a condição de dignidade de seus apenados, fato que acarreta, muitas vezes, na contribuição para o desenvolvimento de um caráter violento dos prisioneiros, os quais, depois de voltarem à sociedade, provavelmente, exteriorizarão atitudes violentas.

São várias as causas que tornam depreciativo o ambiente carcerário para os apenados, como por exemplo, o não oferecimento de garantias básicas como, assistência médica, alimentação, vestuários entre outras. No entanto, tal problemática torna-se ainda mais evidente e incontestável quando se analisa os

regimes prisionais e a concessão de benefícios, tais como a progressão de regime.

Chama-se a atenção para a real efetividade de tais garantias. A legislação, ao criar tais garantias, busca criar um ambiente que seja digno e que possa criar possibilidade de ressocialização e reinserção na sociedade. Entretanto, a realidade tem demonstrado total distanciamento de tais objetivos, afetando os resultados que deveriam ser alcançados com as garantias.

É sabido que os indivíduos encarcerados não deixam de ter seus direitos resguardados, possuindo garantias expressas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, que visam não só à proteção dos seus direitos, mas também a integridade do ser humano, pois, o principal fim é reinseri-lo na sociedade e combater possível reincidência.

No entanto, o que se tem observado na prática é que tal sistema de garantias vem sendo posto de lado pelos governantes e pela sociedade, uma vez que se criou uma espécie de cultura de que pessoas que cometeram algum crime são incapazes de retornar ao convívio social e de ter uma vida digna, e que, por isso, não são merecedoras e portadoras direitos.

Assim sendo, observa-se que em um cenário pontuado por insucessos, tanto a Lei de Execução Penal como os princípios que regem a matéria e a própria Constituição Federal perdem eficácia na medida em que o próprio Estado não consegue garantir a efetividade do seu quadro normativo.

A criminalidade crescente e a desestruturação e ineficácia do Estado em combatê-la, reavivam o sentimento de insegurança popular. Sob esta influência, concluem, assim, que o grande problema que reside o avanço da criminalidade é a impunidade; portanto, clama-se por cada vez mais punição, e cada vez mais estabelecimentos prisionais.

Juristas mundo afora têm afirmado que o problema da prisão é, propriamente, a prisão e os efeitos por ela causados: isto porque, ao invés de auxiliar o combate ao crime, acabam por estimulá-los; tornam-se, autênticas universidades do crime.

Assim, por meio deste trabalho científico, analisou-se os efeitos de tais sistemas, bem como seus efeitos em campos práticos, com o advento de seus mecanismos de punição e seus consequentes resultados – o método utilizado para este trabalho científico fora o dedutivo, isto porque traz acepções gerais do tema analisado.

Em primeiro momento, destacou-se o que é, em si, o instituto da pena privativa de liberdade, suscitando-se os seus aspectos históricos e as teorias que ao longo da história delinearam a sua finalidade.

Em seguida, analisou-se a problemática da prisão com enfoque na sua correlação e na obediência que deve salvaguardar com os direitos fundamentais, com especial foco dirigido à dignidade da pessoa humana, esta como princípio máximo que, como visto, embora insculpido na legislação, o mesmo não é encontrado na realidade que bate as nossas portas todos os dias nos noticiários.

Mais adiante, o estudo se debruçou sobre o estado de coisas inconstitucional, este que se baseia na constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, demonstrando ao ponto extremo onde de tanto desrespeito aos princípios fundamentais, a situação torna-se quase que natural.

E tendo por substrato tudo quanto explanado no presente trabalho, passamos a análise da crise da pena de prisão, sendo argumentado no capítulo quarto que embora haja todo um aparato legal para cumprimento de pena, não há integração harmônica entre a pena e a sua finalidade.

Assim, passamos a análise dos elevados índices de reincidência, aspecto máximo demonstrador de que a prisão, enquanto em seu caráter repressivo, encontra-se quase que completamente falida.

De posse de todas as lições até então delineadas, buscou-se o estudo pautar-se na pena como medida de ressocialização, conforme as previsões legais e também as digressões doutrinárias sobre o tema, para em seguida, abordar as ideias alternativas à pena de prisão.

Ainda, foi feito um panorama geral sobre o sistema penal brasileiro, para em seguida adentrarmos o ideal de um sistema penal alternativo, este já previsto na legislação penal.

Por fim, o arremate do trabalho de seu com a apresentação da teoria da modernidade líquida, onde os valores materiais se preponderam ante os demais valores, gerando um ser individualista, capaz de cometer abusos e violências contra direitos fundamentais, gerando um ideal de repressão sobre todos os demais indivíduos, fazendo-se tolerar as máculas aos direitos fundamentais.

E então conclui-se que, conquanto haja previsão e esforço da sociedade e do poder público à diminuição das taxas de criminalidade e de

encarcerados, não há solução imediata que se preste à simplificação do problema. É necessário, assim, que o poder público e a sociedade estejam mais atentos aos problemas enfrentados e busquem soluções mais pertinentes à problemática aqui enfrentada.

Para serem atingidas as devidas conclusões, lançou-se mão dos métodos de pesquisa histórico e hipotético-dedutivo, tendo por base a doutrina, jurisprudência e também empregando pesquisa por meio de artigos e notícias disponíveis na rede mundial de computadores.

## 2 ACEPÇÕES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Etimologicamente, a palavra prisão é derivada do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender ou agarrar), e, conforme define Plácido e Silva (2009, p. 1097):

É o ato de prender ou o ato de agarrar uma pessoa ou coisa; assim prender e agarrar são equivalentes à prisão, significando o estado de estar preso ou encarcerado. Na terminologia jurídica, é o vocábulo tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, de onde não poderá sair. Nesta razão, juridicamente, pena de prisão quer exprimir pena privativa de liberdade, em virtude da qual a pessoa, condenada, a ela é recolhida e encarcerada em local destinado a esse fim

De mesmo modo, para Nucci (2012, p. 519), “prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa ao cárcere”. Juridicamente, analisando legislatura que diz respeito ao cárcere, é possível definir prisão como o ato de captura ou apreensão do indivíduo transgressor de mandamento legal, passível de recolhimento ao cárcere com vistas ao cumprimento de sua pena em estabelecimento destinado ao fim almejado.

Ocorre que a prisão como sendo pena criminal detém história que deve ser perquirida e analisada, isto porque, em algum momento da história humana houve a mutação da prisão para a prisão-pena, como conhecida nos dias de hoje.

### 2.1 Aspectos Históricos da Pena Privativa de Liberdade

A prisão é associada até mesmo a uma origem bíblica, conforme dita o versículo 3 do capítulo 40 do livro de Gênesis: “E entrego-os à prisão, na casa do capitão da guarda, na casa do cárcere, no lugar onde José estava preso”.

Na origem da sociedade, em razão de sua própria formação grupal, estabeleceu-se regras de convivência social a seus membros, os quais deveriam arcar com as consequências de seus atos caso as transgredissem. Essas regras, inicialmente, foram originadas dos costumes de casa sociedade e, seu temor era, propriamente, religioso. Não havia, nessas sociedades, órgão que exercitava a autoridade coletiva sobre seus membros (WUNDERLICH, 2006).

As leis penais foram as primeiras a surgirem nos ordenamentos jurídicos mundo afora, isto porque, primeiramente, prestou-se à tentativa impor

limites jurídicos aos comportamentos dos indivíduos (os quais já eram limitados pela ética e moral da sociedade em que viviam, de acordo, reitere-se, com os costumes): é o que Wunderlich (2006), assevera.

Ocorre que o *jus puniendi*, representado pela figura do Estado ao punir os indivíduos quando da transgressão de regras jurídicas, e, portanto, morais, substituiu as penas de morte que eram impostas em sociedades não regulamentadas pela figura estatal. Assim, na segunda metade do século XVIII, a pena de morte perdeu sua força, uma vez que não esta não alcançava seu fim almejado: a contenção da criminalidade<sup>1-2</sup>.

De acordo com o iluminismo penal trazido por Beccaria, notadamente em seu livro “Dos delitos e das penas”, obra a qual marcou reação liberal ante ao antigo regime monárquico (considerado muitas vezes cruel e desumano), assegurou-se a liberdade do indivíduo contra o arbítrio estatal.

Mais tarde, os princípios defendidos por Beccaria<sup>3</sup> foram adotados pela Declaração dos Direitos do Homem, redigida em 1789, no auge da Revolução Francesa.

