

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

GLADSTONE SILVA DE SOUZA

UMA ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

SÃO MATEUS – ES

2013

GLADSTONE SILVA DE SOUZA

UMA ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

SÃO MATEUS

2013

GLADSTONE SILVA DE SOUZA

UMA ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. ORIENTADOR
SAMUEL DAVI GARCIA
MENDONÇA
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico esta Monografia primeiramente a Deus, que não obstante as dificuldades por mim vividas desde mais tenra idade concedeu-me forças para superara-las; a Eliana Hell, minha amada esposa, pela compreensão, paciência e apoio, com certeza foi e sempre será um verdadeiro esteio em meus estudos; ao meu pai José Donizete de Souza e minha mãe Lucia Pereira Silva de Souza pelo esforço e grande incentivo nesta caminhada; e a todos que me apoiaram nesta empreitada, muitos destes anonimamente, possibilitaram a conclusão deste curso que culmina com a apresentação do presente trabalho, dando início a uma nova etapa de minha vida.

Agradeço ao Professor e Orientador Samuel Davi Garcia Mendonça que pela sua sabedoria, e vasta experiência nas lides penais e sociais, me propulsionou em busca dos conhecimentos necessários para a conclusão deste singelo trabalho. Agradeço também ao Diretor Executivo Professor José Fernandes Magnago de Jesus, aos demais professores e a todos meus colegas da Faculdade Vale do Cricaré, por terem sido parte de minha vida durante esta caminhada.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”

Rudolf Von Ihering

RESUMO

O propósito principal deste trabalho é trazer para o debate acadêmico a realidade do sistema prisional brasileiro frente às previsões contidas na Lei de Execução Penal, fazendo uma análise entre a realidade e a previsão normativa. Atualmente é notória a falência do sistema prisional brasileiro, diariamente a mídia de forma escancarada e sem pudor, veicula matérias, apresentando para a sociedade a realidade nefasta do sistema. E para agravar ainda mais, existe o fator da infiltração de facções criminosas para dentro dos presídios, onde vergonhosamente seus mentores continuam a comandar ações criminosas. Neste contexto o que mais impressiona é a capacidade humana de se adaptar ao caos, onde a indiferença só agrava o problema, a sociedade já se acostumou a esta triste realidade de falência e desestruturação, sendo assim não tem coragem de cobrar providências dos governantes e nem sequer percebe que o arcabouço jurídico pátrio, possui uma lei com previsões maravilhosas quanto ao manejo do sistema prisional, porém infelizmente carecedora de efetividade. É neste sentido que a presente monografia, aborda o tema em questão, fazendo uma comparação entre a realidade e as previsões contidas nas legislações, iniciando com traços históricos do Direito Penal e Execução Penal, atingindo o ápice com uma análise comparativa entre o sistema prisional e a Lei de Execução Penal, defendendo que é preciso mudanças urgentes no sistema. É preciso investir na construção de novas unidades prisionais, bem como a ampliação e criação de projetos visando o trabalho do preso como forma de banir a ociosidade, além de outras medidas que se fazem necessárias em termos de remediação. Porém acima de tudo é preciso o investimento na estrutura da própria sociedade e isto se faz por meio de projetos educacionais sérios e eficientes que busquem a formação completa de nossas crianças, adolescentes e jovens, proporcionando reais chances de um futuro melhor, prevenindo a criminalidade na raiz, pois neste sentido coaduno com o famoso ditame asseverado por Pitágoras: *“Educai as crianças, para que não seja necessário punir os adultos”*.

Palavras-chave: sistema prisional, direito penal, lei de execução penal, ser, dever ser.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to bring academic debate the reality of the prison system in the face of predictions contained in the Penal Execution Law, making an analysis between reality and prediction rules. Currently there is a notorious failure of the prison system, daily media so blatant and shameless, conveys material, presenting to society a reality nefarious system. And to worsen, there is the factor of the infiltration of gangs into the prisons where their mentors shamefully continue to command criminal actions. In this context what is most striking is the human ability to adapt to chaos, where the indifference only exacerbates the problem, society has gotten used to this sad reality of bankruptcy and disintegration, so daren't charge of arrangements rulers nor even realize that the Brazilian legal framework, has a law with wonderful forecasts about the management of the prison system, but unfortunately carecedora effectiveness. It is in this sense that the present monograph deals with the subject in question, making a comparison between reality and the provisions contained in the legislation, starting with historical traits of Criminal Law and Criminal Enforcement, reaching a peak with a comparative analysis between the prison system and Penal Execution Law, arguing that we need urgent changes to the system. We must invest in building new prisons, as well as the expansion and creation of projects aiming at the prisoner's work as a way to banish idleness, and other measures that are necessary in terms of remediation. But above all it takes investment in the structure of society itself and this is done through educational projects that seek serious and efficient full training of our children and young people, providing real chance of a better future, preventing crime in root, because this sense coaduno with the famous dictum by Pythagoras asserted: "Educate the children, so it is not necessary to punish the adults."

Keywords: prison system, criminal law, criminal law enforcement, be, must be.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DIREITO PENAL E A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE.....	11
2.1 DAS PENAS PRIMITIVAS AO SISTEMA PRISIONAL.....	12
2.1.1 A vingança privada.....	13
2.1.2 A vingança divina.....	14
2.1.3 A vingança pública.....	15
2.1.4 O período humanitário.....	15
2.1.5 O período criminológico.....	16
2.1.6 O sistema prisional.....	18
3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	20
3.1 O SISTEMA PRISIONAL E A SOCIEDADE.....	21
3.2 O SISTEMA PRISIONAL E AS GARANTIAS DO APENADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	22
3.3 DIGNIDADE DA PPESSOA HUMANA E GARANTIAS DO PRESO.....	26
4 EXECUÇÃO PENAL.....	29
4.1 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	29
4.1.1 Os direitos e deveres do sentenciado durante o cumprimento da pena.....	31
5 O SER E O DEVER SER.....	38
5.1 O SER E O DEVER SER NA EXECUÇÃO PENAL.....	40
6 A VISÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA SOBRE O TEMA.....	42
7 CONCLUSÃO.....	45
8 BIBLIOGRAFIA	47

1 INTRODUÇÃO

A motivação inicial para o presente estudo surgiu a partir do momento que entrei em contato com a realidade dos presídios capixabas, pois a partir deste momento que de forma mais apurada foi possível constatar a enorme discrepância existente entre a norma posta e o mundo real (dos fatos).

Diante de tal realidade, pouco a pouco, verifica-se que de uma maneira geral o judiciário brasileiro, em muitos momentos peca pelo excesso de leis, sendo muitas destas pendentes de efetividade, tornando-o lento e retrógrado, desembocando em um poço de inefetividade legislativa, pois neste contexto a lei não cumpri a finalidade a que se destina, pois não produz efeito algum.

Neste sentido a presente monografia tem por escopo fazer um paralelo entre o sistema prisional e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), abordando sistematicamente a realidade do sistema e a previsão normativa. É um tema instigante, tendo em vista as inúmeras demonstrações de falência do sistema prisional tornando-o um dos grandes gargalos da segurança pública, visto que os órgãos de comunicações diariamente estão a noticiar os problemas existentes e estampando de forma pública e notória a total ineficiência do Estado na recuperação e ressocialização do apenado dando mostras cabais do caos vivido pelo sistema.

O assunto é por certo complexo e árido, obviamente não se esgotará neste singelo trabalho, está intimamente relacionado com a problemática da segurança pública.

Muitas questões podem ser suscitadas a respeito, porém esta monografia se atém tão somente ao campo entre a realidade do sistema e a norma, tendo em vista a existência de um fosso abissal entre ambas, que deve ser alvo de maior atenção por parte das autoridades e de toda a sociedade, pois todos nós estamos de uma maneira ou de outra, direta ou indiretamente, envolvidos nesta questão que soçobra o Brasil.

O trabalho em tela é qualitativo do tipo bibliográfico, atentando para as doutrinas e legislações vigentes; as fontes de pesquisas foram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; a Lei de Execução Penal, também conhecida como LEP (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984); além de outras

legislações e também obras doutrinárias de autores significativos, revistas, julgados, artigos e materiais disponíveis na Internet.

A coleta bibliográfica foi realizada na biblioteca da Faculdade Vale do Cricaré de São Mateus - ES, bem como em demais instituições de ensino deste mesmo município, além da aquisição de obras relevantes para o tema, e coleta de materiais e doutrinas indicadas pelo professor orientador.

A monografia em questão é iniciada com traços históricos do Direito Penal e Execução Penal, atingindo o ápice com uma análise comparativa entre o sistema prisional e a Lei de Execução penal.

Neste talante, para trazer a lume o presente trabalho, foi necessário buscar subsídios históricos da evolução da pena, do Direito Penal, da Execução Penal e do sistema prisional, sendo estes quesitos abordados no segundo capítulo. O terceiro capítulo está voltado para o sistema prisional brasileiro, elencando seus principais aspectos dentro da realidade social e as garantias do apenado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O quarto capítulo aborda a Lei de Execução Penal com suas previsões maravilhosas, porém demonstrando que seus dispositivos em muitos aspectos são carecedores de uma real efetividade, pois infelizmente não atingem os objetivos almejados. O quinto capítulo está voltado para a comparação da realidade do sistema prisional com as previsões da Lei de Execução Penal, mostrando a inefetividade desta frente à nefasta realidade daquele, o que acaba favorecendo o crescimento da criminalidade, pois os submetidos ao sistema não possuem as mínimas condições de ressocialização, devido à total desestruturação do mesmo e indiferença deletéria da sociedade que se fecha ao egresso.

