

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN
NÚCLEO AVANÇADO DE DIREITO DE NOVA CRUZ/RN
CURSO DE DIREITO

JADSON EVARISTO DA SILVA FABRÍCIO

**AS FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA COMO LIMITADORES DO
JUS PUNIENDI ESTATAL: UMA ANÁLISE À LUZ DE UM DIREITO PENAL
MÍNIMO**

NOVA CRUZ/RN

2017

JADSON EVARISTO DA SILVA FABRÍCIO

AS FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA COMO LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL: UMA ANÁLISE À LUZ DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

Artigo apresentado à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr. Rogério Emiliano Guedes Alcoforado.

NOVA CRUZ/RN

2017

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

F126f Fabrício, Jadson Evaristo da Silva
 AS FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA
 COMO LIMITADORES DO JUS PUNIENDI ESTATAL: UMA
 ANÁLISE À LUZ DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO.
 Jadson Evaristo da Silva Fabrício. – Nova Cruz, 2017.
 30 p.

Orientador(a): Prof. Dr. Rogério Emiliano Guedes
Alcoforado.

Artigo (Bacharel em Direito). Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte.

1. Direito. 3. Direito Penal Mínimo. 3. Princípios
Fundamentais da Penal. 4. Sistema Carcerário. I. Alcoforado,
Rogério Emiliano Guedes. II. Universidade do Estado do Rio
Grande do Norte. III. Título.

JADSON EVARISTO DA SILVA FABRÍCIO

AS FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA COMO LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL: UMA ANÁLISE À LUZ DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

Artigo apresentado à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr. Rogério Emiliano Guedes Alcoforado.

Aprovado em 25/10/2017.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Profª. Ma. Aurélia Carla Queiroga da Silva

Prof. Ms. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

**AS FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA PENA COMO LIMITADORES DO
JUS PUNIENDI ESTATAL: UMA ANÁLISE À LUZ DE UM DIREITO PENAL
MÍNIMO**

**THE FUNCTIONS AND GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL SANCTION AS
LIMITERS OF THE STATE JUS PUNIENDI: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF A
MINIMAL CRIMINAL LAW**

Jadson Evaristo da Silva Fabrício¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA COMO FATOR DE HUMANIZAÇÃO NO CÁRCERE. 2.1 TEORIA ABSOLUTA (RETRIBUTIVA) DA PENA. 2.2 TEORIA RELATIVA (PREVENTIVA) DA PENA. 3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PENA. 3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 3.4 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA. 3.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 4 DA NECESSÁRIA ADOÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO. 4.1 O DIREITO PENAL COMO ULTIMA *RATIO*. 4.2 O USO ABUSIVO DAS PRISÕES CAUTELARES. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O grave “Estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, reconhecido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF, tem fomentado diversos debates acadêmicos em torno da busca de possibilidades para a superação da situação caótica do cárcere nacional. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar a importância do respeito aos princípios e funções da pena como manifestação de um Direito Penal Mínimo e, conseqüentemente, como uma possibilidade na superação do grave problema da violação dos direitos fundamentais dos apenados no âmbito do sistema prisional brasileiro. Nesse ínterim, O populismo penal legislativo e o uso demasiado de prisões cautelares, de sorte que 41 % dos reclusos no sistema carcerário nacional são presos provisórios, acabam por agravar o problema da superlotação carcerária, violando diversos direitos fundamentais das pessoas presas. Nesse passo, a importância desta pesquisa se apresenta à medida em que procura apontar possibilidades para a superação do Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Penal Mínimo; Sistema Carcerário; Princípios Fundamentais da Pena.

¹ Bacharelando em direito pela Universidade do Estado do Rio Grande no Norte - UERN

ABSTRACT: The grave "Unconstitutional State of affairs" of the Brazilian prison system, expressly recognized by the Federal Supreme Court in ADPF No. 347/DF, has fomented several academic debates around the search for possibilities to overcome the chaotic situation of Brazilian prisons. In this sense, the main objective of this work is to demonstrate the importance of respecting the principles and functions of punishment as a manifestation of a Minimal Criminal Law and, consequently, as a possibility to overcome the serious problem of violation of the fundamental rights of prisoners in the context of Brazilian prison system. In the meantime, legislative criminal populism and overuse of precautionary prisons, with 41% of prisoners in the national prison system being provisional prisoners, end up aggravating the problem of prison overcrowding, violating various fundamental rights of prisoners. In this step, the importance of this research is presented as it seeks to point out possibilities for overcoming the unconstitutional State of affairs of the Brazilian prison system.

KEY WORDS: Minimal Criminal Law; Prison system; Fundamental Principles of Criminal Sanction

1 INTRODUÇÃO

A teoria da pena, especialmente no que se refere aos seus princípios e funções, é um tema que tem estimulado um intenso debate acadêmico. O exercício do poder punitivo estatal, concretizado pela aplicação de uma sanção penal ao indivíduo que, com sua conduta, violou uma norma penal, não é ilimitado e, para que seja legítimo, deve observar determinados limites que são impostos.

São os princípios e as funções da pena que funcionarão como limites ao poder punitivo estatal, revelando-se como instrumentos de defesa que são titularizados pelo indivíduo face aos possíveis excessos que o Estado pode vir a cometer no instante da aplicação e execução de uma sanção penal. No entanto, a realidade carcerária brasileira vem demonstrando que as sanções penais aplicadas pelo Estado não têm observado o que determinam os princípios e as funções da pena.

A pena privativa de liberdade tem se apresentado, na prática carcerária, como uma sanção penal de cunho degradante e violadora da dignidade humana, manifestando-se como um verdadeiro flagelo que é imposto ao apenado por parte do Estado. Considerando as evidentes violações aos princípios e funções da pena, especialmente na realidade brasileira, vários trabalhos têm buscado fomentar o debate acadêmico e resgatar a importância dos princípios e funções da pena para a (re)afirmação de um sistema penal que garanta a proteção da dignidade humana. É exatamente nesse contexto que a presente pesquisa se coloca.

O objetivo principal da pesquisa é apontar a importância do respeito aos princípios e funções da pena como manifestação de um Direito Penal Mínimo e, conseqüentemente, como uma possibilidade na superação do grave problema da violação dos direitos fundamentais do apenado no âmbito do sistema prisional brasileiro. Na concretização do objetivo principal da pesquisa, três outros objetivos específicos serão traçados. Esses objetivos corresponderão aos três capítulos presentes no desenvolvimento do texto.

No Capítulo 2, serão apresentadas as clássicas teorias que têm como finalidade explicar as funções da pena. Em um primeiro momento, serão apresentados os principais elementos que integram a conceituação das teorias absolutas/retributivas e relativas/preventivas da pena, comparando-as e traçando os seus principais pontos de diferença, para, ao final, sugerir qual delas seria a teoria mais compatível com o modelo de Estado Constitucional vigente no Brasil.

No Capítulo 3, a análise recairá sobre os princípios fundamentais da pena. Não serão analisados todos os princípios que procuram nortear a aplicação de uma sanção penal, pois os

limites colocados para esta investigação não permitem, de modo que o trabalho será voltado para a análise daqueles que seriam tidos como os mais importantes princípios fundadores da pena, levando-se em conta, claro, o objetivo principal da pesquisa. Nesse passo, o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de tronco do qual derivam todos os demais princípios, ganhará especial atenção.