No Brasil, com o início da colonização, vigoraram, em primeiro momento, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, isto porque trouxeram, os portugueses, seu ordenamento jurídico.

Já em 1603, as Ordenações Filipinas, sendo reflexo do direito penal medieval (com penas severas e cruéis), entram em vigor. Mirabete (2010, p. 320) descreve o período precisamente:

O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristão com infiel etc. As penas, severas e cruéis (açóites, degredo, mutilação, queimaduras etc.),

---

<sup>1</sup> Veja: não é de hoje que as sociedades tentam conter a criminalidade por meio da imposição de penas cada vez mais severas. A simplificação de um problema complexo, que é a criminalidade, atravessa a história; a impunidade, destarte, fora tida como causa da criminalidade em diversos momentos históricos, o que, até hoje, é dogmático.

<sup>2</sup> O declínio socioeconômico, como assevera Wunderlich (2006), muito contribuiria para a mudança da pena de morte para uma pena menos severa, isto porque, como já afirmado, a pena de morte não conseguia mais conter o aumento da criminalidade, na medida que a pobreza predominava, com seu consequente aumento da miséria.

<sup>3</sup> Dentre os princípios defendidos por Beccaria, ressalta-se três: (i) – as leis que fixassem as penas, e o próprio direito de fazer leis caberiam exclusivamente ao legislador, uma vez que este representaria a sociedade unida por um contrato social; (ii) – o soberano (Estado) somente poderia elaborar leis gerais, as quais todos deviam obediência, e ele não devia julgar se alguém as violou; e (iii) – mesmo que os castigos cruéis não se opusessem ao bem público (o combate à criminalidade), a crueldade provocada era facilmente tida como odiosa na medida que era inútil e contrária à justiça.

visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.

Com o advento da independência, em 1822, em conjunto da outorga da primeira Constituição brasileira, substituiu-se as referidas Ordenações pelo Código Criminal do Império, o qual fora sancionado por Dom Pedro I em 1830, caracterizado, dentro outras coisas, pela individualização da pena, previsão de atenuantes e agravantes, além de julgamento especial aos menores de 14 anos.

Com a proclamação da República em 1889 e a abolição do sistema escravocrata em 1888, o país necessitava da edição de um novo Código Criminal. Tal Código abolira a pena de morte, fixou limite da pena de prisão em 30 anos e instalou regime penitenciário de caráter correccional, entretanto foi alvo de duras críticas desde seus primórdios, por refletirem ideias liberais e humanistas (os quais a Escola Positiva e a criminologia insurgente demonizavam).

Em meio a diversas turbulências políticas e sociais, insurgiu-se o Código de 1940, que nas palavras de Zaffaroni (2002, p. 119) é “rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de medidas de segurança pós-delituosas”.

O Código sofreu significativas alterações, tais como a Lei nº 6.416/77, que inovara a execução penal, revelando “grandes preocupações com a individualização executiva da pena e a dignidade pessoal do condenado”; e a Lei nº 7.209/84, a qual reformara a Parte Geral do Código.

## **2.2 Da Finalidade da Pena de Prisão**

No decorrer do tempo, surgiram teorias as quais buscavam legitimar e indicar a finalidade da pena de prisão; três foram as teorias relativas à finalidade da pena: absoluta, relativa e eclética.

A teoria absoluta (ou retributiva) é aquela que defende a pena como um fim em si mesma, ou seja, como tão-somente retribuição do mal causado pelo delito, compensando, assim, o autor.

O Estado burguês e o capitalismo exurgente fundaram a teoria, tendo como embasamento o próprio contratualismo burguês. Bittencourt (1993, p. 90) leciona que:

Com essa concepção liberal de Estado, a pena não pode mais continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como a “retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens

Destaca-se dois grandes defensores de referida teoria: Immanuel Kant e George F. Hegel.

Kant (2008, p. 76) leciona que a lei penal é imperativo categórico, sendo utilizada somente quando o infrator desrespeita-la. Não se considera, na filosofia kantiana, qualquer utilidade da pena enquanto instrumento de intimidação ou recuperação do delinquente.

Por outro lado, Hegel (2000, p. 473), em sentido diametralmente oposto, fundamenta a pena pela violação da ordem jurídica, que somente poderia ser reestabelecida pela negação ao ato delituoso. Nas palavras de Bittencourt (1993, p. 92):

Igualmente, se deve aceitar que a pena não é somente um mal que se deve aplicar simplesmente porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – ‘irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existiria um prejuízo anterior.

Claus Roxin (2008, p. 87) patrocina as mais severas críticas à teoria em apreço, dentre elas: a) o fracasso em traçar limite em relação ao conteúdo do poder estatal; b) a justificação insatisfatória da sanção da culpa, visto que a culpabilidade, pressupondo o livre arbítrio, é indemonstrável; c) não se pode compreender racionalmente a eliminação de um mal (delito) por outro mal (a pena).

Contra-pondo-se à teoria absoluta, a teoria relativa visa não retribuir o mal causado pelo delito, mas sim preveni-lo.

A função preventiva da pena, segundo teoria em análise, divide-se em: geral, intimidando todos os componentes da sociedade, e especial, agindo diretamente sobre o delinquente, intimidando, corrigindo, e, conseqüentemente, impedindo sua prática de novos crimes.

Por fim, a teoria mista (ou unificadora), representa a fusão das teorias absoluta e relativa, reunindo a retribuição contra o mal causado e a eficácia preventiva da sanção penal.

### 3 BREVE DIGRESSÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 vem com uma maior atenção aos direitos fundamentais do indivíduo, de maneira que valores como a dignidade da pessoa humana e liberdade estão implícitos em muitos artigos da Carta. A partir da Segunda Guerra mundial o medo e a insegurança de que houvesse novos abusos ao direito do homem fez surgir uma maior preocupação à dignidade e aos interesses do ser humano. O julgamento de Nuremberg acontece em 1945, e tem como objetivo investigar os crimes cometidos pelos nazistas. A partir desses acontecimentos o direito passa a ser mais centrado nos direitos subjetivos e preocupa-se com uma maior humanização.

A partir do Julgamento de Nuremberg, qualquer violação à dignidade humana praticada como política de governo passou a constituir desrespeito à humanidade como um todo. “Os direitos do homem estão acima dos direitos do Estado” – eis, em síntese, o significado do julgamento de Nuremberg. (MARMEELSTEIN, 2016).

O desespero de viver em um Estado que abusa dos direitos fundamentais e não dá espaço para uma existência digna tomou conta dessa época. Por isso, a partir do Julgamento de Nuremberg o direito passa a se preocupar a fundo com o indivíduo em si. Dessa forma, o homem deixa de ser objeto e se torna sujeito de direitos.

Em razão disso, no cenário atual a dignidade da pessoa humana está no ápice das constituições espalhadas pelo mundo. A Declaração Universal de Direitos Humanos é criada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e afirma: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Para Flávia Piovesan (2006, p. 18), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 acaba por inovar o conceito de direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, a qual é marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Conceitua ainda que, a concepção contemporânea de direitos humanos é uma “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam” (SOUZA, 2017).

Ou seja, a Declaração Universal de Direitos Humanos traz consigo uma universalização dos direitos humanos para que os princípios estejam presentes na maior parte de países que possa alcançar.

A Constituição Federal de 1988, fruto de um período pós ditadura militar, surge com o princípio da dignidade da pessoa humana como base para todo o seu conteúdo, o qual pode ser identificado no rol dos incisos do artigo 5º da Carta que trata da não submissão à tortura, a inviolabilidade de liberdade de consciência e crença, a vedação de penas indignas, bem como a proteção da integridade do preso.

### **3.1 A Dignidade da Pessoa Humana**

O termo dignidade é definido no dicionário de direitos humanos como:

Atributo, qualidade da pessoa humana (...) A dignidade pode ser observada sob dois pontos de vista: subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, ela é o sentimento do homem sobre si mesmo, que lhe possibilita consciência sobre o existir no próprio espaço e em seu próprio tempo. Do ponto de vista objetivo, a dignidade é o respeito da comunidade pelo sujeito, a compreensão de seu valor intrínseco, com reconhecimento de suas características e peculiaridades. A dignidade está relacionada à autonomia do homem, à racionalidade de sua existência livre. (COSTA, 2006)

A partir daí, é necessário compreender que cada indivíduo possui o direito de ser digno, ou seja, trata-se de um sujeito de direitos fundamentais, que fazem parte da base da legislação brasileira, bem como da maior parte dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

(...) por dignidade da pessoa humana 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 para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (...). (SARLET, 2004).

