

O DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: PODE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CONTRIBUIR PARA A CIDADANIA?

MARIN, José A. S.¹
OLIVEIRA, Lucas P. O.²

RESUMO:

O presente estudo objetiva demonstrar a contribuição do Direito Penal para o Estado Democrático de Direito. Expondo aos leitores como o Direito Penal poderá incentivar o fato de que a Constituição não seja observada, apenas, como um documento. Nota-se grande relevância da aplicabilidade do primeiro texto, em conformidade com a Constituição, visto que haverá contribuição para o Estado Democrático de Direito, garantindo, assim, cidadania e dignidade ao povo brasileiro. Além disso, objetiva-se, investigar historicamente o surgimento das penas e a origem da pena de prisão; evidenciar as condições em que os sentenciados cumprem suas sentenças no Brasil e, por fim, analisar as condições de possibilidade, para que a pena privativa de liberdade, atenda a formação cidadã, objetivada no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Pena Prisão, Dignidade Humana.

THE EXECUTION OF THE PRIVATE PENALTY OF FREEDOM AS A CONTRIBUTION TO CITIZENSHIP

ABSTRACT:

The present study aims to demonstrate the contribution of Criminal Law to the Democratic State of Law. Demonstrating to readers how Criminal Law can contribute to the Constitution not being harmed. However, the great relevance of its application in accordance with the Constitution, as this way contributed to the democratic State of law, guaranteeing more citizenship and dignity to the Brazilian people. To Investigate historically the emergence of feathers and the origin of the prison sentence; -Conceptuating citizenship under the Democratic State of Law and the dignity of the human person; -Show the precarious and degrading conditions in which the inmates fulfill their feathers in Brazil; - to Analyze the conditions of possibility for the private penalty of freedom to meet the citizenship formation objected in the context of the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Democratic State of Law, Prison Sentence, Human Dignity.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende explorar uma aparente contrariedade existente entre a pena privativa de liberdade e o Estado Democrático de Direito. Observa-se, por um viés, a pena privativa de liberdade, desenvolvida ao longo da modernidade, encontrando sua consolidação em meio ao

¹ Acadêmico do curso de direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz.

² Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz. lucasoliveira@fag.edu.br.

processo de revolução industrial, com o firme propósito de manutenção de ordem e reformulação das condutas sociais, as quais poderiam ser consideradas lesivas para o funcionamento do modo de produção estabelecido. E, por outro viés, percebe-se o Estado Democrático de Direito, que, como será pontuado posteriormente, pretende um desenvolvimento de formas jurídicas comprometidas, não apenas, com a manutenção de ordem, mas, também, com a transformação da realidade social a partir de sua aplicação.

Apesar da anterioridade histórica da pena em relação à expressão de Estado mencionada, nos dias de hoje, ainda, se recorre ao uso da privação da liberdade de maneira ostensiva. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Banco Nacional de Monitoramento de Preso 2.0 (BNMP), publicado em 06 de agosto de 2018, existem no Brasil cerca de 602.217 presos, entretanto esse número é, somente, uma parcela do total, pois ainda faltam, na contabilidade, o Rio Grande do Sul e 15% do Estado de São Paulo, os quais não foram computados no universo analisado pelo levantamento. Do montante levantado, 74% estão no regime fechado, 24% no regime semiaberto e apenas 1% no regime aberto.

A gama de pessoas afetadas pelo cumprimento de tal punição, bem como a previsão reiterada de aplicação de tal hipótese, pelos tipos penais, reforçam a importância do presente estudo e alicerçam a justificativa deste trabalho, o qual dialoga, por certo, com outras áreas do conhecimento, tais como: história, filosofia e sociologia, entretanto revela-se uma preocupação de interesse, eminentemente jurídico.

Dessa forma, objetiva-se, também, identificar se a privação de liberdade, por ser anterior ao Estado Democrático de Direito, é compatível com as pretensões de preservação da ordem constitucional e transformação da realidade social, circunscrita pelo mesmo Estado.

