



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
CURSO DE DIREITO**

**A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA AO AGENTE QUE
COMETE O CRIME DE ESTUPRO**

AVEILTON SILVA DE SOUZA

Marabá

2012

AVEILTON SILVA DE SOUZA

**A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA AO AGENTE QUE
COMETE O CRIME DE ESTUPRO**

Monografia Jurídica
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Pará-
UFPA/Campus Marabá, como requisito
parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito (Disciplina
Monografia Jurídica II), sob a orientação
do Prof. Especialista em Ciências
Criminais Francisco Vilarins Pinto.

Marabá

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Palavras-Chaves:

AVEILTON SILVA DE SOUZA

**A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA AO AGENTE QUE
COMETE O CRIME DE ESTUPRO**

Data da aprovação ___/___/2013.

Conceito: _____.

Banca Examinadora:

Prof^o. Especialista em Ciências Criminais: Francisco Vilarins Pinto
(Orientador)
Universidade Federal do Pará

Prof^o. José da Trindade Borges
(Examinador da Banca)
Universidade Federal do Pará

Defensor Público: Sérgio Lima
Defensoria Pública do Estado do Pará

Marabá

2012

“Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação de seu espírito e a compreensão de seu escopo, para ajustá-lo a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.”

Nelson Hungria.

AGRADECIMENTOS

Para coroar este momento com grande alegria e satisfação, quero primeiramente agradecer a Deus, pelo dom da vida, presença incontestável e pela demonstração de amor, que através de sua bondade infinita nos concede sabedoria e inteligência para continuarmos nossa jornada.

É de fundamental importância agradecer também a todos os professores que nos acompanharam durante a graduação, em especial ao Prof. Francisco Vilarins, pela dedicação e orientação competente para elaboração deste trabalho.

Não poderia deixar de mencionar também as amizades concebidas na Universidade, em especial os amigos-irmãos Priscila, Jairyane, Carlianny, Daliane, Mazoane, Victor e Nivaldo, os quais se tornaram imprescindíveis para mim, cuja falta já sinto desde agora. Que nossa amizade dure tanto quanto fora intensa no decorrer desse período de convivência e de troca de experiências.

Quero estender também os meus agradecimentos especiais a toda a minha família (minha avó e minhas tias) que de forma toda especial e carinhosa me deram força e coragem, apoiando-me nos momentos de dificuldades, de angústia e até mesmo de desânimo. Vocês são e sempre serão o meu porto seguro, meu maior exemplo de vitória, minhas heroínas e simplesmente aquelas que mais amo. Obrigado por estarem sempre comigo.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a violação dos princípios constitucionais no cumprimento da pena imposta ao criminoso que comete o crime de estupro e os métodos estatais utilizados para a aplicação da lei, uma vez que descumpre preceitos fundamentais contidos nos princípios constitucionais. Para a construção desta pesquisa houve alguns questionamentos, como: Qual a responsabilidade do Estado diante das agressões sofridas pelo estuprador sob sua custódia? Os direitos fundamentais do homem de fato são garantidos? O que o Estado faz para garantir a integridade de seus apenados? Essas são apenas algumas indagações que serviram para nortear este estudo. Buscou-se para tanto, os conceitos jurídicos a respeito do tema além de princípios que fundamentam a responsabilidade do Estado na doutrina, na legislação e na jurisprudência. O trabalho baseia-se em autores confiáveis que puderam contribuir com suas teorias e pensamentos importantes. Pretende demonstrar conceitos do direito material penal do crime de estupro e sua relação ao princípio da proporcionalidade, discorrendo sobre aspectos legislativos da Lei 12.015/2009. Examinam-se, as consequências de violação aos direitos e a postura do Estado diante dos fatos onde ocorre sua omissão. Este trabalho demonstra também que o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional de adequação tendo como cerne a “proibição de excesso” de adentrar nos direitos individuais do condenado, que tem direito a ser condenado na medida proporcional ao delito cometido, como um parâmetro de justiça e de justa medida. Por fim, se expressa algumas sugestões e responsabilidades do Estado como forma de garantir a integridade do detento sob sua custódia.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios constitucionais, violação de princípios, responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the violation of constitutional principles in the execution of the sentence imposed on the offender who commits the crime of rape and the methods used to state law enforcement since violates fundamental precepts contained in constitutional principles. For the construction of this research there were some questions as: What is the State's responsibility in the face of aggressions by the rapist in their custody? The fundamental human rights actually guaranteed? What does the State to ensure the integrity of its inmates? These are just some questions that served to guide this study. We attempted to do so, the legal concepts on the subject beyond the principles underlying the doctrine of state responsibility, the law and jurisprudence. The work is based on trusted authors who could contribute their thoughts and theories important. Intends to demonstrate concepts of criminal substantive law crime of rape and its relation to the principle of proportionality, discussing legal aspects of Law 12.015/2009. We examine the consequences of violation of the rights of the state and posture before the facts where its omission occurs. This work also demonstrates that the proportionality principle is a principle of constitutional adequacy and core as the "prohibition of excess" of entering the individual rights of the convict, who is entitled to be sentenced as proportionate to the offense committed as a parameter justice and just measure. Finally, expresses some suggestions and responsibilities of the state as a way to ensure the integrity of the detainee's custody.

KEYWORDS: Constitutional principles, violation of principles of State responsibility.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	I
RESUMO	II
ABSTRACT	III
SUMÁRIO	IV
1. INTRODUÇÃO	9
2. DIREITO PENAL	11
2.1. Conceito de Direito Penal	11
2.2. O Surgimento do Direito Penal	11
2.3. A Evolução Histórica do Direito Penal	12
2.3.1. Direito Penal Romano	15
2.3.2. Direito Penal Germânico	17
2.3.3. Direito Penal Canônico	18
2.3.3. Direito Penal Comum	20
2.3.3.1. Vingança Privada	22
2.3.3.2. Vingança Divina	23
2.3.3.3. Vingança Pública	24
2.4. A Presença do Direito Penal como Poder Coercitivo	25
2.4.1. Direito Penal: Direito ou Vingança?	26
2.5. Garantismo Penal: Um Direito Legitimado	28
2.6. Funcionalismo no Direito Penal	30
2.7. A Presença do Direito Penal Mínimo	32
2.8. O Direito Penal Exercendo Função de Controle Social	33
2.9. Princípios Limitadores do Direito Punitivo Brasileiro	34
2.9.1. Princípio da Legalidade	35
2.9.2. Princípio da Humanidade	36
2.9.3. Princípios da Personalidade e da Individualização da Pena	38
2.9.4. Princípio da Proporcionalidade da Pena	40
2.9.5. Princípio da Culpabilidade	41
2.9.6. Princípio da Intervenção Mínima	42
2.9.7. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	42
3. O ESTUPRO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS	44
3.1. Aspectos Históricos Sobre a Punição do Estupro	44
3.2. A Garantia do Bem Jurídico Tutelado	47

3.3.Continuidade da Evolução Histórica Penal _____	48
3.4.O Homem e seus Direitos Fundamentais _____	51
3.5.A Efetivação da Lei dos Crimes Hediondos e a Caracterização do Novo Estupro	53
3.5.1.O Estupro de Vulnerável Previsto no Art. 217-A do Código Penal Brasileiro _____	55
4. CONHECENDO O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A PUNIÇÃO DO ESTUPRO NO PRESENTE _____	58
4.1.Noções preliminares Sobre a Prisão _____	58
4.2.Condições Atuais do Sistema Prisional Brasileiro _____	59
4.2.1.Problemáticas Detectadas nas Prisões Brasileiras _____	61
4.3.O Autor do Crime de Estupro no Brasil Ainda Vive Sob a Lei de Talião	63
4.4.A Possibilidade de Prevenção do Estupro no Interior das Prisões	66
4.5.Em Defesa do Estuprador? Não! _____	67
4.6.Direitos Humanos Sendo Respeitados _____	69
4.6.1.Estupradores Ficam na Ala dos Evangélicos Para Não Sofrerem Violência _____	69
4.6.2.Estuprador Fica em Cella Isolada _____	71
4.7.Aspectos do Centro de Recuperação de Marabá (CRM) e Centro de Recuperação Agrícola Mariano Antunes (CRAMA) _____	72
4.8.Análise de Resultados _____	76
4.8.1.Entrevistas com Estupradores do Centro de Recuperação de Marabá _	76
5. O ESTADO NA OBRIGAÇÃO DE GARANTIR A INTEGRIDADE DO AGENTE E APLICAÇÃO DE ALTERNATIVAS À REINSERÇÃO SOCIAL DO APENADO __	81
5.1.A Responsabilidade Civil do Estado em Garantir a Integridade do Agente	81
5.2.A Implantação das Apacs como Alternativa _____	83
5.3.A Importância da Ressocialização do Condenado _____	84
5.4.A Importância da Ação da Sociedade na Defesa dos Direitos Humanos dos Ex-Apenados _____	86
5.5.A Importância do Trabalho Penitenciário como Forma de Reeducação do Preso _____	87
6. CONCLUSÃO _____	90

7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92
9.APÊNDICE	96

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo acadêmico faz parte do projeto de pesquisa sobre a violação dos princípios, direitos e garantias constitucionais na aplicação da pena ao criminoso que comete o delito de estupro. Pois, o Estado, como detentor maior do poder punitivo, ao dar aplicabilidade a pena a qualquer agente que comete ou que possa vir a cometer qualquer delito, deve lhes conferir tratamento justo e igualitário, primando dessa forma pelo respeito aos princípios constitucionais, tais como Individualização da pena, dignidade da pessoa humana, proteção à integridade física e psicológica do preso e isonomia.

Muitos criminosos encontram dificuldades e grandes desafios no que tange ao tratamento dado a eles pelo estado. Observa-se que o agente que comete o crime de estupro recebe na grande maioria das vezes um tratamento, desumano, injusto e diferenciado pelos demais detentos com o conhecimento e conivência do estado e seus agentes que se omitem diante de falhas tão evidentes.

Reconhece-se que dentro dos presídios vige uma lei própria, um código especial dos próprios presos, respeitado por todos eles. Diante de evidências tão presentes, faz-se necessários estabelecer alguns questionamentos que irão nortear este trabalho, como: Até que ponto esta lei "própria" deve ser respeitada pelo ordenamento jurídico vigente em toda a sociedade? Os estupradores recebem um tratamento no mínimo "especial" pelo crime que cometeram, até que ponto devem ou não as autoridades interferirem pelos "presos - vítimas" ? Estes "presos-vítimas" mereceriam ou não o tratamento dado por seus colegas? Afinal quando desrespeitaram a liberdade de sexual de alguém não deixaram de ser humanos? Não retornaram ao estado mais primitivo em que apenas os instintos bestiais dominam? E o estado deve se omitir ou interferir? Estes são apenas alguns dos questionamentos que contribuem para que se faça um estudo mais preciso e mais rico sobre o tema em questão.

Sabe-se que o estupro ou violação é a prática não consensual do sexo, imposto por meio de violência ou grave ameaça de qualquer natureza por ambos os sexos. Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo demonstrar qual a eficácia dos métodos estatais utilizados para a aplicação da lei, uma vez que

descumpra preceitos fundamentais contidos nos princípios constitucionais, especificamente no que se refere aos criminosos estupradores.

Além disso, também serão demonstrado quais os fatores físicos e sociais que influenciam no comportamento sexual deturpado destes agentes e quais as possibilidades de deixarem de praticar tais atos com o tratamento recebido enquanto estão sob a tutela do estado.

Para aquisição do sucesso do presente trabalho, optou-se por uma metodologia que pudesse proporcionar bons resultados. Partiu-se então para pesquisas de campo com o uso de questionários, realizada com estupradores no Centro de Recuperação de Marabá-CRM, e ainda pesquisa bibliográfica que nos deu todo suporte necessário para o desenvolvimento deste estudo, usando referencial teórico confiável como: GRECO, NUCCI, FERRAJOLI, FOUCAULT, BITENCOURT entre outros que serviram de base e de instrumento para solidificação do trabalho.

Na análise de dados em seus depoimentos, alguns estupradores costumam atribuir culpa ao Estado pela omissão e pelo tratamento desumano que enfrentam na cadeia. Há presos que se queixam da falta apoio, de assistência e proteção do Estado, reclamam das celas e das condições em que se encontram.

Conclui-se, que de fato o Estado muitas vezes é omissor diante desses casos que envolvem crimes hediondos. Percebe-se nitidamente a falta da presença do Estado de forma mais participativa, mais efetiva e protetora para esses casos, não no sentido de defender ou desqualificar seus crimes, mas sim, no sentido de dá assistência, fazer as intervenções devidas a esses presos, fazendo valer de fato a presença do estado de fato, de direito e democrático.