Ou seja, a dignidade da pessoa humana não trata apenas de uma questão jurídica, mas também de uma questão psicológica e humana, essencial para a formação psíquica, social e cultural de cada indivíduo

Ao debruçar-se sobre o estudo da dignidade da pessoa humana, inicialmente pode parecer óbvio que os seres humanos tenham direitos que lhes sejam inerentes e que não podem ser violados, seja por terceiros, seja pelo próprio Estado. No entanto, muito complexa é a tentativa de conceituação da dignidade humana, tendo em vista que se trata de um conceito aberto, que somente alcança maior concretude quando definidos os seus componentes, a fim de buscar entender sua extensão, bem como sua aplicação prática.

Analisando-se historicamente a dignidade humana verifica-se que sua primitiva origem tem base religiosa, decorrente da ideia de que os seres humanos são feitos à imagem e semelhança de Deus, como consta na Bíblia, o que lhes garante uma dignidade própria da sua qualidade humana. (MORAES, 2003, p. 111).

Entretanto, por certo período, essa qualidade humana não abrangia todos os seres humanos, tendo em vista que a divisão da sociedade em classes excluía certos grupos, que não seriam dotados dos mesmos direitos inerentes pela própria humanidade aos membros dos outros grupos ou classes sociais privilegiadas. Era o que ocorria, por exemplo, com os escravos em algumas sociedades antigas, que eram tratados como objetos e não como humanos, não sendo sujeito dos direitos e garantias que os demais detinham.

Com o desenvolvimento intelectual, em especial na época do Iluminismo, o homem foi trazido ao centro dos estudos e por isso a filosofia passou a preocupar-se com a ideia de dignidade humana, tratando de discutir e ocupar-se do debate acerca de suas principais características e conceitos.

Nesse campo, Immanuel Kant foi um grande expoente, considerando que a autonomia humana, decorrente do fato do ser racional existir como um fim em si mesmo, justifica a atribuição ao homem de um valor que não pode ser materialmente medido, que é a dignidade (KUMAGAI, MARTA, 2010).

Sobre a obra do referido filósofo assim se encontra:

Atribui-se a Kant a seguinte lição: "A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma

autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna". (CAVALIERI, 2012, p. 89).

No entanto, somente no período Pós Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana passou a figurar como valor central e com importância jurídica. A Assembleia Geral da ONU proclamou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos inspirada pelo texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Já no seu primeiro artigo estabelecia que "todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos".

Pretendiam os membros da ONU torná-la pública e conhecida por toda a sociedade, independente da situação política ou econômica de cada país, a fim de que se reconhecesse o direito inerente de cada homem, o qual deveria ser respeitado por todos para que reinasse a justiça e a paz no mundo.

Assim, paulatinamente a dignidade da pessoa humana foi objeto de inclusão nos tratados internacionais e nas Constituições nacionais, sendo a primeira delas a Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu em seu artigo 1º a inviolabilidade da dignidade humana como valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. (BARROSO, 2010).

No Brasil, foi essencialmente no período pós Ditadura Militar, dentro de um contexto de redemocratização, que a Constituição Federal de 1988 espelhou inteiramente todos os anseios e princípios que se necessitava proteger, muitos deles que já se encontravam garantidos também pelas normas internacionais.

Nesse sentido, muito significativo que logo no primeiro artigo da Carta Maior esteja expressamente prevista a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CF/88), figurando ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Válido destacar também, que o legislador constituinte reconheceu a importância de internalizar instrumentos que buscassem a dignidade do homem, conforme dispõe o artigo 5º, §2º da CF/88, ao dispor que os direitos expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, como os tratados internacionais que o país seja parte. Desta forma, o §3º do art. 5º da Carta Magna elucida que os tratados e convenções internacionais sobre

direitos humanos aprovados por 3/5 em cada Casa do Congresso terão status de norma constitucional ao fazê-las equivalentes as emendas constitucionais.

A ideia de dignidade humana também esteve sempre ligada aos direitos chamados fundamentais como liberdade, igualdade, livre iniciativa, lazer, meio ambiente, dentre outros, mas com ela não se confundem, pois a dignidade refere-se a uma qualidade do homem. Para (RAMOS, 2014, p. 69) pode ser compreendida como uma unidade jurídica ligada à origem dos direitos humanos, aos quais confere conteúdo ético, e fornece ainda, conteúdo axiológico a todo o sistema jurídico a fim de promover a eficácia dos direitos, e orientar o aplicador da lei.

Conforme leciona MORAES (2011, p. 1):

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Ao optar por colocar a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o constituinte lhe concedeu status de valor base de todos os demais direitos e garantias fundamentais. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. (CAVALIERI, 2012, p. 88)

Diversos conceitos buscam definir a dignidade humana, como se pode observar:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p. 48)

A dignidade também pode ser conceituada como um valor fundamental, que embasa e justifica os direitos humanos e fundamentais, podendo estar ela já expressa em alguma norma que traga uma garantia ou mesmo ser

utilizada como um princípio geral e elevado que auxilie a interpretação das demais normas (BARROSO, 2010, p. 11).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana reconhece o ser humano como bem maior protegido, carregando consigo direitos inerentes à própria condição humana, como a vida, a liberdade, a igualdade e todos os demais direitos deles decorrentes que são imprescindíveis e que devem ser garantidos dentro de um Estado democrático.

As ordens constitucionais que tem como base a construção de um Estado democrático de direito, como o Brasil, tem como valor fundamental a dignidade da pessoa humana, a qual ocupa ponto central nos campos filosóficos, jurídicos e políticos. Assim o homem, independente da existência de qualquer circunstância, deve ter seus direitos inerentes a sua condição humana respeitados por seus pares e pelo Estado. (SARLET, 2011, p. 28).

Nesse sentido, sendo a dignidade valor fundamental e justificativa de todos os demais direitos inerentes ao homem, impõe-se reconhecer que deva ser ela garantida também àqueles que se encontram encarcerados em estabelecimentos prisionais por conta de cumprimento provisório ou definitivo de decisões judiciais. Encontra-se nesse ponto o objeto do presente estudo, que consiste na verificação da responsabilidade civil do Estado e de sua natureza, nos casos de violação à dignidade humana dos presos.

E neste ponto, manter o indivíduo preso em um sistema carcerário ineficaz, é ferir a dignidade da pessoa humana que há no mesmo.

### **3.2 O Estado de Coisas Inconstitucional**

O Estado de coisas inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, as quais se basearam em constatações de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Dirley da Cunha Junior, explica:

Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público. (JUNIOR, 2015).

Ou seja, trata-se de decisões baseadas em constantes transgressões de normas ou princípios constitucionais a fim de resolver essas falhas da forma mais razoável possível.

Ainda mais, esse quadro de coisas inconstitucional existe quando, além das constantes violações aos direitos fundamentais, as violações decorrem de omissão e inércia das autoridades públicas. Porém, para que tal circunstância se faça presente, é necessário observar três pressupostos, sendo o primeiro a constatação de um panorama de violação massiva ou generalizada de direitos fundamentais, de forma que atinja um número amplo de pessoas.

O segundo pressuposto se refere à falha estrutural do estado, na qual, de certa maneira prejudique a administração pública, gerando a “violação sistemática de direitos”, a qual se refere a essa constante e generalizada violação de direitos.

Já o terceiro pressuposto, explica o professor Dirley da Cunha Junior:

(...) Há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal – que se reveste de natureza estrutural, na medida em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer, etc.). (JUNIOR, 2015).

Ou seja, a possível solução do problema se dá a partir de medidas que partam de diversos órgãos da administração do país, de maneira que, em conjunto, possam sanar os problemas através de mudanças estruturais. Nessa perspectiva, a partir da ADPF 347, optou-se pela via dialógica do assunto, propondo basicamente que a suprema corte brasileira interfira na formulação e implementação de políticas públicas, além de escolhas orçamentais.

Logo, constata-se que o Estado de coisas inconstitucional se dá a partir da existência de um quadro de violação disseminada e contínua de direitos fundamentais, fruto de uma inércia ou incapacidade reiterada das autoridades públicas de modificar ou melhorar esse quadro. Nesse sentido, a ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) número 347, o Supremo Tribunal Federal

reconhece que o sistema penitenciário brasileiro vive em um “Estado de coisas Inconstitucional”.