Para tanto, no primeiro momento será desenvolvida uma abordagem histórica da pena privativa de liberdade. O segundo contará com a realização de uma digressão a respeito da origem do Estado Democrático de Direito e suas características. Por fim, pretende-se evidenciar a eventual compatibilidade, e, suas possíveis condições, para a coexistência da pena privativa de liberdade com o Estado Democrático de Direito no contexto social brasileiro.

2 AS ORIGENS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

2.1 A ORIGEM DA PENA PRISÃO

A investigação sobre a origem da pena de prisão, segue por três recortes históricos. O primeiro é o romano, ilustrando um sistema de penas da antiguidade. O segundo é o germânico, inserido no período medieval. Em seguida, apresenta-se o sistema punitivo, nascido do direito canônico, representante de um período de transição entre a Idade Média e a Modernidade. Por fim, a digressão histórica finda-se com as *lettre-de-cachet*, já em meio ao direito francês moderno, com o uso da privação da liberdade de forma massificada e dissociada de outras expressões punitivas.

Segundo Bitencourt (1995), Roma traz uma verdadeira noção de sociedade antiga, servindo de parâmetro e nexos entre a antiguidade e a modernidade. Considerando esse postulado, parte-se dessa referência para o desenvolvimento do estudo sobre a origem da pena privativa de liberdade.

Na Roma monárquica, o direito costumeiro tinha carácter rígido, formal e solene, mas não escrito. A primeira referência de direito romano escrito, surge com o advento da Lei das XII Tábuas, por volta do século V a.C. Por estes registros é possível, segundo o autor, identificar a existência de prisão, porém esta era usada apenas como forma temporária, com o intuito de acomodar o condenado, trancafiado, até decisão futura sobre sua pena final.

Nucci (2019), por sua vez, afirma que oito eram as espécies de penas inseridas na Lei das XII Tábuas: a) morte; b) multa; c) castigos corporais; d) desterro; e) perda ou redução dos direitos civis; f) perda da liberdade ou escravização de quem era livre; g) talião; e h) prisão.

O mesmo autor reforça que, durante o Império, as penas ficaram mais rigorosas, destacando-se os trabalhos forçados e pena de morte, abandonando a fase preventiva, característica primordial da República e passando a ter um aspecto mais intimidativo, como a tortura de escravos, assim como execuções públicas, que serviam de espetáculo, em que os condenados poderiam ser postos em combate contra os gladiadores, crucificados ou lançados às feras. Nucci (2019), ainda relembra que nesse período histórico já havia prisão, pena, na ocasião, porém, aplicada de maneira ínfima.

Vê-se que os relatos sobre a prisão como pena, são inseguros, uma vez que para alguns teóricos a prisão não possuía carácter de pena, mas o escopo apenas de garantir que o sentenciado não fugisse, deixando-o em cárcere até a decisão de qual seria, sua verdadeira punição, entretanto outros autores afirmam a existência de uma pena de prisão, aplicada de forma sucinta, enquanto as punições que imperavam eram as cruéis.

De sua parte, o Direito Germânico, deu origem à pena de multa, espécies de reparações, tanto no ramo do direito penal como no direito civil. Segundo Zaffaroni (2011), o desenvolvimento do Direito Germânico ocorreu entre os séculos V e XI, como resultado do reforço de seu carácter

estatal, pela formação e ascensão da estrutura de um sistema monárquico em meio ao período medieval. A pena mais grave, destinada aos delitos que contrariassem aos interesses da monarquia incipiente nesse período, era a perda da paz (*Friedlosigkeit*), caracterizada por deixar o apenado sem proteção alguma por parte do Estado, deixando-o a mercê de qualquer outro cidadão que quisesse matá-lo, sem enfrentamento das devidas consequências.

Já em relação aos delitos privados, aos que não possuíam preponderância de interesse público, o seu cometimento originava a *faida*, uma espécie de inimizade contra o ofensor e sua família. Em estado de *faida*, o ofendido e sua família deveriam seguir com a vingança de sangue (*Blutrache*) em face do apenado. Todavia, existia a possibilidade de acabar com a *faida*, através da composição (*Wertgeld*), correspondente a um valor pago ao ofendido ou a sua família.