2. DIREITO PENAL

2.1. Conceito de Direito Penal

Direito Penal também conhecido como Direito Criminal, é o ramo do Direito Público destinado às normas procedidas pelo legislador com a finalidade repressiva do delito e preservativa da sociedade. Direito Penal objetiva proteger os bens jurídicos fundamentais (todo valor reconhecido pelo direito). No crime de furto, por exemplo, a implicação é representada pela ofensa ao bem jurídico “patrimônio”; no homicídio, há lesão ao valor jurídico “vida humana”; na coação, uma violação à liberdade individual. Essa seria a tríade fundamental de bens jurídicos tutelados coativamente pelo Estado: vida, liberdade e propriedade. (Frederico Marques 1966).

É importante lembrar que além de tentar proteger os bens jurídicos fundamentais para a sociedade, normalmente compreende-se que o direito penal também garante os direitos da pessoa humana frente ao poder punitivo do Estado. Ainda que se duvide dessa função garantista, deve ela ser levada em conta na formulação das normas penais, na intenção de poder impedir que o Estado se manifeste e se sobreponha ao Estado de Direito do ser humano.

2.2.O Surgimento do Direito Penal

Sabe-se que a vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras ou que pelo menos tenta ser, que visa estabelecer regras indispensáveis ao convívio entre indivíduos que a formam. A esse conjunto de regras, intitula-se direito positivo, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê ainda as consequências e sanções aos que violarem seus preceitos.

Para Mirabete, 1984:

À reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaças de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança, dá-se o nome de Direito Penal.

Sendo assim, entende-se que surgimento do Direito Penal se concretiza com o surgimento da própria sociedade, permitindo assim, que o direito penal venha surgir em meio ao sentimento movido por vingança e não de fato por justiça. Sua

linha de crescimento segue também os passos da evolução do Estado, passando pelas inferências da igreja que são de grande importância em suas conceituações.

2.3.A Evolução Histórica do Direito Penal

O Direito Penal contemporâneo da forma como o conhecemos e o vivenciamos em nosso meio não pode e não deve ser encarado como sua forma acabada e absoluta. O Direito penal ainda há muito que evoluir e a nós cabe apenas um ponto na história penalista como parte desse processo evolutivo que se estabelece no intuito de fortalecer o Direito Penal.

Reconhece-se que o homem desde seus tempos primórdios sempre viveu em grupo, e em função disso precisou de princípios ou normas para conduzir ou normatizar sua vida social. De início essas normas eram apenas representadas em sua maioria através de tradições, superstições e costumes misticamente observados pelos membros do grupo e credidos em deuses.

Quando alguém cometia alguma infração nesse grupo, a reação desse mesmo grupo almejava restabelecer a proteção sacral, perdida com a ofensa causada pela infração às normas do tabu existente no grupo. Depois que era dada a punição ao infrator, o grupo estava reconciliado com seu Deus.

Segundo Bitencourt 2007:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas “totem” revoltado com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. O castigo aplicável consistia na própria vida do infrator.

Deste modo compreende-se que o crime nada mais era que uma afronta contra os deuses e a pena nesse caso, soava como um meio de abrandar os preceitos divinos tão enraizados no grupo. A pena, em sua origem ancestral, nada mais significava senão a vingança, e era uma resposta à agressão sofrida, muitas vezes desproporcionada e injusta com a ofensa e sua aplicação era sem preocupação de justiça.

Para Bitencourt 2007:

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se

insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.

Saindo da fase da proteção sacral no grupo primitivo, a pena passa a expressar nessa nova fase o interesse coletivo, não mais para satisfazer os deuses, considerando neste novo modo, os anseios e vontades da coletividade. Nesse caso, era o grupo quem demonstrava interesse na punição e não o ofendido ou seus próximos. Como a vida naquela época era basicamente comunitária, a individualidade não tinha espaço perante a força da coletividade.

Há divergências e discordância na concepção do autor João José Leal, ele não defende a ideia de que o Direito Penal tenha numa das fases primeiras de manifestação e de evolução se qualificado pela vingança privada que naquela época era exercida de forma isolada com base no interesse apenas individual, segundo ele, a evolução do Direito Penal somente se manifestaria quando a vida coletiva conseguisse um grau mínimo de organização e de entendimento.

Leal afirma que não há razão ou fundamentos comprobatórios para se afirmar de forma contundente que a pena tenha sua origem no modo de conservação estabelecido de forma individual. Segundo ele, as normas de conduta sempre se estabeleceram através de uma ofensa aos interesses comuns pertinentes ao grupo, uma inquietação da paz coletiva, por exemplo, que pudesse gerar algo referente à pena. Resumindo, nesse caso o crime pode ser entendido como sendo uma agressão violenta esboçado de uma tribo contra outra e a pena seria a vingança de sangue de tribo a tribo.

Numa outra etapa de evolução do Direito Penal constatam-se as penas referentes à perda da paz e as penas inerentes a vingança de sangue. A primeira versava na expulsão severa do infrator do meio em que vivia. Para o indivíduo (infrator) isso significava a morte, uma vez que era impossível sobreviver isoladamente em meio à natureza agressiva e invasiva. Já a vingança de sangue era destinada e aplicada aos infratores estranhos ao grupo, por violações ao tabu, caracterizado por aquilo que era proibido entre eles.

Observa-se em todas essas fases a presença camuflada ou até mesmo explícita do cunho religioso, onde o mesmo imperava sobre as ideias do direito

penal. A prática das superstições e crenças era a base em fundamentos de todas as atitudes referentes à vivência do homem primitivo. Nesse aspecto, percebe-se que o caráter, portanto, era muito mais de cunho religioso que propriamente jurídico. O poder coercitivo atuava com base no temor religioso ou a algo mágico.

Parafraseando Bitencourt, 2007:

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir.

O crime deve ser caracterizado pela transgressão da ordem jurídica determinada e estabelecida pelo poder do Estado e a pena é uma reação do Estado contra a vontade individual diferente ou contrária à sua.

Abordando agora à fase da composição que consistia num sistema pelo qual o agente escapava do castigo utilizando a compra da sua liberdade e da vingança privada. Onde se observa a reação do indivíduo ou seu grupo contra membros de outros grupos. Neste sentido, a reação tem natureza social e coletiva, mesmo porque se considerava uma ofensa à comunidade a que pertencia o indivíduo, e a própria vingança que era mais abrangente e se dirigia a qualquer membro do grupo e não somente ao agressor constatado.

A comunidade primitiva trabalha e conseqüentemente surge e acaba fixando o poder central. A esse poder cabe o trabalho de conciliação de interesses divergentes e estabelecer o equilíbrio necessário à convivência de diversos grupos. Nesta época tem origem a composição. Ela nasce do interesse do ofendido e do grupo a que pertencia, de verem o autor do dano, causado pela infração, sujeito a uma obrigação indenizatória, consistente no pagamento em espécie ou na sua submissão às condições que satisfizessem aos interesses da vítima ou de sua tribo. É uma forma alternativa de repressão aplicável aos casos em que a morte do delinquente fosse desaconselhável ou porque o interesse do ofendido fosse favorável à reparação do dano causado pela ação delituosa. Ocorria na composição à intervenção do poder público.

De acordo com Bitencourt, 2007:

As diversas fases da evolução da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela *vingança privada*, *vingança divina* e *vingança pública* todas sendo profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual.

É interessante saber que essas fases não se sucedem umas às outras com precisão numérica ou de data. Sabe-se que uma fase conecta-se com a outra por longo tempo, até formar uma orientação predominante, para, em seguida, passar a conviver com a que lhe se segue. Assim, a divisão cronológica é simplesmente secundária, já que a separação é feita por ideias que vão surgindo e por comportamentos criados ou adquiridos como religioso ou espiritual.

2.3.1.Direito Penal Romano

Para os romanos, não era necessário somente a força física dos seus exércitos para nutrir as conquistas territoriais do império. Fazia-se necessário um avançado sistema jurídico, que mantivesse a ordem, a chamada pax romana, nas mais distantes regiões dominadas. Daí decorre o motivo de serem tão extraordinários no início da história da jurisdição, com seus institutos, práticas e entendimentos doutrinários persistindo aos tempos contemporâneos.

O Direito Romano proporciona uma série jurídica completa, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos existentes. Roma é apresentada como síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o moderno. Os romanos não se preocuparam em sistematizar os institutos penais. Cada caso era julgado em sua particularidade.

No campo específico do Direito Penal, após o período primitivo de caráter essencialmente religioso, houve uma preocupação de laicizar o sistema repressivo, punindo o infrator com fundamento no interesse individual ou público. As infrações passam a ser divididas em crimes públicos (crimina pública) e privados (delicta privata). Os primeiros constituíam-se em atos atentatórios à segurança interna ou externa do Estado Romano e, por isso, cabia a este exercer a repressão contra o delinquente.

Com o transcorrer dos tempos outros atos passaram à categoria de crimes públicos, como é o caso do homicídio, originariamente sancionado pelos familiares da vítima sob a denominação. As penas eram severas, como de morte ou deportação. Os crimes privados ficavam sujeitos à repressão do ofendido ou de seus familiares e eram julgados pela justiça civil que, na maioria dos casos, impunha às partes a composição.

As penas aplicadas eram: *supplicium*, caracterizada pela execução do delincente e *damnum* marcada pelo pagamento em dinheiro, e a poena (pagamento em dinheiro quando o delito era de lesões). Outro fator interessante constata-se no poder ofertado ao pater famílias, que atua não só no direito de família, mas também no criminal. Houve tempo em que dispunha até mesmo de direito de vida e morte sobre todos os seus familiares.

Para os romanos a pena criminal, terminado o período primitivo, cobria-se de uma função retributiva, de exemplaridade e, também, de prevenção. É relevante enfatizar que o Direito Penal romano atingiu um grau técnico-jurídico de elaboração suficiente para distinguir o elemento subjetivo da infração (*dolo* ou *culpa*) do fato puramente material. Surge daí as noções de crimes dolosos (intencional) e culposos (não intencional). No caráter da imputabilidade, os juristas romanos souberam absorver que os menores e os doentes mentais não podiam ser capazes de agir com culpabilidade.¹

Não se pode desconsiderar a Lei das XII Tábuas, de raiz romana, onde exerce grande importância na história das instituições penais, nelas se constitui uma prévia deliberação dos delitos privados, fora dos quais não se permite a vingança privada; afirma-se o *talião*, delimitador, ademais, da citada vingança e como meio de evitá-la se adéqua a composição. Mesmo que a Lei das XII Tábuas tenha um caráter de uma legislação rude e primitiva, é importante o fato de que se baseia na igualdade social e política, eliminando a distinção de classes sociais ante o Direito Penal.

Compreende-se que o Direito Romano colaborou definitivamente para o processo evolutivo do Direito Penal com a concepção de princípios penais sobre o

¹ Sebastian Soler, Derecho Penal Romano, cit., p.61

erro, a culpa (leve e lata), dolo (bônus e malus), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, agravantes, legítima defesa e estado de necessidade.

2.3.2.Direito Penal Germânico

É um direito constituído pelo caráter consuetudinário e não por leis escritas. Os bárbaros que constituíram os povos germânicos levaram para Europa ocidental seus hábitos, seus costumes, suas convicções, religiões e também o sistema jurídico. Seu período inicial foi registrado por um sistema punitivo de caráter religioso. A perda da paz, representada pela expulsão do infrator do seu meio social e sua conseqüente morte, marcou seguramente a prática punitiva das primeiras épocas do povo germânico. Também a vingança, já citada, marcou presença. Quando se tratasse de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico dever de vingança de sangue.²

Tendo a finalização das invasões e a materialização das regiões tomadas, a vingança de sangue dá espaço à composição voluntária ou compulsória. A pena de paz admite um preço a ser pago pelo infrator. O Direito Penal Germânico, a partir de então, se transforma num sistema de sanções de características acentuadamente patrimoniais, "num minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido"³.

Deste modo originaram três tipos de penas fundamentadas na composição: 1. Wehrgeld, que versava no pagamento de uma indenização, mas principalmente na subordinação do infrator, obrigado a dar o seu trabalho em favor da vítima ou de seu grupo; 2. Busse, uma verdadeira pena de multa, paga ao ofendido, para se livrar da vingança privada (uns a entendem como pena aplicável ao caso de pequenas infrações; outros, como espécie dos quais as penas do item 3 são gênero); 3. Friedensgeld ou Fredum, consistente no pagamento ao soberano de uma soma em dinheiro pela violação da paz. A composição representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como

² .Jescheck, Tratado de Derecho Penal, v.1.p.128 e s.; Jiménez de Asúa, Tratato, cit., v1, p. 286 e s.