Tal ADPF apresenta os seguintes argumentos:

**SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO.** Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (**Grifo nosso**). (BRASIL, ADPF 347, 2015)

A partir desses preceitos alegados pelo próprio Estado através da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, fica clara a situação de abuso e de calamidade que encontramos nos presídios do Brasil nesse momento, posto que o próprio Estado alega que existe uma situação de superlotação, bem como violação de direitos e falhas estruturais.

Além disso, analisando os argumentos apresentados para a defesa de que há um quadro de inconstitucionalidade na situação carcerária brasileira, podemos constatar que se trata evidentemente de matéria de Estado de coisas inconstitucional, visto que é simples detectar que estamos diante de um panorama de violação massiva de direitos fundamentais, que é fruto de uma inércia reiterada das autoridades competentes e do Estado a fim de modificar essa situação.

Ademais, a problemática que o estado inconstitucional engloba é tamanha que muitos trabalhos acadêmicos no direito ou em outras áreas versam sobre a matéria.

Os direitos fundamentais não podem ficar a deriva da boa vontade legislativa. Quando verificada inércia em função de pontos cegos legislativos de perspectiva, cumpre ao Supremo, na condição de guardião da Constituição da República, retirar os demais poderes da inércia a fim de cumprir o mandamento constitucional, conforme afirmado pelo Min. Marco Aurélio no julgamento da medida cautelar na ADPF 347. (CHIQUETTI, Lucas, 2017)

Ou seja, uma das ideias é a de que compete ao Estado o dever de evitar que haja um estado de coisas inconstitucional, a fim de suprir esses abusos

reiterados de direitos para que não vivamos em um estado ineficaz, omissivo e negligente.

#### 4 DA CRISE DA PENA DE PRISÃO

Embora haja todo um aparato estatal voltado à execução da pena, previsão constitucional e infraconstitucional de direitos do preso e organizações voltadas aos direitos humanitários dentro do presídio, vê-se que tal ideal não resta configurado.

O art. 1º da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), assevera que “a execução pena tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Em mesmo sentido, Albergaria (1996, p. 239) ensina que

O objeto da execução penal consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição.

Este discurso jurídico-penal é comumente encontrado na doutrina e jurisprudência com vistas a justificar a pena restritiva de liberdade, decorrendo-se promessas de tutela dos principais bens jurídicos dos cidadãos, punindo-se as condutas que os ofendam. É notória, no entanto, como já afirmado, que, seja pela falta de condições do sistema penal, seja pela falta de vontade dos órgãos públicos em transformar o ambiente carcerário, referido ideal não se consubstancia.

Ferrajoli (2006, p. 309) explicita fatores que contribuiram para a crise do sistema penitenciário:

A crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos têm provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que têm conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que, às vezes, tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões a cada ano; a mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinqüência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua.

Embora não cumpra com os deveres que assume, o Estado, por meio de declaradas promessas, confere sensação de segurança à sociedade.

Alessandro Baratta (2006, p. 180) detém o mesmo entendimento:

O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais na realização impossível.

É necessário que questionemos, assim, a legitimidade da pena de prisão quando da análise teoria; e, também, é necessário que analisemos como referida pena vem sendo executada, por meio de sua infraestrutura, orçamento disponibilizado e os estabelecimentos penitenciários que detemos.

Neste íterim, o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade também resta maculado, impossibilitando qualquer efeito positivo sobre o apenado. Foucault, filósofo francês, traz crítica à pena de prisão desde a era contemporânea (1820-1845), denunciando o grande fracasso da justiça penal e, fixando formulações atemporais em sua obra *Vigiar e Punir*, datada de 1977:

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta; (...) A detenção provoca a reincidência; (...) A prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos (...)

A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem (...) impondo aos detentos limitações violentas; (...) corrupção, medo e incapacidade dos guardas; (...)

A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras: (...) E nesses clubes é feita a educação do jovem delinquente que está em sua primeira condenação; (...)

As condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência: porque estão sob a vigilância da polícia; (...) A quebra de banimento, a impossibilidade de encontrar trabalho, a vadiagem são os fatores mais frequentes da reincidência.

(...) Enfim a prisão fabrica indiretamente delinquente, ao fazer cair na miséria a família do detento. (...) Devemos notar que essa crítica monótona da prisão é feita constantemente em duas direções: contra o fato de que a

prisão não era efetivamente corretora (...) e que a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime

Bittencourt (1993, p. 70) resume a fundamentação sobre a qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena de prisão em duas premissas: a) o ambiente carcerário é meio artificial, antinatural, que, por ser uma antítese à comunidade livre, não permite realizar qualquer trabalho reabilitador sobre o recluso; b) as precárias condições materiais e humanas, verificadas no exame das condições reais em que se desenvolve a execução, tornam inalcançável a reabilitação.

Passe-se à análise de alguns dos problemas enfrentados pela pena privativa de liberdade que mais se acentuam nos sistemas penitenciários atuais.

#### **4.1 Os Elevados Índices de Reincidência**

Os elevados índices de reincidência demonstram o fracasso da pena de prisão: seja por seu aspecto preventivo quanto diminutivo da delinquência enquanto reabilitadora do delinquente.

Na medida que é admitida ser a impunidade a causa da delinquência, pune-se cada vez mais. Ora, a alegação não prospera, isto porque, tomando como exemplo o Brasil, que é terceiro país do mundo que mais pune, sua taxa de reincidência é altíssima.

Entretanto, algumas considerações críticas sobre as cifras de reincidência devem ser feitas:

1) não têm sido realizados estudos sobre as causas dos altos índices de reincidência, não restando comprovada se esta pode ser atribuída aos acontecimentos posteriores à liberação do interno – como o fato de não encontrar trabalho, não ser bem aceito pela sociedade (criação do estigma);

2) o percentual de reincidência não considera a situação dos internos em relação a cada estabelecimento penal, com as suas respectivas peculiaridades. Dessa forma, a reincidência não poderia ser atribuída exclusivamente ao fracasso dos métodos penitenciários, mas também a fatores específicos de cada instituição, como a população carcerária e sua periculosidade, por exemplo;

3) os chamados “crimes do colarinho branco”, onde a corrupção e o tráfico de influência são características frequentes, geralmente conseguem suprimir a ação do sistema penal;

4) não se pode atribuir o fracasso na ressocialização exclusivamente ao sistema prisional ou penitenciário: a responsabilidade também deve ser atribuída às situações e condições sociais injustas.

Assim, é impossível que admitamos o índice de reincidência como fator suficiente à determinar o sucesso ou fracasso da pena de prisão.

#### **4.2 Do efeito criminógeno da prisão**

Devido ao ambiente carcerário, a prisão se presta muito mais a um estímulo à delinquência como, propriamente, instrumento de reabilitação: é quase uma universidade do crime.

A situação penitenciária é sintetizada nas palavras de Boschi (2008, p. 113):

As penitenciárias, efetivamente, estão superlotadas, inclusive nos países do primeiro mundo e, em muitas delas, os condenados, esquecidos pela sociedade, que os esconde atrás dos muros, amontoam-se em celas coletivas, dormindo no piso, sem colchões e agasalhos. Noutras, de segurança máxima, o risco é tal que as autoridades só conseguem ingressar nas galerias se forem acompanhadas pela polícia de choque. Não raro, os conflitos interpessoais são resolvidos pelos próprios apenados, haja vista a insuficiência de funcionários e o perigo constante de motins, que os fazem de reféns. Desse modo, reproduzindo a violência, as penitenciárias (...) acabam transformando-se em fator de maior degradação humana.

É possível, segundo os ensinamentos de Bittencourt (1993, p. 102), dividir os fatores de caráter criminógeno em:

a) materiais: relacionam-se às deficiências físicas das instalações prisionais, englobando alojamentos, alimentação e higiene, produzindo prejuízo à saúde dos detentos, desrespeitando à dignidade humana;

b) psicológicos: é possível que desenvolvam, em razão do meio-social que habitam, o amadurecimento do crime. A aprendizagem do crime causa a formação de consciência coletiva voltada à criminalidade;

c) sociais: a reinserção social, objetivo da prisão-pena, causa segregação e desadaptação quando da sua volta à vida em sociedade; à incorporação em meio fora do mundo penitenciário.

Apesar das características e efeitos acima descritos, não há evidência científica sobre o valor específico que a experiência carcerária pode representar como fator criminógeno. Nesse aspecto, é necessário considerar também a personalidade de cada detento, sua experiência anterior à prisão ou o meio social em que se desenvolverá ao ser libertado. Enfim, a inexatidão nesses dados exige um exame com prudência e moderação.