No Capítulo 4, por sua vez, se buscará demonstrar que a visão maximalista do Direito Penal, somada ao uso abusivo das prisões cautelares, têm se mostrado como fatores que contribuem para o grave Estado de Coisas Inconstitucional que se instalou no sistema carcerário nacional. Desse modo, adotar uma postura minimalista, pautada por um Direito Penal Mínimo, mostra-se como uma possibilidade de se superar as graves violações aos princípios fundamentais da pena perpetradas no âmbito do sistema prisional brasileiro.

Para que sejam alcançados os objetivos propostos, a metodologia utilizada será baseada, predominantemente, na análise e interpretação de livros, artigos e periódicos que abordem a temática dos princípios e funções da pena e, de igual forma, a relacione com uma postura minimalista do direito penal. Especialmente no que toca a descrição do estado de coisas do sistema carcerário nacional, os dados de uma pesquisa realizada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, serão de fundamental importância para este fim.

2 A FUNÇÃO PREVENTIVA DA PENA COMO FATOR DE HUMANIZAÇÃO NO CÁRCERE

O ato de aplicação da pena (espécie de sanção penal), que aqui será utilizada como termo sinônimo de sanção penal, é uma “consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal”². Essa aplicação de uma sanção penal como consequência da prática de um crime por parte de um determinado indivíduo é o meio pelo qual se vale o Estado para fazer valer o seu poder punitivo, ou seja, para fazer valer o seu *ius puniendi*.

O *ius puniendi* estatal pode ser entendido sob dois aspectos, um aspecto objetivo e outro de cunho subjetivo. Em seu aspecto objetivo (*ius poenali*), o poder punitivo do Estado é analisado em seu viés abstrato, correspondendo ao próprio Direito Penal, isto é, ao próprio conjunto de normas que proíbem determinadas condutas e cominam penas para quem as

² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 533.

prática. Noutra banda, o aspecto subjetivo do poder punitivo estatal (*ius puniendi*) materializa-se, desta feita, concretamente, caracterizado como o poder-dever que é conferido ao Estado para aplicar a sanção penal em desfavor daquele que praticou qualquer das condutas proibidas em lei.

É o *ius puniendi* em seu aspecto subjetivo que mais interessa para a presente pesquisa, isto é, será dada especial atenção à forma pela qual o Estado, por meio do Poder Judiciário, “executa suas decisões contra alguém que descumpriu um comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável”³.

Duas são as teorias de maior importância e relevância que buscaram apontar quais deveriam ser as funções da pena, nominadas de teorias absolutas ou retributivas da pena e teorias relativas ou preventivas da pena. Nesse sentido, Ferrajoli coloca que:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.⁴

As funções da pena podem ostentar, portanto, desde um caráter nitidamente absolutista ou retributivo, que apenas tem por finalidade a demonstração do poder do Estado por meio da retribuição com um mal, o mal praticado pelo transgressor da norma penal; até as funções preventivas, que demonstram uma maior preocupação em prevenir a ocorrência de novas infrações penais. Fato é que, indubitavelmente, a sanção penal, ao ser aplicada pelo Estado, de uma forma ou de outra, estará exercendo uma determinada função perante o corpo social.

2.1 TEORIA ABSOLUTA (RETRIBUTIVA) DA PENA

Ao definir o que seria a teoria absoluta ou retributiva da pena, Bitencourt coloca que:

Entende-se melhor a ideia de pena em sentido absoluto quando se a analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a

³ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 204.

unidade entre moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus.⁵

As teorias retributivas buscam emprestar à pena um fim em si mesma, isto é, a pena seria uma demonstração da afirmação do poderio estatal, longe de preocupar-se em proporcionar a reparação do dano causado ou mesmo a prevenção de novos delitos, tendo por objetivo apenas assegurar a integridade do Estado soberano.

As teorias absolutas ou retributivas buscam na pena, portanto, como a própria denominação já coloca, uma função nitidamente retributiva ao indivíduo que praticou uma determinada infração penal. Desse modo, seria por meio da sanção penal que o Estado retribuiria com um mal, que nesse caso é a própria pena, o mal causado pelo infrator.

Com base nesse entendimento, o ideal de justiça para a teoria absoluta da pena é que esta funcione como um castigo, que por sua vez tem a finalidade de retribuir o mal anteriormente causado pela conduta daquele que cometeu uma infração penal, sendo a sanção penal um fim em si mesma. Nesse sentido é a lição de Bitencourt:

Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale a dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado.⁶

As teorias absolutas da pena não encontram guarida no sistema constitucional brasileiro. Ao tratar aquele que cometeu um determinado crime como mero objeto da reação Estatal por meio da manifestação do seu poderio, as teorias absolutas acabam por se distanciar do princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988⁷.

A aplicação de uma sanção penal deve encontrar nos direitos e garantias fundamentais do cidadão um limite que impeça que o Estado penetre em uma zona que não poderá ser violada, que é a dignidade humana, nem que seja sob o pretexto de se punir o mais cruel dos criminosos, sob pena de clara violação à própria Constituição Federal. No mesmo sentido, a

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1789, ainda em plena vigência no direito francês, em seu artigo 16, estabelece que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”⁸. O respeito aos direitos e garantias fundamentais, em última análise, representa uma clara manifestação da força normativa da Constituição.

Em parecer elaborado em razão de consulta realizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que serviu como base para o ajuizamento da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* - ADPF 347/DF, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “*Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro*”⁹, Juarez Tavares consignou:

Depois da Segunda Guerra Mundial, especialmente com a edificação de Estados regidos por uma Constituição, cuja guarda foi cometida às Cortes Constitucionais, as quais passaram a enfatizar a subordinação do poder de punir à demonstração de sua efetiva utilidade para a pessoa humana e a sociedade (*princípio da idoneidade*), a doutrina penal vem demonstrando certo desprezo pelas teorias absolutas ou retributivas.¹⁰

As teorias absolutas, portanto, não refletem o valor constitucional da dignidade humana e não demonstram qualquer fundamento utilitarista para a sanção penal, razão pela qual não podem ser admitidas em um Estado Constitucional que, por sua vez, preza pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

2.2 TEORIA RELATIVA (PREVENTIVA) DA PENA

A teoria relativa vislumbra na sanção penal uma finalidade para além de um simples instrumento de vingança de que se vale o Estado para punir o infrator da norma penal. Elas demonstram uma maior preocupação com a prevenção na ocorrência de novas infrações penais, quer seja utilizando a aplicação de uma sanção penal como uma mensagem aos demais indivíduos do grupo social para que não cometam crimes, quer seja, e aí é que se coloca a sua

⁸ Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

⁹ O Estado de Coisas Inconstitucional releva, em apertada síntese, um quadro de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declarando a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 21.

¹⁰ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589053&ad=s#7%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%202>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

grande importância, adotando mecanismos para que aquele que cometeu um delito não volte a repetir a conduta anteriormente praticada.

No que se refere à diferenciação entre as correntes absolutas e preventivas da pena, Bitencourt coloca que:

As teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias absolutas, na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir.¹¹

As teorias preventivas da pena costumam apresentar duas vertentes, quais sejam, a prevenção geral – negativa ou positiva; e a prevenção especial – negativa ou positiva.