2 DIREITO PENAL E A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Buscar entender o passado, para tentar compreender o presente e vislumbrar um futuro melhor; estes são princípios que moldam a existência de todos os seres humanos e dão sentido a esta nossa efêmera existência.

A vida em sociedade requer por parte dos seus atores certa dose de compreensão, pois sempre haverá momentos em que uma das partes será obrigada a ceder em prol dos valores observados pela maioria que vive em determinada comunidade.

É neste sentido que o homem passou a viver em contato direto com o Direito, que surgiu juntamente com as mais antigas sociedades, formando um conjunto de regras e valores a serem observados por parte de determinado grupo em prol do bem comum, pois o Direito é dinâmico e interfere o tempo todo na ordem social, permitindo, proibindo e impondo ações e omissões geralmente sobre ameaça de determinada sanção.

Dentre tais regras e valores o Direito Penal é o que assegura o direito a vida, e tutela os demais bens tidos como mais importantes para o ser humano, estabelecendo ações e omissões delitivas, cominando penas ou medidas de segurança, conforme assevera o insigne doutrinador Luiz Regis Prado:

“A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais-bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade. Para cumprir tal desiderato, em um Estado de Direito democrático, o legislador seleciona bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, mercedores da tutela penal.” (PRADO, 2005, p.53)

Neste diapasão o que se vislumbra é que sempre o homem esteve de alguma forma organizado em grupos, porém nem sempre a convivência foi harmônica, pois sempre determinados indivíduos agiam e agem de forma desvirtuada comprometendo a paz reinante, sendo que para afastar comportamentos indesejáveis se fez necessários desde o princípio a criação de regras e juntamente com estas as penas, que no início eram dotadas de uma imensa desproporcionalidade entre o mal praticado e as consequências deste mal, caracterizando como verdadeira vingança privada entre o limite do crime e a pena aplicada.

2.1 DAS PENAS PRIMITIVAS AO SISTEMA PRISIONAL

Se todos os seres humanos se respeitassem mutuamente, observando os princípios contidos no ditame de Ulpiano: "viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)"; valorizando a vida, a honra, a integridade física e demais bens jurídicos, não seria necessário um arcabouço de normas e regras que se fizeram necessárias desde as mais remotas civilizações para assegurar a salutar convivência em sociedade.

Neste íterim o que se observa é que a origem das penas é anterior à própria criação da sociedade organizada, originando-se desde as mais antigas civilizações, constituindo-se remotamente em espécie de vingança privada, possuindo até mesmo um caráter divino com práticas de diversas atrocidades em nome dos deuses, onde predominavam a prática de torturas, penas de mortes, prisões desumanas, banimentos e outras.

Foi a partir de então com o intuito de evitar estatização da vingança privada já reinante, o Estado como "*munus publicum*" chamou para si a aplicação deste Direito e juntamente com este o poder dever de aplicação da pena aos violadores do bem jurídico tutelado, com a finalidade de defender toda a coletividade em busca de uma sociedade mais pacífica, harmônica e justa, que apesar de no início ainda manter certa desproporção começou a deixar claro quem ditava as regras, configurando assim, verdadeiro "*jus puniendi*" na aplicação das penas, conforme abaixo se observa por meio de obra de Vicente de Paula Rodrigues Maggio:

"Por causa da desproporção, as lutas entre os grupos, famílias e tribos eram brutas, o que exterminava e enfraquecia diversas delas. Surge então, a primeira conquista no terreno repressivo, o talião, que delimitava a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado. Tal pena aparece no Código de Hamurabi (olho por olho, dente por dente), na Lei das XII Tábuas, e outras legislações. Foi o início da preocupação com a justa retribuição." (MAGGIO, 2003, p. 55).

A partir deste momento, a pena vem evoluindo e juntamente com ela a sociedade, desvencilhando-se das penas de caráter desumano, e buscando uma aplicação mais justa, com base na dignidade da pessoa humana, dando início assim ao surgimento dos estabelecimentos prisionais, tendo por objetivo a recuperação e

ressocialização dos delinquentes, representando uma verdadeira evolução no direito de punir.

Assim se verifica, que a norma jurídica de *per si* não é a única formadora do Direito Penal, pois este, cercado está de eventos sociais que o modificam paulatinamente, pois o Direito como um todo é inseparável do conjunto de valores que determinado grupo elege como fundamentais, devendo então a norma se adequar ao contexto social vigente, para que só assim tenha condições de atingir alguma efetividade real. Neste sentido trazemos a citação do doutrinador Fernando Capez:

“O Direito Penal não é apenas um instrumento opressivo de defesa do aparelho estatal, ele exerce também uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e responsabilizando as perigosas, não podendo ser por essa razão, resultado de um trabalho abstrato ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir, com método e ciência, o justo anseio social. (CAPEZ, 2006, p. 9).”

Conforme observado; antes de tudo o objetivo do Direito Penal e por sua vez da Execução Penal e do sistema prisional não é oprimir, mas sim recuperar o apenado, visando principalmente sua volta de forma ressocializada ao seio social e não um retorno com revoltas, muitas vezes pior e apto a cometer novos delitos.

2.1.1 A vingança privada

No período da vingança privada, quando cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo; a tribo do ofendido despendia uma verdadeira guerra contra os membros do grupo ofensor, as penas eram completamente desproporcionais a ofensa e se caracterizava por castigos corporais que muitas das vezes ceifavam a vida do apenado e até mesmo de seus familiares. É como menciona Edgard Magalhães Noronha:

“(...) cometido um crime, havia a reação da vítima, dos parentes e do seu grupo/tribo, que, agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o agressor, mas também toda a sua tribo. A vingança era privada, pois a reação à ofensa era puramente pessoal, sem intervenção ou auxílio de terceiros. (NORONHA, 1999, p. 192).”

Quando o agressor era membro do próprio clã geralmente o expulsavam do grupo, obrigando-o a viver isolado enfrentando todas as adversidades do meio e isso invariavelmente o levava à morte, seja por não conseguir sobreviver sozinho, seja em razão dos ataques das antigas tribos rivais.

Desta forma as tribos acabavam por enfraquecer chegando até mesmo a completa extinção, foi então que neste sentido, corolário com a própria evolução, buscando a manutenção das tribos e a paz social é que surge o talião (*talis* = tal), ou seja, castigo igual à culpa, desforra igual à ofensa (olho por olho, dente por dente), caracterizando como verdadeiro progresso na aplicação das penas, limitando o castigo proporcionalmente a agressão sofrida. Foi adotado pelo Código de Hamurábi, da Babilônia (séc. XVIII a.C.), pela Legislação Hebraica e pela Lei das XII Tábuas em Roma.

Surge também neste período, como forma de avanço da aplicação das penas, a composição, ou seja, uma transação entre o ofensor e ofendido ou seus familiares, que caracterizava por uma substituição do castigo por um bem, o ofensor se livrava da pena com a compra da sua liberdade, que geralmente era feita principalmente por meio de moedas, gados e terras. Está espécie de pena foi adotada também pelo Código de Hamurábi, da Babilônia (séc. XVIII a.C.), que reproduz exatamente o Talião e a composição, bem como pelo Pentateuco e pelo Código de Manu na Índia.

2.1.2 A vingança divina

Este período foi caracterizado por uma confusão entre normas de convivência social e as normas divinas, a religião confundia-se com o Direito, e, assim, os preceitos de cunho meramente religioso ou moral, tornavam-se leis em vigor, o crime era visto como um pecado, e sendo assim cada tipo de pecado atingia uma determinada entidade, ou seja, um deus, neste período a religião influenciava decisivamente a vida dos povos antigos, conforme se aduz:

“A vingança divina teve marco devido à influência da religião na vida dos povos antigos, pois deveria punir o crime, para a satisfação dos deuses pela ofensa praticada. É o Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal, que tinha como objetivo a purificação da alma do criminoso, através do castigo para que pudesse alcançar a benesse divina. (NORONHA, 1999, p. 195).”

As penas tinham por objetivo a satisfação do deus ofendido e a purificação e salvação da alma do infrator, porém sem abandonar o caráter cruel em sua aplicação, a "vis corporalis" era usada como meio de intimidação.

Os sacerdotes como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça, eram os agentes responsáveis pela punição, existindo a mística que o castigo deveria ser proporcional a grandeza do deus ofendido.

Este tipo de vingança foi adotada pelo Código de Manu (Índia), e no Código de Hamurábi, nas regiões do Egito, Assíria, Fenícia, Israel e Grécia.

2.1.3 A vingança pública

Período o qual o Estado se apresenta de forma mais organizada, por meio de um poder cada vez mais fortalecido, onde a figura de determinado monarca era muito respeitada, deferindo a este o poder de castigar seus súditos para se alcançar o objetivo maior que era a segurança do seu reinado e a manutenção do poder.

As penas mantendo o mesmo padrão do sistema anterior eram também de caráter cruéis e intimidativas (morte na fogueira, roda, esquartejamento, sepultamento em vida), os processos eram sigilosos, o réu não sabia qual era a imputação feita contra ele, o entendimento era de que, sendo inocente, o acusado não precisava de defesa; se fosse culpado, a ela não teria direito, isso favorecia o livre arbítrio dos governantes.

2.1.4 O período humanitário

Surgiu contra os excessos das fases anteriores, no fim do século XVIII no chamado século das luzes, mais precisamente no decorrer do iluminismo, com o surgimento de idéias mais voltadas para o caráter humanitário da aplicação das penas.

Neste período ocorreu a propagação dos ideais iluministas, onde houve uma conscientização quanto às barbaridades que vinham acontecendo, chegando à conclusão que era preciso romper com os convencionalismos e tradições vigentes, buscando tratar de forma mais humanitária o condenado em busca de uma aplicação mais justa da pena.