³ Luiz Régis Prado, Multa Penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 31 e s.

indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando deste modo, o preço da paz.⁴

As três penas demonstram o modo pecuniário das penas criminais, que organizaram o sistema repressivo dos povos germânicos. Mesmo assim eles não deixaram de praticar a pena de morte e as demais penas em geral, como as mutilações. A composição, com suas penas patrimoniais bem definidas, constituía-se num Direito Penal de homens livres, da nobreza proprietária das terras. Aos servos se cultivavam ou aplicavam-se as penas corporais mais severas. Não existindo distinção de dolo, de culpa e caso accidental, produzindo deste modo a punição do autor sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com aparência subjetiva do seu ato ou infração.

O direito penal germânico era contemplativo, o que é pertinente intolerável aos dias atuais, sendo: a responsabilidade sem culpabilidade o que, equivale dizer, originava ao indivíduo punição pelo simples resultado que causava, sem que a pena variasse quando da involuntariedade ou não do ato. É necessário expressar que houve penas muito rigorosas. As adúlteras, por exemplo, eram sepultadas vivas em pântanos e os covardes eram jogados a animais para serem devorados vivos. E tem mais, caso o condenado viesse a morrer antes de cumprir toda sua pena, um dos membros da família devia substituí-lo pelo resto do tempo que faltava a fim de que sua pena fosse de fato cumprida toda.

2.3.3.Direito Penal Canônico

Nota-se que a influência e o reflexo do Cristianismo na legislação penal foram extensos e muito importantes. Essa influência começou com a proclamação da liberdade de culto, pelo imperador Constantino e, mais propriamente, quando Constantino foi declarado a única religião do Estado, sob o imperador Teodósio I.⁵

O Direito Canônico tem base disciplinar, sendo sua fonte mais antiga os Libri penitenciais. Em face da crescente influência da igreja sob o governo civil, o Direito Canônico foi aos poucos se estendendo a pessoas não sujeitas à disciplina

⁴ Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, cit. V. 1, p. 289; Fragoso, Lições, cit., p. 3

⁵ . Fragoso, Lições, cit. p.32.

religiosa, desde que se tratasse de fatos da natureza espiritual.⁶ Com a conversão de Clodoveu, penetra o Cristianismo na monarquia franca, aí surgindo então à repressão penal de vários crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica.

Verifica-se que desde o século IX começa a luta sistemática e triunfadora do Papado para conseguir o predomínio sobre o poder temporal, almejando atribuir leis ao Estado, como emissário de Deus. Assim, o poder punitivo da igreja resguarda os interesses religiosos de dominação.⁷ Brota daí o Corpus Juris Canonici, que se compõe do Decretum Gratiani, das Decretais de Gregório IX, do Liber Sextus, de Bonifácio VIII e as chamadas Clementinas, Constituições do Papa Clemente V. As disposições legislativas estabelecidas pelos papas são Decretais; as que se originam dos Concílios, chamam-se Canons. É dessa última expressão que houve a derivação do Direito Canônico, também conhecido e denominado de Direito Penal da Igreja.

Os estudos mostram que o Direito Canônico decompunha os crimes em delicta eclesiástica que era de exclusividade e competência dos tribunais eclesiásticos; delicta mere secularia que eram julgados pelos tribunais leigos e delicta mixta, os quais provocavam ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana e poderiam ser julgados pelo tribunal que primeiro deles conhecesse. As penas distinguem-se em espirituales marcadas por penitências, excomunhão, etc e temporales, de acordo com a natureza do bem a que atingem. As penas eram, em princípio, justa retribuição, mas dirigiam-se também ao arrependimento e à emenda do réu.

A influência do direito canônico foi benéfica Trouxe a humanização, embora politicamente a sua luta metódica visasse obter o predomínio do papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos de dominação⁸. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Favorecendo o fortalecimento da justiça pública, opôs-se à vingança privada decisivamente, através do direito de asilo e da trégua de Deus.

⁶ . Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, Elementos de Direito Penal, cit., v. 1, p.24.

⁷ . Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, Elementos de Direito Penal, cit., v. 1, p.25.

⁸ Fragoso, Lições, cit. p.32.

2.3.3.Direito Penal Comum

Considerando a fragmentação do poder político que emergiu com o término da dinastia carolíngia, observou-se um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal, pois ressurgiu o direito consuetudinário da época anterior, deixando de ser observadas as leis escritas da época franca. Entrando no regime feudal. Em consequência, reaparece a concepção privada da justiça punitiva, com a vingança privada e o pagamento do preço da expiação tomando o posto das penas públicas. É nessa época que se inicia a luta da Igreja, a princípio pela independência e logo pelo predomínio do poder espiritual.

O Direito Penal dessa época resulta de uma combinação entre o direito romano, o germânico e o canônico, com prevalência do primeiro, que é a fonte a ser consultada nos casos omissos.

Se a integridade, a honra e a vida aliada aos bens jurídicos referentes a cada cidadão fossem de fato valorizadas e respeitadas por todos da sociedade, certamente não haveria a necessidade da existência de um conjunto de normas punitivas, cujo titular no mundo contemporâneo é de exclusividade do Estado. Mas, infelizmente os delitos ocorrem, os crimes existem e o Estado quando precisa, tem que intervir e usar do Direito Penal através de suas normativas.

Segundo Bittencourt, 2007:

O poder de criar ou reconhecer a eficácia de tais normas é um atributo da soberania, e sua positividade depende de um ato avaliativo da vontade soberana, que garanta seu cumprimento coercivamente. O Direito positivo recebe esse nome exatamente pelo fato de que é "posto" pelo poder político.

Nesses termos, evidentemente que o Direito Penal é positivo, a medida que sua obrigatoriedade não depende da anuência dos destinatários, mas da vontade estatal soberana que o impõe, e o seu cumprimento está garantido pela coerção, aliás com a sua forma mais eloquente, que é a pena.

Deste modo é que o Direito Penal tem evoluído ao passe da humanidade, acompanhando as inovações e os avanços dela, saindo dos primórdios até alcançar a sociedade contemporânea. Fala-se que "ele surge como homem e o acompanha

através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou" (Magalhães Noronha, 1943).

O conhecimento da evolução histórico-penal é de suma importância para uma avaliação correta da mentalidade e dos princípios que nortearam o sistema punitivo contemporâneo. A história humana não pode ser desvinculada do direito penal, pois desde o princípio o crime vem acontecendo. Era necessário um ordenamento coercitivo que garantisse a paz e a tranquilidade para a convivência harmoniosa nas sociedades.

Parafraseando MIRABETE, 1999.

A norma penal é *valorativa* porque tutela os valores mais elevados da sociedade, dispondo-os em uma escala hierárquica e valorando os fatos de acordo com a sua gravidade. Quanto mais grave o crime, o desvalor da ação, mais severa será a sanção aplicável ao seu autor.

Assim sendo, a lei penal tem caráter finalista, porquanto visa à proteção de bens e interesses jurídicos mercedores da tutela mais eficiente que só podem ser eficazmente protegidos pela ameaça legal de aplicação de sanções de poder intimidativo maior, como a pena. Essa prevenção é a maior finalidade do Direito Penal.

O Direito Penal, ainda conhecido como Direito Criminal ou Punitivo, é ramo do Direito Público voltado ao cumprimento das normas criadas pelo legislador com o precípua objetivo de reprimir o delito, preservando os valores sociais. Este ramo do Direito Público tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos fundamentais, entretanto, concentra-se em volta de uma tríade fundamental de bens jurídicos tutelados veementemente pelo Estado, quais sejam vida, liberdade e propriedade.

Além de buscar a proteção de bens jurídicos essenciais para que a vida em sociedade seja possível, geralmente entende-se que o Direito Penal garante a existência e respeito aos direitos inerentes a pessoa humana ante ao poder punitivo do Estado.

O Direito Penal tem importância extremamente relevante na história humana, pois o crime e suas consequências negativas estiveram presentes na sociedade, independente de raça, etnia ou religião ao longo dos anos.

Em assim sendo, os doutrinadores organizaram a evolução histórica do Direito Penal em algumas fases que foram sendo sucedidas de forma gradativa e linear até alcançar o modelo hoje adotado pelo nosso Estado Democrático de Direito. Dentre essas fases, temos:

2.3.3.1.Vingança Privada

Uma das principais características da vingança privada foi à constituição de instrumento de conflitos entre os povos antigos. Pois, antes de existir um Estado que fosse organizado e detentor do monopólio da jurisdição, o poder punitivo se encontrava difundido entre os membros particulares, que exerciam a justiça com as próprias mãos. Não havia um poder que centralizasse o direito/dever de punir. A punição era feita de forma privada mesmo, era cada um por si, ao seu modo e de acordo com a necessidade de punir.

Outra característica pertinente a esse tipo de punição, era de que o ofensor não era o único a sofrer as punições. Além dele, sua família, seus amigos, outros membros de seu clã, enfim, todas as pessoas de seu círculo de convivência poderiam acabar sendo alvo da vingança privada. Desse modo, um desentendimento pessoal poderia gerar uma verdadeira guerra tribal. Não havia limites para a vingança privada, todos estavam sujeitos a essa prática.

Para Noronha, 2003:

A pena em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça.

Pelo fato de não existir um estado punitivo, quando acontecia um crime certamente a reação a ele e o desejo de vingança era imediato por parte da própria vítima, expandindo aos seus familiares ou por sua própria tribo aumentando assim ainda mais o sede de vingança. Comumente esta reação era superior à agressão sofrida pela vítima, não havia qualquer ideia de proporcionalidade ou preocupação com as consequências.

Para Eric Fromm, esses comportamentos vingativos soavam como sendo uma ligação sanguínea, consistia em ser "um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de

uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto". Significava manter a honra.

Esse período foi exaustivamente representado por guerras acirradas entre as próprias famílias e as tribos épicas, acarretando um enfraquecimento e até a extinção das mesmas. A partir daí originaram-se as regras para evitar o aniquilamento total e assim foi obtida a primeira conquista no âmbito repressivo: a Lei de Talião (*jus talionis*). A nomenclatura talião vem do latim *tálio + onis*, que na sua tradução significa castigo na mesma medida da culpa. Foi então a primeira delimitação do castigo: o crime deveria atingir o seu infrator da mesma forma e intensidade do mal causado por ele, sendo mesmo uma punição totalmente vingativa.

A expressão popular "olho por olho, dente por dente" origina-se daí e foi escolhida e adotada para servir como princípio de diversos códigos como o de Hamurabi e pela Lei das XII Tábuas (*Lex XII Tabularum*).

A própria Lei de Talião desdobrou-se e evoluiu bastante com o passar dos séculos, permitindo inclusive a possibilidade do agressor satisfazer a ofensa mediante indenização em moeda ou espécie (gado, vestes e etc). Era a chamada Composição (*compositio*). A composição expressa um modo alternativo de repressão destinado a ser aplicado aos casos em que a morte do delinquente fosse desaconselhável, seja porque o interesse do ofendido ou dos membros de seu grupo fosse favorável à reparação do dano causado pela ação delituosa.

2.3.3.2. Vingança Divina

Nesse tipo de punição, constata-se uma identidade entre o Direito Penal e a religião, ambos ligados e buscando a repressão do crime, visto, nesta época, como um pecado. O agente que cometesse um pecado ofenderia certo Deus, tornando-se a pena um castigo por descumprir os mandamentos divinos, objetivando a purificação e posterior salvação do criminoso pecador. É literalmente o Direito Penal sendo imposto pelos sacerdotes, fundamentalmente teocrático; o Direito se confundindo com a religião e ambos tentando expressar sua função.

Nesse “modelo” de vingança, o crime era visto como um pecado e cada pecado atingiam a certo deus. A pena era um castigo divino para a purificação e salvação da alma do infrator.

Nesse período era muito comum o uso de penas cruéis e bastante severas. Seus princípios podem ser apurados e constatados no Código de Manu (Índia) e no Código de Hamurábi, assim como nas regiões do Egito, Assíria, Fenícia, Israel e Grécia. "Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto". (Código de Hamurábi – art.6º).

2.3.3.3.Vingança Pública

Na linha evolutiva, essa modalidade foi marcada pela crueldade na aplicação das penas, uma vez que as reprimendas eram morte na fogueira, roda, sepultamento em viva, esquartejamento e demais formas desumanas de tortura. Nesta época o Direito Penal era instrumento utilizado para manter o poder central do monarca, assim como sua segurança, através do medo e repressão.