#### **4.3 Dos efeitos psicológicos produzidos pela pena de prisão**

De maneira imediata, a pena de prisão se presta à proteção da sociedade contra aqueles que constituem perigo real a ela: é contraditório, assim, falarmos em objetivo ressocializador. Vários são os fatores que contribuem ao mesmo entendimento:

O ingresso dos indivíduos no estabelecimento prisional faz com que sejam degradados e humilhados com sua separação da sociedade; faz-se, assim, necessário que haja um processo de “despersonalização” do carcerário. Com isso, a privacidade do indivíduo resta violada, isto porque é sabido que a superlotação é um dos problemas que assolam o ambiente carcerário.

Traduz-se a um meio social próprio dos carcerários, chamado de consciência coletiva.

Afirma Reale Junior (2004, p. 69) acerca do tema tratado:

O cárcere não reproduz em tamanho pequeno a vida em sociedade, mas configura um mundo próprio, levando, inexoravelmente, ao esgarçamento da personalidade. Ao ser submetido o encarcerado ao processo de prisionização, a um código de conduta ditado não pela Administração Penitenciária, e sim pelo poder real da cadeia, exercido pelos líderes deste universo isolado, composto por pessoas estigmatizadas em face dos “homens bons” que vivem em liberdade, dificilmente sua personalidade se manterá íntegra, dificilmente sua individualidade, condição de saúde mental, será resguardada. O mundo real da cadeia deixará, inevitavelmente, suas danosas marcas.

Psicologicamente, o cárcere também causa uma série de transtornos ou perturbações: dessarte, vê-se que é impossível a extração de efeito positivo

sobre a personalidade do detendo ou a realização de qualquer tratamento, tampouco se possibilita a reinserção social.

Ocorre que não é possível se afirmar que, sozinhos, os efeitos psicológicos trazidos pela manutenção do indivíduo alheio à sociedade, sejam capazes de determinar o ambiente carcerário tal qual ele é. Faz-se necessária a análise da predisposição de cada indivíduo, a qual possibilita propiciar-se o indivíduo preso com mais facilidade ao desencadeamento de reações anormais ao cárcere. Entretanto, se a prisão produz tais perturbações, soa paradoxal a ideia de reabilitação.

Estas e outras provocações circundam e corroem a vida carcerária. Seu rol, evidentemente, não é taxativo, uma vez que a vida em sociedade dentro do presídio traz uma série de consequências psicológicas ao detento, e sociais para com à sociedade.

## 5 A PENA COMO MEDIDA DE RESSOCIALIZAÇÃO

Depreende-se do primeiro artigo<sup>4</sup> da Lei de Execuções Penais que a maior intenção da pena privativa de liberdade é a de “curar” o delinquente, já que se visualiza a pessoa que cometeu crime ou infração penal como alguém que necessita ser reeducado socialmente para que assimile as regras da sociedade e possa conviver harmoniosamente sem que ofereça risco para si ou para outros.

Ou seja, depreende-se que a maior intenção da pena privativa de liberdade é a de “curar” o delinquente, já que se visualiza a pessoa que cometeu crime ou infração penal como alguém que necessita ser reeducado socialmente para que assimile as regras da sociedade e possa conviver harmoniosamente sem que ofereça risco para si ou para outros.

Na realidade, a ideia de ressocialização surge a partir das revoluções trazidas pelo iluminismo, assim como ideias de filósofos como Cesare Beccaria a fim de acabar com a ideia da pena com um caráter cruel, na qual se realizava torturas e atingia tão somente o corpo físico do preso. A ideia de ressocialização preconiza a intenção de proteger a ordem da sociedade, bem como civilizar e educar o delinquente a fim de que não mais se cometa outros delitos, na intenção de preservar a dignidade da pessoa humana e passar a tratar o preso como um ser humano digno de respeito. Ao reconhecer a pena como medida de ressocialização trata-se o indivíduo como um ser detentor de direitos, bem como surge implicitamente o dever de analisar e cuidar do psicológico do preso a fim de que o mesmo possa se ressocializar, na intenção de que não cometa novos delitos.

Ou seja, a intenção do cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil, na teoria, não é a de punição ou castigo do preso, mas sim a ressocialização para que o mesmo se recupere desse estado de delinquência e possa conviver harmoniosamente em sociedade. Essa intenção objetiva tão somente uma ideia de ordem social, de forma que todos aqueles que estão incorrendo em delitos se encontram fora do padrão de normalidade da sociedade e, assim, necessitam ser tratados para que retomem a consciência do certo e o errado, bem como possam conviver com a coletividade de forma equilibrada.

---

<sup>4</sup> A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica **integração social** do condenado e do internado. (Grifo nosso).

## 6 DAS ALTERNATIVAS À PENA DE PRISÃO

A crescente escalada da violência e criminalidade, em conjunto com uma mídia que se preza a espalhar sensacionalismo sobre a sociedade, fazem com que esta seja dotada de senso comum o qual tenha se baseia, dando causa à onda de violência e criminalidade, à impunidade; o problema, entretanto, como já exposto, não é simples. Faz-se necessária, em contraposição à simplificação do problema, a adoção de medidas educativas e sociais, visando a diminuição e o controle da atividade criminosa na sociedade.

Embora não seja a única política a ser adotada, a esta exposição científica, neste momento, importa-se o estado da Política Criminal, discorrida por Batista (2005, p. 210):

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal

Três são os grandes movimentos político-criminais que visam os objetivos expostos acima: a Nova Defesa Social, os Movimentos de Lei e Ordem e a Nova Criminologia (ou Política Criminal Alternativa).

Os Movimentos de Lei e Ordem, embora seja exposto a falência do sistema penitenciário, têm grande mobilização na atualidade, isto porque, como já fora explicitado, o senso comum se corrói do sensacionalismo vomitado pela mídia. O clamor público pela adoção de punições rigorosas e a manipulação de uma opinião pública amedrontada frente à incapacidade do Estado no combate ao crime organizado dão força a esses movimentos.

Por outro lado, a Nova Defesa Social e a Política Criminal Alternativa buscam soluções alternativas à pena de prisão, admitindo a falência do sistema carcerário e da pena de prisão.

A primeira defende a descriminalização de delitos considerados leves, e que sejam proporcionados aos delinquentes os meios necessários à sua reabilitação voluntária; a segunda, por sua vez, defende a total abolição do sistema

penal. Ambas detêm como pressuposto o princípio da intervenção mínima. Entretanto, Flávio Gomes (2007, p. 310) lembra que

Ao lado dos processos “minimalistas” (descriminalização, despenalização e descarcerização), fundados na clássica síntese da “mínima intervenção, com as máximas garantias”, também existem os correspectivos processos “maximalistas” (criminalização, penalização e carcerização), baseados, evidentemente, numa formulação oposta: máxima intervenção, com as mínimas garantias.

Por fim, sobre a aplicação da política criminal alternativa, conclui Flávio Gomes (2007, p. 312):

Ressalte-se que em três âmbitos distintos pode e deve ser colocada em prática toda essa política criminal alternativa não intervencionista: legislativo, executivo e judiciário. Em primeiro lugar, curialmente, cabe ao legislador, trabalhando com o conceito de “merecimento de pena” bem como com os princípios não intervencionistas, promover (formalmente) ampla descriminalização, despenalização e descarcerização; impõe-se-lhe, de outra parte, evitar ao máximo a criminalização de novas condutas, o incremento de penas ou a flexibilização dos critérios autorizadores da prisão cautelar. Em segundo lugar compete ao Executivo adotar uma nítida e inadiável política de prevenção do delito, dando prioridade evidentemente aos processos de prevenção primária, sem no entanto esquecer os demais (é melhor prevenir que castigar, já dizia Beccaria). Urge por fim que o Judiciário leve até suas últimas consequências a eficácia limitadora dos princípios intradogmáticos (âmbito penal), partindo do elementar pressuposto de que uma das missões básicas do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos, mas de forma subsidiária e fragmentária; de outro lado, não se pode ignorar que também é missão do Direito Penal assegurar a eficácia garantidora dos princípios constitucionais, internacionais e processuais.

Traçamos seus objetivos principais, passa-se à análise de sua influência no sistema penal brasileiro.