Houve um imperativo para a proteção da liberdade individual em face do arbítrio judiciário e para o banimento das torturas, com fundamento em sentimentos de piedade, compaixão e respeito à pessoa humana.

A principal bandeira era a busca de uma lei penal que fosse simples, clara, precisa e escrita em língua pátria, deveria ser também severa o mínimo necessário para combater a criminalidade, tornando assim o processo penal rápido e eficaz.

O principal defensor deste movimento foi Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, nascido em Milão no dia 15 de Março de 1738; que em 1763, aos 25 anos de idade, saiu em defesa dos desafortunados e dos desfavorecidos por meio do início de sua tão afamada obra "Dos delitos e das penas" (*Dei Delitti e Delle Pene*), tendo por influência os princípios pregados por Rousseau e Montesquieu.

A obra de Beccaria critica as brechas no sistema penal de seu tempo em virtude dos arbítrios cometidos pelos juízes, sustentados em leis imprecisas e arcaicas.

O princípio colimador de sua obra é a Teoria do Contrato Social contra a pena capital, com o argumento de que, apesar do homem ceder parte de sua liberdade ao bem comum, não poderia ser privado de todos os seus direitos, principalmente seus direitos fundamentais, pois a ninguém seria conferido o poder de matá-lo.

Beccaria se insurgiu contra a tradição jurídica da época, em nome da humanização das penas, da razão, da realidade e do sentimento, sustentando para tal o princípio a seguir citado:

“Contudo, qual a origem das penas, e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será verdadeiramente útil, necessária, imprescindível para a segurança e a estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais são os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes? (BECCARIA, 1764, p. 17).”

2.1.5 O período criminológico

Surgiu após o período humanitário, sendo influenciado principalmente pelo pensamento positivista, onde começaram a surgir pensamentos mais concretos em relação ao homem normal e o homem delinquente, buscando se explicar a causa principal e essencial do delito.

Neste período o principal estudioso a respeito do assunto foi o médico César Lombroso, que em 1875, escreveu o livro *L'Uomo Delinquente (O Homem Delinquente)*, nesta obra defendeu que a pena deveria ter por princípio a defesa social e a busca da recuperação do criminoso em prol do bem comum, tendo em vista ser o crime uma manifestação nata da personalidade humana, um fenômeno biológico, e não simplesmente um fato jurídico na sociedade. Lombroso sustentava que as características físicas e morfológicas eram fato preponderante para o cometimento de crimes, sendo em decorrência de tais princípios considerado o criador da antropologia criminal.

“Para Lombroso, o delinquente era um ser atávico, um europeu que não havia completado o seu desenvolvimento embriofetal (na época dizia-se que a *ontogenia* sintetizava a *filogenia*) e, portanto, consistia numa detenção do processo *embriofetal* que resultava em um ser semelhante ao selvagem colonizado: não tinha moral, parecia fisicamente com o indígena ou o negro, possuía pouca sensibilidade à dor, era infantil, perverso etc. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR 2006, p. 573).”

Nesta mesma época, Henrique Ferri, criou a Sociologia Criminal, ressaltando que as características antropológicas, sociais e físicas eram fatores pujantes, que por si só, justificavam a ocorrência causal dos delitos.

Seguindo a mesma toada, Rafael Garofalo por meio de sua obra *Criminologia*, defendeu este mesmo princípio; sendo que juntamente com Lombroso e Ferri, foi considerado um dos fundadores da Escola Positivista, sendo então verdadeiros precursores deste pensamento, conforme abaixo manifestado:

“O terceiro representante do positivismo italiano foi Rafael Garofalo (1851-1934), o autor de *Criminologia*, sua principal obra que, por certo, não tratava do que hoje se entende por criminologia. Garofalo, ao contrário de Ferri – que era um político socialista e terminou como senador fascista - e de Lombroso – um cientista descendente de judeus – foi um aristocrata, que exibía com orgulho seu título de barão, e chegou a ser procurador do Reino, razão por que suas ideias estão bem mais próximas de Haeckel, o divulgador do monismo darwiniano, e tomou decididamente partido contra o socialismo, de um modo semelhante ao racista Le Bon. Garofalo não esconde seu autoritarismo, sua índole essencialmente antidemocrática nem a extremada frieza genocida de seu pensamento. Com ele fica evidente a tese da guerra ao delinqüente e o positivismo italiano alcança o nível mais inferior de seu conteúdo pensante” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR 2006, p. 577/578).”

Embora tal pensamento ter se destacado na época, se faz por bem asseverar que na atualidade não vige tal princípio, pois atualmente os penalistas têm-se preocupado muito mais com a pessoa do condenado, tendo por base uma

perspectiva humanista onde a principal finalidade nem que seja só no papel é a recuperação do condenado tornando-o apto a real convivência social, buscando dar verdadeiro sentido ao princípio do Direito Penal bem como da Execução Penal e do sistema prisional.

2.1.6 O Sistema Prisional

Ao comparar a história das prisões com a evolução da humanidade, verificamos que aquela é recente em relação a esta, porém por outro lado se vislumbra que algum tipo de punição sempre existiu.

O cárcere surgiu sem planejamento, sendo desde o início um local de transição, onde seres humanos eram amontoados para posteriormente receberem uma punição mais severa, que poderia ser desde o castigo corporal como os açoites, até as penas de mortes.

As penas eram aplicadas de forma desumana, sempre com o intuito de representar um exemplo para todos, pois eram geralmente executadas em praças públicas com a presença de toda a população, tornando-se verdadeiro espetáculo de horrores chancelado pelo Estado.

Com a evolução da sociedade a punição foi paulatinamente deixando de ser um espetáculo de morte em praça pública, pois começaram a surgir pensadores que levantavam a bandeira de que o rito de suplício e sofrimento que levava a morte o apenado igualava-se ao crime cometido sendo que muitas vezes o ultrapassava em brutalidade, e que tal procedimento deveria ser afastado, pois a pena de morte imposta não se apoiava em nenhum direito, conforme já salientado por meio de citação de Cesare Beccaria, em sua célebre obra dos Delitos e das Penas, que influenciou a legislação penal, ao declarar que a pena de morte era inútil, conforme abaixo se observa de forma veemente pelo expoente doutrinador:

“A morte de um cidadão apenas pode ser considerada necessária por duas razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder a sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem; e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo a sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.” (BECCARIA, 1764, p. 52).

Beccaria defendeu a existência de uma proporcionalidade entre as penas e os delitos, suas idéias foram um verdadeiro embrião para que as penas passassem a ser proporcionais aos delitos cometidos, dando os primeiros passos para o surgimento do sistema prisional com a finalidade de ressocializar o infrator, tornando-o apto para o retorno ao convívio social.

Por outro lado, alguns autores afirmam que a idéia de penitenciária surgiu na idade média por intermédio da igreja, que pregava que o homem se purificava enquanto permanecia no sofrimento e na solidão, pois nesta situação poderia refletir sobre os erros cometidos e assim sendo, não mais reincidia. Destarte afirma o Juiz pernambucano Adeildo Nunes em sua obra, *Realidades das Prisões Brasileiras*:

“Na idade média, a igreja, foi precursora na aplicação da prisão, como forma de castigo àqueles que infringissem seus preceitos, fazendo recolher os monges rebeldes ou infratores em celas individuais, onde mercê de orações e reflexos reconheciam seus próprios pecados e não voltava a cometê-los.” (NUNES, 2005, p. 46).

De fato observa-se que a idéia de estabelecimentos prisionais representou um verdadeiro avanço ao direito de punir, o sistema penitenciário, surgiu com a necessidade de reabilitação e recuperação dos que feriam as regras sociais, com o fim de abolir as penas desumanas e proporcionar ao apenado chances de reinserção social, objetivando principalmente uma reforma moral e uma preparação do recluso para sua vida em sociedade, conforme se observa em NORONHA (1999, p. 202) “Os estabelecimentos penitenciários representam a evolução do direito de punir e conter os agressores do crime. A sanção penal percorreu um longo caminho histórico até chegar à condição atual, qual seja a pena privativa de liberdade.”

Porém hodiernamente verifica-se que a sociedade evoluiu e juntamente com ela a criminalidade, fato este não acompanhado pelas políticas prisionais, o que tornou o sistema prisional degradante sobre todos os aspectos.

Neste contexto, observa-se que o respeito aos direitos humanos estão sendo diariamente violados e desconsiderados, sobre o manto de um sistema prisional que não alcança seus objetivos; mormente a questão da ressocialização sendo corolário esta questão com a total falta de investimento em políticas educacionais e prisionais.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional brasileiro é historicamente marcado por episódios que revelam e apontam para o descaso com relação às políticas públicas na área penal, sendo que o marco inicial data-se no ano de 1769 quando a Carta Régia do Brasil determinou a construção da primeira prisão brasileira, a Casa de Correção do Rio de Janeiro.

Alguns anos depois, a Constituição de 1824 determinou que as cadeias tivessem os réus separados por tipo de crime e penas e que se adaptassem as prisões para que os detentos pudessem trabalhar.

Em 1890, o Código Penal já previa que presos com bom comportamento, após cumprirem parte da pena poderiam ser transferidos para presídios agrícolas, porém desde aquela época abrangia uma parte ínfima dos presos porque já eram poucos os presídios deste tipo no país.