Outra hipótese, ainda, consistia no uso das provações divinas, como as ordálias, entendidas como realizações de procedimentos mágicos visando a comprovação da culpa ou inocência de alguém. Um exemplo de ordália seria o da água fervente. Na dada situação, o acusado inseria um membro de seu corpo em um caldeirão de água em ebulição e observaria, depois de algum tempo, durante a retirada dos curativos, o surgimento ou não de ferida. Se não houvesse ferida, sua inocência acabaria, magicamente, comprovada pelos deuses (FOUCAULT, 2005).

Por fim, reflete-se sobre o registro da contribuição do direito canônico. Segundo Zaffaroni (2011), o Direito Penal Canônico consubstancia através de inúmeras fontes, com escopo de concretizar o conceito público de pena dos romanos e o privado dos germanos. É no Direito Penal Canônico que o infrator é levado a prisão, ficando recluso em celas monásticas, como forma de penitência, originando-se, portanto, o termo penitenciária.

Foucault (2002), relata ter acontecido na modernidade a migração da prisão e de sua situação incipiente, atribuída pelo direito canônico e a massificação como forma de legitimação do controle das massas. O autor francês pontua que, em seu país, o soberano utilizava como instrumento de punição, a chamada “*lettre-de-cachet*”, instrumento que funcionava como carta de denúncia, pleiteando a prisão de indivíduos que causassem quaisquer perturbações de ordem social.

O registro inicial da aplicação desse mecanismo é datado durante a greve dos relojoeiros em 1724, em que os patrões solicitaram uma “*lettre-de-cachet*”, para a prisão dos grevistas. Ainda, segundo o autor, a prisão surge neste momento como instrumento punitivo, já que o infrator não era enforcado, nem marcado ou nem mesmo intimado a pagar multa. O sentenciado era colocado na prisão, local onde deveria permanecer até o momento em que julgassem o cidadão como apto para retornar à liberdade (FOUCAULT, 2005).

2.2 O PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma vez constatada a privação da liberdade, não há, naturalmente, a compreensão do que se entende como punição, resultado de um processo histórico. É necessário, portanto, uma investigação a respeito das expressões de Estado para a legitimação da atual estrutura punitiva.

2.2.1 Estado absolutista

Nos dizeres de Tomazi (2010), o Estado absolutista surge no contexto da expansão do mercantilismo, sendo implantado, primeiramente, em Portugal, no final do século XIV, com a Revolução de Avis. Posteriormente, expandiu-se para vários outros pontos da Europa, tendo seu ponto alto na França, no Reinado de Luís XIV (1638-1715).

Essa concentração das atividades econômicas era monopolizada pelo Estado, o qual fixava preços e tarifas, administrando a moeda local e metais preciosos ali encontrados. A conjuntura desses bens era a expressão máxima de riquezas de um país. Assumia-se, além disso, a responsabilidade de centralizar, praticar a justiça e de cuidar do contingente militar, criando exércitos profissionais. Essas atividades eram financiadas por impostos gerais, criados para cumprir tal função.

Marcado pelo feudalismo na Europa, esse sistema econômico, político e social, ficava a mercê dos senhores feudais, como eram conhecidos. Esse poder concentrado se dava por conta de tais senhores serem os donos das terras e ainda das que arrendavam dos reis e dos condes.

Neste sentido Tomazi (2010), afirma: “o poder estava nas mãos dos senhores feudais, que mantinham o controle sobre a maior parte das terras e sobre toda a sociedade” (TOMAZI, 2010, p.97).

As Leis deste período só englobavam os interesses, específicos, dos senhores feudais, dispondo alguns direitos aos servos, porém, de forma condicionadas, ou seja, com escopo totalmente voltado a afirmar a garantia de continuidade de servos sob a dependência e subordinação dos senhores feudais.

Os servos trabalhavam incansavelmente para sustentar toda a nobreza e sua hierarquia, visto

que, essa parcela da comunidade detinha o poder político. Os senhores feudais criavam as leis e os servos eram obrigados a respeitá-las. Ressalta-se que, em caso de guerra, tais leis não autorizavam a morte e nem a venda dos servos, tampouco a separação destes de suas famílias, porém ficavam impedidos de abandonar as terras onde laboravam para os senhores feudais (PILETTI, 1999).