## **6.1 O Sistema Carcerário Brasileiro**

No Brasil, existem presídios nos quais vinte e quatro homens ocupam uma cela feita para quatro presos. O país possui a quarta maior população carcerária do mundo. No ano de 2014, existiam 711.463 presos no Brasil, segundo o diagnóstico de pessoas presas no Brasil realizado pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Ainda mais, a cada 100 mil brasileiros, 421 são presos. Ainda, em uma

pesquisa feita no ano de 2016, A população prisional no país havia crescido 575,2% desde 1990.

Além disso, de acordo com o diagnóstico do CNJ, em 2014, existia um déficit de 206.307 vagas no sistema carcerário, sendo que para 711.463 pessoas presas existiam 357.219 vagas. Ainda mais, consta no relatório apresentado em 2014, que existiam ainda 373.991 mandados de prisão em aberto no Banco Nacional de Mandados de Prisão.

As más condições de estabelecimentos penais pelo país também foram mencionadas como um dos fatores que dificultam a ressocialização e reforçam a necessidade de penas alternativas. De acordo com o representante da OAB, 700 detentos vivem em contêineres no Pará. No Paraná, um terço dos presos fica encarcerado em delegacias. “Muitas vezes a pena alternativa pode ser mais benéfica”, disse Queiroz. O advogado Gustavo do Vale Rocha, conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, apontou outro fator responsável pelo índice de criminalidade no país, ao mesmo tempo em que complica a gestão do sistema prisional: o número de presos que não deveria estar nas prisões. Dos mais de 600 mil detentos do país, 40% são presos provisórios, ou seja, estão aguardando julgamento. E 40% destes devem ser condenados a regime aberto ou absolvido. **“O encarceramento não diminui a violência. Não há condições de ressocialização na maioria dos presídios, e o número de prisões só aumenta porque o clamor público exige cada vez mais prisões”**, enfatizou. (Grifo nosso). (GOBB, Carla. 2017)

Ou seja, infere-se que estamos vivendo uma era de encarceramento em massa, o qual é defendido e propagado tanto pela mídia quanto pela sociedade. Fica nítido que vivemos em um Estado inconstitucional absolutamente alarmante haja vista os números de presos por cela no Brasil, de acordo com as pesquisas, além do número de mortes no sistema carcerário em geral. Uma pesquisa realizada pelo site Correio 24 horas, mostra que em 2016 as mortes chegaram ao número de 372, totalizando em média uma morte a cada dia nas penitenciárias brasileiras.

Além de todos esses dados, é de conhecimento geral que, no país, os presídios se encontram em uma condição de precariedade imensa onde além de haver mais presos por cela do que o local comporta, ainda se vê em uma condição escassa de recursos básicos que necessita um ser humano. As celas não possuem o mínimo de equipamentos, os presídios não têm subsídio a fim de manter a dignidade humana daqueles presos. E ainda mais, o tratamento recebido pelos indivíduos nessa situação é absolutamente contrário àqueles pregados pela

Constituição, com base nos princípios da dignidade humana e nos direitos fundamentais.

Analisando algumas jurisprudências a respeito do assunto, pode-se constatar a gravidade da situação de carência que esses indivíduos vivem:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **DANOS MORAIS. PRESO AGREDIDO EM CADEIA PÚBLICA.** DEVER DE VIGILÂNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTE DO EGRÉGIO STJ CARACTERIZAÇÃO DO DANO. - Comprovados o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade entre eles, emerge o dever de indenizar do Estado, consoante art. 37, §6º, da CR/88. - **É dever do Estado garantir a integridade física e psicológica do preso, enquanto este está sob a sua guarda em cumprimento à pena privativa de liberdade.** Evidenciada uma situação de risco, que possa ameaçar a integridade física dos presos, compete às autoridades responsáveis intervir imediatamente para evitar lesões. - Em havendo agressão a detento dentro do cárcere público, a responsabilidade do Estado é objetiva, eis que tinha o dever de vigilância, tendo assim, que indenizar o lesado. (Grifo nosso). (TJ-MG- AC: 1.0713.13.001053-9/001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data do julgamento: 23/06/2016, Câmaras Cíveis/ 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de publicação: 28/06/2016).

Ou seja, é possível constatar que o indivíduo que se encontra em cumprimento de pena privativa de liberdade além de viver em um local sem recursos e higiene, sofre ainda, por agressões e abusos por parte das autoridades policiais e estatais.

Uma entrevista realizada com Martinho Braga e Silva, que além de ser coordenador da Comissão de Ciências Sociais e Humanas em Saúde da Abrasco, é pesquisador e professor do Instituto de Medicina Social da UERJ diz:

De acordo com o pesquisador, hoje o maior problema do sistema prisional no mundo é o encarceramento em massa, fenômeno presente principalmente nos EUA na passagem do século XX para o XXI e em menor grau no Brasil. “Não sei ao certo qual é o maior problema do sistema prisional brasileiro, mas certamente insalubridade é um deles, superpopulação também. A insalubridade dos presídios coloca as pessoas, que se encontram reclusas nestas instituições, em uma situação de vulnerabilidade. Elas podem adquirir outros agravos e doenças simplesmente por habitarem em celas geralmente sujas e mal-cheirosas”, ressalta. Apesar da Lei de Execução Penal estabelecer a “humanização” como filosofia para ressocialização tal como proposta no século 19, a expressão mais comum utilizada para se referir aos presídios brasileiros é de que eles são um “um barril de pólvora”. Um levantamento do Conselho Nacional do Ministério Público mostra que, entre 2012 e 2013, ocorreram 121 motins em 1598 unidades prisionais, com 700 mortes. (QUARESMA, 2017).

Isto é, todo o conjunto de abusos de direito e a escassez de necessidades básicas do ser humano que está presente nos presídios brasileiros, nos levam a conclusão de que dentro dessas penitenciárias se vive um estado inconstitucional de coisas, no qual a dignidade da pessoa humana é frequentemente desrespeitada e desprezada.

Nesse sentido, infere-se que o preso não é um ser humano detentor de direitos, e nessa perspectiva merece ser tratado como sendo um marginal utilizando a pena privativa de liberdade com a finalidade tão somente de punição. Dessa forma, desvia-se da intenção real da pena – de ressocializar o indivíduo – para não mais que puni-lo.

## **6.2 O Sistema Penal Alternativo no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A partir da reforma da Parte Geral do Código Penal, introduziu-se alternativas à pena privativa de liberdade, tal como a pena restritiva de direito.

Em sua crítica, Bittencourt (1993, p. 213) escreve que

A corrosão do sistema penitenciário exigia, efetivamente, mais imaginação. Não mais se admitia que o sistema penal ficasse limitado às duas formas clássicas e tradicionais de sanção penal: a pena pecuniária e a pena privativa de liberdade. Fazia-se necessária a busca de outras alternativas, como as penas restritivas de direitos, a exemplo do que fizeram as modernas legislações ocidentais. Pois bem, atendendo aos anseios da penologia e da atual política criminal, a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209/84) adotou medidas alternativas para as penas de prisão de curta duração, instituindo as chamadas penas restritivas de direitos e revitalizando a tão aviltada, desgastada e ineficaz pena de multa, restabeleceu o sistema diasmulta. Com efeito, a despeito da grande qualidade técnico-dogmática que representou essa reforma da parte geral do Código Penal de 1940, a maior transformação consagrada pela reforma penal de 1984 – compelida pela síndrome da falência da pena de prisão – foi em relação à sanção penal. Evidentemente, sem chegar ao exagero da radical "não-intervenção", apresentou avanços elogiáveis na busca da desprisonalização de forma consciente e cautelosa.

Nesta toada, o sistema penal alternativo é incidente tanto em infrações de menor potencial ofensivo (até dois anos em conjunto com todas as contravenções, as quais admitem soluções consensuais advindas da lei dos juizados criminais) e de médio potencial ofensivo (crimes culposos e dolosos com pena não superior a quatro anos, afora os cometidos com violência e grave ameaça à pessoa), assim como nas infrações de grande potencial ofensivo e até mesmo nas

consideradas, taxativamente, hediondas (remição da pena pelo trabalho, livramento condicional, etc.).

Em razão do não implemento prático das medidas alternativas no plano fático e jurídico, o Ministério da Justiça aderiu a ações as quais visavam a implementação de políticas públicas voltadas à sua efetivação, incentivando, inclusive, a criação e implementação de Centrais de Apoio às Penas e Medidas Alternativas.<sup>5</sup>

Em que pese a Magna Carta não dispor acerca da finalidade das sanções penais, ela recepciona, notadamente em seu artigo 5º, uma série de direitos e garantias expressas em relação à figura do apenado, de modo que a pena recai sobre a liberdade do delinquente, e não sobre os outros direitos inerentes à pessoa humana.