A primeira tentativa de uma codificação das normas de Execução Penal foi em 1933, por meio do projeto do Código Penitenciário da República, elaborado por Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho, que veio até mesmo ser publicado no Diário do Poder Legislativo, no Rio de Janeiro, edição de 25 de fevereiro de 1937, que continuou a ser discutido até a promulgação do Código Penal de 1940, porém o projeto acabou sendo abandonado por destoar do referido Código; o citado projeto propunha que, além de cumprir a pena, o apenado também trabalhasse como forma de atingir sua reinserção social, tal previsão desde então até hoje não se efetivou na prática e atualmente contamos com uma realidade dramática, onde os submetidos às penas são amontoados em celas insalubres e superlotadas, não existe uma política educacional de recuperação e aliada a esta mazela está o despreparo dos agentes públicos que trabalham no sistema, que desprovidos da necessária formação, contam também com a falta de segurança e má remuneração e infelizmente acabam virando presas fáceis dos delinquentes que os corrompem visando a facilitação para entrada de produtos proibidos nas celas.

As condições subumanas e a precariedade em que os detentos vivem transformam os presídios em verdadeiros depósitos de seres humanos, drogas, telefones celulares e armas são apreendidas, os mais fortes, subordinam os mais fracos, criminosos primários são misturados a homicidas, sequestradores,

estupradores etc.; de dentro do cárcere facções comandam ações criminosas, tais fatos geram um resultado “bombástico” que, ao invés de recuperar o detento o torna “especialista na arte do crime”, neste contexto, geralmente um jovem que entra em uma dessas carceragens sai de lá apto a liderar facções criminosas e disposto a enfrentar a polícia e cometer qualquer tipo de ação criminosa.

Diante do exposto é notório que o sistema prisional brasileiro está falido, a deterioração do sistema vem ocorrendo cotidianamente, e nos últimos anos chegou a um ponto insustentável, pois infelizmente a ociosidade e a superlotação, resultantes da falta de uma política prisional séria e eficiente fazem parte desta triste realidade, e com isso o sistema prisional não consegue atingir seu objetivo que é o de recuperar e reintegrar os detentos à sociedade, dos egressos do sistema a grande maioria voltam a cometer novos delitos e retornam ao cárcere, este é um ciclo vicioso que parece não ter fim.

3.1 O SISTEMA PRISIONAL E A SOCIEDADE

O sistema prisional é um fato social, tal assertiva nos é apresentada por meio de uma sociedade violenta e indiferente, que se torna vítima dela própria, onde alguns de seus integrantes se desviam de regras de comportamentos tidas como desejáveis e se tornam propensos a integrar o sistema, isto é demonstrado do lado de fora dos muros do sistema prisional onde o alto índice de criminalidade aumenta o sentimento de impunidade e insegurança que é agravado por um judiciário pouco eficaz espelho da exclusão econômica reinante em nossa sociedade onde somente os mais afortunados possuem direito a uma assistência jurídica eficiente, tal situação acaba causando uma criminalização “talvez inconsciente” dos menos favorecidos, pois acabam entregues a própria sorte.

“A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas tocas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR 2006, p. 47).”

Neste contexto verifica-se que em nosso país o sistema prisional é o retrato fiel da própria sociedade, que está impregnada de contradições perversas, caracterizada pela cruel desigualdade social, onde milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza enquanto uma minoria privilegiada concentra a grande parte da riqueza.

O resultado desta enorme discrepância é o surgimento de uma massa populacional excluída e propensa a engrossar a fila do sistema prisional, identificada como sendo em sua maioria uma população pobre, negra, jovem, analfabeta ou semi-alfabetizada, são estes os verdadeiros marginalizados da sociedade, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais.

Neste entendimento se faz por bem salientar que o Estado e a sociedade não podem continuar negligenciando tal situação, pois atualmente o sistema prisional é um verdadeiro depósito de lixo humano, onde seres “inservíveis” para o convívio social são simplesmente descartados.

Diante de triste realidade urge veementemente ressaltar que esta forma de segregação imposta ao detento é um verdadeiro contra-senso, pois ao final da pena o segregado retorna ao convívio social na maioria das vezes trazendo muita mais violência, reflexo do tratamento degradante que foi submetido enquanto cumpria a sua pena sob patrocínio do Estado e indiferença da sociedade, este ostracismo impingido pelo sistema prisional causa gravames superiores aos legais, é um tratamento temerário que aniquila a essência de qualquer criatura humana e somente agrava o problema da segurança pública e da criminalidade.

3.2 O SISTEMA PRISIONAL E AS GARANTIAS DO APENADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça, estima que a maioria dos presidiários até o advento da Lei 12.313 sancionada em 19 de agosto de 2010, sequer exerciam o seu direito de defesa, estavam esquecidos no submundo das prisões, pois a Lei de Execução Penal, não disciplinava a atuação da Defensoria Pública, o que significava uma enorme omissão, já que cerca de 90% da população carcerária do país é de pessoas

carentes, que precisam da Defensoria, e a defesa era prestada de forma deficitária agravando ainda mais a precariedade do sistema prisional no Brasil.

A citada lei reformou a Lei de Execução Penal e pela primeira vez na história da legislação brasileira, vem regular a atuação da Defensoria Pública no sistema prisional, transformando a instituição em Órgão de Execução e reconhecendo a necessidade da presença de Defensores em todas as unidades prisionais do país, conferindo à Defensoria a tarefa de garantir o princípio constitucional de acesso à Justiça no âmbito da execução da pena..

A Constituição Federal de 1988 no art. 3º, inciso I; elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; além de ter um título completo (Título II) voltado totalmente para os direitos e garantias fundamentais.

Falar em garantias ao apenado temos que necessariamente falar em Direitos Humanos em um sentido amplo, que necessariamente nos obriga a reportar a Declaração Universal dos Direitos Humanos – adotada e proclamada pela Resolução nº 217A, da III Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, que traz expressa em seu art. 1º o seguinte dizer: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*. Pois bem, com base nesta declaração, praticamente os povos do mundo inteiro firmaram o compromisso de respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, com base na igualdade de direitos do homem e da mulher, e decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Bem sabemos que há na Carta Magna normas ditas programáticas, porém estas possuem embora de forma limitada total efetividade, conforme se traz a lume a sábia citação: *“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras.”* (Rui Barbosa. *Comentários à Constituição Federal Brasileira, tomo II, São Paulo, 1933, p. 489* apud ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR 2006, p. 377).” Diante do apresentado e do previsto na Carta Constitucional de 1988, não há que se falar em carência de eficácia e efetividade quando tratamos de dispositivos constitucionais, ainda mais quando tais dispositivos refere-se a normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme bem destaca o art. 5º, §

1º, CF/88; este dispositivo impõe aplicabilidade imediata às regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Tal embasamento serve como verdadeiro esteio para combater as discrepâncias que há entre as previsões legais e a realidade dos encarcerados que necessitam de uma atuação eficaz por parte do Estado, por ser este, o garantidor dos fundamentos e princípios constante de nossa Carta Magna, norma fundamental, por meio da qual nossa sociedade se organiza, encontrando se assim no ápice do sistema jurídico da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal é o fundamento de todas as leis infraconstitucionais, trás em seus artigos uma gama de garantias voltadas exclusivamente para a valorização do ser humano, os direitos e garantias individuais e coletivos nela previstos nos oferecem uma forma de proteção contra o próprio Estado, que muitas vezes se torna arbitrário por meio de seus agentes ou por políticas sociais ineficientes, que acabam ferindo princípios constitucionais, se mostrando de forma ainda mais gravosa, quando tais princípios referem-se à dignidade humana.

A recuperação do apenado deve ser realmente tratada como algo relevante e requer investimentos sérios para tanto, pois não existe a mínima possibilidade de recuperar alguém no atual modelo vigente, que se apresenta totalmente descompassado com a dignidade da pessoa humana, princípio-mor e colimador de uma sociedade justa, humana e fraterna. Neste sentido explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

“A dignidade da pessoa humana como fundamento da república Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre em regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. Na feliz síntese de Alexandre de Moraes, “esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da idéia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 86).”

Diante do exposto, pode-se afirmar que as normas que asseguram a dignidade da pessoa humana são cogentes, advindas não só da Constituição Federal bem como de todo o ordenamento jurídico pátrio e alienígena, abarcando não só os ditames do direito público interno, mas também cruzando fronteiras sendo

influenciado e influenciando o Direito Internacional Público e Privado, assumindo a cada dia papel de grande relevância em relação a proteção da pessoa humana em nível mundial.

Como se observa, em relação ao apenado, o princípio da dignidade da pessoa humana, deve estar intimamente centrado em mecanismos de reinclusão social, e não em exclusões como acontece na realidade brasileira. O sentenciado deve cumprir a pena imposta, neste ponto não há dúvidas, porém é obrigação do Estado garantir condições reais para tal; impondo deveres e garantido direitos, com o fim de recuperar o ser humano que está sob sua custódia, buscando sempre reduzir a distância entre a população intramuros e extramuros penitenciários, preparando o sentenciado para o retorno efetivo da vida em sociedade.

É preciso implementar projetos sérios voltados para educação e trabalho, os detentos devem ter uma ocupação e se sentirem úteis, para tanto é necessário políticas sérias de ressocialização, tendo em vista que mais cedo ou mais tarde, este cidadão será novamente entregue ao convívio social e deverá ter amplas condições de ter uma vida digna pois já terá pago pelo crime que cometeu.

Os presos têm assegurado tanto pela Constituição Federal, quanto pela Lei de Execução Penal seu direito à vida, à dignidade, à privacidade, porém infelizmente não é o que existe na realidade, e isto acaba afetando toda a sociedade, pois o sistema prisional se mostra como uma grande falácia que não recupera ninguém não se prestando ao fim que se destina, pois devolve a sociedade pessoas especializadas na arte do crime.

