

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

FARRAPO, Marco Antonio.¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando.²

RESUMO: O presente tema trata de uma questão atual, sendo visível sua relevância e necessidade de debate, devido a grande divergência no campo ético, moral e jurídico, o que a torna uma matéria não pacificada. Outrossim, com a constante evolução social, com ênfase nas ciências jurídicas, percebe-se uma mudança nos padrões sociais, vez que o temor do indivíduo não se encontra no risco de ser punido, mas sim no grau do tratamento que receberá. É inegável que o fenômeno da punição do ser humano, com o intuito de se punir ao máximo, para tirar a pessoa do meio social até que se descubra uma eventual solução, transforma a pena em um processo penoso e doloroso ao envolvido, sem necessariamente uma solução aceitável. É nítido que o tema merece uma atenção especial, uma vez que está relacionado com conflitos de direitos fundamentais, deixando o presente tema ainda mais complexo e controvertido. Por hora deve ser analisado de forma plausível, vislumbrando a possibilidade de aplicação dos Direitos Humanos (DHS) no qual o indivíduo se encontre em estado de necessidade, partindo do pressuposto da Dignidade da Pessoa Humana, efetivando a existência de forma digna e passando por todos os indivíduos envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Justiça; Punição.

THE PRIVATE PENALTY OF FREEDOM FROM THE HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

ABSTRACT: This topic is a current issue, and its relevance and need for debate are visible, due to the great divergence in the ethical, moral and legal field, which makes it an unaccounted matter. Furthermore, with the constant social evolution, with an emphasis on legal sciences, a change in social standards is perceived, since the individual's fear is not at risk of being punished, but in the degree of treatment he will receive. It is undeniable that the phenomenon of punishment of the human being in order to punish himself to the maximum, to take the person out of the social environment until an eventual solution is discovered, turns the penalty into a painful and painful process to the person involved, without necessarily a acceptable solution. It is clear that the topic deserves special attention, since it is related to conflicts of fundamental rights, making the present theme even more complex and controversial. For now, it must be analyzed in a plausible way, envisioning the possibility of applying Human Rights in which the individual is in a state of need, based on the assumption of the Dignity of the Human Person, effecting the existence in a dignified way and passing through all the individuals involved

KEYWORDS: Human rights; Justice; Punishment.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro FAG <http://lattes.cnpq.br/6347345321109569>.
Email: marcofarrapo@gmail.com

² Professor do curso de Direito do Centro FAG <http://lattes.cnpq.br/6555859877740673>.
Email: lucasoliveira@fag.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O assunto do presente trabalho versa sobre a pena privativa de liberdade e os DHS (Direitos Humanos) sendo uma questão atual, de visível relevância e necessidade de debate, devido à grande divergência no campo ético, moral e jurídico, o que a torna uma matéria não pacificada perante a sociedade.

A rápida evolução tecnológica, oriunda dos últimos séculos, vem acarretando um rápido processo de transformação social e científica, contribuindo para a transformação da vida humana, condições antes impensáveis.

Para tal, a pena privativa de liberdade e os DHS seriam uma forma de possibilitar uma saída mais justa, diante de uma pessoa, cujo tratamento recebido é intolerável, e seu sofrimento insuportável.

Outrossim, a constante evolução social, com ênfase nas ciências jurídicas, percebe-se uma mudança nos padrões sociais, vez que o temor do indivíduo não se encontra no risco de ser punido, mas sim no grau do tratamento que receberá, sem necessariamente uma solução aceitável. É nítido que o tema merece uma atenção especial, uma vez que está relacionado com conflitos de direitos fundamentais, deixando o presente tema ainda mais complexo e controvertido.

Por hora, deve ser analisado de forma plausível, vislumbrando a possibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade, em que o indivíduo se encontre em estado de necessidade, partindo do pressuposto dos DHS, efetivando a existência de forma digna e passando por todos os indivíduos envolvidos.

A aplicação dos DHS, de forma inadequada, retira a subjetividade dos direitos e das garantias - natos do ser humano, uma vez que o problema não está na aplicação de seus direitos, mas sim na forma como são aplicados, diminuindo seu sofrimento com medidas sem resultados adequados, atentando de forma concisa, o princípio da dignidade da pessoa humana, em síntese é prudente que se indague. A aplicação da pena privativa de liberdade de modo adequado, com a finalidade de punir, proteger ou socorrer a pessoa que sofre com o crime e que lhe causa dor e revolta, seria uma afronta ao direito à existência digna?