A prevenção geral tem como objetivo atingir a coletividade de forma que possa exercer sobre ela uma coação pautada na finalidade de se prevenir que os membros desta sociedade venham a transgredir as normas penais. Ostenta um caráter nitidamente intimidativo, porquanto busca incutir na consciência geral as consequências graves que sofrem aqueles que transgridem a norma penal, “evitando-se assim, que as demais pessoas que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal”¹².

A vertente da prevenção geral positiva busca, por sua vez, “infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”¹³. A prevenção especial, por sua vez, é dirigida ao próprio infrator da norma penal, que sai da posição de mero objeto da fúria Estatal e assume a posição de sujeito de direitos que deve ser respeitado e que, em favor dele, devem ser dirigidos mecanismos capazes de reintegrá-lo ao meio social.

Na prevenção especial negativa “existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere”¹⁴. Já na prevenção especial positiva, que é a vertente mais utilitarista que a aplicação da pena pode alcançar, há a promoção do uso de instrumentos, dentro e fora do cárcere, que possam viabilizar a correção do apenado, ressocializando-o e preparando o seu retorno ao convívio social.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 537.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 538.

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 538.

Bittencourt, fazendo referência à doutrina de Von Liszt, sintetiza os objetivos das teorias preventivo-especiais:

A necessidade de pena, segundo Von Liszt, mede-se com critérios preventivo-especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis.¹⁵

Conforme se faz possível perceber, a função preventiva da pena dialoga estreitamente com o que estabelece a CF/88, mormente pela racionalização da aplicação e execução da sanção penal que promove e, bem assim, pela adoção de uma postura que respeita, pelo menos em tese, o princípio da dignidade da pessoa humana, já que não vislumbra o apenado como mero objeto da sanção penal, mas sim, como sujeito de direitos que, mesmo sofrendo a imposição de uma pena, não poderá ter o núcleo de sua integridade física e moral atingido.

Além de preocupar-se, obviamente, com os efeitos que a conduta criminosa promove perante o meio social, o que se denomina de prevenção geral, a teoria preventiva da pena demonstra preocupação também com aquele que praticou a conduta delituosa, o que se denomina de prevenção especial. Representa, pois, um avanço em relação às teorias retributivas da pena, que encontravam na sanção penal uma finalidade em si mesma.

Para o critério preventivo, a sanção penal encontra uma finalidade mais humanizada, não sendo mais um fim em si mesma, mostrando-se como um meio necessário para a correção moral do apenado, já que lhe oportuniza, ou pelo menos deveria lhe oportunizar, dentro do cárcere e fora dele, meios para que possa evoluir como pessoa e não reiterar na conduta criminosa.

Nesse passo, o maior avanço que pode ser atribuído à perspectiva preventiva é o de não relegar em segundo plano a dignidade do acusado, tratando-o como mero objeto do processo criminal. Em verdade, passa a tratá-lo como pessoa humana que é, já que o indivíduo não perde a condição de pessoa humana apenas porque praticou uma conduta desvaliosa aos olhos do Direito Penal. Uma condenação criminal não tem o condão de retirar a dignidade daquele que praticou o fato definido como delituoso, ao contrário do que, infelizmente, ainda é defendido nos dias atuais.

A sanção penal imposta pelo Estado, para que seja tida como legítima, deve ter como função a prevenção, tomada sob os aspectos geral e especial e, bem assim, a ressocialização do apenado. Não é mais possível, nem tampouco admissível, no âmbito de um Estado

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

Constitucional Democrático, que tem a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico e como fim a realização da pessoa humana, que a sanção penal funcione apenas como um instrumento de vingança de que se vale o Estado para exterminar o transgressor da norma penal.

Portanto, o respeito à função preventiva da pena, aliada ao respeito aos seus princípios fundamentais, funcionam como fatores legitimantes que, se devidamente obedecidos pelo Estado no caso concreto, autorizam a devida aplicação de uma sanção penal. Entretanto, o Código Penal (CP), que é de 1940, adota, como teoria fundamentadora da pena, segundo coloca Greco, uma teoria mista:

Em razão da redação contida no caput do art. 59 do Código Penal, podemos concluir pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena. Isso porque a parte final do caput do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.¹⁶

A normatividade do art. 59 do Código Penal não permite que se afaste a perspectiva retributiva de forma definitiva¹⁷. No entanto, mesmo que não se possa afastar a perspectiva retributiva do sistema penal brasileiro, em razão da própria disposição do art. 59 do Código Penal, ou até que o Supremo Tribunal Federal eventualmente a declare inconstitucional, ela deve esgotar-se na fase de dosimetria da pena, servindo apenas como uma baliza dentro da qual será estabelecida a pena que será cumprida pelo sentenciado. Pacelli e Callegari, baseando-se nas lições de Roxin, comungam do mesmo entendimento:

Em sua teoria dialética *unificadora* da pena, Claus ROXIN se vale de raciocínio semelhante, ao posicionar a retribuição (pelo fato praticado) como *limite máximo* da pena a ser imposta. Para ele, então, a retribuição não *justifica*, mas oferece o *limite* à pena.¹⁸

Arrematam os autores que:

Mas, não – e jamais – como fator de justificação da pena, mas como critério máximo de determinação de sua medida. Se a prevenção *justifica* os *fins* escolhidos para a pena, a retribuição ou medida da reprovação *legítima* a pena escolhida. Se a única finalidade da pena fosse a de prevenir delitos futuros por que não se aplicar uma e

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 539.

¹⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime.

¹⁸ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015. p.453

mesma sanção a todos os casos? Não se cumpriria, então, a missão preventiva? Naturalmente, a culpabilidade *pele fato específico* poderia atenuar o problema, mas não resolvê-lo.¹⁹

Os aspectos das teorias preventivas são os que mais se relacionam com o modelo de Estado Constitucional vigente na realidade brasileira. Por outro lado, muito embora as teorias absolutas não sejam compatíveis com a Constituição, fato é que a extensão do dano provocado pela infração penal praticada é importante fator de orientação na fixação da reprimenda que será adotada no caso concreto, sob pena de serem aplicadas sanções penais desproporcionais ao delito que se praticou.

Pode-se dizer, então, que a perspectiva retributiva deve orientar o aplicador do direito apenas por ocasião da individualização da pena no momento da sentença e nela deve se esgotar. No passo seguinte, que é o momento de execução da pena aplicada, será observada apenas a perspectiva preventiva, em especial a prevenção especial, que se volta para a finalidade de ressocialização do apenado.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PENA

Em um Estado Constitucional Democrático, onde a Constituição Federal habita o centro de todo o ordenamento jurídico (princípio da supremacia da Constituição) e da qual todas as outras normas retiram o seu fundamento de validade, os princípios ganham especial importância dentro do sistema, posto que são alçados à categoria de normas jurídicas, de obediência obrigatória e densidade normativa capaz de vincular toda a atuação do Estado, quer seja quando o Estado legisla (Poder Legislativo), administra o interesse público e executa/aplica as normas editadas pelo parlamento (Poder Executivo) ou resolve os conflitos com definitividade mediante a aplicação da lei ao caso concreto (Poder Judiciário). Nesse sentido é a lição de Bonifácio, que assim escreveu:

O princípio da supremacia da Constituição é um dos pilares do sistema jurídico e é resultado da autoridade legitimada pelo processo constituinte. A compreensão desse princípio e sua importância para a ordem jurídica trazem por implicação o reconhecimento da vinculação formal e material das demais fontes do direito à Constituição Federal, conferindo a unidade e a coerência essenciais ao funcionamento da ordem jurídica.²⁰

¹⁹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015. p.453

²⁰ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008. p. 30.