Neste diapasão verificamos que em termos de normatização é assegurado a todos os cidadãos com base na Lei Maior e demais Leis Infraconstitucionais, direitos e garantias fundamentais, possuindo tais leis previsão de aplicabilidade imediata, estas normas não distinguem os cidadãos em apenados e não apenados, ou seja, são todos iguais perante a lei, porém na prática o sistema prisional que deveria ser eficiente, se mostra nefasto ao apenado bem com a toda a sociedade, pois esta se enclausura nas “grades das cidades” e aqueles já como egressos ficam sem a mínima chance de ressocialização em virtude do preconceito existente sendo ambos penalizados pelo sistema.

3.3 DIGNIDADE DA PPESSOA HUMANA E GARANTIAS DO PRESO

O Estado tem autorização para prender alguém, com base na proteção dos bens jurídicos tutelados por ele mesmo, no intuito da pacificação da convivência harmoniosa entre os membros da sociedade.

Com isso, é instituído um direito penal, para regular condutas humanas, estipulando penas àqueles que descumprirem o que está prescrito, mas este também regula a observância das garantias fundamentais, pois fazem parte do alicerce da própria constituição do Estado.

O respeito à pessoa, é algo intrínseco a ela, simplesmente por ser humana, natural, a qual acompanha o mesmo, não importando a sua condição financeira ou local de estadia, cabendo ao Estado, promover a proteção desta garantia fundamental.

Neste sentido, já se proclamaram normas internacionais e nacionais, visando estabelecer o papel do poder estatal, no intuito de proteger o indivíduo apenado, contra sofrimentos que possam ferir as garantias estabelecidas, conforme extraído abaixo:

“As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica - a Lei de Execução Penal - os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal. (ASSIS, 2007, p. 4)”

Conforme o autor coloca, as garantias já se encontram esculpidas nos ordenamentos jurídicos, sendo desnecessário, qualquer procedimento cruel ou degradante a pessoa do preso, ou a pessoa ligada a este, apenas um atendimento a este em seguimento do regramento e qualquer atitude de opressão fere a legalidade, devendo ser combatida pela sociedade.

Entretanto, a vida em uma prisão, ainda enfrenta diversos problemas, como agressões físicas e morais, castigos que representam perda de personalidade, em

uma metodologia, que não apresenta perspectivas de retorno à sociedade, como se não bastasse o indivíduo perder direitos, segundo uma sentença judicial, ainda corre o risco de perder sua dignidade, num estabelecimento prisional.

Segundo Assis, a realidade, quanto ao sofrimento dentro dos presídios, é muito diverso da estabelecida em Lei, veja:

“Dentro da prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e de agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. Os abusos e as agressões cometidas por agentes penitenciários e por policiais ocorre de forma acentuada principalmente após a ocorrência de rebeliões ou tentativas de fuga. Após serem dominados, os amotinados sofrem a chamada "correição", que nada mais é do que o espancamento que acontece após a contenção dessas insurreições, o qual tem a natureza de castigo. Muitas vezes esse espancamento extrapola e termina em execução, como no caso que não poderia deixar de ser citado do "massacre" do Carandiru, em São Paulo, no ano 1992, no qual oficialmente foram executados 111 presos. O despreparo e a desqualificação desses agentes fazem com que eles consigam conter os motins e rebeliões carcerárias somente por meio da violência, cometendo vários abusos e impondo aos presos uma espécie de "disciplina carcerária" que não está prevista em lei, sendo que na maioria das vezes esses agentes acabam não sendo responsabilizados por seus atos e permanecem impunes. Entre os próprios presos a prática de atos violentos e a impunidade ocorrem de forma ainda mais exacerbada. A ocorrência de homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são uma prática comum por parte dos presos que já estão mais "criminalizados" dentro da ambiente da prisão e que, em razão disso, exercem um domínio sobre os demais presos, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela. Contribui para esse quadro o fato de não serem separados os marginais contumazes e sentenciados a longas penas dos condenados primários. (ASSIS, 2007, p. 5)”

Como se percebe, nas anotações trazidas pelo autor, inúmeras ofensas à dignidade da pessoa ocorrem dentro dos estabelecimentos prisionais, fugindo do controle dos órgãos responsáveis, ou estes são coniventes com o problema.

As ofensas à dignidade da pessoa humana precisam ser tratadas como ofensas aos fundamentos do Estado Democrático de direito, e, portanto, não devem passar imunes, pois não pode mais, ser tolerado este tipo de comportamento, de seres humanos contra seres humanos, tendo em vista que, trata-se de um ser igual a outro.

O princípio da humanidade, deve prevalecer no cumprimento da pena, podendo o apenado cumprir sua pena perto dos seus familiares, com privacidade e

liberdade de expressão, além das demais garantias estabelecidas, tendo por fim, o ser humano, não usando como meio.

Devem ainda ser destacados os ditames do art. 3º, 40, 41, 42 e 43, da LEP quanto aos direitos do preso, onde fica claro que será de responsabilidade do Estado, a sua execução, o que somente com a pressão dos indivíduos que compõe a sociedade, acontecerá, pois foi deixada de lado, evitando-se inclusive que se toque no assunto.

Ressalta-se, que a crise vivenciada, pelos mais diversos países, na atualidade, quanto ao aparelho carcerário, não permite cumprir com os objetivos esculpido pela Legislação, contudo precisam de restabelecimento e efetivação imediata, quão unicamente acontecerá se tiver vontade política e coragem para que seja dado o pontapé inicial (RIBEIRO, 2009).

Ainda é oportuno ressaltar, que o tratamento dado às mulheres e aos maiores de sessenta anos, deve ser diferenciado conforme previsão contida na Constituição Federal, no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, até pela condição de vulnerabilidade, com celas separadas dos demais presos, evitando que sofram algum tipo de violência, mas o respeito é apropriado em todas as idades e sexo, tanto por parte do Estado, quanto por parte do preso, que deve ser fiscalizado por àquele, fazendo valer a política da dignidade em todas as casas.

O Estado deslocou seu foco, para uma simples manutenção da ordem, esquecendo-se dos princípios orientadores, seus fundamentos, isto leva a mudança de visão acerca do preso, pois quando o próprio Estado esquece que o indivíduo preso é um cidadão que faz parte do mesmo, isto se reflete em toda sociedade, a qual passa a tratar o preso, mesmo depois de ter cumprido apenas, como não mais sendo este um cidadão (RIBEIRO, 2009).

Por fim, aponta-se que o estudo baseou-se, no modelo ideológico de Estado Democrático de Direito, pois este, na visão do autor, prima pela participação dos cidadãos nas decisões da administração pública e coloca o ser humano em um patamar de respeito e dignidade, porém encontra percalços que devem ser sanados, com a ajuda da sociedade civil.

4 EXECUÇÃO PENAL

A Execução Penal é a fase onde Estado visando tornar efetivo o *jus puniendi*, coloca em movimento por meio de seu “poder de império” a persecução penal, visando satisfazer de forma concreta a sua pretensão punitiva por meio da imposição de uma pena ao violador das regras de boa convivência social; neste sentido manifesta-se Capez:

“Pena é a sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cujas finalidades são aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade. (CAPEZ, 2007, p. 17).”

A partir deste princípio é que nasce de forma cogente o poder executório estatal, sustentado em uma sentença judicial transitada em julgado, proferida mediante o devido processo legal, impondo uma sanção penal ao integrante da grei que tenha cometido um fato típico e ilícito sendo a culpabilidade um pressuposto para a aplicação ou não da reprimenda, pois suas excludentes não colocam fim a conduta delitativa, apenas afastam a punição, neste contexto temos a sanção penal como gênero, do qual são espécies a pena e a medida de segurança.

Assim observamos que é por meio da Execução Penal que o Estado relaciona-se com o condenado buscando proporcionar a este, medidas assistenciais e de reabilitação com o fim recuperá-lo, é neste ponto que a ciência criminal atinge a sua essência em busca de uma sociedade mais fraterna e feliz sendo que no Brasil o instrumento para tal, é a Lei 7.210 (Lei de Execução Penal) .

4.1 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em 11 de julho de 1984, foi instituída a Lei 7.210-Lei de Execução Penal (LEP), com o fim de o Estado proporcionar ao indivíduo que delinuiu sua reintegração à sociedade livre.

Esta Lei é considerada um dos melhores instrumentos legislativos mundiais em relação à garantia dos direitos individuais do apenado, porém infelizmente como boa parte dos instrumentos legislativos garantistas da legislação pátria, a aplicação

da tão aclamada lei em muito deixa a desejar, seja por razões de ordem material, ou seja por falta de políticas prisionais sérias e eficientes voltadas para a recuperação do indivíduo entregue a custódia estatal.

O escopo principal da Lei de Execução Penal (LEP) é efetivar o comando da sentença ou decisão criminal, pois a pena é castigo, tem uma natureza retributiva, que a sociedade por meio do Estado impõe ao indivíduo que violou a lei penal.

Porém, além do caráter retributivo a pena tem por fim proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, pois ela também possui natureza ressocializante e reeducativa, sendo esta a sua principal finalidade e isto está muito bem delimitado no artigo 1º da da Lei de Execução Penal (LEP), que de forma clara aduz o seguinte: *“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.”* assim é o entendimento também expresso no seguinte julgado do STF:

"A Lei de Execução Penal – LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais." (HC 99.652, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009).

A Lei de Execução Penal em seu artigo 10º prevê que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno do apenado a convivência social.

O artigo 11 do mesmo instituto salienta que é devida pelo Estado ao sentenciado a assistência material por meio da alimentação, vestuário e instalações higiênicas condizentes com a pessoa humana; além da jurídica, educacional, social, religiosa e a saúde.