Ao deparar-se com a questão da aplicação prática dos DHS, verificam-se problemas complexos, um deles é a crença de que os DHS protegem apenas criminosos. Dessa forma, ocorre a necessidade da aplicabilidade da justiça, esta por sua vez, está atrelada ao indivíduo, logo a pena privativa de liberdade torna-se objeto central da discussão quanto à aplicação da lei.

O ordenamento jurídico entende que a personalidade nasce com o homem, perdurando durante sua vida. Ora desde o nascimento o homem é dotado de personalidade jurídica, devendo o Estado proteger seus direitos, vislumbrando uma proteção eficaz à pessoa. Portanto, o Direito à Justiça, caracteriza-se pela sua indisponibilidade, vez que é pressuposto para o progresso da coletividade onde o Estado monopoliza a solução de conflitos.

Nota-se, uma constante e desesperada busca em torno do conhecimento sobre DHS na aplicação da pena privativa de liberdade, surgindo a difícil tarefa de delinear o transcurso acerca da lei, que frente das novas descobertas, proporciona um acirrado debate quanto à aplicação dos direitos de forma aceitável.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A Prisão em Perspectiva Histórica

Conforme Masson (2017), durante a História, existiram diversas formas de punições não seguindo uma ordem cronológica, necessariamente, entre a vingança divina e privada. Apareceu a vingança divina, que foi influenciada pelas crenças e religiões, a qual passou a ser considerada como castigo divino em expiação aos pecados, não havendo proporção do ato praticado para a punição sofrida. Nas palavras de Foucault (1987), “não é mais o corpo que se pune, mas sim a alma”.

A vingança privada possuía a característica da retribuição da vítima pelo mal sofrido. O lesionado e seus parentes ou grupo social eram responsáveis por punir quem os lesionasse, não havendo um detentor específico do dever de punir e nem proporção. WOLKMER (2010).

Já na vingança pública, o ofendido não precisa mais buscar vingança com suas próprias forças, nesse momento, o Estado evocou o direito de punir, mas a crueldade ainda se mantinha. MASSON (2017).

Em Roma, foi reduzida a crueldade das penas e representa um elo entre a Idade Antiga e a Moderna, nas palavras de Zaffaroni *et al.* (2003):

A legislação penal greco-romana pode ser considerada o ponto de secularização do poder punitivo e de uma limitada atenuação na crueldade das penas, como consequência de uma diferente concepção política acerca do governo e da autoridade, o que permitiu o aparecimento da composição, isto é, o cancelamento da pena mediante pagamento à vítima ao a seus parentes (controlada pela autoridade) e a obtenção da primeira distinção entre *delicta publica* e *delicta privada*. No direito romano, os primeiros eram perseguidos pelos representantes do estado em seu próprio interesse; os segundos, pelos particulares em benefício pessoal. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 389).

Logo após, inicia-se a Idade Média e nesse sentido, surgiu o Direito Germânico que nas palavras de BITENCOURT (2011), “não houve, em relação à prisão, muitas mudanças sendo ainda utilizada para garantir a aplicação da pena que o apenado iria receber e ao arbítrio dos governantes”. Esse período da História também foi marcado pelo Direito Canônico, que mais uma vez, a vingança divina retorna legitimada. Mas o Direito Canônico contribuiu para o surgimento da pena de prisão nos moldes que são aplicados na atualidade, trazendo a ideia da recuperação por meio da privação da liberdade. Nesse sentido, traz BITENCOURT (2011), “os clérigos rebeldes tinham como destino as prisões eclesiásticas, voltadas à redenção, penitência e meditação, sendo esses clérigos recolhidos para, através da oração e penitências, corrigissem e se arrependessem”.

Findo o período da Idade Média e nas palavras de CHIAVERINI (2009), durante o período do Renascimento, os Estados se fortaleceram com os soberanos, tendo poderes ilimitados, esse período foi marcado por penas desumanas, como forma de confirmar o poder do monarca, mais sendo um espetáculo para a plateia.

Com o aumento populacional e da criminalidade, mesmo com meios cruéis, rígidos e penas de morte, não era mais possível conter as massas e dizimaria a população não sendo mais conveniente, Melossi; Pavarini (2006).