Com base nas premissas expostas, é possível constatar que tal período histórico é marcado pela concentração dos poderes econômico, político e social, de maneira absoluta, transformando os que não compunham a nobreza e o clero, em simples súditos de um poder soberano, sem qualquer proteção por parte do direito. Porém, com o crescimento do comércio, os pensamentos foram se modificando, incentivando o surgimento uma nova concepção de Estado, próximo tópico a ser pontuado.

2.2.2 Estado liberal

O Estado Liberal surge com a desintegração do mundo feudal, isto é, com o enfraquecimento do Estado absolutista e das relações políticas. Ocorrendo no século XVIII, visando garantir a preservação de valores individuais como a propriedade privada e liberdade (NUNES, 2017).

Tal surgimento, segundo Cotrim (2010), é datado pela Revolução dos Franceses, estendendo-se por uma década, sendo complexa, contraditória e possuindo diversos conflitos, como a Revolta Aristocrática e a Assembleia Nacional Constituinte.

O rei Luís XVI, em contrapartida, busca a reorganização para manter-se no poder, organizando tropas, com intuito de combater as revoltas populares, as ruas, porém, já estavam tomadas e diante da enorme proporção, o rei já não tinha mais controle da situação.

Segundo Cotrim (2010), no dia 14 de julho de 1789, os populares invadiram e tomaram a velha prisão da Bastilha, símbolo do poder do rei, uma vez que lá ficavam os isolados os inimigos políticos da monarquia francesa. Pontua-se então o fato de que, nesse momento histórico, já havia prisão privativa de liberdade.

Sobre tal acontecimento, observa-se uma importante referência histórica para o nascimento do Estado Liberal, em que uma certa separação entre o público e o privado começa a ser notado, limitando a legitimidade de atuação do poder político e reconhecendo os governantes como representantes do povo e guardiões da ordem (TOMAZI, 2010).

A respeito da ideia de controle do poder político pelo direito, nasce o Estado de Direito, como consequência do enfrentamento ao absolutismo. Segundo Streck; Moraes (2004) as principais características do Estado de Direito são: a) a divisão entre Estado e sociedade civil dirigida pelo Direito com escopo de justiça; b) a garantia das liberdades e o direito sendo aplicado nas relações entre os indivíduos e o Estado e c) o nascimento da Democracia atrelada ao ideal de nação soberana.

As promessas esperadas pelo Estado liberal eram as de que o mesmo viabilizasse a liberdade para trabalhar e acumular riquezas de forma justa, sem a intervenção absolutista. Pois, agora, a comunidade passaria a ser a detentora do poder, sendo a sociedade a própria soberania popular.

2.2.3 Estado Social

Uma vez estabelecida a ordem jurídica própria do Estado liberal, marca do nascimento da categoria de Estado de Direito, a liberdade de mercado dos indivíduos se elevou, gerando concentração de riqueza a várias consequências sociais, como a desigualdade, miséria e injustiça social (STRECK e MORAIS, 2014).

Pinto (2019), relata a influência que teve a Revolução Russa de 1917 para o estado social. Sobre esse episódio histórico, a classe operária fez com que o monarca Nicolau II renunciasse ao cargo, acabando com o czarismo e aflorando a União Soviética, influenciando, além disso, o restante do mundo. Assim como se fez necessário para garantia dos direitos dos trabalhadores e com isso a remediação como consequência semelhante.

A Revolução Russa se torna emblemática, em relação às desigualdades sociais, que o modelo liberal legitimava, de forma que, para evitar episódios semelhantes, foi de grande necessidade que a proposta de não-intervenção cedesse para tornar o Estado um provedor de direitos, tais quais como: os de natureza trabalhista, educacional, previdenciária e de assistência. Tais direitos, além de atenderem as necessidades de seus titulares, também serviam para a diminuição e desarticulação da pressão revolucionária em outros países do mundo (NUNES, 2013).

Outro evento histórico de destaque foi a Grande Depressão de 1929. Tal evento completa a transformação do Estado Liberal em Estado Social, após a Primeira Guerra Mundial, momento em que a produção de forma desenfreada levou a economia ao colapso, iniciando uma enorme recessão econômica ao redor de todo o mundo capitalista.