Neste modelo de aplicação do Direito Penal, os dados colacionados referentes ao crime praticado, eram tidos como sigilosos. Partia-se, portanto, do pressuposto de que não sendo culpado, o acusado não necessitava de qualquer defesa. Todavia, sendo ele culpado, não lhe assistia o direito de defesa, a penas a punição cabível.

Após este enterevo histórico, ao final do século XVII, com o fortalecimento dos ideais iluministas, anteriores a Revolução Francesa, aumentou a revolta contra as barbáries cometidas em nome da Lei, havendo maior conscientização do povo. A partir de então o Direito Penal fortalecido através do pensamento de vários estudiosos, tais como Rousseau, Montesquieu, Voltaire, dentre outros, passou a seguir novas diretrizes.

Vários períodos foram sucedendo as desumanas e obscuras fases do Direito Penal ao longo da História, sempre na tentativa de proteger os bens jurídicos tutelados pela norma, porém respeitando os direitos e garantias fundamentais, dos quais os agentes que cometem os delitos também são detentores.

Destarte, neste contexto, é necessário apresentar os pensamentos de doutrinadores sobre novas formas de interpretar as funções e objetivos do Direito Penal.

2.4.A Presença do Direito Penal como Poder Coercitivo

Inicialmente é importante e necessário expressar o significado de Direito penal, a fim de que se tenha uma compreensão efetiva deste termo. Segundo Cezar Roberto Bittencourt (2007), define-se então como sendo um conjunto de normas que fazem conexão ao crime, ao ato cometido, como fato, e como consequência, a pena, e disciplinam também as relações e normas jurídicas derivadas a partir daí, para definir-se então a aplicabilidade e a efetivação das medidas de segurança tomadas e a tutela do direito de liberdade diante do direito e do poder de punir do Estado.

Nas literaturas estudadas, há a constatação de que desde os primórdios da humanidade, a espécie humana tem certamente avançado em todos os aspectos, tendo uma progressão considerável.

Considerando o desenvolvimento racional, mérito destinado somente à espécie humana, o homem tem se organizado em grupos ou sociedades ao longo dos tempos. No entanto, a interação social nem sempre é/foi feita de forma harmônica, pois nessa interatividade o homem esboça o seu lado instintivo: a agressividade. Deste modo pode-se afirmar que através dos tempos o homem tem aprendido a viver numa verdadeira "societas criminis". É diante deste contexto que entra em cena o Direito Penal, com o objetivo de defender e proteger a coletividade e propiciar e gerenciar uma sociedade mais pacífica.

É importante salientar que o Direito Penal não deve ser visto como se fosse uma vingança ou represália da sociedade para com seus membros. É nesse sentido que fundamentalmente estrutura-se este subtópico, embasando e fortalecendo-se na literatura de Michel Foucault, considerando e valorizando também a relevância do ato punitivo a ser destinada a essência da alma e não ao corpo físico.

Para enriquecer este tema optou por considerar também a obra *Vigiar e Punir de Michel Foucault* notável filósofo francês responsável por uma reavaliação do direito de punir e da própria essência do poder.

Foucault observa e faz de forma inteligente análises das mazelas e descasos do sistema penal, além de tratar com segurança e contundência a questão sobre a própria nascente do modelo que impera em nosso meio.

A partir da criação do direito penal conseguiu-se o que queria desde que foi concebido, onde sua intenção era: punir longe dos olhos da sociedade e chegar à solidificação do seu intento que nada mais é do que sujeitar os corpos, estigmatizá-los, feri-los. A obra *Vigiar e Punir* revela que tudo é um amplo sistema interligado de poderes, de força estatal. Toda e qualquer ação vem investida de interesses, de vontades. Nesse aspecto o indivíduo é visto como uma peça a ser manipulada, manejada como se fosse uma marionete usada em prol de um resultado que por sua vez, não precisa ser de fato, pode ser simplesmente de acomodação, mas que precisa existir perante a lei e o estado.

De acordo com BARATTA (1999, p.170). "O Direito Penal passa a poupar o corpo para agir diretamente na alma, melhor, que "cria" a alma." Neste aspecto a alma passa a constituir a dominação pelo novo procedimento político-jurídico ao se estabelecer essa nova economia. O homem deve ser útil, ter sua importância além de ser dócil. Com isso, a prisão como um modo humano de repressão aos delitos é uma ficção, algo abstrato e irreal.

2.4.1.Direito Penal: Direito ou Vingança?

Sabe-se que as pessoas são únicas e diferentes, com ações e comportamentos muitos vezes peculiares, específicos e inerentes a cada ser humano, mas, é preciso que se unifique e se iguale aos olhos do Estado para que se possa fazer o domínio de todos os membros sociais. Engana-se quem tem o pensamento de que a prisão e as formas de punição que o Direito Penal dispõe hoje sempre tiveram essa mesma efetivação, ou seja, possuíram de forma parecida a mesma função. Em alguns discursos apresentados por Foucault observam-se os mais variados exemplos de punições em suas diferentes atuações.

Tendo como referência Damiens, um cidadão francês da cidade de Paris, que cometeu um parricídio, e por consequência de seu ato criminoso foi condenado à pena de morte. Fato ocorrido em 1757. Seria simples se alguém injetasse uma dose letal e ele viesse a óbito. Mas não, sua execução sumária e primitiva foi

extrema. Damiens foi brutalmente queimado, desumanamente torturado, esquartejado e como se não bastasse teve seu corpo incinerado até que não restasse mais nada. Isso tudo foi feito diante de uma plateia numa praça.

Nesse caso de Damiens, constata-se que a brutalidade foi substituída pela lei penal, prevalecendo deste modo a vingança. Após esse caso a lei inovou trazendo alguns critérios para caracterizar o que é e o que não pode ser considerado crime, sendo estabelecidos alguns parâmetros.

De acordo com Michel Foucault ocorreu apenas uma substituição, o juiz exercia seu direito de punir, agora a lei passa a exercer esse papel de caráter mais prático e decisivo. É importante dizer que nem por isso as paixões deixaram de fazer parte dos julgamentos. Foucault diz:

A relativa estabilidade da lei obrigou um jogo de substituições sutis e rápidas sob o nome de crimes e delitos, são sempre julgados corretamente os objetos jurídicos definidos pelo código. Porém julgam-se também as paixões, os instintos, as anomalias, as enfermidades, as inadaptações, os efeitos do meio ambiente. (FOUCAULT, 2005)

É fato e notório que não se pode negar que a pena ficou mais branda com as mudanças trazidas pela lei, mas parece que a sociedade quer que o direito retorne aos tempos remotos, a era medieval onde o direito penal era camuflado de vingança e crueldade. Michel Foucault traz ainda que, para que a lei funcionasse era relevante que se impusesse e fizesse com que o cidadão pensasse e analisasse duas vezes antes de cometer um crime.

O princípio da anterioridade da lei penal começou a se efetivar nesse instante em que o ser humano é capaz de refletir antes de cometer um ato que possa incriminá-lo. Ninguém será julgado a não ser com base numa lei já positivada. A prisão por si só, já oferece a oportunidade de punir de maneira objetiva, “humana” e sem utilizar-se de meios bruscos, cruéis e desumanos. Não seria mais necessário o cerimonial usado nos velhos e condenáveis suplícios, seria extinta a prática da brutalidade e da crueldade, sendo o direito penal, de fato um direito, e não uma vingança do estado ao opressor.

Michel evidencia ainda que os suplícios eram alardeados em logradouros públicos, como sendo grandes e verdadeiros espetáculos, servindo de diversão e

alegria para alguns. O direito penal vai para o abstrato, ou seja, a norma procura punir a conduta e não pode ser uma vingança da sociedade.

Na sua obra *Vigiar e Punir*, Foucault inteligentemente escreve:

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 campo da consciência abstrata, sua eficácia é atribuída a sua fatalidade não à sua intensidade visível. A certeza de ser punido que deve desviar o homem. (FOUCAULT, 2005).

A obra analisada faz uma configuração e um estudo interessantes do que é a prisão e porque ela foi criada, tanto é que a obra ficou conhecida como relatora da história da violência nas prisões. O exercício físico da prisão ganhou espaço, se consolidou e permanece até os dias atuais.

A lição do que se pode absorver e abstrair de *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões* é que o direito penal, de fato, deve mesmo punir, mas de forma justa e humana, e não estabelecer uma vingança da sociedade para com o criminoso na condição em que este se encontra. O Direito Penal segundo Foucault necessitava realmente de uma adequação e reformulação, para que dessa forma, pudesse ter a evolução do direito penal para a elaboração de um direito menos cruel, sem vingança e certamente mais justo por parte do estado e sociedade.

2.5. Garantismo Penal: Um Direito Legitimado

Para se obter um embasamento mais fidedigno sobre garantismo, adota-se como referência a obra de Luigi Ferrajoli, chamada *Direito e Razão*, onde define as bases tanto de conceito quanto metodológicas do que um dia foi denominado garantismo penal. Entretanto, observa-se que as suposições estabelecidas no setor penal podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, que se aplique, pois, a todo o direito e a seus respectivos ramos incluindo o campo administrativo, civil entre outros.

A abordagem de Luigi Ferrajoli parte do pressuposto de que o garantismo surge exatamente pelo desacerto existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. No contexto penal, o autor enfoca que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso

com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais. É como se fosse uma via de mão dupla.

Diante disso, o conceito do garantismo é, de forma mais abrangente, é o interesse de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais.

Com isso observa-se nitidamente um abismo entre a normatividade e a efetividade, surge então o garantismo como forma de efetivar a junção entre elas, mesmo ele tendo como ponto de partida, a distinção entre ser e dever-ser, que acontece e se observa tanto no plano externo, ou ético-político, como também no plano interno, ou jurídico.

O garantismo teria influência não apenas no campo jurídico, mas também na esfera política, minimizando a violência e ampliando a liberdade, a partir de um arcabouço de normas jurídicas que dá poder ao Estado de punir em troca da "garantia dos direitos dos cidadãos". Ou seja, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico. O que é uma preocupação própria de muitas outras teorias do Direito.

O garantismo no Direito Penal possui específicas características, dentre elas, este instituto atua como uma espécie de poder mínimo na proteção dos direitos fundamentais do cidadão, evitando as arbitrariedades dos castigos, mediante o fiel exercício do princípio da isonomia no que tange a aplicação de regras iguais para todos e preservando o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em busca de uma concepção acertada de garantismo penal, antes de tudo, é indiscutível sua inserção no processo histórico sempre se atendo na aplicação de regras advindas de movimentos que visam a verdadeira aplicação do Direito, conforme se observa nas obras de Souza Santos e Luigi Ferrajoli.

O garantismo funciona, em um ordenamento jurídico, como cooperador deste sistema fazendo com que ocorra uma transformação positiva da sociedade, uma vez que busca, acima de tudo, o real cumprimento aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana.

Citando Luigi Ferrajoli, na concepção deste ilustre doutrinador, a necessidade do surgimento do garantismo no sistema penal é justamente pelo fato de haver um desacerto entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas.

Neste cenário penal, destaca o aludido autor que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os mandamentos estabelecidos nas normas jurídicas editadas pelo Estado. O modelo garantista preocupa-se ainda com a efetividade das normas legais quando da sua aplicação pelo estado enquanto detentor do poder punitivo.

Diante disso, verifica-se que o garantismo no sistema penal defende a criação de mecanismos que visão proteger os direitos do cidadão, sendo que tais mecanismos seriam impostos ao Estado que os deveria observar desde então.

Então, a partir daí, o Estado que tem o poder e dever de criar o Direito sofreria uma limitação garantista ao seu poder, sendo que mesmo detentor do poder punitivo, ele deverá respeitar um rol sistêmico de garantias que devem ser por ele cumpridas. Nesta óptica, este seria o início para a configuração de um firme e verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

Assim, baseado no entendimento de Ferrajoli, o garantismo seria um "modelo normativo de direito", sendo que tal modelo se estrutura a partir do princípio da legalidade.

2.6.Funcionalismo no Direito Penal

O termo funcionalismo, conduzido para o âmbito do Direito Penal, tem suas bases na área da filosofia, da sociologia, em outras ciências, e, com exatidão, é aproveitado nas ciências sociais.

No campo do Direito Penal, o tema se enriqueceu, principalmente, a partir dos fundamentos crítico-filosóficos de Claus Roxin (Hamburgo, 15 de maio de 1931 é um jurista alemão, um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão) ao finalismo estruturado por Hans Welzel (foi professor-titular de filosofia do Direito e Direito Penal na Universidade de Bonn, na Alemanha, criador de um novo sistema Jurídico-Penal: "A doutrina da ação finalista"). Em relação ao mundo jurídico, pode-se assegurar que o funcionalismo é um método, um meio de se

conhecer o objeto da investigação, especial, de se buscar solução justa para o caso concreto, à luz do Direito posto, sobretudo o modo constitucional e justo.