Assevera Foucault (1987):

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração... A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. As caracterizações da infâmia são redistribuídas: no castigo-espetáculo um horror confuso nascia do patíbulo: ele envolvia ao mesmo tempo o carrasco e o condenado: e se por um lado sempre estava a ponto de transformar em piedade ou em glória a vergonha infligida ao supliciado, por outro lado, ele fazia redundar geralmente em infâmia a violência legal do executor. Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinqüente com sinal negativo e unívoco. (FOUCAULT, 1987, p. 13-14).

Conforme Foucault (1987), deve tentar estudar a transformação das formas de punir de modo que seria possível compreender, ao mesmo tempo, como o homem, a alma e o indivíduo normal ou anormal praticaram o crime e de que maneira um modo específico de sujeição pôde dar origem ao homem como objeto de saber. Mostrando o lado positivo e útil das formas de punir. Nos suplícios, o povo é o pilar, cuja presença é essencial para sua realização, mostrando as punições e provocando terror, onde as pessoas têm de saber e ver a punição. Porque é necessário que tenham medo, mas também porque devem ser testemunhas e garantias da punição, os suplícios revoltantes devem acabar e as penas devem ser moderadas, não devendo se punir menos, mas melhor.

Surge ainda, nesse contexto, o mercantilismo que precisava de mão de obra e para resolver esses problemas e das punições, criaram-se as *houses of correction*, denominadas de *bridewells*, que se espalharam pela Europa e depois para o restante do mundo, sendo uma detenção laica, sem a finalidade de custódia e o objetivo da instituição era fazer os internos, através do trabalho e da disciplina, deixarem de praticar o ócio e a vagabundagem. Devendo ainda observar o último objetivo que deve ser entendido, que é o do controle de força de trabalho, da educação e domesticação desta. MELOSSI; PAVARINI (2006).

No final do século XVIII, o movimento do Iluminismo defendia que a razão era a única forma de transpor a escuridão. Alicerceando-se em três pilares: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. CHIAVERINI (2009).

Quanto à função da pena, baseada no utilitarismo, defendia a prevenção geral desestimulando a prática de crimes e servindo como alerta para todos. SANTOS (2010).

Assim, a finalidade para pena é a prevenção da prática de novos delitos e para reabilitar o delinquente. BITENCOURT (2011).

Com o passar do tempo a pena privativa de liberdade passou a ser a penalidade mais aplicada, assim surgindo os sistemas penitenciários. BITENCOURT (2011).

Desses, serão rapidamente analisados os sistemas filadelfico ou celular, auburniano e progressivo.

Foi desenvolvido, nos Estados Unidos, o sistema celular como meio de recuperar os presos e de prisões mais humanas, revolucionando a pena de prisão e a forma de executá-la. MELOSSI; PAVARINI (2006).

Mas o sistema foi perdendo credibilidade nos Estados Unidos, quando se atentou para os prejuízos advindos do isolamento absoluto, que em primeiro lugar privava o mercado de força de trabalho e deseducava os presos, reduzindo sua capacidade de trabalho original. MELOSSI; PAVARINI (2006).

Já o Sistema Auburniano, surgiu na época da industrialização, onde o modelo filadelfiano começou a decair, visto que a sociedade industrial necessitava de um sistema carcerário que possibilitasse o trabalho produtivo, o que não era possível com o trabalho individual desenvolvido no interior das celas, a nova era demandava um trabalho coletivo. SANTOS (2010).

No seu interior, não era permitida a comunicação entre os presos, a exigência era o silêncio absoluto, Foucault (1987) relata que a cela era individual, o trabalho em comum, mas sob absoluto silêncio e através de uma vigilância constante, obrigava-os a bons hábitos.

Ao mesmo tempo, além das rigorosas medidas disciplinares em que os presos estavam submetidos, destacava-se o Ensino Religioso, difundido no cárcere com o intuito de que pela leitura da Bíblia, o preso alcançasse a reabilitação. BITENCOURT (2011).

Ressalta-se que os empregos nas prisões demandavam baixos custos, competindo assim com o trabalho livre. Nesses moldes, os sindicatos e as comissões de trabalhadores reivindicavam medidas para opor-se contra a ameaça, que era colocar mercadorias produzidas pelos carcerários no mercado livre e o que representava para sua organização. Melossi; Pavarini (2006) abordam que levava ao colapso do modelo auburniano. Nesse sentido, Santos (2010), aponta que os principais fatores para a falência do sistema foram castigos desumanos, exploração da força de trabalho, difícil renovação de tecnologias industriais e sindicatos contra o trabalho carcerário.