Neste sentido, a Constituição Federal consagrou em seu artigo 5º, incisos XLVII, XLIX e L, o princípio da humanidade das penas, nos quais assegura aos encarcerados o respeito à integridade física e moral, bem como veda as penas de morte, em caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento, e as chamadas penas cruéis.

Além da Carta Magna, a Lei de Execuções Penais também consiste em fonte legítima em face dos direitos dos encarcerados.

Sob este prisma, o artigo 3º da Lei 7.210 dispõe que são assegurados aos condenados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, de modo

---

<sup>5</sup> Dentre essas ações destacam-se: 1) a criação da CENAPA - Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas Alternativas, vinculada diretamente à Secretaria Nacional de Justiça do MJ, em 12/09/2000, sendo que em 2002 já tinham sido criadas 44 unidades de Centrais de Apoio às Penas e Medidas Alternativas; 2) Instituição do Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (Portaria 153/2002) e da Comissão Nacional de Apoio ao Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, ambas em 27/02/2002; 3) Lançamento do Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas, em novembro de 2002; 4) Criação da Coordenação da CENAPA, Central Nacional de Penas Alternativas, vinculada à Coordenação-Geral de Reintegração Social (órgão do DEPEN); 5) a reestruturação do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN do Ministério da Justiça, com a criação de um órgão executivo na Diretoria de Políticas Penitenciárias do DEPEN: a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas – CGPMA, em julho de 2006; 6) em setembro de 2006, foi divulgado o Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas, apresentando o primeiro diagnóstico de abrangência nacional acerca da realidade da execução das penas alternativas. Essa pesquisa compreendeu desde a caracterização socioeconômica das pessoas que recebem penas alternativas como substituição da pena privativa de liberdade até dados sobre seu efetivo cumprimento, passando pela identificação dos crimes que mais frequentemente ensejam a substituição e das modalidades de pena mais aplicadas pelo Poder Judiciário; 7) Em agosto de 2007, foi lançado o Programa Nacional de Segurança com Cidadania – Pronasci. O Programa, via Funpen, previu R\$ 13,180 milhões para a aplicação de Penas e Medidas Alternativas para 2008. Fonte: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça

que cabe à administração pública garantir aos presos o direito à integridade física e moral, direito à saúde, ao trabalho, à assistência familiar, à propriedade, liberdade de consciência e convicção religiosa, entre outros direitos fundamentais, já que estes direitos não foram tolhidos pela pena aplicada.

Desta feita, Julio Fabbrini Mirabette leciona que:

A doutrina penitenciária moderna, como já foi visto, com acertado critério proclama a tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade (MIRABETTE, 2000, p. 133).

De mais a mais, o cumprimento da sentença penal deve estar em harmonia com a finalidade da pena de reinserir o delinquente na sociedade. Para que este objetivo seja cumprido, o ordenamento jurídico dispõe taxativamente quais os direitos dos encarcerados a serem assegurados pelo Estado.

Desta feita, o artigo 40 da Lei 7.210, confere proteção ao direito à integridade física dos apenados, e conseqüentemente, a proteção ao direito à saúde, integridade corporal e dignidade humana.

Não obstante isso, são também assegurados aos presos, conforme disposto no artigo 41 da Lei de Execuções Penais, os seguintes direitos: alimentação e vestuário, Previdência Social, atribuição de trabalho e sua remuneração, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho descanso e a recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores (desde que compatíveis com a execução da pena), assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, entrevista pessoal e reservada com o advogado, visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, chamamento nominal, igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena, audiência especial com o diretor do estabelecimento, representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito, contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, e atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Neste mesmo sentido, aduz em seus artigos 10 e 11 a respeito do direito à assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde.

No que tange às condições das penitencias, seu artigo 88, assevera que o sentenciado deverá ser alojado em cela individual contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, de modo que sejam respeitadas as condições básicas de salubridade do ambiente dispondo de área mínima de 6 metros quadrados por preso, com a ocorrência de fatores que garantam aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana no ambiente.

Nesta toada, o artigo 85 dispõe que os estabelecimentos prisionais devem ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, de modo que a extrema ruína física e a grotesca superlotação criam condições de vida abomináveis e uma situação catastrófica em termos de higiene, diante da falta de espaço, ar, luz, água e, muitas vezes, comida.

A aplicação das penas de reclusão em si já consiste em meio aflitivo de sanção penal, justamente por retirar dos encarcerados o direito à liberdade e conseqüentemente a capacidade destes de se autoafirmarem.

Desta feita, cabe ao Estado assegurar condições mínimas a subsistência digna dos apenados para que estes sejam reinseridos no convívio social.

Em que pese o ordenamento jurídico pátrio dispor ao sentenciado tratamento pautado sob o princípio da humanidade das penas, vê-se que a realidade da execução penal brasileira configura-se diferente do que as normas asseguram.

### **6.3 Os Afetos, a Modernidade Líquida e o Preso**

De acordo com o filósofo Zygmunt Bauman, vivemos em uma era dominada pelo capitalismo na qual os indivíduos estão cada vez mais focados em valores materiais em uma busca incessante pelo prazer contínuo. Em suma, o filósofo – em uma abordagem muito mais profunda - defende que a ideia de liberdade individual alimenta as inquietações pós-modernas, diferentemente das inquietações de outrora, que nasciam do demasiado desejo de controle e ordem. Assim, salienta que o advento da era moderna coincidiu com a exaltação da ordem como uma desejável realização capaz de construir um mundo estável, seguro,

coerente, limpo, sólido e enfim, puro. “O Outro - agora transformado no Terceiro – é “um ser independente a quem posso fazer mal ao lhe violar a liberdade”. (BAUMAN, 1999).

Ou seja, a partir do exposto, pode-se entender que grande parte dos abusos e violências contra direitos fundamentais do ser humano possuem uma forte ligação com essa cultura da modernidade líquida na qual estamos inseridos, em que o individualismo toma conta do corpo social e não se tem mais tanto espaço para a empatia e solidariedade para com o próximo.

Em outro sentido ainda, o filósofo Espinosa defendia a tese de que a personalidade de cada indivíduo é formada a partir de seus afetos. Por afetos, o pensador quer dizer tudo o que afeta o ser humano durante a vida, desde a sensação positiva de achar dinheiro na rua até a sensação negativa de ser vítima de um assédio. Em suma, a teoria de Espinosa a respeito dos afetos dispõe que todas as ocasiões na vida de um indivíduo formam sua personalidade, bem como absolutamente todas as suas relações interpessoais e as circunstâncias na qual o ser humano cresce durante sua vida, tal como sua realidade social.

Ou seja, a partir da ideia dos filósofos citados acima fica claro que, em se tratando de sistema carcerário e levando em consideração que a intenção da pena – na teoria – é a de ressocialização do indivíduo, como dispõe o artigo primeiro da Lei de Execução Penal: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”, o preso necessita de um mínimo de tratamento digno como lhe assegura a Constituição Federal.

Logo, se a personalidade de um ser humano é formada por seus afetos, o cumprimento de pena, que objetiva a ressocialização do indivíduo, deve ser o mais humano possível, a fim de evitar que seus afetos sejam negativos e desencadeie em uma má reinserção do preso na comunidade. Ou seja, para que a ideia de recuperar o preso da delinquência através da pena como reinserção do mesmo na sociedade funcione é preciso que seus afetos durante o período do cumprimento dessa pena sejam positivos.

Por fim, levando em consideração toda a situação degradante na qual se encontram os presos no Brasil atualmente, e considerando que vivemos em uma era na qual o individualismo toma conta transformando o ser humano em um simples

objeto e limitando o sentimento de empatia, fica nítido que cada vez mais se descumpre os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

## 7 CONCLUSÕES

O presente ensaio científico teve por escopo analisar que a pena privativa de liberdade, após sua servidão à propósito humanitário (substituição das penas corporais), e de sua adoção por praticamente todo o ordenamento jurídico mundial, encontra-se em crise, isto porque, como se verificou no campo teórico, não encontra mais legitimidade, tanto no sistema penal quanto em sua própria natureza.

Como visto anteriormente, o indivíduo, no atual sistema prisional brasileiro, é detentor de diversas garantias legais que asseguram os seus direitos humanos durante a execução de sua pena. Tanto pela Constituição Federal, quanto pela lei de Execuções Penais.