Em súmula, o funcionalismo penal divulga que o Direito Penal deve ser estruturado, interpretado, aplicado e executado tendo em vista a sua função e, em última análise, as finalidades das suas penas ou medidas alternativas.

Existe fundamentalmente, em semelhança ao Direito Penal, duas correntes a propósito de funcionalismo, ou seja, há duas abordagens funcionais, surgidas na Alemanha, mais precisamente na década de 1970. Sendo, o Funcionalismo moderado, teleológico, valorativo ou (teleológicoracional) com bases contextualizadas pelo penalista alemão Claus Roxin, em decorrência do funcionalismo estrutural de Parsons e a outra corrente chamada de Funcionalismo radical, estratégico normativo, arquitetado pelo penalista também alemão Guinther Jakobs a partir do funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann.

Considerando a visão de Roxin, o papel do Direito Penal preconiza a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais. Já para Jakobs, a intenção básica do Direito Penal, que o faz por meio das suas penas, é sem dúvida a reafirmação da autoridade da norma, precisamente para fortalecer e valorizar as expectativas dos seus destinatários de que aquela norma está em vigor e, logo, e, por conseguinte deve ser respeitada. Desta forma a proteção do bem jurídico almejado, nesse sentido, fica em segundo plano, como consequência.

O alemão Roxin, na defesa de sua corrente funcionalista teleológicoracional, atua na ideia e propósito de que o Direito Penal, para consentir à sua finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais incluindo vida, saúde, patrimônio entre outros, deve se organizado sobre o tripé: criminologia, política criminal e dogmática penal, sendo que o conhecimento criminológico deve ser transformado em exigências político-criminais e estas em regras jurídicas.

De acordo com essa perspectiva, o que oferece vida à norma penal é certamente a introdução das decisões valorativas político-criminais que ela adquire, a partir do quadro axiológico que a Constituição resolveu tutelar, pois sem dúvida são essas disposições que irão apontar a necessidade do recurso ao controle penal.

Com consequência, na visão de Roxin, só se deve apelar ao Direito Penal, como forma de controle social (proteção de bens jurídicos essenciais: coletivos ou individuais), como último recurso ou última opção (ultima ratio), isto é,

se não for possível o controle por outro meio menos estigmatizante e desde que a pena seja necessária para tal.

Deste modo, mesmo que o caso seja peculiar ou típico, antijurídico e culpável, por si só não é satisfatório ou aceitável para se apelar à sanção do Direito Penal, utilizando-se, para tal, os métodos dedutivo e indutivo (teleológico-racional), sobretudo este último, pois sua preocupação é com a justiça do caso concreto.

Porém, de acordo com a visão funcionalista de Jakobs, a solução à sanção penal será sempre necessária à medida que se confirmar a infração penal, porque a função do Direito Penal e consequentemente das suas penas é o de fortalecimento da autoridade da norma como punição àquele que quebrar essa expectativa. Refere-se se ao método dedutivo (lógico-formal) em que basta infringir a lei.

Não se pode deixar de enfatizar que o Direito é imutável, o que muda na verdade são as maneiras (metodologia) de compreendê-lo e aplicá-lo de forma mais racional em proveito do homem tanto como ente social como individual.

2.7.A Presença do Direito Penal Mínimo

O Direito Penal sob a feição formal, nada mais é que um conjugado de normas jurídicas mediante o qual o Estado impede ou proíbe definidas condutas que podem ser ações ou omissões, sob ultimato ou aviso de sanção penal. Incluem-se também as normas que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da sanção penal (penas e medidas de segurança) que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime.⁹

Com relação ao aspecto social, o Direito Penal é também um dos modos de controle efetivados pelo Estado. A autoridade realizada através do Estado é residual, pois tem sua atuação somente diante do fracasso de outras formas de controle, sendo que tal controle é praticado primordialmente, por via da família, da Igreja, da escola, do sindicato, os quais se expõem atuantes no serviço de socializar o indivíduo¹⁰.

⁹ BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral, volume 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2002.

Qual seria então a real e concreta função do direito penal nos tempos contemporâneos? Há afirmação de que hoje em dia os sistemas penais enfrentam uma crise de legitimidade e foi deste modo que Luigi Ferrajoli pensou e desenvolveu a Teoria do Garantismo Penal que, resumidamente, que como se viu, significa elevar ao máximo os direitos e garantias fundamentais do cidadão e, ao mesmo tempo, estreitar ou dando limitações e com isso minimizando o poder punitivo do Estado.

Os estudos evidenciam que o Direito Penal tem funções fidedignas que merecem destaques para: a prevenção da vingança privada, a proteção dos bens jurídicos relevantes, a defesa social, a efetividade do Direito Penal Garantista e por fim atenuar o dano sofrido e tolerado pela vítima. Como decorrência, um sistema penal antes de tipificar condutas ou comportamentos e impor sanções, primeiro deve, fazer suas observações considerando seus princípios constitucionais como fontes principais e elementares de sua legitimação, sendo o direito penal mínimo um ideal a ser perseguido, pelo garantismo, nos Estados Democráticos de Direito.

2.8.O Direito Penal Exercendo Função de Controle Social

Constata-se que é no círculo social que o direito é gerado e amplia-se para consecução dos objetivos procurados pela sociedade, como, por exemplo, a manutenção da paz, e do bem-estar comum; de modo, a tornar possível a harmonia social. Assim sendo, averigua-se, de forma aberta a necessária e constante modificação dos significados dos institutos jurídicos.

Reconhece-se que as instituições jurídicas são criações de origem humana que com o passar do tempo sofreram e ainda sofrem variações. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social, a necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o direito visa a atender, determina também métodos sempre atuais e novos.

O Direito, não tem o direito de envelhecer, pois se isso acontecer, ele deixa de ser um processo de adaptação muito relevante, e passa a não exercer a função para qual foi inventado. Não basta, portanto, o ser do direito na sociedade, é imprescindível o ser atuante, o ser atual. Os processos de adaptação devem-se

renovar, pois somente assim o direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e harmonia social.

É importante reforçar e lembrar que o Direito Penal, usufruindo-se de vários meios de controle social formal ou chamados "remédios jurídicos" que o Estado apresenta é o sem dúvida o caminho mais viável para se fazer a guarda dos bens da vida necessários para a segurança e a tranquilidade da sociedade, embora de forma decisiva e temível.

Certamente o Direito Penal ainda desempenha um papel acentuado de controle social, porém, como ultima ratio, destacando-se assim, a importância da valoração na sua construção e na sua aplicação. Hans Welzel destacou o caráter social da lei penal, ao mencionar a necessidade de "adequação social" da figura penal, ou seja, a sociedade admitir tal conduta como afrontosa aos valores sagrados a manutenção da paz e equilíbrio a esfera jurídica, e a aplicação de pena visando o controle social, que é exclusivo da norma penal.

O término ou a consumação do Direito Penal é o amparo e abrigo social e este não deve ser usado como ferramenta simbólica da política estatal em detrimento de bens jurídicos relevantes. O sistema penal deve ser encarado como um método de controle estatal mais contundente na vida dos indivíduos e por isso, deve ser de forma vantajosa empregado em situações extremas em que a intervenção do Estado por outros meios se torne insuficiente ou limitada para reparar o dano sofrido e assim, garantir a harmonia e tranquilidade na sociedade.

2.9.Princípios Limitadores do Direito Punitivo Brasileiro

Muitos são os Princípios inerentes ao Direito Penal, no que se refere à dignidade da pessoa humana, que de modo expreso e também não expreso estão embutidos na Constituição Federal de 1988. Nesse documento maior constam, os Princípios da Legalidade, da Humanidade, da Personalidade e da Individualização da Pena, não deixando de lembrar também do Princípio da Culpabilidade, da Proporcionalidade e da Intervenção Mínima. Como citado alhures, tais Princípios são vetores responsáveis pela limitação do poder punitivo do Estado, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais.

2.9.1.Princípio da Legalidade

O referido Princípio é tido como sendo um dos mais reverenciáveis do ordenamento jurídico Pátrio, especialmente por se tratar de ser um dos pilares do Estado de Direito. Este Princípio está aprovado de forma expressa no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assim como no artigo 1º do Código Penal, expressando que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Estudando Nucci, o mesmo evidencia três significados principais de *legalidade, sendo*: o político, que se dispõe como segurança constitucional dos direitos fundamentais; o jurídico *lato sensu*, revelado pelo art. 5º, II, da Constituição; e o jurídico *stricto sensu*, consoante o qual as espécies penais incriminadoras apenas podem ser elaboradas por leis em definição estrita, determinadas pelo Poder Legislativo e em conformidade com o procedimento legislativo constitucionalmente disciplinado.

Assim sendo, nota-se que o objetivo precípua deste postulado é justamente evitar que toda e qualquer discordância decida-se ou solucione-se através da força, mas, sim, pela autoridade da lei de forma correta e coerente. A ideia deste Princípio intenciona-se em extinguir qualquer possibilidade de excesso de poder estatal, atrelando a ingerência punitiva, tão somente, aos casos em que a lei assim determinar, além de garantir as liberdades individuais, sendo imprescindível à garantia da segurança jurídica, uma vez que acopla a concepção de um crime e da sanção a ele aplicável a uma lei anterior ao fato delituoso.

Faz-se necessário destacar nesta oportunidade, a decorrência deste preceito a irretroatividade da lei penal nos casos onde ocorra a nova criminalização e da gravidade de penas já determinadas. A lei nova, não irá retroceder, salvo em benefício do réu, sendo admitida, portanto, a irretroatividade da lei penal mais benigna, disponível também de forma expressa no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal.

É importante também salientar outra decorrência coerente do Princípio da Legalidade que se configura na não aceitação da existência de tipos penais abertos

e penas indeterminadas, assim sendo, intoleráveis e afugentados do ordenamento jurídico penal brasileiro.

2.9.2.Princípio da Humanidade

Compreende-se que o Direito Penal enfrentou demorados progressos no decorrer da história, com essa evolução do Direito Penal, constatou-se que as penas foram perdendo o caráter de castigo e rigidez acentuada começando a exercer uma função de corrigir o punido, e não de maltratar. A possibilidade de castigar originou-se da auto-tutela e concedeu ao Estado esse poder, acontecimento que adquire uma enorme importância, pois, sabe-se que a pessoa lesada pela conduta de outrem não é adequado para sobrepor a punição àquele que lhe causou ofensas.

Assim, a Constituição Federal de 1988, proíbe qualquer tipo de pena desumana e degradante ao criminoso. É o que se confere do artigo 5º, incisos III, XLVII e XLIX, que vedam a prática de tortura, a pena de morte, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis, garantindo aos presos o direito à integridade física e moral. Restringe desta forma, o exercente do Poder Punitivo, que não poderá em hipótese alguma atribuir ao indivíduo que infringe o diploma legal pena que possa vir a causar lesões a sua dignidade, seu estado físico e psíquico. (LOPES, 1999, p. 102).

É obrigação do Estado Democrático de Direito, atribuir àqueles que contestam as leis, uma pena digna do ilícito perpetrado, rejeitando tais atitudes, não se esquecendo, contudo, do dever de ofertar a estes cidadãos uma pena humanizada, digna, separando o caráter puramente negativo da coerção penal. (BATISTA, 2001, p. 99-100)

É muito importante destacar neste momento a pena de morte, que por muitas vezes vêm sendo elemento de conversas legislativas como recurso de para redução dos índices de criminalidade, porém, verifica-se tal impossibilidade sobretudo em função da proibição constitucional de forma expressa.

Além disso, mesmo que não existisse proibição expressa à pena de morte no Brasil, mas de acordo com o texto constitucional, o homicídio legalizado seria de qualquer forma repellido pelo sistema jurídico vigente, tendo em vista o atual antagonismo com o regime democrático, que afiança, de forma incontestável, a

proteção da vida e o respeito à dignidade da pessoa humana; o que deriva na suspensão de penas cruéis e infamantes.

Parafraseando Michel Foucault (2002, p. 63) que expressa um valor importante, ele diz que: *“no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’”*. Sendo assim, por mais lastimoso que seja o criminoso ou o seu ato, não se pode deixar de avaliar que apesar do crime cometido, trata-se também de um ser humano, e como tal, merece ser tratado como ser humano.