A corrente neoconstitucionalista, presente na realidade constitucional contemporânea, inclusive na brasileira, tem como característica, além da já vista força normativa da Constituição (princípio da supremacia da Constituição), o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos como valores supremos e servindo de ponto de partida para o exercício da hermenêutica constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, pode ser visto como o tronco do qual derivam todos os demais princípios fundamentais. À mesma ideia filia-se Barroso:

A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.²¹

Em se tratando do âmbito do direito penal, os princípios ganham especial destaque já que funcionam como limitadores do poder punitivo estatal. Da mesma ideia compartilha Greco, que afirma:

Dentro da concepção de uma Estado Constitucional e Democrático de Direito, os princípios penais fundamentais, expressos ou implícitos nos textos constitucionais, funcionam como limites internos do *ius puniendi*, tendo todos eles como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.²²

Nas linhas seguintes serão analisados alguns dos princípios fundamentais da pena que, como já dito, funcionam como limitadores ao poder punitivo estatal.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, além de ter o seu fundamento previsto na Constituição Federal de 1988²³, também encontra previsão no Código Penal²⁴. Trata-se de um princípio que

²¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 285.

²² GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

²⁴ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

é basilar em qualquer Estado de Direito, constituindo-se em uma “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”²⁵.

Não adentrando na questão de se estabelecer as suas origens, tarefa que não é das mais fáceis, insta salientar que o princípio da legalidade é importante instrumento de garantia de segurança jurídica do cidadão, representando uma importante ferramenta contra atitudes irracionais que possam ser tomadas pelo Estado, ou, melhor dizendo, por aqueles que dirigem o Estado, afinal, “o governo das leis aparece como um ideal em face do governo dos homens”²⁶. Nilo Batista também comunga do mesmo entendimento:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas a acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zafaroni.²⁷

Voltando-se para a análise das repercussões do princípio da legalidade no âmbito penal, importa dizer que, além da legalidade de cunho formal, que representa o respeito aos trâmites postos pelo ordenamento jurídico para que se possa aprovar uma nova medida legislativa, o respeito ao rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (legalidade material) também se coloca como principal meio de contenção de eventuais abusos que possam ser praticados pelo Estado por ocasião da edição uma lei em sentido amplo.

Greco cita, ainda, quatro funções fundamentais que o princípio da legalidade executa dentro da esfera penal:

1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).²⁸

Não obstante a necessária observância do princípio da legalidade por parte do poder público em toda a sua atuação, quando o assunto é o sistema carcerário nacional parece que a legalidade é propositalmente esquecida. A omissão das autoridades brasileiras acabou

²⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.65

²⁶ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52.

²⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.67.

²⁸ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

permitindo que fosse criado, dentro do cárcere, um ambiente totalmente contrário ao que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, dando azo a um verdadeiro ambiente de “paralegalidade”, isto é, um ambiente que possui os seus próprios princípios e regras, propiciando o fortalecimento da atuação das facções criminosas.

Em artigo publicado no portal *Justificando*, Eduardo Januário Newton coloca que:

Nesse momento, uma importante lição não pode ser ignorada, qual seja, o Estado de Direito, em síntese, deve ser compreendido como a observância do ordenamento jurídico por todos, inclusive pelo Poder Público. E é aqui o busílis, pois é sabido que os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade por ordem de uma autoridade judicial são rotineiramente ignorados, tendo a Lei de Execução Penal, mesmo com suas incompatibilidades com o Texto Constitucional, adquirido a condição de obra de ficção que dificilmente será cumprida em um longínquo futuro.²⁹

Tratando ainda do princípio da legalidade no âmbito penitenciário, segundo Rogério Greco, “parece que, após o transito em julgado da sentença penal condenatória, quando o agente que praticou a infração já se encontra cumprindo, efetivamente, a pena que lhe foi imposta pelo Estado, esquecemo-nos do princípio da legalidade”³⁰.

Em arremate, o princípio da legalidade representa uma clara manifestação do Estado de Direito, motivo pelo qual deve ser observado pelo Poder Público em todos os âmbitos de sua atuação, seja na prestação de qualquer serviço público, ou até mesmo na administração das prisões, não importando quem seja o destinatário, se pessoa solta ou pessoa presa.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já afirmado linhas atrás, o princípio da dignidade da pessoa humana é o tronco do qual derivam todos os demais direitos que compõem o núcleo de proteção direcionado ao indivíduo enquanto pessoa. Devido a sua elevada importância, foi alçado pelo legislador constituinte ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, consoante estabelece o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Pela amplitude e subjetividade do termo, não parece ser prudente, e nem é o objetivo da pesquisa, qualquer tentativa em estabelecer um conceito pronto e acabado do que seria a dignidade da pessoa humana, já que, muitas vezes, o seu conteúdo será construído pelo

²⁹ NEWTON, Eduardo Januário. *Diante da ilegalidade do sistema prisional: o que pode ser feito?* Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/26/diante-da-ilegalidade-do-sistema-prisional-o-que-pode-ser-feito/>>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

³⁰ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

aplicador da norma em consonância com os dados que um determinado caso concreto apresentar.

Todavia, vários são os planos ou dimensões em que se é possível analisar o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, para os fins deste trabalho, o foco será voltado para o plano da dignidade humana como valor intrínseco do indivíduo. Claramente, os direitos à vida, à integridade física e à integridade moral ou psíquica, decorrentes do núcleo básico da dignidade humana, são os aspectos da dignidade humana mais violados pelo cárcere brasileiro.

No que se refere à dignidade humana como valor intrínseco do indivíduo, Daniel Sarmiento, em referência ao pensamento de Immanuel Kant, coloca que:

A mais célebre formulação da ideia de valor intrínseco da pessoa é de Immanuel Kant. Como se sabe, Kant elaborou uma teoria moral deontológica, fundada em imperativos categóricos – normas passíveis de universalização, que são válidas incondicionalmente para todos e em todas as situações. A segunda versão do imperativo categórico kantiano consagra exatamente o valor intrínseco das pessoas. Trata-se da chamada “fórmula do fim em si mesmo”: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio.”³¹

Voltando-se especificamente para a relação entre dignidade da pessoa humana e sistema prisional, o princípio da dignidade da pessoa humana, ou, como é denominado mais especificamente na teoria da pena, o princípio da humanidade das penas, ganha ainda maior importância. A pessoa presa não deixa de ser pessoa humana – muito embora na prática o que se costuma ver é o inverso – pelo simples fato de se encontrar cumprindo pena.

Não é de se negar que para considerável parte da sociedade, quanto pior for a situação do apenado, quanto maior for o flagelo que o cumprimento da pena lhe proporcionar e mais humilhante for a sua situação no cárcere, mais eficaz será a pena, ou, como se costuma dizer, melhor se estará “fazendo justiça”.