Neste contexto de revoluções e crises, acentuaram-se, ainda mais, as insuficiências do modelo liberal, tornando imprescindível a intervenção do Estado na economia para a retomada do crescimento e a superação da crise.

2.2.4 Estado Totalitário

Tomazi (2010), pontua que, no início do século XX, exaurido pela própria condição social e econômica que o gerou, a postura absenteísta do Estado Liberal não oferecia mais respostas suficientes à retomada do crescimento econômico que se fazia necessária.

Sendo assim, após a Primeira Guerra Mundial, nasceram duas formas de organização de Estado: Fascista e Soviética. Sendo o primeiro organizado nas décadas de 1920 a 1930, na Itália e, conseqüentemente, na Alemanha, com o Nazismo. Ademais, foi adotado em vários outros estados europeus, com exíguas diferenças. Já o Estado Soviético Socialista decorreu da Revolução Russa de 1917, já tratada aqui anteriormente.

O poder do Estado era totalizante, conforme se depreende da frase emblemática atribuída a Mussolini: “*Tudo no Estado, Nada contra o Estado, Nada fora do Estado*”.

Betoni (2019), corroborando tal pensamento, relata que a ideologia dos regimes totalitários se fundamenta em ter respostas para tudo, isto é, não deixam lacunas para questionamentos ou críticas ao Estado. Tendo como base nesse discurso autoritário suas justificativas as atrocidades, perseguições e destruição de tudo que pudesse vir a atrapalhar o seu percurso transformador. Tais ideologias espalharam-se por toda a sociedade, transformando-a, em inúmeros aspectos, submissa, tais como a imprensa, rádio, cinema, esportes e literatura, bem como as atividades “apolíticas”. Assim sendo, todos os meios de veiculação informativa deveriam propagar a ideologia, sendo de suma importância a propaganda, pois através dela haveria o convencimento da população a lutar e propagar a ideologia oficial.

Tais regimes possuem sempre uma espécie de ditador, isto é, só uma pessoa liderando, interpretando e julgando o mais adequado a ser feito. Uma outra característica marcante do totalitarismo é o medo, pois o terror aplicado enaltece o caminhar do regime, composto por militares repressivos, polícia secreta munida de aparatos tecnológicos de espionagem e aplicação de técnicas psicológicas customizadas, tornando o clima amedrontador e pavoroso, por estarem sempre

sendo vigiados, e como agravante, muitos dos espiões pertenciam a própria população civil, tornando as situações mais extremas e perigosas (BETONI, 2019).

2.2.5 Estado Democrático de Direito

Por fim, dos escombros da II Guerra Mundial se consolida uma nova expressão de Estado, a do Estado Democrático de Direito. Tal configuração não implica na caracterização de apenas um direito que é produzido de forma democrática, uma vez que isso já era característica atribuída ao Estado Liberal e, posteriormente, ao Social. A grande diferença reside no compromisso com a transformação da realidade social que decorre dessa forma, sem prejuízo de conservação das garantias da legalidade.

Assim, de acordo com Streck e Moraes (2014), essa nova expressão de Estado possui como princípios os seguintes: a) Constitucionalidade: vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) Organização Democrática da Sociedade; c) Sistemas de direitos fundamentais individuais e coletivos. Seja como Estado as distâncias, visto que os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropológicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; d) Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; e) Divisão de Poderes ou de Funções; f) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; e g) por fim, a Segurança e Certeza Jurídicas.

O Estado Democrático de Direito supera as expressões anteriores a medida que se propõe, não apenas o aproveitamento dos legados do Estado Liberal, como o Estado de Direito, e o Estado Social, como o legado dos direitos sociais e a intervenção no domínio econômico, mas também como pretende propor a transformação da realidade social pela ordem jurídica e atividade estatal. A esse potencial transformador do direito próprio deste Estado, se nomina *plus* normativo.

Portanto, mais do que a simples manutenção de uma certa ordem social, o direito visa a transformação de realidades.

No caso brasileiro, o art. 1º, *caput*, da Constituição Federal reconhece a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito.