A humanização pelo que se observa e se constata solicita até uma redução e abrandamento das penas sempre que for admissível. É deste modo que o artigo 5º, XLVI, define em suas alíneas: a, b, c, d, e, preocupar-se de delimitar os teores das penas a serem tomadas, podendo então deste modo haver: restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Ainda com bases em Foucault (2002, p. 83) pondera que: *“sob a humanização das penas, o que se encontram são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a ‘suavidade’, como uma economia calculada do poder de punir”*. Tal apreço admitiria até uma análise em relação a outro princípio penal, a saber, princípio da intervenção mínima, que, traduzindo dispõe que o Estado só deve incidir penalmente sobre aqueles crimes de maior relevância, aonde os outros ramos do Direito não puderam se inserir. Não deixa o princípio da intervenção mínima de possuir um rigor humanitário também.

Portanto para finalizar esse tópico, embora o assunto não se esgote, reconhece-se que o valor maior do Princípio da Humanidade estabelece, na atual circunstância, uma visão mais social sobre a pena, sabendo que esta deve mirar somente transportar o apenado a uma possibilidade de correção de sua conduta, e isso justamente por crer que a pena já não é dotada de um caráter de castigo e suplício como nos tempos de outrora.

2.9.3.Princípios da Personalidade e da Individualização da Pena

Baseando-se no Princípio da Personalidade, o agente criminoso só poderá responder pelo ato criminal que cometeu ou convergiu para a sua consumação, uma vez que a pena é fundamentalmente pessoal. Tal situação está aduzida no artigo 5º, inciso XLV da Carta Magna ao dispor 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 executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. (LUIZ, 2002, p. 51).

Apropriado de que este princípio está protegido em uma expectativa iluminista, abarcado não só pela legislação pátria, mas também pela comunidade internacional¹¹, que, nas palavras de José Eduardo Goulart (1994, p. 96) esse princípio trata-se “de uma conquista do Direito Penal, agindo como uma de suas verdades mais expressivas, na definição da dignidade e Justiça”, a sua importância pode ser mensurada ao longo da história da evolução da pena.

Destaca-se, oportunamente, que a pena atinge, de forma direta não só o apenado, mas também respinga na sua família, já que esta é punida, quando se vê privada da renda auferida por ele, recluso, sem contar ainda com a discriminação e segregação sofrida da parte de toda a sociedade. Enfatiza-se que o processo de individualização da pena, começa já na esfera legislativa, ao decidir penas proporcionais à gravidade do crime e à importância do bem tutelado para a sociedade.

Na etapa judicial, o artigo 59 do Código Penal esboça regras precisas de fixação da pena em consideração a este princípio constitucional, tendo por objetivo medi-la de acordo com o caso real e com a pessoa do criminoso.

No que se alude ao cumprimento da pena, a individualização torna-se presente no momento em que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVIII decide a sua execução em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do

¹¹ “O Princípio da responsabilidade pessoal é outra conquista do Direito Penal liberal. Constou da Declaração dos direitos do Homem, de 1789, reeditado também na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948”, CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. Direito penal na constituição. São Paulo: RT, 1990, p. 71;

delito, a idade e o sexo do apenado, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral depreendido do inciso XLIX.

Nelson Hungria, mencionado por Luiz Luisi (2002, p. 52) apresenta de forma clara o que venha considerado como princípio da individualização: “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. Segundo os postulados de Luiz Regis Prado (2008, p. 139).

O princípio da individualização da pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma da sua execução. [...] Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Esse método que individualiza a pena é realizado em três momentos diferentes, de acordo com os ensinamentos de José Frederico Marques, onde se ampara grande parte da doutrina,¹² sendo eles: o legislativo, o judicial e o executório.

Resume de maneira objetiva Cezar Roberto Bitencourt, esses três momentos individualizadores: individualização legislativa – procedimento através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas às sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de definição da pena; individualização judicial – organizada pelo juiz na sentença, é a atividade que consolida a individualização legislativa que conferiu abstratamente as sanções penais, e, enfim, a individualização executória, que acontece no momento mais dramático da sanção criminal, que é o seu cumprimento.

A motivação das decisões judiciais, prognosticada na Constituição Federal no artigo 93, inciso IX, é indispensável à segurança jurídica, versando em uma garantia bastante eficaz do delincente no controle da atividade jurisdicional, tendo em vista o seu direito de adjudicar com a prolação da sentença condenatória, a individualização com equidade da pena que lhe foi concedida.

¹² MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal – v. 3. – O delincente, a sanção penal e a pretensão punitiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

2.9.4.Princípio da Proporcionalidade da Pena

O Direito penal é o segmento do direito que mais interfere de modo negativo na esfera de liberdade do homem, sendo assim, é imprescindível que haja limites a este poder na intenção de compensar a garantia do bem comum com as punições devidas, necessárias e adequadas. Beccaria (1997, p. 50), em seu ilustre livro “Dos Delitos e das Penas” (1764), asseverou decisivamente a necessidade de haver uma proporção entre os delitos e as penas.

A importância do princípio da proporcionalidade decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de dignidade do bem jurídico e da sua afetação, fazendo nascer o binômio merecimento de pena/restrrição da liberdade humana (BIANCHINI, 2002, p.85). É em função dessa gravidade da intervenção penal que se faz necessário decidir o princípio da proporcionalidade e os meios autoritários para efetivá-lo.

Nesse sentido, a tipificação de comportamentos só é apreciada legítima se representar o anseio do povo através do processo legislativo próprio. Deste modo, a aplicação da pena, para a garantia da segurança jurídica, deve ser indispensável e apropriada ao grau de importância dos bens jurídicos tutelados, analisando-se, deste modo, a proporção entre pena e delito.

Não se pode esquecer a existência de possíveis hipóteses em que se tornam perfeitamente oportunas, a aplicação do Princípio da Insignificância, uma vez que este se relaciona intimamente com proporcionalidade existente entre a pena e a gravidade do crime praticado. Destaca-se que mesmo o comportamento sendo convencionalmente criminoso, deve-se, portanto, ser tida materialmente atípica perante a sua inquestionável bagatela social.

Contudo, há de observar que não se deve misturar o crime insignificante com o de menor potencial ofensivo, já que no que compete ao primeiro aplicar-se-á o Princípio da Insignificância, enquanto que ao segundo, há a incidência do Direito Penal, ainda que desnecessária a aplicação da pena privativa de liberdade.

É importante lembrar que o princípio pretende uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, expressando aquilo que não é contrassenso, e que é aceitável. Alimenta-se, inclusive, que para o senso comum, o

que é proporcional também é razoável, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro, além de se constatar que em muitas utilizações do termo razoabilidade ao que se está fazendo referência aos princípios da necessidade e idoneidade, subprincípios da proporcionalidade. (GOMES, 2003).

No que tange ao desrespeito da proporcionalidade entre a sanção e os danos causados pelo crime, algumas obras ponderam que esta ofensa aos direitos fundamentais causa mais prejuízo à sociedade do que o crime em si mesmo.

2.9.5.Princípio da Culpabilidade

O Princípio da culpabilidade alude-se a um juízo de reprovação que se destina ao agente criminoso quando, nos casos, poderia e deveria ter agido em conformidade com a norma.

Ressalta-se que o crescimento do conceito de culpabilidade causa a redução da incidência da pena criminal, tratando sobre o mais extraordinário instrumento de descriminalização indireta utilizada pelos criminalistas no transcorrer dos tempos.

Que se discuta em relação ao conceito material de culpabilidade como base da pena, mas é inegável atribuir à defesa da dignidade da pessoa o fundamento axiológico deste princípio, em função do qual toda uma teoria que se queria sua existência de forma integrada aos postulados de um Estado Democrático de Direito, deve se embasar nessa exigência irrenunciável de respeito à dignidade humana.

Diante disso, o Princípio de culpabilidade como protetor dessa dignidade da pessoa humana, deverá conseguir a limitação do poder, além do, intervencionismo estatal ao passo em que possa trazer prejuízos a essa exigência(...) Só o Legislativo, determinando renunciar algumas soluções legislativas que contradizem (...), mas também e principalmente o juiz, que deve determinar a gravidade da culpa (individualização) para adaptar a sanção à pena o crime cometido (BACIGALUPO ZAPATER, 1999, p. 36).

A ordem de culpa, no ordenamento jurídico penal é o fundamento e, também, o limite para a pena, cuja execução explica-se nos casos em que a conduta for típica, antijurídica e socialmente reprovável, de acordo com disposto em lei

ordinária. Sendo assim, a pena é, certamente, um mal indispensável que se emprega ao criminoso de uma conduta culpável, devendo sempre ser adequado ao dano social causado por esse agente, sendo na medida e sem excessos prejudiciais.

A certeza é que o mencionado Princípio age como limite ao desempenho punitivo estatal, constituindo a pena justaposta e dosada de acordo com o grau de culpa do delituoso, dotado, por sua vez, de percepção para a compreensão da ilegalidade do ato por ele praticado e habilitado para decidir-se com vontade.

2.9.6.Princípio da Intervenção Mínima

Em relação ao Princípio da Intervenção Mínima, como ressalta Luiz Luisi (1991. p. 25), este postulado nasceu com base na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao preceituar, em seu artigo 8º, que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. Intencionava-se deste modo evitar, o arbítrio do legislador e, por conseguinte, a feitura de normas penais desonestas.

O citado postulado não foi citado pela Constituição Federal de 1988, mas está implícito no texto maior, visto que se conclui a respeito das normas ali leais, especialmente do artigo 1º, que institui, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e do artigo 5º, que trata em relação aos direitos e garantias fundamentais do homem.

2.9.7.Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio edificado pela história. Aplica um valor que visa resguardar o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao menosprezo. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui discernimento unificador de todos os direitos fundamentais, o qual todos os direitos do homem se reproduzem, em uma escala de maior ou menor grau. Entretanto uma das dúvidas que circundam a utilização desse princípio em casos concretos, é relacionada a o seu caráter ser caracterizado como ato absoluto ou não.

O autor Dirley da Cunha (2011) lembra que, o referido critério não é absoluto nem exclusivo, pois existem direitos fundamentais também adotados às pessoas jurídicas ou que se reportam a outros princípios fundamentais, o que

significa que nem sempre o conceito de dignidade da pessoa humana pode, pelo menos diretamente, servir de vetor para a identificação dos direitos fundamentais.

Constata-se então que esse princípio condiz de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais, em consonância ao respeito à vida, à liberdade e à igualdade de cada ser humano, de modo que esses direitos, ao menos de forma geral, podem ser apreciados como realizações das exigências do princípio da dignidade humana. Assim, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana objetiva, com decorrência, deve ser tido como critério basilar, mas não exclusivo para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.

Conforme Ingo Sarlet, não existe direito total ou absoluto no que se refere a uma irrestrita imunidade a qualquer espécie de restrição. De acordo com o autor, todo e qualquer ser humano, é em benefício de sua dignidade, é digno de igual respeito e, sobretudo consideração no que diz com sua condição de pessoa, e acrescenta ainda que tal dignidade não poderá ser violada ou sacrificada, nem mesmo quando isso for preciso para preservar a dignidade de terceiros, não afasta certa relativização ao nível jurídico-normativo.

Ainda aproveitando dos demais princípios do ordenamento não tem como separar a necessária relativização do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos. Resumindo, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto pelas duas visões, primeiro sob a ótica de ser tido como absoluto, e segundo sob a ideia de sua relativização.

Seguindo o pressuposto de que a dignidade, estando como qualidade inerente à essência do ser humano, forma-se num bem jurídico absoluto, e, portanto, irrenunciável, inalienável e intangível, não se teria dúvidas em atribuir-lhe o condão de absoluto. Diante disso, é indispensável, pôr a questão sobre o prisma de se saber qual é exatamente o conteúdo de dignidade que achamos nos direitos fundamentais, visto que esses direitos impregnam uma carga de conteúdo em dignidade, mesmo que sendo mínima, sendo possível ou não afinar-se com o núcleo essencial do direito fundamental.

3. O ESTUPRO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

3.1.Aspectos Históricos Sobre a Punição do Estupro

Averiguando a literatura, encontram-se registros históricos importantes onde informam que, desde os tempos mais remotos, o constrangimento e o pudor de mulher submetida ao congresso carnal sempre foi punido com extrema e rigorosa inclemência. O criminoso ou estuprador era, de modo geral, fisicamente castigado, maltratado aos extremos como forma de punição pelo ato cometido ou então a ele era aplicado a pena capital.

Essa forma austera e severa justifica-se ou pelo menos tenta explicar-se pelo alto grau de censurabilidade da ação de violar uma mulher, prevalecendo-se o homem de total violência, força física ou ameaça grave, haja vista que tal comportamento expressa o espírito e abjeto, danoso do criminoso, além de desencadear, na maioria das vezes, traumas psíquicos na ofendida e além de provocar humilhações perante seus amigos, familiares e sociedade como um todo.