Neste momento, é importante destacar que o clássico conceito de democracia, simplesmente definida como “o governo da maioria” ou “a vontade da maioria” não pode ser mais aceito, sem qualquer ressalva, nos dias atuais. Considerando os ideais encampados pela Constituição Federal de 1988, acompanhada por várias outras Constituições ao redor do

³¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 106. É importante esclarecer que, na verdade, o imperativo categórico é um só, não são vários; o que acontece é que ele pode assumir três formulações distintas. Isso não compromete o raciocínio de Sarmiento que acerta em identificar “fórmula da humanidade” como uma dessas versões. ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. *Uma (re)leitura teleológica da filosofia moral em Kant: por uma necessidade de inclusão do homem na natureza*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) –Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2009.

mundo, o ideal de democracia está ligado umbilicalmente à ideia da concretização dos direitos fundamentais. Por óbvio, as decisões políticas fundamentais, por força do princípio do sufrágio universal, fatalmente serão tomadas pelo consenso atingido pela maioria dos cidadãos do Estado. Lado outro, não é porque as principais decisões do Estado são tomadas pela maioria que as minorias serão esquecidas ou mesmo terão contra si impostas as decisões tomadas pela maioria, independentemente do teor do seu conteúdo. Não é disso que se trata.

Democracia deve ser entendida como a prevalência do respeito aos direitos fundamentais, que não pertencem apenas a uma determinada maioria, caracterizando-se como direitos universais, pois que pertencentes a todos os indivíduos enquanto pessoas humanas que são, independentemente do *status* jurídico que tenham, isto é, independentemente de se encontrarem na situação de pessoas reclusas ou não. Ferrajoli compartilha do mesmo entendimento:

A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denominei de ‘democracia constitucional’, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como consequência uma concepção e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substâncias a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. Assim, neste Estado Constitucional e democrático de direito é que encontraremos o fundamento de validade do *ius puniendi*, bem como suas limitações. É um Estado em que os direitos humanos deverão ser preservados a qualquer custo. Como diz precisamente Norberto Bobbio, ‘o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas’.³²

Desse modo, com sustentáculo na afirmação de Ferrajoli, conclui-se que o poder punitivo estatal (*ius puniendi*) apenas encontrará o seu fundamento quando a sanção penal aplicada pelo Estado respeitar, em sua inteireza, a dignidade humana e os demais valores a ela inerentes. Na qualidade de reitor de todos os demais princípios aplicáveis à pena, o princípio da humanidade das penas manifesta-se mesmo antes da efetiva aplicação e execução da sanção penal por parte do Estado. O legislador, ao editar tipos penais e cominar as suas respectivas sanções, deve observar os limites estabelecidos pela CF/88, dentre eles encontrando-se a dignidade humana³³.

Ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, aduz Greco:

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

³³ A CF/88 reza, em seu art. 5º, XLVII, que não haverá penas: **a)** de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; **b)** de caráter perpétuo; **c)** de trabalhos forçados; **d)** de banimento; **e)** cruéis. O art. 5º, em seu inciso XLIX, prevê que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, das mutilações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada).³⁴

No entanto, a proteção conferida pelo ordenamento jurídico à dignidade do indivíduo enquanto pessoa, mormente àqueles que habitam o cárcere brasileiro, parece não gozar da força vinculante necessária para que se possa coibir os abusos praticados por parte do poder público. O *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da apreciação da ADPF 347/DF, é um exemplo disso. O voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ação, é marcante nesse sentido:

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.³⁵

Em outro trecho do seu voto, arremata o Ministro Relator que “os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre”³⁶. Todavia, em um Estado Constitucional Democrático, que tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade humana, não é possível tolerar que pessoas, mesmo que se encontrem na condição de reclusas, tenham a sua dignidade reduzida.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade encontra-se como um princípio implícito na CF/88, fruto da interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais. A sanção penal deve revestir-se dos caracteres da proporcionalidade. A ideia de uma pena proporcional liga-se a uma ideia de correspondência entre a extensão do mal causado pela prática da infração penal e a extensão da sanção penal a ser aplicada.

³⁴ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 101.

³⁵ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

³⁶ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

Até por uma decorrência lógica da própria ideia de racionalização na aplicação da pena, isto é, da ideia de uma pena que deva funcionar como um instrumento (meio) para a ressocialização do apenado e não como um simples instrumento de vingança de que se vale o Estado para demonstrar o seu império, o princípio da proporcionalidade guiará o aplicador da lei penal na atribuição justa e correta da sanção penal que o caso concreto requer.

A preocupação em se estabelecer uma sanção penal proporcional ao delito praticado inicia-se com a célebre obra “*Dos delitos e das penas*” escrita pelo Marquês de Beccaria ou, conforme é mais conhecido, Cesare Beccaria, no ano de 1764. Nessa toada, coloca Greco que:

Beccaria destinou o capítulo XXIII de sua obra para discutir a necessidade de proporção entre os crimes e as penas. Em sua época, como também ocorre em muitas situações nos dias de hoje, o legislador tratava com rigor excessivo determinadas situações que não o exigiam e, por outro lado, de forma extremamente branda fatos que mereciam um rigor maior. Além disso, não raras vezes, como as penas eram, na sua maioria, corporais, aflitivas, normalmente eram desproporcionais ao delito praticado pelo agente.³⁷

Segundo o próprio Beccaria, “se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem”³⁸. Entretanto, o legislador brasileiro é pródigo em incriminar determinadas condutas e cominar penas desproporcionais para elas.

Em arremate, coloca Greco:

Como veremos durante o decorrer deste trabalho, toda vez que os índices de criminalidade aumentam, toda vez que algum crime bárbaro acontece, a sociedade estimulada pelo movimento da mídia, pede uma punição mais severa, ou mesmo a criação de novas infrações penais. A neopenalização e a neocriminalização, contudo, já haviam sido diagnosticadas por Cesare Bonesana como um erro. Na verdade, o que estimula o cometimento de crimes, em todos os níveis, é a certeza da impunidade. Por isso, dizia Beccaria que “a certeza do castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio mais cruel, ligado à esperança da impunidade”.³⁹

No entanto, tanto o legislador no plano abstrato de elaboração da norma penal, como o juiz no momento de dosar a pena que será aplicada no caso concreto, devem ser norteados, sempre, pelos ditames da proporcionalidade. Afinal, a aplicação de uma pena desproporcional

³⁷ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

³⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 37

³⁹ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

revela-se, certamente, como a maior das injustiças, já que é feita com o propósito de realizar-se a própria justiça.

3.4 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA

Pelo princípio da pessoalidade da pena entende-se que a sanção penal e os seus efeitos, notadamente os efeitos próprios de natureza penal, não poderão ultrapassar a pessoa do apenado. Em outras palavras, a aplicação da pena esgota-se tão somente na pessoa do acusado, não podendo atingir o seu cônjuge/companheiro, seus ascendentes, descendentes ou irmãos.

O legislador constituinte preocupou-se com o tema e estabeleceu, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido⁴⁰.

Esse princípio visa claramente promover uma correção necessária para adequar o direito penal aos postulados constitucionais atuais que proíbem penas de natureza infamante e que atentem contra a dignidade humana, ao contrário do que ocorria no passado. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli argumentam que:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou participe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros. Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano.⁴¹

Por outro lado, percebe-se que a realidade social e prisional brasileira coloca-se em sentido diametralmente oposto. Parece que a sociedade enxerga os parentes do apenado como se fossem uma “extensão do crime praticado”, merecendo, por isso, toda sorte de aviltamentos. É como se a culpa pelo cometimento do fato criminoso não fosse apenas daquele que praticou a conduta delituosa e foi condenado criminalmente por ela, mas sim, de todos os parentes do agente delituoso.