Sendo assim para atingir estes objetivos, o Estado deve atuar por meio de uma eficiente e necessária política geral de governo, que passa também pela intervenção efetiva de toda a sociedade, com o fim de proporcionar uma vida digna

aos segregados do seio social com o fim de torná-los aptos para o retorno ao convívio em sociedade.

4.1.1 Os direitos e deveres do sentenciado durante o cumprimento da pena

Com o *jus executionis* nasce para o Estado o direito de executar a pena e para o condenado nasce o dever de se submeter a ela, tais conseqüências são resultantes de uma condenação imposta dentro dos limites constitucionais previstos dentro de um Estado Democrático de Direito como é o Brasil.

Neste sentido a Execução Penal é caracterizada por uma atividade dotada de complexidade que durante a sua atuação pressupõe um conjunto de deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, de tal sorte que, além das obrigações legais inerentes a sua particular situação, o condenado é submetido a um conjunto de normas, verdadeiros deveres durante o cumprimento da pena, que delimita sua postura perante o Estado, visando a sua recuperação para um retorno digno a sociedade da qual não se acha excluído, apenas encontra-se em uma situação diferenciada em relação a esta, conforme muito bem observado por Mirabete:

“O princípio inspirador do cumprimento das penas e medidas de segurança de privação de liberdade é a consideração de que o interno é *sujeito de direito* e não é excluído da sociedade, mas continua formando parte da mesma e, assim, nas relações jurídicas devem ser impostas ao condenado tão-somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que lhe foram impostas. (MIRABETE, 2002, p. 110).”

Concomitante a estes deveres existe também uma gama de direitos que infelizmente não são observados por parte do Estado o que acaba minando o sentido real da execução da pena e ferindo toda a previsão legal a respeito, pois ao contrário de outros tempos, o apenado deixou de ser objeto do direito penal e passou a ser pessoa de direito e também de obrigações em um sentido amplo, conforme asseverado por Antônio José Miguel Feu Rosa:

“Em outros tempos a mera condição de preso importava na perda de todos os direitos. O preso perdia todos os seus bens, sua família, toda e qualquer proteção da lei, e, como condenado, passava a não ter direito algum. Hoje o preso deixou de ser objeto do Direito Penal para ser pessoa do Direito, num sentido amplo. (ROSA, 1995, p. 83).”

Em relação à pena, a Constituição Federal de 1998, ápice de nossa legislação pátria, não se posicionou de forma expressa; porém em seu corpo vários dispositivos tratam das garantias fundamentais do cidadão enquanto entregue a custódia estatal; conforme abordado por Sidnei Agostinho Beneti:

“A Execução Penal deve respeitar os direitos fundamentais que, em decorrência da Constituição Federal, são assegurados aos presos. Nesse rol há direitos dos presos e direitos comuns dos cidadãos, com os quais também os presos se protegem que dizer, direitos não próprios dos presos, mas que o amparam, em decorrência da enumeração básica do art. 5º da Constituição Federal. (BENETI, 1996, p. 59).”

Sendo assim é de fácil observação que durante o cumprimento da pena o apenado é dotado de proteção, em virtude de reflexos fundamentados na dignidade da pessoa humana, corolário dos limites garantidores da liberdade individual constante do texto Constitucional e de Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil, e protegidos no parágrafo 2º do art. 5º, da Constituição Federal, que possuem inclusive hierárquica constitucional conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 5º, da mesma Carta Constitucional, conforme expressamente se apresenta: *“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*.

Neste sentido vejamos posicionamento do STF:

“(...) após o advento da EC 45/2004, consoante redação dada ao § 3º do art. 5º da CF, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquia constitucional (...). Desse modo, a Corte deve evoluir do entendimento então prevalecente (...) para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção. (...) Se bem é verdade que existe uma garantia ao duplo grau de jurisdição, por força do pacto de São José, também é fato que tal garantia não é absoluta e encontra exceções na própria Carta.” (AI 601.832-AgR, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009) **Vide:** RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009.”

Neste contexto a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da humanidade, sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e totalmente contrária ao princípio da legalidade, pois tanto a Constituição Federal como a Lei de

Execução Penal prevêem diversos direitos aos sentenciados durante o cumprimento da pena. Diante do exposto chega-se facilmente a conclusão de que a função possível da pena privativa de liberdade dentro de um regime democrático é o de o Estado proporcionar ao indivíduo que delinuiu sua reintegração à sociedade livre.

No entanto, o que tem ocorrido é uma constante violação dos direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade, pois na realidade hodierna a partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado ele não está perdendo apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos que acarretam a degradação de sua personalidade levando-o a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade, neste ângulo infelizmente a Lei de Execução Penal se torna inócua; sendo infelizmente uma simples "carta de intenções" robusta de idealismo normativo, mas com resultados práticos ineficientes.

O Capítulo II da Lei de Execução Penal versa sobre a assistência ao preso, sendo que o artigo 12 faz previsão da assistência material que compreende o fornecimento de elementos essenciais à sobrevivência digna, que são os alimentos, as vestes e instalações higiênicas.

A alimentação deve ser fornecida conforme as necessidades básicas humanas, os vestuários devem ser padronizados com o fim de evitar a discriminação entre os presos, que por vezes não possuem condições de prove-lo de forma adequada e em obediência a climatização do ambiente, sendo assim a boa alimentação e o adequado vestuário, devem ser prestados em conjunto com as condições básicas de higiene, para que haja um ambiente hígido e salutar.

No entanto, geralmente a alimentação é inadequada, pois os alimentos são insuficientes e mal manipulados, os vestuários não atendem as necessidades ambientais, a higiene é deficitária os apenados convivem em celas mal cheirosas onde o espaço físico é na maioria das vezes, precário, superlotado e sem condições de sobrevivência, haja vista, tratar-se de instalações insalubres sem a mínima condição de habitação; neste sentido se posiciona Mirabete:

“A assistência material, segundo a lei, consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos e internados. Um dos direitos do preso, aliás, é a alimentação suficiente e vestuário, que corre

a cargo do Estado (art. 41, I, da LEP), ainda que se permita às vezes o envio de pacotes de comida do exterior, principalmente em ocasiões especiais ou nos dias reservados às visitas. (MIRABETE, 2002, p. 64).”

Quanto a assistência a saúde prevista no artigo 14 é cediço que nos presídios o atendimento médico não é suficiente para suprir as necessidades da população carcerária, tanto no que diz respeito a profissionais efetivamente comprometidos, quanto à carência de remédios necessários ao atendimento mínimo emergencial.

“Para a prestação da assistência à saúde, é evidente indispensável que os estabelecimentos penitenciários estejam providos de convenientes instalações médico-sanitárias a fim de que os médicos e demais profissionais executem seus serviços preventivos e curativos, vigiando ao cumprimento das normas sanitárias e de higiene nas prisões, bem como mantenham um corpo de pessoal adequado para o desenvolvimento dessas atividades (MIRABETE, 2002, p. 68).”

A assistência jurídica é outro ponto importantíssimo a ser discutida, a Lei de Execução Penal no artigo 15, bem como 5º inciso LXXIV da Constituição Federal afirma que o *Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*. Porém, convém enfatizar que muito embora seja garantida a assistência jurídica gratuita, o que prepondera é a assistência jurídica particular, mesmo não sendo os representados detentores de recursos para tanto, a carência da assistência jurídica implica num lapso temporal maior à espera da primeira audiência ou até mesmo à concessão de benefícios, como o livramento condicional, fazendo emergir um aspecto negativo gerando revoltas e o total descrédito no Estado.

“A adequada assistência jurídica é de evidente importância para a população carcerária. Nos casos em que há ação penal em andamento, o advogado poderá interferir diretamente no andamento do processo e contribuir para uma sentença absolutória e, em havendo sentença condenatória, poderá propor e encaminhar devidamente a apelação. Na hipótese de sentença transitada em julgado, o advogado representa uma proteção importante na fase da execução das penas privativas de liberdade (MIRABETE, 2002, p. 70).”

Quanto à assistência educacional o artigo 17 diz que esta compreenderá a instrução escolar e a formação profissional, sendo que o artigo 18 resguarda que a educação de primeiro grau é obrigatória, tendo em vista que a grande maioria dos apenados não possui tal nível de instrução e muitos destes são considerados analfabetos funcionais. Tal previsão é importante, pois é do conhecimento de todos

que a educação é um dos meios eficazes de proporcionar a evolução pessoal e social, no entanto, a realidade é outra, posto que, tal assistência é apenas formal, trata-se de um direito que não é efetivamente garantido, neste quesito mais uma vez as autoridades se omitem e os apenados acabam no ócio do cárcere sem a mínima possibilidade de evolução.

“A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento do tratamento penitenciário como meio para reinserção social. Dispõe, aliás, a Constituição Federal que a “educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art 205)... (MIRABETE, 2002, p. 73).”

A assistência social prevista no artigo 22 também deixa muito a desejar, pois os apenados não são efetivamente preparados para o retorno a liberdade, as saídas temporárias não são controladas, muitos detentos aproveitam tais oportunidades para cometer delitos e outros para não mais retornarem a prisão, esta assistência deveria ser uma ligação do apenado com o meio exterior preparando de forma efetiva e paulatina o seu retorno ao convívio social inclusive com a participação da família e de toda a sociedade.

“Dentro da concepção penitenciária moderna, corresponde ao Serviço Social uma das tarefas mais importantes dentro do processo de reinserção social do condenado ou internado, pois o assistente social compete acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre os problemas do preso, promover a orientação do assistido na fase final do cumprimento da pena etc., tudo para colaborar e consolidar os vínculos familiares e auxiliar na resolução dos problemas que dificultam a reafirmação do liberado ou egresso em sua própria identidade. (MIRABETE, 2002, p. 78).”