O controle social e a exploração do trabalho, mais uma vez legitimado, por uma sociedade que usava discurso humanitário para justificar a prisão, defende a privação da liberdade como meio eficaz para a regeneração dos indivíduos, que por infortúnio da vida, nasceram desprovidos de posses. É dizer que o preso representava o não proprietário encarcerado, mostrando o cárcere como instituição coercitiva para transformar o criminoso não proprietário no proletário não perigoso. SANTOS (2010).

A pena de reclusão prevaleceu em relação às demais a partir do século XIX, a busca pela ressocialização do recluso chegou ao auge, para tanto foi implantado o sistema progressivo das penas, merecendo uma atenção especial, já que é adotado, com algumas modificações, pela estrutura penal contemporânea. BITENCOURT (2011).

Pois bem, o preso foi compelido a apresentar comportamento adequado no sistema progressivo, mostrando de forma gradativa, sua aptidão para retornar à sociedade, para que assim possa atenuar sua pena. Com o tempo que passou na cadeia, teria aprendido a não causar frustrações e a conviver na sociedade com os cidadãos de bem. Zaffaroni (2012), assevera que a regressão é a característica principal da prisão, explicando que na realidade, o

preso está submerso em um meio completamente artificial, introduzido em uma sociedade com valores que nada têm a ver com os da vida em liberdade e que parece uma escola de crianças grandes e complicada.

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade não é um meio adequado para resolver questões causadas pela ausência de políticas públicas, uma vez que os governos vêm se rendendo à tentação de recorrer à polícia, aos tribunais e à prisão para estancar as desordens geradas pelo desemprego em massa, pela generalização do trabalho assalariado precário e pelo encolhimento da proteção social. WACQUANT (2011).

A polêmica em torno dos DHS é algo de proporções globais, na visão de Trindade (1968), não se pode pressupor, em qualquer situação, que é um processo reto, constante e inevitável, como é próprio da vulnerável condição humana. Vê-se hoje com clareza que, trabalhar com DHS na proteção internacional, é um serviço que não tem fim. É como empurrar uma pedra moro acima, descer e empurrar novamente. Há avanços e retrocessos.

Assevera Santos (1997), dispondo o seguinte:

A complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo ou, por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra hegemônica. Proponho-me de seguida identificar as condições culturais através das quais os direitos humanos podem ser concebidos como cosmopolitismo ou globalização contra hegemônica. A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado — uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do ‘choque de civilizações’. (SANTOS, 1997, p. 111).

Contudo ao adentrar profundamente ao presente tema, é inevitável o choque de direitos e garantias fundamentais. Em síntese, não poderia ocorrer à hierarquização dos direitos e garantias natos ao homem. Nesse sentido Massini (1998), afirma que não é possível estabelecer meios hierárquicos no tocante a direitos e garantias existenciais aos seres humanos.

Nas palavras de Melo (2005), é bom dizer, que até mesmo em face da não desmedida preocupação que é mostrada pelas nações e pela comunidade internacional a título de DHS, que estes, em sua marcha de firmamento e estabilização, possuem muitos níveis de buscas e entendimento, que faz serem distinguidos em sequência, dimensões ou fases sucessivas resultantes de sua evolução histórica. Por esse lado, não deixa aparecer, na linha desse processo evolutivo, os DHS civis e políticos, sendo tais os de primeira geração, que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que destacam o princípio da liberdade.

Os DHS, de segunda geração, compreendidos como os direitos sociais, econômicos, e culturais, no outro sentido, identificam-se com as liberdades reais, concretas e positivas, pondo em relevo, sob tal visão, o princípio da igualdade. Vale marcar que os direitos da novíssima geração ou de terceira geração, que concretam poderes de titularidade coletiva atribuídos, largamente, e de modo extenso, a todos os grupos sociais e seus personagens, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração, também conhecidos como os direitos ao desenvolvimento e o direito à paz, de parte inegável em importância no desenvolvimento de crescimento e reconhecimento dos DHS qualificados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível.

2.2 A Aplicação da Pena Privativa de Liberdade no Brasil

Em 1500, começou o período que o Brasil era colônia, sendo explorado pelos portugueses desse ano em diante. Portanto, é necessário se falar do direito português para se falar da História da pena de prisão no país, pois esteve vigente por muitos no Brasil. TELES (2006).