⁴⁰ Inciso XLV, art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.160

Atento à realidade brasileira, Greco aduz que:

Os parentes, de forma geral, mesmo sem qualquer relação de dependência financeira com aquele que praticou a infração penal, sofrem emocionalmente com a sua prisão. Seus filhos já não têm com quem brincar, já não contam com sua presença na saída da escola e, o que é pior, passam também a ser estigmatizados por uma condenação que não foi deles. Normalmente, as esposas dos condenados que cumprem penas são tratadas como prostitutas, suas mães, desprezadas pelo fato de terem gerado um “criminoso”, são acusadas de não o terem educado. Enfim, a pena ultrapassa, em muito, a pessoa do condenado quando analisada informalmente.⁴²

Paradoxalmente, a mesma sociedade que reclama das altas taxas de criminalidade e de reincidência, é a mesma que se coloca como incapaz de acolher um egresso do sistema prisional e, mais ainda, de “tolerar” conviver com os parentes deste mesmo egresso. A realidade, no entanto, demonstra que a pena, especialmente a privativa de liberdade, é potencial violadora do princípio da pessoalidade, já que os demais membros da sociedade costumam imputar aos parentes do apenado uma certa parcela de culpa pela prática da sanção penal.

3.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Individualizar a pena significa, em apertada síntese, buscar a sanção penal que corresponda adequadamente à prática de uma determinada infração penal. Este princípio deriva da dignidade humana e dialoga estreitamente com os princípios da proporcionalidade e da intranscendência/pessoalidade da sanção penal. No processo de individualização da pena, aponta-se “para a observância das particularidades, as individualidades de certa situação, possibilitando a compreensão do conteúdo, o alcance, e a extensão do objeto analisado”⁴³.

Em arremate, Aguiar aduz que “a individualização da pena é um postulado essencial para assegurar a fixação da pena apropriada, amoldando-se às características individuais do agente e do próprio delito. Neste sentido é a diretriz constitucional, que prevê em seu art. 5º, XLVI, a individualização da pena”⁴⁴.

De envergadura constitucional, encontrando previsão expressa no art. 5º, inciso XLVI da CF/88, o princípio da individualização da pena pode ser observado em três fases distintas.

⁴² GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 105.

⁴³ AGUIAR, D. L. *A leitura principiológica do direito penal brasileiro*. 2015. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015. p. 93.

⁴⁴ AGUIAR, D. L. *A leitura principiológica do direito penal brasileiro*. 2015. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015p. 94

Na primeira fase, nitidamente de caráter abstrato, o princípio da individualização da pena norteará o legislador na árdua tarefa de se estabelecer a sanção penal que integrará o preceito secundário do tipo penal, isto é, “o legislador deverá levar a efeito um raciocínio de valoração dos bens, com o objetivo de determinar a importância que cada um merece”⁴⁵.

Na segunda fase da individualização da pena, desta feita levada a efeito pelo magistrado, será buscada a pena devida que deverá ser aplicada ao caso concreto, ou seja, trata-se de uma atuação que ocorrerá após a violação da norma penal e no momento da sentença. Desse modo, o juiz “deverá, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrar a pena justa para o caso concreto, não podendo, contudo, fugir às orientações legais a que está submetido”⁴⁶.

A fixação da pena será efetuada pelo juiz por meio da observância do sistema trifásico, determinado pelo art. 68 do Código Penal, que é claro em dizer que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Após a fixação da pena que deverá ser cumprida pelo sentenciado, será iniciada a terceira fase do princípio da individualização da pena, que é eminentemente afeta à execução penal. A Lei de Execução Penal estabelece, de forma expressa em seu art. 5º, que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

É exatamente na fase de execução da pena, em especial da pena privativa de liberdade, que o princípio da individualização da pena sofre severas violações. A prática adotada pelo sistema prisional brasileiro não é de todo respeitosa ao que preceitua a individualização da pena, isto é, é nítida a existência de uma realidade paralela ao que determina a Lei de Execução Penal.

Greco aponta bem essa problemática e os efeitos negativos que ela provoca na reintegração/ressocialização do apenado:

De nada vale a determinação de classificação do condenado, para fins de individualização, se, na prática, sua pena é cumprida com outros condenados com classificações diversas da sua, com antecedentes e personalidades diferentes, em um ambiente promíscuo, dessocializador, que estimula mais a corrupção do caráter do

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 92.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 93.

que o arrependimento necessário, que não o impulsiona a modificar-se no sentido de querer reintegrar-se à sociedade, afastando-se da vida do crime.⁴⁷

No entanto, muito embora seja alvo de violações, o princípio da individualização da pena tem o conteúdo material e a força normativa necessárias para que seja possível resgatar as suas funções primordiais, mormente com a racionalização do sistema de execução penal e a criação de um ambiente que seja favorável ao ideal de ressocialização dos apenados.

4 DA NECESSÁRIA ADOÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

De acordo com a lição de Greco, o Direito Penal Mínimo é aquele “pautado na teoria garantista apreendida por Luigi Ferrajoli”⁴⁸. Coloca-se como um verdadeiro *Direito Penal do Equilíbrio*, já que se estabelece “entre a tese do Direito Penal Máximo, refletido nos chamados movimentos da Lei e da Ordem, bem como a tese abolicionista, capitaneada por Louk Hulsman”⁴⁹.

Os princípios fundamentais da pena expostos no capítulo anterior, o que não exclui outros princípios da mesma espécie, somados à função preventiva da sanção penal, são condições que devem ser observadas pelo Estado para que se possa falar em uma pena aplicada de forma legítima, que se coadune com um sistema garantista.

No entanto, essas condições não são verificadas na prática. No decorrer deste trabalho foram apontadas algumas violações dirigidas aos princípios fundamentais da pena e que são cometidas nos meandros dos porões do sistema carcerário nacional. Superlotação carcerária, guerra entre facções rivais, torturas e falta de condições mínimas para uma existência digna são exemplos do grave estado de coisas inconstitucional existente no sistema prisional brasileiro.

Não obstante, a principiologia constitucional, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser observada e utilizada como ponto de partida para a afirmação do sistema de garantias estabelecidos pela *Carta Maior*, superando este ambiente de graves violações. A busca por soluções revela-se uma tarefa complexa e que exige um olhar

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 95.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 2.

⁴⁹ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 2.

garantista por parte do operador do direito, que não pode jamais perder de vista os ideais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Considerando os limites desta pesquisa, a análise recairá sobre dois enfoques. Primeiro, o Direito Penal, e conseqüentemente a pena, será tido como a última *ratio* do sistema normativo, ou seja, sua atuação deve se restringir aos casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal seja relevante o suficiente para justificar essa atuação. Segundo, será analisado o uso abusivo das prisões cautelares como fator de superlotação carcerária, o que também representa um grave problema que exsurge no sistema prisional brasileiro.

4.1 O DIREITO PENAL COMO ULTIMA *RATIO*

Uma postura minimalista do Direito Penal pressupõe a afirmação da natureza subsidiária deste ramo jurídico, de sorte que ele apenas deve proteger os bens jurídicos mais importantes para a coletividade, “deixando a proteção de determinados bens jurídicos, de menor importância, para outros ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do civil e do administrativo”⁵⁰.