A assistência religiosa prevista no artigo 24 da Lei de Execução Penal, está relacionada no sentido de proporcionar ao apenado o exercício da livre manifestação de seu culto religioso; pois a religião traz forte influência para a ressocialização; no cenário prisional percebe-se a inexistência de espaços adequados para manifestação religiosa bem como a existência de preconceitos de algumas instituições em prestar tal serviço, por vezes por desacreditarem na recuperação do apenado; porém mesmo assim ela é prestada por meio de trabalho de alguns voluntários das mais variadas igrejas que se propõem a oferecê-la, bastando tão

somente, a permissão para adentrar as unidades prisionais, importante ressaltar que ela não depende de verbas dos governos federais, estaduais ou municipais para que possa ser realizada, nem está ligada a burocracia dos órgãos administrativos, por isso alguma coisa acontece.

“A assistência religiosa dos presos e internados, conforme a regulamentação local pode estar a cargo de um corpo de capelães, de sacerdotes ou párocos das diversas religiões, e os internos devem ser atendidos pelos ministros da religião que professem. O serviço de assistência deve compreender todas as atividades que sejam necessárias para o adequado desenvolvimento religioso da pessoa, permitindo-se, portanto, a celebração de missas, a realização de cultos, a promoção de atividades piedosas, como a leitura da Bíblia ou de outros livros sagrados, os cânticos, as orações etc. Não basta, porém, que se permitam essas atividades religiosas, sendo preciso que o capelão esteja sempre presente para escutar os presos que o procuram e dizer-lhes a palavra de que necessitam, para guiá-los, aconselhá-los ou censurá-los. (MIRABETE, 2002, p. 83).”

No Capítulo IV a Lei de Execução Penal, faz a previsão dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina do condenado, a Seção I deste capítulo aborda os deveres que estão dispostos nos artigos 38 e 39.

O artigo 38 dispõe que cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, a submissão às normas de execução da pena. O artigo 39 em seus dez incisos aborda de forma clara os deveres do condenado, que assim dispõe: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal.

A Seção II do mesmo Capítulo aborda de forma contundente os direitos do condenado, sendo que o artigo 40 impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, sendo que os artigos 41, 42 e 43 descrevem de forma não exaustiva todos esses direitos.

O art. 41 da Lei de Execução Penal prevê que são direitos do preso: “I – *alimentação suficiente e vestuário*; II - *atribuição de trabalho e sua remuneração*; III - *previdência social*; IV - *constituição de pecúlio*; V - *proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação*; VI - *exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena*; VII - *assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa*; VIII - *proteção contra qualquer forma de sensacionalismo*; IX - *entrevista pessoal e reservada com o advogado*; X - *visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados*; XI - *chamamento nominal*; XII - *igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena*; XIII - *audiência especial com o diretor do estabelecimento*; XIV - *representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito*; XV - *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*; XVI – *atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente*”. O parágrafo único expressa que os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, diante de tal previsão observamos que os presos devem cumprir seus deveres para que não tenha seus direitos limitados.

Diante de tais previsões observa-se facilmente que o Estado não consegue cumprir em plenitude todas as determinações legais, vilipendiando totalmente o sistema prisional, quanto à capacidade de ressocialização e de assistência ao apenado.

5 O SER E O DEVER SER

Como já salientado, configura-se o homem como sendo um ser coexistencial, que não subsiste por muito tempo independente de qualquer contato, nenhum ser humano consegue viver no isolamento, pois depende da interação com o seu próximo para viver em harmonia dentro do contexto social, sendo que a ordem jurídica é o retrato dos estados das sociedades humanas no tempo e no espaço. Segundo o doutrinador Luiz Regis Prado:

“O homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade (*relatio ad alterum*). O Direito regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência, de desenvolvimento e de paz. Tanto assim é que sociedade e Direito se pressupõem mutuamente (*ubi societas ibi jus et ibi jus ubi societas*). (PRADO, 2005, p. 52).”

É certo, porém, que a sociedade é uma realidade objetiva, uma entidade exterior e superior aos indivíduos que a compõem, estes, dentro do contexto social entram em relação uns com os outros, atuam uns sobre os outros tecendo entre si um conjunto de relações e concepções e que para que haja a paz social surge o direito como um fenômeno social, que nasce da consciência coletiva, em que o agir subjetivo se limita na interação com outros indivíduos, e a percepção da supremacia da sociedade leva a cada componente desta, a se pautar imperiosamente em atos e regras de coexistência que se formam pela normatividade social.

Neste sentido observa-se que a ciência do direito consiste em um sistema normativo da conduta humana, decorrente de uma necessidade vital de convívio, o direito é norma, preceito e diretriz de boa convivência em sociedade, verdadeira eudemonia social, resultantes das somas das eudemonias pessoais, não existindo senão na sociedade e não podendo ser concebido fora dela. Neste sentido enfatiza Miguel Reale:

“Se voltamos os olhos para aquilo que nos cerca, verificamos que existem homens e existem coisas. O homem não apenas existe, mas coexiste, ou seja, vive necessariamente em companhia de outros homens. Em virtude do fato fundamental da coexistência, estabelecem os indivíduos entre si relações de coordenação, de subordinação, de integração, ou de outra natureza, relações essas que não ocorrem sem o concomitante aparecimento de regras de organização e de conduta. (REALE, 2009, p. 23).”

Isto posto, dentro desse binômio indivíduo-sociedade, surge em linhas gerais o direito normatizado como importante instrumento de criação e manutenção da paz social, cabendo especificamente ao direito penal a proteção dos valores fundamentais da boa convivência em sociedade, exteriorizando-se por meio da aplicação de determinada pena ou medida de segurança a quem comete um injusto penal tipificado como crime.

Destarte surge a norma penal em determinada sociedade civilizada visando proteger os bens tidos como mais importantes, tal norma é formada por aspectos materiais e formais, onde normas superiores delimitam as inferiores quanto à forma de elaboração bem como quanto ao conteúdo a ser regulamentado.

Sendo assim fundamentando-se em tais normas dentro de qualquer sistema de Direito Penal seja ele garantista ou não, sempre existira e serão necessárias medidas policiais que tenham por objetivo prevenir e conter práticas criminosas, porém é muito comum a existência de incompatibilidades entre o que ocorre na prática e a previsão legal, ou seja, entre o “ser e o dever ser” de determinado sistema jurídico, neste diapasão o “ser” compreende as delimitações materiais é a realidade fática de determinada norma é a efetividade da lei no dia-a-dia da sociedade; já o “dever ser” refere-se ao aspecto formal da norma, ou seja, aquilo que esta escrito é a previsão normativa.

Hans Kelsen em sua consagrada obra “Teoria Pura do Direito”, na seção denominada “Direito e natureza”, traça uma distinção entre ser e dever-ser, ou, para falar em termos menos abstratos, entre as coisas como são e as coisas como devem ser, que desempenham dois papéis distintos, mas igualmente cruciais, na sua concepção do Direito.

Em primeiro lugar, a distinção serve para diferenciar entre duas modalidades de estudo do direito: do direito como ele é e do direito como ele deve ser; Em segundo lugar, a distinção serve para diferenciar entre o reino dos fatos, relacionado ao ser, e o reino das normas, relacionado ao dever-ser, e assim aduz:

“(…) Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade a norma é um dever-ser e o ato de vontade que ela constitui o sentido é um ser. (KELSEN, 1998, p. 6).”

Essa conexão entre ser e dever-ser é no plano prático uma conotação em pleno vigor no Direito Penal e na Execução Penal Brasileira, estando, pois diretamente relacionado com a realidade do sistema prisional em relação a Lei de Execução Penal, pois a reinserção social e a reeducação do condenado infelizmente na atual sistemática são fins inalcançáveis em nosso falido sistema prisional, levando-nos cada vez mais à insuperável dicotomia entre o ser e o dever ser do Direito.

5.1 O SER E O DEVER SER NA EXECUÇÃO PENAL

A Lei de Execução Penal é norma jurídica de dever ser, que traz em seu corpo comandos de alta densidade normativa, que tem por fim efetivar as disposições da sentença e proporcionar condições harmônicas para a reintegração social do condenado; a natureza retributiva da Execução Penal não visa somente a prevenção, mas também a humanização conservando o apenado todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, onde sempre deve ser respeitados o direito a vida e a integridade física e moral banindo toda a forma cruel de pena.

Os limites do dever ser estão claramente definidos na lei, é a previsão é o seu desejo é o que deve acontecer, porém o grande problema é a efetividade desta lei, ou seja, é o ser, é o contexto social carcerário, pois, existe um descompasso entre a lei e a realidade, o cárcere é um local de vingança sofrimento e aflição que não reeduca e muito menos ressocializa, a Lei de Execução Penal é inexecutável em muitos de seus dispositivos por falta de uma estrutura adequada do sistema prisional, neste sentido se posicionou Mirabete a respeito:

“Desde o início da vigência da lei, havia uma convicção quase unânime entre os que militam no exercício da aplicação do direito de que a Lei de Execução Penal era inexecutável em muitos de seus dispositivos e que, por falta de estrutura adequada, pouca coisa seria alterada na prática quanto ao cumprimento das penas privativas de liberdade e na aplicação da lei com relação às medidas alternativas previstas na nova legislação. Embora se reconheça que os mandamentos da lei de Execução Penal sejam louváveis e acompanhem o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a tem transformado, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos necessários a sua efetiva implantação. (MIRABETE, 2002, p. 27).”