Tal Constituição é classificada como dirigente, uma vez que estabelece objetivos para a atuação do Estado. Esses objetivos estão arrolados especialmente no art. 3º da Constituição, sendo: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Desta sorte, cabe pontuar neste trabalho se a pena privativa de liberdade pode contribuir, de alguma forma, para a consecução dos objetivos constitucionalmente eleitos.

2.3 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A VIABILIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O estudo das expressões de Estado anteriormente consideradas se revela fundamental para que permitir uma melhor compreensão a respeito da pena e de sua função. Isso porque, conforme pontuado por Bitencourt (2013, p. 130), “Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si”.

Destarte, o mesmo autor identifica que houve um conjunto de teorias sobre a pena, chamadas de teorias absolutas ou retributivas, que eram próprias do Estado absolutista. Como traço comum dessas correntes, tem-se que a pena era um mal imposto como retribuição pela prática de um delito. Tal mal não teria qualquer relação com meios e fins, mas um valor axiológico em si, para punir um fato passado. De modo que, sob esta ótica, não seria necessário refletir sobre a função ou finalidade da punição, a pretensão era apenas punir, independentemente das consequências advindas de tal prática.

Como autores de expressão nesta corrente teórica tem-se Immanuel Kant (1724-1804) e Friedrich Hegel (1770-1831). O primeiro entende que a pena cumpre um propósito ético, isto é, não visa o bem da sociedade, mas representa uma consequência necessária àquele que com sua conduta transgrediu as leis. Já em Hegel tem-se que a lei é expressão da vontade geral e que o delito representa a violação dessa vontade. Dessa forma, a pena representa o reestabelecimento da ordem jurídica, sem que se recorra à mesma fundamentação ética, como havia em Kant.

Outra forma de entender a pena seria sob a perspectiva das correntes preventivas. O traço

comum dessa corrente é de sustentar que a pena existe não para punir uma conduta pretérita, mas sim para prevenir a prática de delitos futuros. Essa perspectiva de pena já se desenvolve ao longo do século XIX e coincide com a consolidação do Estado liberal e, posteriormente, com o advento do Estado Social.

Por fim, as teorias mais contemporâneas sobre a finalidade da pena, entre as quais se destaca a desenvolvida por Claus Roxin (1931), tentam uma conciliação entre as teorias pretéritas. Assim, em uma adequação teórica compatível com o Estado Democrático de Direito, Roxin sustenta que a pena deve servir tanto à prevenção geral como à prevenção especial. Isto é, abrange tanto a dimensão de prevenção em relação a sociedade como um todo, comum também deve servir de prevenção em relação à pessoa condenada em si, para que não retorne a cometer delitos. Dessa perspectiva nasce a preocupação de que a pena, além de intimidar outras pessoas a não cometerem crimes, também deve servir para a ressocialização do condenado, quando possível (BITENCOURT, 2013).

Nesta mesma toada, Prado (1995) conceitua que uma das finalidades do direito penal é a prevenção. Isto é, antes de punir o infrator, a norma penal busca incentivá-lo a não cometer o delito, demonstrando as proibições estabelecidas na lei e que aquele que a infringe receberá uma sanção como punição. Por este viés, quando o carácter preventivo falhar, automaticamente haverá a transformação em sanção, ou seja, numa prevenção especial atuando de forma concreta sobre o infrator, tornando mais preponderante o seu carácter coercitivo.

No mesmo sentido, Prado (1995) continua observando o direito penal sob o aspecto da divisão pelas ciências naturais e culturais, destaca-se o direito penal pertencendo a ciência do dever ser e não a do ser, à das ciências naturais. O direito penal é ciência *normativa*, pois seu objeto de estudo é norma positivada, diferindo-se das ciências causais explicativas, como a Criminologia e a Sociologia Criminal, as quais buscam as compreensões a respeito do delito, os nexos causais, ou seja, um liame entre o crime, o homem e sociedade. O autor também afirma que o direito penal é valorativo, visto que estabelece valores de acordo com o fato que lhe dá materialidade, ou seja, valoriza suas próprias normas de forma hierárquica, tendo, inclusive, o carácter finalista, pois tem o escopo de proteger bens jurídicos, garantindo a sobrevivência da ordem jurídica e, por fim, carácter sancionador, vez que protege a ordem jurídica aplicando sanções.