De acordo com o Código estabelecido de Ur-Namu datado de 2050 a.C, tido e reconhecido como o mais antigo do mundo, observa-se que esse código já determinava a aplicabilidade de penas pecuniárias aos praticantes ou autores de crimes violentos em vez de castigos físicos extremados. Já o Código de Hamurabi de 2.000 a.C por sua vez, prescrevia, em seu artigo 130, que “se alguém viola mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”.

Nas escrituras sagradas ou bíblia, observa-se que a Lei de Moisés afirma e enfatiza que tanto o homem quanto a mulher (virgem e desposada) deverão ser conduzidos ao portal de entrada da cidade, para que possam ser apedrejados e consequentemente mortos, caso o crime sexual tenha se consumado de fato na cidade, uma vez que se presumia, nesta suposição, que não houve resistência por parte da mulher, pois, ao revés, ouvir-se-iam seus gritos e a sua desonra teria sido possível evitar, e, por isso, deveria ser morta, juntamente com o homem que a deflorou, visto que este violou a mulher do seu próximo merecendo o mesmo ser punido de forma extrema.

Se, todavia, a consumação da relação sexual se efetivou, não no perímetro urbano (cidade), mas sim no campo, a pena de lapidação incidirá diretamente sobre o homem, devendo a mulher permanecer isenta de punição porque, como a violação ocorreu no campo, presumia-se que ela clamou por ajuda, auxílio ou socorro, mas ninguém a escutou, pelo fato de estar no campo de modo que não se poderia evitar a consumação do crime. Na hipótese de a mulher virgem não ser casada, o agente deveria pagar cinquenta siclos (moeda) de prata ao pai da vítima e casar-se com ela, sendo-lhe proibido rejeitá-la até o dia de sua morte, ficando o mesmo ligado a mulher para sempre como forma de punição pelo ato praticado. A Lei Mosaica é rigorosa na sua execução e pune de modo extremo com a morte o adultério e proíbe de forma convicta a prática do incesto.

De acordo com DEUTERONÔMIO:

Se encontrar um homem dormindo com uma mulher, todos os dois deverão morrer: o homem que dormiu com a mulher, e esta da mesma forma. Assim, tirarás o mal do meio de ti. Se uma virgem se tiver casado, e um homem, encontrando-a na cidade, dormir com ela, conduzireis um e outro à porta da cidade e os apedrejareis até que morram: a donzela, porque, estando na cidade, não gritou, e o homem por ter violado a mulher do seu próximo. Assim tirarás o mal do meio de ti. Mas se foi no campo que o homem encontrou a jovem e lhe fez violência para dormir com ela, nesse caso só ele deverá morrer, e nada fareis à jovem, que não cometeu uma falta digna de morte, porque é um caso similar ao do homem que se atira sobre o seu próximo e o mata: foi no campo que o homem a encontrou; a jovem gritou, mas não havia ninguém que a socorresse. Se um homem encontrar uma jovem virgem, que não seja casada, e, tomando-a, dormir com ela, e forem apanhados, esse homem dará ao pai da jovem cinquenta siclos de prata, e ela tornar-se-á sua mulher. (DEUTERONÔMIO 22: 22-30).

Verifica-se que no Egito, ameaçava-se ao estuprador a pena de mutilação, pena dada de forma cruel, desumana e radical aos que cometiam o ato de estuprar.

Já na Grécia Antiga, constata-se que o agente recebia sua punição com multa e, num outro momento posterior, sua punição eterna se consolidava com sua a morte.

Na visão romana ou para os romanos, a palavra *stuprum*, em sentido maior, significa qualquer congresso carnal ilícito e, *stricto sensu*, o concubito com mulher virgem ou não casada, mas tida como mulher honesta. (HUNGRIA, 1959, p. 115).

Observa-se que o estupro sempre foi visto como crime contra a honra e a integridade da mulher no direito germânico. Por isso, senhor se fazia a honestidade, o respeito e o pudor da mulher, de sorte que as mulheres dissolutas e mais licenciosas não eram providas pelo direito penal, ficando vulneráveis à violência carnal. Ao ofensor, aplicava-se a pena de decapitação ou de enterramento com vida do sujeito ativo, com ou sem empalamento. (SIQUEIRA, 1951, p. 231).

Também, reconhece-se que nas antigas leis espanholas: a do *Fuero Viejo*; as do *Fuero Real* e das *Partidas* determinavam a pena de morte ao agente executor do estupro. A do *Fuero Viejo* ou punia com a morte o estuprador, ou o castigava com a *declaración de enemestad*, que concedia privilegiava aos parentes da ofendida o poder de tirar a vida do ofensor.

Seguindo essa mesma linha de atrocidade e de grande crueldade, eram temidas e consideradas as antigas leis inglesas que puniam de forma radical, determinando pena de morte ao autor do delito. Tal punição, com o passar do tempo, foi trocada ou substituída pela ablação do membro viril do agente e pelo vazamento de seus olhos.

Na França, existia uma distinção entre estupro e rapto violento. O primeiro a ser citado era designado pelo emprego de força do homem contra virgem ou viúva, com a intenção de ter conjunção carnal, enquanto o segundo se caracterizava pelo rapto contrário e violento de virgens ou viúvas, com a finalidade de abusar sexualmente dessas mulheres. Diante disso, entende-se o que realmente distinguia esses crimes nada mais era do que a condução da vítima de um determinado local para o outro. Esse entendimento perdurou até o Código de 1791. O rapto violento e o estupro, entretanto, foram totalmente diferenciados com o advento do Código de 1810, o qual determinava que o rapto fosse a subtração de menor, constituindo só esse fato crime; se houvesse estupro, este seria punido como delito distinto, concepção que inspirou esta que acabou servindo de inspiração o nosso Código de 1940.

No direito comum, o estupro só poderia ser cometido contra mulher honesta. Assim, as penas eram abrandadas caso a vítima fosse libertina. É o caso¹⁶ da Prússia, em 1721, da Baviera, em 1751 e da Áustria, em 1768. (SIQUEIRA, 1951, p. 231).

Conhecendo o Código Penal Brasileiro estabelecido em 1940, antes do advento da Lei 12.015/2009, caracterizava-se como crime de estupro o fato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, baseando e fundamentando-se na redação antiga do artigo 213 do referido diploma legal. O referido dispositivo dava o alicerce para a inauguração do Capítulo I do Título VI da Parte Especial, que se refere justamente aos crimes contra os costumes e aos crimes contra a liberdade sexual, tendo em vista que, certamente, é o mais grave dos delitos expressos dessa natureza. Com a inovação legislativa, a partir de 2009, os sujeitos ativos e passivos deste delito foram alterados.

A partir de então, até a própria mulher poderá ser acusada do crime de estupro, já que o artigo trás a palavra “alguém”, não delimitando o gênero sexual.

3.2.A Garantia do Bem Jurídico Tutelado

Como dito, anterior a Lei 12.015/2009, interpreta-se o bem jurídico tutelado pelo artigo 213 do CP como sendo a liberdade sexual da mulher, isto é, o direito que a mulher tem de fazer o uso do seu próprio corpo, tendo autonomia para escolher e eleger a pessoa com a qual queira e deseja estabelecer a relação sexual, assim como o direito de escolher o momento da realização de tal ato, sendo assim respeitada a sua vontade. Todavia, a atual redação do Art. 213 afirma que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso receberá pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

O desrespeito constatado a esse bem jurídico evidencia o espírito de perversão, de atrocidade do criminoso, bem como sua ignorância, sua prepotência e sua brutalidade diante de um indivíduo, haja vista que até mesmo entre os próprios animais tidos como irracionais, é respeitado o desejo e a vontade de copular da fêmea, pois os machos a procuram somente quando ela se encontra no seu período fértil (cio), sendo o ato sexual praticado no momento em que a fêmea está conivente ao coito; e o macho respeita a fêmea quando a mesma não demonstra interesse ou predisposição para o coito. (NORONHA, 1943, p. 13).

A pessoa violentada, na maioria das vezes, carrega danos morais e graves traumas psicológicos, devendo a mesma suportá-los durante muito tempo ou

a vida toda, e que a levam às vezes, infelizmente a cometer suicídio, como afirma Rogério Greco (2006, p. 515). A vítima do estupro na grande maioria das vezes sofre preconceitos pela própria sociedade sendo tratada de forma diferente, vista com outros olhos, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador, como se ficasse impregnada eternamente pelo ato do agente.

Sendo assim, desrespeitar a vontade sexual de qualquer pessoa ou forçá-la à conjunção carnal, seja ameaçando-a de forma grave, seja violentando-a, configura uma conduta abusiva, digna de censura, sendo inclusive merecedor de punição ou de severa repressão penal, baseando-se em nosso ordenamento jurídico, já que o preceito incriminador secundário do artigo 213 do CP comina pena de reclusão, de 6 a 10 anos, além de ser considerado crime hediondo, segundo dispõe o artigo 1º, inciso V, da Lei nº 8.072/90, sendo desse modo um tratamento penal mais rígido, sendo executado com rigor de acordo com a definição da própria Lei de Crimes Hediondos.

3.3.Continuidade da Evolução Histórica Penal

Primeiramente, é pertinente relatar que a pena tinha um caráter sacral, ou seja, atribuir caráter sagrado a coisas profanas, com a terminação da reparação do mal gerado a uma divindade. Assim sendo, tinha a perda da paz, isto é, a abolição e a represália de sangue, objetivando com isso a proteção divina, cujos deuses foram vítimas de afrontas com o cometimento do delito.

Depois, com o decorrer do tempo, apareceu o instituto da composição como forma de efetivação e execução penal, que veio prover o cumprimento da pena com a reparação do dano causado. Esses institutos formaram valioso progresso no que tange ao conceito punitivo, visto que eles acalmaram ou apaziguaram o uso das vinganças sangrentas e descabidas e não maioria das vezes desproporcionais.

Posteriormente o mesmo crime que ofendia à uma divindade começou a ofender também o Estado, deste modo perdendo as forças o cunho essencialmente sacral da pena, executando-a pelo Dominador, em nome de Deus.

Em outro momento, já Na Idade Média as leis criminais emanavam do poder eclesiástico, o que gerou na constituição do Direito Penal Canônico e com ele

ampliou-se o inquérito. Tal instituto tinha por finalidade apurar a veracidade de um crime, definindo seu autor e aplicando a ele penal cabível. Neste caso, há um sistema processual inquisitivo, caracterizado pela carência do direito ao contraditório e à igualdade das partes.

Na existência dos séculos XVI e XVII, em função de vários fatores próprios a época, aconteceu um avanço assustador da criminalidade, especialmente da mendicância, dos roubos e assassinatos e, em função disso, o instituto da pena de morte acabou entrando em crise, tendo em vista a impossibilidade de se executar todo esse aglomerado que surgia na criminalidade. A partir daí, nasce um forte crescimento nas penas privativas de liberdade, o que o gerou aparecimento das casas de trabalho na Inglaterra e Holanda, cuja intenção consistia na reforma dos criminosos. Destaca-se, ainda, que essas penas apresentavam por finalidade, além de reformar os reclusos, doutriná-los a “disciplina capitalista de produção” como afirma (BITENCOURT, 1993. p. 30).

Ainda com Bitencourt, o mesmo delineia um cubículo em um mosteiro como sendo um aposento subterrâneo, sendo na verdade uma cela, onde não possuía portas nem janelas, mas tinha sim, luz suficiente e adequada para que os pecantes tivessem passagem ou acesso aos livros sagrados. Assim era a prisão eclesiástica que tinha por propriedade e punição o isolamento, a realização do jejum e a flagelação corporal. É nesse sentido que surge o termo „penitenciária”, ocorrido de penitência. Entretanto, com a hegemonia deste sistema prisional, principalmente na Inglaterra, as prisões regressaram à condição deplorável e desumana anteriormente admitida.

Com a chegada do século XVI, brotou a pena de galés, avaliada por muitos como sendo a mais cruel dentre as aplicadas naquele período histórico, pois prisioneiros de guerra e criminosos de alta periculosidade viravam escravos, sendo acorrentados e coagidos a remar horas a fio, até que se chegasse a um estado de exaustão, isso ameaçados o tempo todo e correndo o risco de serem brutalmente chicoteados.

Já no século XVIII época marcante do Renascimento, também chamado de Iluminismo, criaram-se conceitos e ideais na Europa, como forma de indignação contra o Estado, bem como a maneira sádica da aplicação das penas. A intenção

maior, desta época, era reconquistar a dignidade do homem e seus direitos perante o Estado, sendo protegida, com muita ênfase, a liberdade e a igualdade entre todos. Esse movimento de ideias foi tão forte e decisivo que alcançou o seu auge na Revolução Francesa, que aconteceu em 1789.