Sobre tais Ordenações conclui Telles (2006):

Punições severas e cruéis, inexistência do princípio da reserva legal e do direito de defesa, penas arbitradas desproporcionalmente pelos juízes, e desiguais, conforme o status do apenado, e punição de delitos religiosos e absurdos, como a heresia e o benzimento de animais. Pena de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos, além, é claro, da transmissão da infâmia aos descendentes do criminoso, revelam o grau de crueldade e desumanidade desse direito. (TELES, 2006, p.27).

Nesse momento, chega-se à conclusão de que, no período colonial, o Brasil não possuía um sistema carcerário. As prisões existiam com intuito de garantir a punição, local onde se aguardava a execução da pena. Assim, manter o indivíduo preso não era uma pena, mas garantia de que seria punido. A prisão, apesar de existir, não recebeu os cuidados que necessitava, sendo lugar onde os menos favorecidos eram deixados e era sinônimo de violência e descaso.

Em 1822, depois da Proclamação da República, iniciou-se uma nova ordem jurídica no Brasil, Cristiani (2010). Em 1830, foi sancionado, por D. Pedro, o Código Criminal do Império, foi quando as Ordenações Filipinas deixaram de possuir vigência. ZAFFARONI *et al.* (2003).

A pena de prisão era executada dentro das prisões e possuía trabalhos que eram desenvolvidos de forma cotidiana, seguindo conforme prescreviam as sentenças e os regulamentos das penitenciárias. A pena de prisão simples era cumprida nas prisões públicas pelo tempo determinado na sentença, se a pena fosse menor que seis meses, a sentença deveria ter uma determinação à prisão e poderia ser cumprida na prisão mais próxima de sua residência. SILVA (1998).

Foi planejada nos anos de 1830, pela Sociedade Defensora da Liberdade e Independência Nacional, e baseada no modelo panóptico, não sendo concluída. Em 1850 foi inaugurada uma ala, tornando-se a Casa de Correção. Outra ala foi construída alguns anos depois e reorganizada como outra prisão para a casa de detenção, enquanto outras alas nunca foram construídas. BRETAS (2009).

As prisões escondiam vítimas do sistema prisional, estando os escravos sob a ira do poder punitivo do Estado. A prisão mantinha-se firme, pois nesse momento da História possuía suas utilidades, para garantir a escravidão e a economia satisfeita, que era sustentada pelos escravos.

Com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca, a República foi proclamada em 15 de novembro de 1889, e em 1890 o governo já havia elaborado um novo Código Criminal, assim foi criado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. TAKADA (2010).

O novo Código Criminal, que surgiu em 1890, utilizava como centro do sistema prisional a pena privativa de liberdade, sendo pelo trabalho obrigatório, pela prisão disciplinar, pela reclusão em fortalezas, pelo estabelecimento agrícola ou pela prisão celular. MOTTA (2011).

Ademais, a República no que tange a arquitetura prisional no Código Penal, utilizou o sistema de Filadélfia, ou de Pensilvânia combinado com o auburniano e modificado pelo método irlandês. SILVA (1998).

Com o advento da Constituição Republicana em 1891, que, ao menos no texto, extinguiu as penas de galés e de banimento e limitou a pena de morte, que só poderia ser aplicada em tempo de guerra e trouxe na sua redação a função ressocializadora da pena de prisão. Moraes (2012), no plano teórico, tais constituições eram tributárias do ideário transformador da punição, na prática, coexistiram com um sistema prisional precário. Afinal, no caso brasileiro, o abismo existente entre a legislação formal e as práticas punitivas empregadas pelas agências repressoras têm sido uma característica que perdura desde o Período Colonial, atravessa o Império e se prolonga pelo Regime Republicano.

A Constituição da República Nova foi promulgada em 1934, que concedeu a União competência exclusiva para legislar a respeito do sistema carcerário. Em 1935, veio o resultado com a edição do regulamento penitenciário, elaborado para tentar administrar as adversidades em que se encontravam as prisões, já que a falência da pena privativa de liberdade era evidente, prova disso é a reincidência que já aparecia naquela época, desse modo, criava-se um ambiente reprodutor da delinquência dentro do presídio. MAIA (2009).

Em 1937, no início do Estado Novo, a pena de prisão foi utilizada para conter os inimigos do governo e satisfazer os interesses políticos, pois *status* político brasileiro sofreu alterações, causando transformações nas leis penais, pela aprovação, da Constituição Polaca. MORAIS (2012).