Sob a ótica da literalidade da Constituição Federal do Brasil, entende-se que o legislador constitucional originário deixou claro que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, possuindo a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e que pretende-se, com esta lei maior,

garantir uma sociedade justa, com direito a liberdade, a vida, a igualdade, ou seja, uma sociedade mais humana, onde nenhum cidadão deve ser torturado ou tratado de forma desumana ou degradante, em que o condenado paga a sua pena em local distinto, de acordo com a espécie do delito, assegurando a este o respeito a integridade física e moral, de modo a atentar ao paradigma contemporâneo da finalidade da pena, conforme exposto no parágrafo anterior (BRASIL, 1988).

Ao analisar a relação entre o direito penal e o Estado Democrático de Direito, Bitencourt (2013), sustenta o fato de que o exercício do direito penal, como visto também ao longo deste trabalho, pode ser concebido de diferentes formas. No entanto, para que exista o encontro de sua legitimidade, no âmbito da expressão de Estado contemporâneo, é necessário que se orientar-se “à proteção de bens jurídicos vitais para o alcance de uma justiça equitativa”.

Assim, a pena, nessa concepção, deve ser aplicada nos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade, mediante um procedimento preenchido substancialmente com todas as garantias constitucionais. O mesmo autor ainda destaca: “Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio” (BITENCOURT, 2013, p. 47).

Fala-se, por fim, que a pena, enquanto manifestação do direito penal, sob as condições do Estado Democrático de Direito, é o que assegurará a juridicidade da punição. Ou seja, é preciso que o direito penal se atenha rigorosamente às normas que visam limitar a intervenção jurídico-penal do Estado, pois do contrário, se para cumprir o propósito da punição houver a violação dos direitos individuais dos cidadãos, haverá novamente a expressão do Estado totalitário (BITENCOURT, 2013).

Em sentido semelhante, Busato (2018) destaca que não existe um direito de punir por parte do Estado, mas que são os outros indivíduos que exigem do Estado o exercício da força punitiva, quase como um direito que lhes é próprio. Por isso, a reforço do caráter formalizador, trata-se sempre de um dever de punir e nunca de um direito por parte do Estado.

No entanto, apesar de legitimar a atividade punitiva, é necessário haver considerações específicas quanto as prisões. Isso porque, apesar da legislação pertinente ao cumprimento da pena, como o caso da LEP – Lei de Execução Penal 7.210/84, as prisões, especialmente em massa, como as existentes no Brasil, mostram-se cada vez mais incompatíveis com as condições necessárias ao exercício da pretensão punitiva.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado em 08 de dezembro de 2017 em Brasília, pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, o Brasil ocupa a terceira maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para a China e os

Estados Unidos. Sendo elevada a cada ano, em 2014 a taxa era de 306,22 presos para cada 100 mil habitantes, contudo, em 2016 houve um aumento significativo alterando os dados para 352,6 presos para cada 100 mil habitantes.

Conforme o levantamento feito no mês de junho de 2016, o total de pessoas presas chegou a 726.712. Sendo que o número de vagas disponibilizadas é 368.049 para este período. Nota-se um grande aumento em relação a dezembro de 2014, quando eram 622.202 o total de presos, representando um aumento de 104 mil presos, em apenas um ano e meio, resultando uma média de 5,7 mil presos por mês. Desta totalidade, 40% são provisórios, já que não houve o trânsito em julgado. Desse total 64% são negros, e, ainda mais de 50% desse total tem entre 18 a 29 anos de idade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

A respeito das condições em que as penas são cumpridas, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, em Medida Cautelar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, a violação sistêmica dos direitos individuais dos encarcerados:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (...) (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Tais dados servem de suporte para contextualizar a afirmação de Valois (2019, p. 159), que retrata as prisões brasileiras como um grande símbolo de desesperança: “A prisão é o símbolo da desesperança, não só jurídica ou política, mas da sociedade como um todo que faz de um buraco o local onde joga os seus próprios dejetos, restos humanos que sobram nas cidades lotadas, já sem espaço para quase ninguém”.