Todavia, o que se tem visto atualmente é a utilização, cada vez mais frequente, do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos de somenos importância, em um claro movimento de lei e da ordem, “que só conduzem a um processo nefasto de inflação legislativa”⁵¹. A explicação para a crescente demanda de alargamento do âmbito de abrangência do Direito Penal é a aposta do Estado de que aquele ramo jurídico é capaz de solucionar os vários problemas decorrentes de uma sociedade marcadamente desigual.

O Estado Social tem falhado na implementação de políticas públicas, não cumprindo com as promessas trazidas pela Carta Maior. Não tem oferecido aos indivíduos, com a exceção dos integrantes das classes mais privilegiadas, condições mínimas de existência, não permitindo que pessoas mais carentes tenham acesso aos seus direitos mais básicos, como saúde, educação, habitação e lazer.

Por outro lado, o Estado tem apostado bastante na repressão, promovendo a edição de novas leis penais, seja para criar novos tipos incriminadores ou para majorar as sanções penais já existentes. Com isso, “podemos concluir que a transformação do Estado Social em Estado

⁵⁰ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.

⁵¹ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 323.

Penal foi a mola propulsora do processo de inflação legislativa que nos aflige atualmente”⁵². Não obstante a adoção de uma postura nitidamente repressiva por parte do Estado, percebe-se que a delinquência não sofreu redução, pelo contrário, apenas aumentou.

Gomes e Gazoto aduzem que:

Para ilustrar: de 1940 (data do nosso Código Penal) a outubro de 2015, o legislador brasileiro editou 157 leis penais: quase 80% foram leis mais duras (“temos que punir duramente os pecadores”) e a criminalidade não diminuiu. Já somos o 3º país do mundo com maior população carcerária, se computados os presos domiciliares (711 mil, segundo o CNJ, em maio/14) e a delinquência não sofreu redução (ao contrário, aumentou).⁵³

Um exemplo atual de uma lei penal que busca incriminar uma conduta irrelevante para a sociedade, pois não visa a proteção de um bem jurídico de fundamental importância para a coletividade, é a proposta de “*criminalização do funk*”⁵⁴. Sem procurar aprofundar-se nas discussões, percebe-se que a proposta de criminalização do funk decorre de uma tentativa de proteger uma “moral” que, considerando o seu caráter contingencial e relativo, é um bem jurídico (se é que assim pode ser tratado) que não merece ser protegido pelo Direito Penal.

As consequências da adoção de um modelo de Estado Penal, cuja pauta principal é a edição de diversas leis penais incriminadoras e desnecessárias que, em última análise, não atingem os objetivos a que se propõem, é o encarceramento em massa, desembocando, por via de consequência, em um sistema prisional calamitoso e violador das garantias fundamentais dos indivíduos encarcerados. Em oposição a esse cenário, deve o Estado adotar uma postura garantista, utilizando o Direito Penal para realizar a função que realmente lhe cabe, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade.

Desse modo, “deve-se fazer, portanto, uma depuração no sistema legal, revogando tudo aquilo que não seja pertinente ao Direito Penal, isto é, temos de deixar de lado a proteção dos bens que, seguramente, podem ser protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico”⁵⁵. Para além disso, Greco entende, ainda, “ser possível reduzir, e não eliminar, a

⁵² GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 327-328.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 18.

⁵⁴ Disponível em < <https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaoideia?id=65513>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 323-324.

criminalidade, tida como aparente a partir do momento que o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais”⁵⁶.

Para que realmente se possa ter avanços, portanto, necessário se faz que o Estado assuma uma postura garantista e em detrimento do modelo de Estado Penal que se encontra em plena vigência, utilizando-se do Direito Penal apenas como a última *ratio* do sistema⁵⁷. Para além disso, o Estado deve realizar as promessas constitucionais típicas do Estado Social que foi desenhado pela Constituição Federal de 1988, garantindo moradia, saúde, lazer, habitação e, principalmente, educação para os menos necessitados.

4.2 O USO ABUSIVO DAS PRISÕES CAUTELARES

Uma outra postura que tem contribuído para a superlotação carcerária é o uso abusivo das prisões cautelares. As prisões preventivas e temporárias, espécies de prisões cautelares, são prisões processuais que são decretadas por razões de conveniência processual e, acima de qualquer coisa, “milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF/88, pois ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado se sentença pela condenatória”⁵⁸.

Os fundamentos para a segregação cautelar de um flagranteado/indiciado/réu encontram-se no art. 312 do Código de Processo Penal, assentando-se nas cláusulas gerais da *garantia da ordem pública*, da *ordem econômica*, por *conveniência da instrução criminal* ou para *assegurar a aplicação da lei penal*. Tratam-se, como já dito, de hipóteses excepcionalíssimas, pois, nos termos do art. 282, §6º do Código de Processo Penal, serão determinadas *quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*.

Todavia, o que se observa na realidade brasileira é exatamente o inverso do que determina o Código de Processo Penal. As prisões cautelares têm sido utilizadas como medidas de antecipação da punição, em uma clara retribuição instantânea ao mal

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 333.

⁵⁷ Dizer que o Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema é o mesmo que afirmar que ele deve ser aplicado de forma subsidiária, permitindo que outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a intervenção do Direito Penal quando esses outros ramos demonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção. GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2009. p. 63.

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 891-892.

supostamente praticado pelo flagranteado/indiciado/réu, já que independem de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Bottura coloca que:

Um dos maiores problemas enfrentados pelos advogados criminalistas e seus clientes, nos dias atuais, é a generalização desmedida e desenfreada das prisões cautelares, utilizadas pura e simplesmente como antecipações de uma possível futura pena, atendendo aos clamores do “populismo penal midiático”, como se essa fosse a solução para um efetivo combate aos crescentes índices de violência em nosso país.⁵⁹

Segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF⁶⁰, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, dos 567.655 (quinhentos e sessenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e cinco) presos no sistema carcerário brasileiro, 41 % deles são presos provisórios, isto é, mais de 240.000 (duzentos e quarenta mil) brasileiros estão presos de forma provisória no sistema prisional brasileiro. A situação é tão alarmante que, no Estado de Sergipe, por exemplo, 76% dos presos que ali se encontram são presos provisórios.

O uso abusivo das prisões cautelares acaba por fomentar a superlotação carcerária e, por via oblíqua, dado o estado calamitoso do cárcere brasileiro, viola a dignidade humana e os direitos que lhe são decorrentes. Os efeitos disso são eminentemente deletérios, posto que, além da superlotação, o sistema prisional brasileiro tem se mostrado incapaz de ressocializar alguém. Baird e Pollachi compartilham da mesma ideia:

Ainda no tocante ao respeito à lei e aos direitos humanos, o uso abusivo da prisão provisória é medida extremamente deletéria. Além de desrespeitar garantias básicas do cidadão, a imposição da prisão em caráter provisório gera também altos custos sociais contribuindo para diluir laços familiares, profissionais e submetendo os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%.⁶¹

Baird e Pollachi ainda apontam mais um efeito negativo decorrente do uso excessivo e indiscriminado das prisões cautelares:

⁵⁹ BOTTURA, Vitor Raatz. *A generalização das prisões cautelares pode representar um grande erro*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/generalizacao-prisoos-cautelares-representar-grave-erro>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

⁶⁰ *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

⁶¹ BAIRD, Marcello Fragano; POLLACHI, Natália. *O problema da prisão provisória e o impacto da lei das cautelares na cidade de São Paulo*. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5244-O-problema-da-prisao-provisoria-e-o-impacto-da-Lei-das-Cautelares-na-cidade-de-Sao-Paulo>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

A segurança pública também é penalizada com o uso excessivo da prisão provisória, pois o encarceramento desses acusados deteriora a situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Novamente, abre-se enorme espaço para a violação de direitos humanos, especialmente tendo em vista casos recentes, como as penitenciárias de Pedrinhas, Cascavel e Porto Alegre.⁶²

A gravidade da situação é tamanha que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o *Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro*, no bojo da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº - ADPD 347/DF, determinou, na parte dispositiva do Acórdão, que “*aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;*” e, também, “*aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo*”⁶³.