A pena de prisão apresentou-se com o objetivo de estimular a regeneração do condenado. Para tanto, considerou o sistema progressivo como o mais adequado para alcançar o fim almejado.

Com o golpe militar, em 1964, a Ditadura Militar era representada por um Estado impetuoso, marcado pela repressão e desamparo da parcela mais frágil da população. No entanto, não foi alterada de imediato a legislação penal, somente em 1969, a junta Militar decretou um novo Código Penal, que possuía modificações tecnocráticas do Código de 1940. Mas mantendo penas extraordinariamente graves e as medidas de segurança com uma moldura autoritária idealista. ZAFFARONI; PIERANGELI (2008).

A Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, introduziu uma reforma que trouxe significantes alterações na parte geral do Código Penal e na pena de prisão. As principais mudanças foram a extinção da medida de segurança para os imputáveis, o réu poderia ser condenado no máximo a trinta anos de prisão, considerou como penas privativas de liberdade a reclusão e a detenção *etc.* ZAFFARONI; PIERANGELI (2008).

A não aplicação adequada dos DHS, na pena privativa de liberdade no Brasil, é considerada ilegal, estando prevista no Artigo 5º, incisos XXV, LIV, LV e LXXIII da Constituição Federal. BRASIL (1988).

No tocante à segurança, é dever do Estado e é dever e responsabilidade de todos, conforme aduz a Constituição Federal, em seu Artigo 144: não há dúvidas de que o Estado é responsável pela garantia do direito fundamental dos cidadãos à segurança pública. Fazendo para que possam garantir que as pessoas se sintam seguras e, assim, aptas a viverem suas rotinas de maneira casual, usufruindo de seus bens, da vida domiciliar, das atividades sociais e trabalhando, enfim, simplesmente vivendo sem medo de sofrer alguma perda em seus bens jurídicos tutelados pela lei. BRASIL (1988).

O direito cosmopolítico une todas as pessoas, mesmo extraterritorialmente, para que as vítimas de violação de DHS não sejam inadimplidas. Sendo possível identificar a possibilidade na Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu Artigo 8º, que garante acesso das vítimas ao remédio efetivo.

Nesse sentido, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem em seu Artigo 6º, inciso 1 diz que todas as pessoas têm o direito que sua causa seja analisada, imparcial e publicamente, dentro de um prazo razoável em um tribunal estabelecido pela lei, que decidira de maneira justa qualquer acusação penal contra ela.

Corroborando com a ideia, a Convenção Americana de DHS em seus Artigos 8º e 25º que garantem proteção e garantias judiciais e acesso ao juiz por meio de um processo equitativo e a um tribunal competente.

Não se descarta o risco de imperialismo que atente à territorialidade, onde o sistema jurídico de um território é tentado ser imposto em outro. É uma justiça voltada à solidariedade e hospitalidade, como Kant traz: “a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros”.

2.3. Análise Crítica da Pena Privativa de Liberdade à Luz dos Direitos Humanos

A pena de prisão está presente na história da humanidade desde a Idade Antiga. Punindo quem estivesse praticando condutas em desconformidade com as regras de sua época e claro, diferente de como é aplicada na atualidade, mas ainda assim a prática de tirar a liberdade já se apresentava.

Desde o nascimento da civilização moderna, no terceiro milênio, antes de Cristo, quase todas as grandes civilizações antigas usaram o conceito de prisões como um meio para deter e remover as liberdades pessoais de pessoas encarceradas. Naqueles primeiros períodos da História, as prisões eram frequentemente usadas como um paliativo temporário antes da sentença de morte ou escravidão, mas com o passar do tempo, e como a nossa civilização se desenvolveu, as prisões começaram a se transformar em instituições correcionais que começaram a implementar o conceito de reabilitação e reforma de prisioneiros. Além de prender criminosos condenados ou suspeitos, as prisões eram frequentemente usadas para prender presos políticos, inimigos do Estado e prisioneiros de guerra.

Com o surgimento do Direito Canônico e sua prática de prisão eclesiásticas, usa-se a prisão como punição, em que suas prisões eram como modo de fazer o indivíduo refletir e se arrepender.

Houve, no final do feudalismo, como forma de controle social, a pena de morte utilizada amplamente para conter a prática de crimes que crescia.

No Absolutismo, a finalidade da prisão ainda era assegurar o cumprimento da pena e a punição era um espetáculo para afirmar o poder do monarca e a finalidade de fazer sofrer o condenado e utilizá-lo como exemplo.