Dessa forma, mediante aos elementos pesquisados, observa-se que a pena privativa de liberdade, nos moldes atuais, é medida incompatível com o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão por si só, não parece, ao menos conceitualmente, violar as prerrogativas do Estado Democrático de Direito, visto que a Lei de Execução Penal de 1984 e o Código Processual e Penal de 1940 foram recepcionados pela Constituição, pois não contrariam seu conteúdo.

No entanto, por força do *plus* normativo, que é próprio dessa expressão de Estado, mais do que a finalidade de conservação da ordem pública, a pena deveria contribuir para a transformação da realidade social, tanto daqueles que estão fora como também dos que estão dentro do cárcere.

Está claro que só acontece o primeiro propósito, ou seja, manter a ordem no sentido de punir, por ser o Estado o detentor deste monopólio. Acontece que no Brasil a função do direito penal é mais do que garantir a ordem, é também de proteger os bens jurídicos e conduzir à transformação social. Contudo, isso não ocorre, sendo, portanto, falha a privação de liberdade em relação a este propósito. Veja-se que ao simplesmente só encarcerar, não se atinge a sua segunda finalidade, ou seja, a de ressocializar o infrator, que retornará ao meio social, ainda pior do que quando entrou no sistema carcerário. Evidente que com essa lógica punitiva, o Estado está repetindo as mesmas condutas e esperando resultados diferentes.

Neste sentido, não há qualquer indicativo de compatibilidade da atual prática punitiva com essa característica, em especial, do Estado Democrático de Direito. Isso porque, pela política de encarceramento em massa, o tratamento em escala dos presidiários, não permite qualquer espécie de atuação do Estado para a ruptura do *status quo* de cada apenado.

Além do carácter retributivo, a pena também tem o escopo da ressocialização. Porém, como ressocializar alguém obrigando-o ao cumprimento de pena em um local com superlotação, sem o mínimo de dignidade, integridade física e moral? Desta forma, o preso perde muito mais que sua liberdade, ou seja, o Estado acaba punindo o preso mais de uma vez, e, portanto, de forma ilegal. Ainda que não seja expreso, isso acontece, pois prevalece o princípio do *non bis in idem* e ao submeter o cumprimento da pena a tais condições, ocorre uma espécie de *bis in idem indireto* ou impróprio, uma vez que o preso pagará pelo mal causado, com a sua liberdade e não com a sua dignidade, honra, integridade física, psíquica ou moral. Quando estes direitos e garantias constitucionais são ignorados, nasce um Estado Policial de Direito e não Democrático de Direito, tornando-se inviável a pena privativa de liberdade diante deste contexto social que se passa o Brasil.

REFERÊNCIAS

BETONI, C. S. **Totalitarismo.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/formas-de-governo/totalitarismo/> Acesso em: 13 abr. 2019.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal:** parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, C. R.; PRADO, L. R. **Elementos do Direito Penal ed. Revistas dos Tribunais.** São Paulo 1995 (Coleção Resumos; I).

BUSATO, P. C. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>> Acesso em: 22 set. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 de mai de 2019.

_____. **Decreto Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de execuções penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> . Acesso em 23 mar. 2019.

CONSULTOR JURIDICO. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos.** Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-pres os](https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-pres-os)> Acesso em: 14 out. 2018.

COTRIM, G. **História Global Brasil e Geral.** 1. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir.** 26ª ed. Editora Vozes, Petrópolis São Paulo, 2002.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

JUSTIFICANDO. **População carcerária no brasil segundo dados do CNJ.** Disponível em:<<http://www.justificando.com/2018/08/08/cnj-divulga-os-mais-recentes-dados-sobre-a-populacao-carceraria-no-brasil/>> Acesso em: 03 abr. 2019.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, A. J. A. **A revolução francesa:** as origens do capitalismo e a nova ordem jurídica burguesa. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **O estado capitalista e suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013.

PILETTI, N.; PILETTI, C. **História & Vida Integrada**. São Paulo: Editora Atica, 1999. Volume I.

PINTO, T. S. "O que é Revolução Russa?"; **Brasil Escola**. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-revolucao-russa.htm>>. Acesso em 11 de abril de 2019.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

TOMAZI, N. D. **Sociologia para o ensino médio**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VALOIS, L. C. **Processo de execução penal e o estado de coisas constitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. rev. E atual. - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.