Desse modo, percebe-se que a utilização indiscriminada de prisões cautelares é extremamente prejudicial ao já combalido sistema carcerário nacional, violador que é da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve-se preferir uma postura que privilegie a racionalidade da adoção dessas medidas cautelares restritivas da liberdade, privilegiando toda a principiologia constitucional exposta, evitando-se, assim, que mais pessoas sejam inseridas, muitas vezes de forma desnecessária, em um ambiente que não oferece condições mínimas de existência e, nem tampouco, de ressocialização.

5 CONCLUSÃO

O *ius puniendi* estatal não pode ser exercido de maneira ilimitada. Dentro de um Estado Constitucional Democrático, como é o caso do Estado brasileiro, a sanção penal apenas poderá ser tida como legítima e válida se ela, no decorrer de sua aplicação, respeitar a inteireza da função preventiva da pena. Verifica-se, portanto, que a função preventiva deve nortear o Estado no momento de aplicação da pena, promovendo a necessária recuperação do condenado (prevenção especial) e servindo como uma mensagem para que os demais membros da sociedade não cometam crimes (prevenção geral).

⁶² BAIRD, Marcello Fragano; POLLACHI, Natália. *O problema da prisão provisória e o impacto da lei das cautelares na cidade de são paulo*. Disponível em < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5244-O-problema-da-prisao-provisoria-e-o-impacto-da-Lei-das-Cautelares-na-cidade-de-Sao-Paulo>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

⁶³ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

Mais do que funções, a aplicação da pena deve obediência ao que determinam alguns princípios fundamentais. A dignidade humana do indivíduo preso jamais pode ser afastada, de sorte que não podem ser admitidas sanções penais que transformem o indivíduo em coisa, negando a sua condição de sujeito de direitos, mormente em razão do princípio da individualização da pena também proibir que os apenados sejam submetidos a qualquer tratamento desumano ou degradante.

Nesse ínterim, é possível verificar que os efeitos da sanção penal não podem ultrapassar a pessoa do acusado, por força do que dispõe o princípio da individualização da pena e, do mesmo modo, não pode a sanção penal se apresentar desproporcional ao delito praticado pelo agente, sob pena de se transformar em um simples instrumento de vingança de que se vale o Estado para retribuir o mal praticado pelo agente. Deve-se observar, sempre, o que determina o princípio da legalidade penal.

Nesse passo, é possível concluir, portanto, que qualquer sanção penal que se apresente violadora da dignidade humana, bem assim dos demais princípios dela decorrentes, não se mostra compatível com a Constituição Federal de 1988. Não obstante as evidentes violações aos direitos dos presos cometidas no âmbito do sistema prisional brasileiro, isso não significa que os princípios constitucionais não tenham a força normativa necessária para promover mudanças e desencadear avanços na situação calamitosa do cárcere brasileiro, razão pela qual a (re)afirmação da principiologia constitucional é medida que possibilitará a concepção de um cárcere mais humanizado.

Dada a situação deletéria do sistema prisional, especificamente no que se refere ao problema da superlotação carcerária, deve-se adotar uma postura que tenha como objetivo vislumbrar um Direito Penal Mínimo, utilizado como *ultima ratio*, ou seja, deve-se evitar a instauração de um Estado Penal, caracterizado pelo instinto repressivo. O Direito Penal, agindo de forma isolada, não se mostra capaz de resolver a complexa problemática da violência e, mais ainda, a pena de prisão não pode ser vislumbrada como a solução para todos os males.

Nesse diapasão, conclui-se que o Estado precisa concentrar esforços em atividades preventivas, ou seja, atividades que evitem a ocorrência de crimes. A implementação de políticas públicas que sejam capazes de concretizar os direitos sociais previstos na Carta Maior, garantindo o mínimo existencial e evitando que mais indivíduos possam enveredar pelos caminhos do crime, apresenta-se como uma possibilidade de se evitar que mais pessoas sejam trancadas nos cárceres brasileiros. Nesse sentir, a atuação do Direito Penal deve ser restrita aos casos de condutas mais graves.

Dentro, ainda, de um Direito Penal Mínimo, o uso indiscriminado das prisões cautelares tem se mostrado um fator contributivo para o agravamento da superlotação carcerária, caracterizando mais um fator negativo que deve ser evitado. Verifica-se que 41% dos indivíduos que se encontram enclausurados no sistema carcerário nacional são presos provisórios.

Portanto, pode-se apontar o uso abusivo das prisões cautelares como um fator que, além de agravar o problema da superlotação carcerária, promove a violação da dignidade humana e dos princípios que lhe são correlatos, pois decretar uma prisão cautelar, muitas vezes sem a sua real necessidade, é, dentro da realidade brasileira, a mesma coisa que mandar alguém para a masmorra. Nesse sentido, as prisões cautelares apenas devem ser decretadas quando estritamente necessário, e não para atender ao clamor social ou como uma antecipação de uma sanção penal.

O atual cenário de violações aos princípios fundamentais da pena, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, reclama um novo modo de se conceber o Direito Penal e a função que a pena deve buscar do sistema. Necessita-se conjugar a atuação preventiva do Estado com a racionalização do Direito Penal, enxergando-se este ramo jurídico como *ultima ratio*. Adotando-se esses posicionamentos, acredita-se que seria possível vislumbrar avanços na atual situação do sistema prisional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, D. L. **A leitura principiológica do direito penal brasileiro**. 2015. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Uma (re)leitura teleológica da filosofia moral em Kant: por uma necessidade de inclusão do homem na natureza**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) –Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-graduação em Filosofia, 2009.

BAIRD, Marcello Fragano; POLLACHI, Natália. **O problema da prisão provisória e o impacto da lei das cautelares na cidade de são paulo**. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5244-O-problema-da-prisao-provisoria-e-o-impacto-da-Lei-das-Cautelares-na-cidade-de-Sao-Paulo>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. **Código penal**. Organização de Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. **Código de processo penal**. Organização de Ana Cristina Mendonça e Geovane Moraes. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editoração e Publicações - SEGRAF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 347**. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 19-02-2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BOTTURA, Vitor Raatz. **A generalização das prisões cautelares pode representar um grande erro**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/generalizacao-prisoes-cautelares-representar-grave-erro>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

Criminalização do funk como crime de saúde pública a criança aos adolescentes e a família. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=65513>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão. <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEWTON, Eduardo Januário. **Diante da ilegalidade do sistema prisional: o que pode ser feito?** Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/26/diante-da-ilegalidade-do-sistema-prisional-o-que-pode-ser-feito/>>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 16 de agosto de 2017

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAVARES, Juarez. **Do parecer no tocante ao funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcance dos objetivos manifestos da pena**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589053&ad=s#7%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%20-%20Documentos%20comprobat%F3rios%202>>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.160