Findo o Absolutismo, a prisão veio como meio de corrigir os ociosos e a identificação de mão de obra com a criação das casas de trabalho.

Com o surgimento do Iluminismo, que pregava o humanismo e prisões mais dignas, surgiu o modo de ressocializar os detentos, garantindo a pena privativa de liberdade como meio de resolver os problemas sociais.

Cada vez mais utilizada, a pena privativa de liberdade se consolidou e assim foram criadas penitenciárias como meio ressocializador e de conseguir mão de obra.

No Brasil, a pena privativa de liberdade passou por momentos parecidos com o que ocorreu no restante do mundo, chegando à conclusão de que no Período Colonial, o Brasil não possuía um sistema carcerário, sendo as prisões uma garantia da punição, e não a punição em si. O Brasil utilizou a pena privativa como meio controle social e passou por praticamente todos os passos que o restante do mundo passou.

Já no Brasil Império, a força do poder punitivo se voltava mais para os escravos, tendo a prisão sua utilidade voltada a assegurar a escravidão e a economia que era sustentada pelos escravos.

Na República, a pena de prisão era necessária e adequada como meio de neutralizar a classe que incomodava o governo. Assim, além da falta de estrutura gerava violência institucional, a prisão era utilizada de forma ilimitada e estava focada nos efeitos e não nas causas da criminalidade.

Nesse ínterim, lutava-se por cárceres mais dignos e defendia-se o caráter ressocializador da prisão. O Brasil adotou modelos de prisões e penitenciárias diversas até chegar ao atual momento. Desse modo, garantiu a confirmação da pena privativa de liberdade como meio adequado para resolver os problemas sociais.

Percebeu-se a importância da pena privativa de liberdade não só como meio de controle social, não como forma de retirar da visão os indesejados, mas sim como maneira de manter as pessoas protegidas de algozes criminosos, como forma de impedir que a criminalidade tome conta e se deixem os mais propensos à violência desmedida e violência criminosa para alcançar seus objetivos, tomando dos que buscam a paz e conquistas através do trabalho serem tolhidos de seus bens, sem serem protegidos.

Como visto, a pena de prisão tem caráter subsidiário, devendo ser utilizado de último recurso para resolver conflitos, uma vez que a finalidade reeducativa da pena pretende, em suma, reinserir o criminoso ao convívio em sociedade. Isso se possível à recuperação do apenado por outro meio.

Assim Foucault (1987) comenta que, com o progresso das ideias, da educação e dos costumes que os legisladores que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual a prisão, ela foi desde o início uma prisão legal, não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal.

Em suma, desde o século XIX, o encarceramento cobre ao mesmo tempo a privação da liberdade e a mudança técnica dos indivíduos. As técnicas corretivas imediatamente fazem parte da armadura institucional da detenção penal. Com o indivíduo privado da liberdade o governo tem em mãos além da liberdade da pessoa o tempo do detento, tendo assim dias e anos para educar e vigiar, cuidar do sono e do trabalho, o descanso e as refeições, em suma o Estado pode controlar a qualidade e a distribuição do conhecimento e do movimento até mesmo o uso da palavra e do pensamento, aquela educação, que se apodera do homem inteiro, de todas as faculdades físicas e morais que estão nele e do tempo em que ele mesmo está.

A transformação útil do preso, no decorrer de sua pena, é o que deve ajustar o valor da troca da infração e não a extensão da pena. Havendo uma meta a ser atingida e não um tempo como medida. A recuperação do apenado é o objetivo principal da pena. Nenhum preso pode ficar desocupado, tendo todo apenado um direito igual que é o de trabalhar. Devendo ainda os detentos estarem separados por gravidade penal, idade e método de correção pretendida ser utilizada para sua transformação e recuperação. A pena privativa de liberdade de maneira alguma é um fim em si mesma, mas sim um instrumento no qual a pretensão do indivíduo deve ser resolvida.

Sendo obrigação dos Estados prevenir, investigar e punir de maneira razoável as ações que envolvam violações do direito, inclusive as cometidas por agentes do Estado ou indivíduos, a proteção da segurança do cidadão deve estar sempre em pauta, onde se a punição aplicada realmente está sendo suficiente para sua proteção, a criminalidade e as diversas formas de violência interpessoal e social colocam em risco o direito de todos à vida, independentemente da faixa etária ou setor social.