Entretanto, na prática acontece de forma diferente do que está garantido, pois é comum a violação e inobservância de tais preceitos durante a execução da pena. Nesse sentido, o indivíduo, desde o momento de sua prisão, acaba por ter sua liberdade e seus direitos fundamentais perdidos, passando a uma vivência totalmente diferente da que estava acostumado. Os problemas do sistema prisional são inúmeros e nos mais variados aspectos.

Confirmou-se que no Brasil, com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, buscou-se a minimização de referida crise através da implementação de penas alternativas à de prisão. Ocorre que, em razão da falta de vontade política, que ocasiona em um orçamento pequeno e infraestrutura debilitada, há, atualmente, má aplicação dessas penas.

Superou-se, entretanto, os números de condenados que cumprem pena alternativa, comparando-os com os numerários da pena privativa de liberdade e, dessa forma, conclui-se por significativo avanço do sistema penal alternativo no ordenamento brasileiro e sua aplicação.

Embora inegáveis as vantagens aduzidas a partir da aplicação das penas alternativas (restritivas de direito e multa), o número de apenados continua a crescer exponencialmente; conclui-se, a partir daí, que não houve severa mudança quanto o objetivo da mudança: a diminuição no número de apenados.

Dessa forma, nota-se que a Lei de Execução Penal não tem sido eficaz, pois acaba não atingindo o fim para o qual se destina, que é a proteção dos direitos e a reinserção dos detentos na sociedade, após cumprirem pena e terem alcançado a recuperação nas instituições prisionais.

Além disso, a Constituição Federal e a LEP asseguram ao indivíduo preso o respeito à integridade física e moral, dentre tantas outras garantias que, porém, não são observadas. Muitas vezes, as prisões brasileiras afastam-se dos preceitos legais constitucionais e infraconstitucionais e não respeitam minimamente a condição de dignidade de seus apenados, fato que acarreta, muitas vezes, na contribuição para o desenvolvimento de um caráter violento dos prisioneiros, os quais, depois de voltarem à sociedade, provavelmente, exteriorizarão atitudes violentas.

Assim, não há solução simplificada do problema; a mera previsão de penas alternativas ou a aplicação mais severa da pena não são suficientes à sua solução. O que se faz necessário é atuação mais positiva do legislador em conjunto dos operadores do direito e da sociedade.

São várias as causas que tornam depreciativo o ambiente carcerário para os apenados, como por exemplo, o não oferecimento de garantias básicas como, assistência médica, alimentação, vestuários entre outras. No entanto, tal problemática torna-se ainda mais evidente e incontestável quando se analisa os regimes prisionais e a concessão de benefícios, tais como a progressão de regime.

Chama-se a atenção para a real efetividade de tais garantias. A legislação, ao criar tais garantias, busca criar um ambiente que seja digno e que possa criar possibilidade de ressocialização e reinserção na sociedade. Entretanto, a realidade tem demonstrado total distanciamento de tais objetivos, afetando os resultados que deveriam ser alcançados com as garantias.

O número de indivíduos encarcerados no sistema prisional brasileiro é um dos maiores do mundo, e faz-se evidente a sua condição desumana de cumprimento de pena. Portanto, mostram-se necessárias mudanças drásticas nesse sistema.

A partir do levantamento apresentado ao longo da explanação, é possível observar que a atual situação do sistema prisional brasileiro encontra-se com sérios problemas, uma vez que, apresenta-se de uma forma deplorável e até mesmo humilhante. Muito aquém do almejado, mostrando-se não só ineficiente, mas também como fator contributivo para a intensificação da criminalidade e da reincidência.

É sabido que os indivíduos encarcerados não deixam de ter seus

direitos resguardados, possuindo garantias expressas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, que visam não só à proteção dos seus direitos, mas também a integridade do ser humano, pois, o principal fim é reinseri-lo na sociedade e combater possível reincidência.

No entanto, o que se tem observado na prática é que tal sistema de garantias vem sendo posto de lado pelos governantes e pela sociedade, uma vez que se criou uma espécie de cultura de que pessoas que cometeram algum crime são incapazes de retornar ao convívio social e de ter uma vida digna, e que, por isso, não são merecedoras e portadoras direitos.

Em sendo assim, depreende-se que a realidade da execução penal brasileira é carente de infraestrutura, de modo que a existência de celas superlotadas e a ausência condições mínimas à subsistência humana demonstram o desrespeito do Estado ante a integridade moral dos presos, apesar de o ordenamento jurídico pátrio assegurar aos encarcerados o direito à vida digna

Assim sendo, observa-se que em um cenário pontuado por insucessos, tanto a Lei de Execução Penal como os princípios que regem a matéria e a própria Constituição Federal perdem eficácia na medida em que o próprio Estado não consegue garantir a efetividade do seu quadro normativo.

No que tange à análise realizada sobre as finalidades da pena, viu-se que a doutrina realiza a divisão das teorias entre retributivas e preventivas. Conforme explicado pela teoria retributiva, atribui-se ao infrator da norma penal o mal da pena à medida do mal causado pelo crime que este cometeu, ou seja, um mal pelo outro. Acerca da teoria preventiva geral e especial, a pena tem por objetivos a reinserção do delinquente na sociedade e a prevenção da ocorrência de futuros delitos

Neste sentido, para que as finalidades atribuídas à pena sejam alcançadas, uma série de direitos são assegurados por lei aos detentos na senda de garantir a aplicação correta do *ius puniendi* estatal, haja vista que o cumprimento da sentença penal deve estar em harmonia com a finalidade preventiva da pena de reinserir o delinquente e evitar novos crimes, dispondo, pois, o ordenamento jurídico de forma taxativa os direitos daqueles que se encontram sobre a custódia do Estado.

Desta forma, conclui-se que, apesar do ordenamento jurídico pátrio dispor de normas que atribuam ao sentenciado tratamento pautado sob o princípio

da humanidade das penas, a realidade da execução penal brasileira configura-se de forma diferente, de modo que são frequentes os problemas relacionados à superlotação e precariedade nas penitenciárias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público**. Mimeografado, dezembro de 2010

BATISTA, Nilo, **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5.ed., ver.atual.e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL, **ADPF 347**. Supremo Tribunal Federal: Distrito federal, 2015

Carta Capital, 2016. Disponível em:  
<<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/07/precisamos-falar-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 17 de set. de 2020

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHIQUETTI, Lucas. **O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**, 2017.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. **Dignidade. Dicionário de direitos humanos**, 2006. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Dignidade>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

ESPINOZA, Benedictus. **Ética**. 3. ed. Rio de Janeiro: Autentica, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1977.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

HEGEL, G. W. F. **A pena de morte na Filosofia do Direito**. Apresentação de José Pinheiro Pertille. in ROSENFELD, Denis. *Filosofia Política: nova série*, v. 5. Porto Alegre: L&PM, 2000.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de coisas Inconstitucional**, 2015. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 05 de out. 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**; tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 2008.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](https://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830). Acesso em 16 de set. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6 ed. São Paulo: atlas, 2016.

MARQUES, Fabio. **O que se entende por Estado de Coisas Inconstitucional**, 2016. Disponível em: <https://fabiomarques2006.jusbrasil.com.br/artigos/296134766/o-que-se-entende-por-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 05 de out. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Penal - Parte Geral Arts. 1ª a 120 do CP - Vol. 1 - 33ª ed. São Paulo: GEN jurídico, 2018

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2012.

QUARESMA, Flaviano. **O problema grave da insalubridade nas prisões brasileiras, 2017**. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/o-problema-grave-da-insalubridade-nas-prisoas-brasileiras/29834/>. Acesso em: 29 de set. de 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Jr. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro, 2009.

SOUZA, Carlos Cesar. Granja, Cícero Alexandre. **A evolução histórica dos direitos humanos no plano internacional: doutrina e filosofia**, 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13722](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13722). Acesso em: 26 set. 2020.

TJ-AM 06056007420148040001, Relator: Ari Jorge Moutinho da Costa, Data de julgamento: 10/12/2017, Segunda Câmara Cível.

WUNDERLICH, Alberto. **Da prisão como pena à prisão preventiva**. Disponível em: [www.boletimjurido.com.br/doutrina/texto.asp?id=1528](http://www.boletimjurido.com.br/doutrina/texto.asp?id=1528).. Acesso em: 10 mai 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.