Diante do exposto chega-se a conclusão que o cárcere é um sistema deteriorado, onde o Estado está ausente, pois não o controla e permite a criação de um poder paralelo com leis bárbaras, que transformam detentos em animais por meio de uma condenação infrutífera que piora ainda mais o condenado, inserindo-o, definitivamente no mundo do crime.

Infelizmente pouca coisa é feita para modificar este quadro, não podemos fechar os olhos para a realidade é preciso abandonar o deletério costume de aceitar o ser em detrimento do dever ser é preciso coragem para cobrar providências por parte de nossos governantes.

6 A VISÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA SOBRE O TEMA

O olhar da sociedade ainda reflete uma visão antiga, excludente e de caráter punitivo, sendo que a separação do joio do trigo torna-se necessária, mas de forma justa e digna.

Neste sentido, a imagem do preso, é a de um ser humano, capaz de se recuperar, precisa ser intensificada, pois, a grande maioria, é vítima do sistema, sendo que se foi tratado com atenção, poderá retornar ao convívio dos seus, uma pessoa melhor, inclusive, não que o preso deva ter regalias que o cidadão comum não possua, mas uma política de inclusão, que trata o preso como preso, mas em primeiro lugar como ser humano e que este pode ser muito útil a sociedade, após sua reabilitação.

O íntimo sentimento da maioria da sociedade é a de que lugar de bandido é na cadeia, inclusive com a imposição de penas extremas, como o aduzido abaixo, quando se trata da pena de morte, observe:

“Um debate que jamais sai de pauta quando se trata da questão da criminalidade e da violência disseminada em nossa sociedade, é sobre a adoção da pena capital (penalidade de morte) como uma forma de legislação e política pública necessária para enfrentar o problema. Bom, diversos argumentos são apresentados contra e a favor, numa discussão ética e lógica formal, mas penso que antes de tudo devemos olhar para nossa realidade de caos e catástrofe social. (CAMPOS, 2010, p. 1)”

Sobre o assunto expõe que:

“[...]achava muito temerário que se entregasse a um aparelhamento penal deficiente, que não consegue sequer alojar os criminosos diante dos aviltantes presídios abarrotados, com deficiências técnicas e de pessoal no âmbito policial que beiram a ausência mais completa de civilização, a tarefa de executar a pena máxima contra a vida dos criminosos de práticas hediondas. Seria muito arriscado. Lutei muito em debates, encontros e comigo mesmo para chegar até a posição em que me encontro: “sof favorável à pena de morte nos casos extremos de crueldade.” Evidentemente que se me fosse concedida a faculdade, hipótese impensável, mas só para argumentar, de redigir a lei da pena de morte, eu teria um cuidado especial e inarredável: só poderiam ser condenados à pena de morte aqueles criminosos de delitos hediondos sobre os quais, no decorrer do processo penal a que respondem, não pairasse a mínima dúvida de sua culpabilidade. Qualquer dúvida, qualquer controvérsia, qualquer argueiro na formação de culpa do acusado de crime hediondo faria com que o juiz deixasse de aplicar a pena de morte. (SANTANA, p. 2)”

Como se vê, a opinião das pessoas que lutavam contra a penalidade extrema, vem se modificando e agora estão se manifestando a favor da pena de morte, em casos de crueldade na prática de crime. Todavia, enquanto que ela, a “pena de morte,” estiver longe, como uma ficção, a pessoa a apoia, no momento em que essa, passar a ser, “próxima,” como, por exemplo, ter um filho, ou um parente no corredor da morte, essa opinião poderá mudar.

Segundo pesquisa de opinião realizada:

“São a favor da adoção da pena de morte 59% dos que moram em São Paulo --eram 51% nas três pesquisas anteriores (2002 2000 e 1997). No Brasil, a porcentagem atual diminui para 49%. Situação similar acontece quando o assunto é prisão perpétua. Apoiam a pena 81% dos ouvidos em São Paulo (eram 76% em 2002), ante 72% dos ouvidos em outras capitais brasileiras. (JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, 2004, p.1)”

Isto é decorrente, do desmedido aumento da criminalidade, e a impunidade, especialmente a que atinge direta e imediatamente, a população mais sofrida, assistindo ano após ano este acréscimo, principalmente, o crime de gabinete, passar impune. Sendo que, o mesmo atinge indireta e mediamente, a todos, e resulta na falta de ações básicas de saúde, educação e segurança, por causa do solapamento que a corrupção e outros desmandos causam nos recursos públicos, nota que os bandidos estão mais soltos do que nunca (ZAMITH JUNIOR, 2010).

Ademais, a visão da sociedade é de que cadeia é lugar de pobre, está implantada no seu seio, devido a que, pobre possui uma maior dificuldade de acesso a justiça e a defensores, a melhor qualidade de vida com educação de qualidade, sendo que, estes só se superarão, quando a sociedade toda tiver acesso aos bens da nação.

A mudança na consciência social, haja vista que a violência contra presos parece ser socialmente aceita, numa impressão de que estes devem ser maltratados e permanecerem reclusos em más condições, gerando assim uma falsa sensação de manutenção da ordem pública.

Ainda, é oportuno que se traga ao debate, a questão de interesse público e privado, tendo em vista que, há uma inversão na questão punitiva, onde os crimes privados são punidos de forma rigorosa, enquanto que os crimes públicos, são

abrandados. Pois se os crimes públicos, geralmente relacionados à recursos financeiros públicos, afetam e maltratam, muitas vezes milhares de pessoas ao mesmo tempo, já os crimes privados, maltratam geralmente, apenas uma única pessoa, poderia ser o inverso, o modelo punitivo.

O modelo adotado, além de ser excludente, também não respeita a pessoa, pois aquele que está atrás das grades, é tratado como lixo humano e não como um ser humano, que merece uma atenção especial, que necessita que a visão da sociedade se volte para atender a construção de presídios dignos, conforme as necessidades dos presos.

Nesta perspectiva, será pauta do próximo estudo, as garantias do preso, esculpidas pelas legislações.

7 CONCLUSÃO

O trabalho em questão teve por escopo fazer uma análise entre o sistema prisional brasileiro e a Lei de Execução Penal, principalmente no que concerne a realidade do sistema e a previsão legal, demonstrando os pontos falhos do Estado na aplicabilidade da lei, não com a intenção de simplesmente apontar as falhas, mas sim de criar uma discussão em torno do assunto com o intuito de contribuir de forma simples no despertar da sociedade para a verdadeira realidade do sistema prisional.

Diante do que foi exposto ficou fácil observar que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), é uma lei moderna que possui excelentes intenções, sendo considerada uma das mais avançadas do mundo em termos humanitários, porém não é executada como determina seu texto. A LEP faz à previsão em seus artigos de diferentes tipos de estabelecimentos penitenciários, entretanto, a realidade é de total precariedade do sistema prisional, onde a superlotação é fato motivador de revoltas violentas além de inúmeras fugas, sem falar na falta de acesso à saúde, e a ociosidade que acaba servindo para o aperfeiçoamento do detento na “arte do crime”.

Na realidade o que infelizmente ocorre é um presídio generalizado e ineficiente para todos, onde os cidadãos intermuros estão privados de uma vida digna como seres humanos que são; visto que diariamente são esfacelados por um sistema nefasto que somente castiga; e por outro lado os cidadãos extramuros são obrigados a conviverem em uma falsa liberdade, pois estão cada vez mais cercados de grades, cercas elétricas e vigiados por câmeras, trancafiados em suas residências como se presos fossem, isto é decorrente do medo da criminalidade crescente a cada dia .

Diante do observado infelizmente chega-se à triste conclusão que toda a sociedade vive em um mórbido paradoxo, onde diante de uma realidade cruel, existe a certeza que a tendência é somente a piorar, pois não se visualiza no distante horizonte uma solução para esta realidade de sofrimento, mormente no aspecto da recuperação do condenado com sua volta útil ao convívio social.

Os valores éticos e morais bem como a dignidade da pessoa humana precisam ser urgentemente restaurados, pois infelizmente a sociedade se acostumou a conviver com banalidades diárias inseridas forçosamente pela mídia,

passando a achar tudo normal, neste entendimento é preciso união em prol de um mesmo objetivo, pois a mudança de paradigmas se faz necessária, o que requer esforço por parte de todos.

A idéia não é tratar o apenado como um “coitadinho”, mas simplesmente tentar fazer valer o que está disposto da Lei de Execução Penal, pois só assim o sistema prisional se prestará ao seu fim e o cárcere deixará de ser depósito de seres humanos e universidades do crime e passará a garantir assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, neste quesito o Estado não pode abster-se, pois é inegável que, pelo fato do crime tratar-se de um fato social, o aumento da criminalidade é reflexo da situação social do país.

8 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas (1764)**. 4. reimpressão – Martin Claret. São Paulo, 2008.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. DOU Brasília, DF, 05 out 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. DOU Brasília, DF, 05 out 1988 , LEP (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 12. ed. Damásio de Jesus. São Paulo, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2007.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal**. 4. ed. Campinas: Millenium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. 1. ed. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PATACO, Vera et al. **Metodologia para trabalhos acadêmicos e normas de apresentação gráfica**. Rio de Janeiro: Rio, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

THOMPSON, Augusto. **A Questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; **et al. Direito Penal Brasileiro I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<http://jus.uol.com.br>. Acesso em: 14 de março de 2013.

<http://www.advogado.adv.br>. Acesso em: 23 de março de 2013.

<http://www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em: 8 de abril de 2013.

<http://www.buenoconstaze.adv.br>. Acesso em: 4 de maio de 2013.

<http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10878. Acesso em: 14 de junho de 2013.