Tendo em vista suas obrigações positivas, de garantir e proteger os DHS e como parte de sua política pública de segurança cidadã, o Estado deve elaborar e colocar em prática,

planos e programas de prevenção eficazes cujo objetivo é deter a propagação da violência e do crime, disponibilizando todos os recursos necessários para perseguir os autores do crime e entregá-los ao sistema judicial, especialmente os suspeitos de violência contra pessoas.

Conforme indicado nesse artigo, noções de DHS têm adentrado todas as esferas da vida humana. Os DHS têm se tornado um aspecto integrante do direito internacional contemporâneo, e a pena privativa de liberdade não escapa ao seu alcance. A invocação de princípios de DHS, na área da aplicação da pena privativa de liberdade, tem sido denunciada por muitas nações como um empecilho ao combate de crimes.

Como já mostrado, um equilíbrio delicado deve ser feito entre a proteção de DHS e medidas voltadas a combater o crime. Ambos os interesses são legítimos e ocupam a primeira ordem de importância, portanto um não pode ser prejudicado em benefício do outro. Um melhor sistema de direito penal deve prever que arranjos de penas privativas sejam sensíveis aos direitos dos apenados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa visa analisar aspectos concernentes à pena privativa de liberdade juntamente com os DHS. Para a elaboração do presente, foram utilizados, diversos recursos metodológicos, ressaltando: a pesquisa bibliográfica, monografias, pesquisa em artigos acadêmicos na internet, revistas, posicionamentos doutrinários e jurisprudências.

A liberdade traz a premissa de que cada indivíduo pode decidir sobre seu próprio comportamento, mas também que todos são obrigados a respeitar as liberdades e os direitos de outras pessoas. Assim, a liberdade de uma pessoa vai até o limite de outra, ainda com as limitações impostas por leis, a liberdade, para que seja possível se viver em sociedade sem que o direito retorne ao tempo do dente por dente e olho por olho, em que a força e a retribuição era o direito, precisa ser resguardada pelo direito onde todos têm suas liberdades, essas protegidas para que todas as pessoas as usufruam da melhor forma possível e sem extrapolar para que não prejudiquem outras e ainda, sejam punidas pelo seu excesso de liberdade usada de forma desmedida e desproporcional.

Assim, conforme o visto à aplicação da pena privativa de liberdade de modo adequado, com a finalidade de punir, proteger ou socorrer a pessoa que sofre com o crime e que lhe causa dor e revolta, seria uma afronta ao direito à existência digna? Nesse sentido, percebe-se que a pena privativa de liberdade, aplicada corretamente como meio de punição,

prevenção e reeducação, não afronta a existência digna, mas sim resgata e protege o apenado, a vítima e a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1824**. Promulgada em 25 de março de 1824.

Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. **Declaração universal dos direitos humanos 1945**. Disponível em:

<http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Supremo tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 3540, voto do relator ministro Celso de Melo. **A evolução histórica dos direitos humanos**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf>. Acesso em: 02 out. 2020.

ALBUQUERQUE NETO, Flávio de Sá C.; BRETAS, Marcos; COSTA, Marcos; MAIA, Clarissa Nunes (orgs). **História das prisões no Brasil**. 2 vol. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARROSO. L. R. **Evento Um Dia Pela Democracia**. Disponível em:

<<https://www.umdiapelademocracia.com/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: tradução de Raquel Ramallete, 27ª Ed. Editora Vozes, 1987.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Tradução de Arthur Morão. VII ed. Covilhã. LusoSofia: press, 2008. Disponível em:

<http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

MASSINI, Carlos I. **El derecho a la vida em la sistemática de los derechos humanos**. In: **El derecho a la vida**. Navarra: Eunsa, 1998.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método. 2017. p. 73-76.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário** (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Européia dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 29 out. 2020.

SALDANHA, J. M. L. **“Justiça universal”: do que estamos falando?** Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/12/21/justica-universal-do-que-estamos-falando/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

SANTOS, S. B. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos, 1997**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/237683452_Por_uma_concepcao_multicultural_de_Direitos_Humanos>. Acesso em: 29 set. 2020.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Breves considerações sobre a história da pena no direito brasileiro**. Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, n. 3, vol. 2, 1998.

TAKADA, Mário Yudi. **Evolução histórica da pena no Brasil**. ETIC - encontro de Iniciação Científica, n. 6, Vol. 6, 2010.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TRINDADE, A. A. C. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2ª ed. Porto Alegre. S.A. Fabris, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

Wolkmer, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.