Tendo como base a obra de Cesar Beccaria, intitulada “Dos Delitos e das Penas”, de 1764, em que ele, baseado nos ideais iluministas, provocou necessária revolução no Direito Penal vigente à época, resguardando o Princípio da Legalidade e garantindo com evidente inteligência, que só as leis poderiam decidir os casos de incidência de uma pena, respeitada a proporcionalidade entre o delito e o dano causado à sociedade, e que deveria ser aplicada igualmente entre nobres e plebeus, sem distinção alguma. Sabiamente, Beccaria manifestou-se pela vasta publicidade dos julgamentos, notadamente em desfavor das acusações secretas, bem como notou o intento da pena de impedir o cometimento de outros delitos.

Com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inspirada na obra alhures, firmou-se inúmeras garantias e benefícios individuais, mais humanizados do que os adotados em outros tempos, baseados na tortura e nos suplícios. Chega-se então a falência ou o declínio da Pena de Prisão. “ Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, e a separação dos poderes determinada, não possui, em absoluto, Constituição”.¹³.

Beccaria defende seriamente a teoria da prevenção geral da pena, cuja a fundamental intenção seria a de intimidar as pessoas através do agravamento das cominações legais e do cumprimento rigoroso da sanção pena. Os fins da prevenção geral, para Beccaria, poderiam ter objetivos a liberar o homem da opressão e da tirania próprios ao sistema absolutista e feudal vigente na época.

Aqui no Brasil, ainda sob o domínio de Portugal, valiam as Ordenações do Reino, significando que tal ordenamento jurídico espelhava a realidade do sistema penal dominante à época, existindo sanções penais de excessiva austeridade, atrocidade e barbaridade. As literaturas estudadas mostram que as penas infamantes e as torturas realizadas neste país, foram extintas no Brasil, com a

¹³ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 6 de agosto de 1.789, art. 16.

outorga da primeira Constituição política em 25 de março de 1824, numa época conhecida como período imperial (1822-1889), momento em que foram bem-queridas opiniões magnânimas e democráticas protegidas pelo Movimento europeu Iluminista.

Em 1889, mas precisamente no dia 15 de Novembro do mesmo ano, acontece à proclamação da República, nesse dia foi aprovado um Código Penal, padecente de graves vícios, o que derivou em várias mudanças, depois agrupadas e convertidas na Consolidação das Leis Penais de Piragibe, que valeram até a promulgação do Código Penal de 1940.

É pertinente abordar que atualmente a Constituição da República Federativa do Brasil, abalizada em princípios democráticos e garantidores dos direitos humanos, relata, em seu artigo 5º, inúmeros direitos e garantias individuais, referentes essencialmente à dignidade, igualdade e liberdade do homem, estando impedido o emprego de quaisquer penas cruéis e degradantes à pessoa humanas adquiridos sem infiltrar na população o terror e a insegurança jurídica, mas através da eficácia e certeza de punição a qual o Estado se faz presente.

3.4.O Homem e seus Direitos Fundamentais

Verifica-se que de fato que os direitos individuais, inicialmente, expressam marcantes e fortes restrições ao exercício do poder estatal, sobretudo no que se alude ao poder de punir. Ressalta-se também que tais direitos são todos os benefícios que todo e qualquer cidadão tem perante o Estado, tendo, por finalidade, a proteção e o amparo dos interesses do indivíduo contra a arbitrariedade estatal. Atinente ao Direito Penal, os direitos fundamentais ou básicos do homem têm como fundamentos, principalmente, o respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Essas garantias expressas e declaradas, mesmo diante de seu grande valor, apresentaram as suas iniciais conquistas individuais em desfavor da superioridade interminável do poder estatal e a absoluta desmoralização à pessoa humana, em plena Idade Média, já no século XIII, com a notável Magna Charta Libertatum (1215-1225), atribuída pelos barões ao Rei João Sem Terra, momento

em que foi designado o *due process of law* no ordenamento jurídico inglês, destacando-se o seu feitiço protetor no campo do processo penal.

Referindo-se a direitos e garantias fundamentais do homem, não se pode deixar de mencionar a Convenção Americana de Direitos Humanos, apreciada como Pacto de San José da Costa Rica, que ocorreu em 22 de novembro de 1969, onde prega e defende também em um tratado internacional fundamentado no respeito ao ser humano. Em suas declarações é garantido, assim como a Declaração Universal, o direito à vida, à liberdade, à integridade física, psíquica e moral do indivíduo, e, ainda, tratamento decente à pessoa privada de liberdade.

Alusivo à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 destaca-se que esta é orgulhosa de direitos e garantias fundamentais destinadas ao homem, estando assim, em perfeita conformidade com o disposto nos diplomas, ora mencionada.

Há direitos fundamentais formais e materiais. Os formais são os previstos na Constituição Federal¹⁴. Os materiais são os inerentes à pessoa humana, em razão de sua simples existência, conste ou não de algum texto legal, como direito à vida. Todos são igualmente merecedores de respeito. Os formais, por seu turno, dizem respeito à realidade política quando da elaboração da Carta Magna, não constituindo, necessariamente, direito essencial à pessoa humana¹⁵. Porém, sejam formais ou materiais, os direitos enumerados na Constituição precisam ser fielmente respeitados.

Em antecipada definição relacionada ao tema, tem-se que certamente o respeito e garantia à dignidade da pessoa humana, dá-se com o acatamento de todos os direitos fundamentais do homem, consagrados no texto maior, que afiançam as liberdades individuais e ao passo em que servem como limite ao poder do Estado, cujas atividades, no campo punitivo, devem estar em harmonia com os princípios e garantias constitucionais.

¹⁴ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, t. IV.p.7.

¹⁵ Exemplo disso é o preceituado pelo art. 5.º, LVIII: “o civilmente identificado não seria submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Cuida-se de direito individual formal, vale dizer, deve ser respeitado, por opção constituinte, mas não espelha a essência da pessoa humana e não precisaria constar no texto constitucional.

3.5.A Efetivação da Lei dos Crimes Hediondos e a Caracterização do Novo Estupro

Está escrito no art. 5º, XLIII da Constituição Federal que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Baseando-se na obra de MONTEIRO (2002):

Compreende-se que no direito penal do Brasil o termo hediondo não era utilizado até a chegada da Constituição de 1988, como se verifica, no seu art. 5º XLIII se, usassem da expressão “crimes hediondos”, referindo-se à legislação trivial o trabalho para definir esses crimes hediondos. Isso porque, É que, embora que a hediondez, como comportamento humano, ser de fácil entendimento, não precisando então de uma definição, no período em que é edificada à categoria de qualificativo de um delito, pois em função do princípio da reserva legal, torna-se imprescindível que haja uma tipificação legal. Do mesmo modo é que o oportuno texto constitucional, no inciso já mencionado, onde profere que hediondos serão aqueles crimes determinados em lei. Surgiu, portanto a Lei de nº 8.072, de 25 de julho de 1990, como retorno ou resposta ao mandamento constitucional.

Destarte, a Carta Magna sugere que, para os crimes hediondos, seja de fato dado ou aplicado um tratamento normativo mais acirrado por parte do legislador, percebendo que estes delitos instituem crimes de especial gravidade, diante de sua maior reprovação ou não aceitação social, uma vez que despontam um crescente desprezo pela condição humana por parte do agente que praticou o ato criminoso.

Sem dúvida a boa novidade exibida pela Lei 12.015/09 (CUNHA 2009), refere-se justamente sobre à revogação do art.224 do CP, que tratava sobre a extensão do conceito de violência, diferenciando a designada Presunção de Violência, desde que presentes alguns pressupostos instituídos no próprio artigo, que derivaram, por sua vez, a expor um novo tipo penal organizado no art.217-A, que também passou a aparecer no arrolamento dos crimes hediondos ocorridos.

Deste modo, caracteriza-se que crime hediondo é simples e unicamente aquele que independentemente das particularidades de seu acometimento, da brutalidade do agressor, ou do bem jurídico afrontado, conservar enumerado no art. 1º da Lei de n.º 8.072/90. Fica-se então perante a um grupo de delitos que, embora

de objetos jurídicos diferentes e de outros elementos de relação contestável, tem o mesmo tratamento judicial pelo simples ato de que a lei de tal maneira aspirou.

Com a composição que lhe ofereceu a Lei n. 12.015/09, o artigo 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/90, expressa que *são considerados e reconhecidos hediondos os crimes [...] V – estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º)*. A alusão intensa às figuras do *caput* e dos parágrafos não deixa espaço para a dúvida no que se refere à hediondez tanto das modalidades simples como das qualificadas desses delitos, colocando deste modo fim à contestação teórico-jurisprudencial em relação a aplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos ao crime de estupro simples e ainda atentado violento ao pudor simples, ou com violência premeditada, na anterior fórmula com que o Código Penal abordava a matéria.

É deste modo que a disciplina legal referente ao estupro básico pertencente no (art. 213 e §§) e também do estupro de vulnerável (art. 217-A e §§), analisados e considerados crimes hediondos, incrimina o agente às disposições penais e processuais da Lei n. 8.072/90, dentre as quais se destacam a impossibilidade de liberdade provisória, o obrigatório início do cumprimento da pena em regime fechado e a necessidade da execução de frações maiores da pena para aquisição do livramento condicional e da progressão de regime prisional.

Consta-se que a hediondez segue ainda que na forma tentada, que inclusive, mana expressamente do *caput* do artigo 1º da Lei n. 8.072/90. Antes já era essa a compreensão que se tinha antes mesmo da vigência da Lei n. 12.019/05, conforme se verifica: *O art. 1º da Lei 8.072/90 traz o elenco dos crimes que o legislador considera hediondos, entre eles o de estupro, tanto o simples como também o qualificado pelo resultado decorrente da violência, na forma tentada ou consumada* (TJSP, Ap. 313.979-3/5, 1ª Câmara Extraordinária, rel. Des. Oliveira Passos, j. 21-2-2001, RT 790/589).

3.5.1.O Estupro de Vulnerável Previsto no Art. 217-A do Código Penal Brasileiro

De acordo com a importância da introdução da Lei 12.015/09, torna-se clara as diversas e abrangentes mudanças acontecidas no ordenamento jurídico em colocação da nova redação do Título VI do Código Penal. Este que almejava tutelar a moralidade e a eticidade nos expressos comportamentos sexuais.

Contudo, em função dos anseios da sociedade por uma legislação mais contemporânea e ligada as novas concepções e conotações sociais, a respeito da sexualidade, surgem a primeira mudança gerada pela nova lei, qual seja a transformação do Título VI antes referido “Dos Crimes Contra os Costumes”, passando a ser denominado como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. O bem jurídico que agora acerta proteger é distinto do precedente, na proporção em que se inquietava com as percepções sociais acerca da sexualidade, bem como os valores morais atribuídos a esta, e não com o campo individual do ofendido.

De acordo com Greco (2010) pode-se definir “como bens juridicamente protegidos pelo art.217-A, tanto a liberdade quanto à dignidade sexual” competindo distinguir também “o desenvolvimento sexual como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo”. Neste percurso, o objeto material do delito é referente a criança, ou seja, aquele que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos advertidos pelo caput do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e o adolescente menor de 14 (catorze) anos, bem como a vítima a que está investida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento suficiente para a prática do ato, ou que por outra razão, não pode oferecer resistência ao agente.

A recente composição constante do título VI do Código Penal em seu art. 217-A, dispõe: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”. Assim sendo, devem-se ressaltar os elementos deste tipo: a conduta de ter conjunção carnal; ou praticar qualquer outro ato libidinoso; com pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Assim é que, Rogério Cunha afirma, puni-se o agente que chegar a ter união carnal ou que praticar outro ato libidinoso com vítima com menos de 14 anos (caput), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou incapaz de

discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, sem condições de oferecer resistência pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo agente.

Referente aos sujeitos do delito em diagnóstico rege-se a seguinte caracterização, o sujeito ativo “pode ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino desde que maior de dezoito anos (delito comum). Sujeito passivo pode ser pessoa de ambos os sexos, desde que se encontre na faixa etária dos catorze anos ou esteja em estado de vulnerabilidade”. É oportuno lembrar que houve mudança quanto ao sujeito passivo do crime de estupro, visto que preteritamente este crime só poderia ser feito por pessoa do sexo masculino, sendo ordenada ainda e ocorrência da “cópula vagínica”.

Considerando a conduta narrada no art. 217-A, compreende-se que o crime de Estupro de Vulnerável aceita apenas a modalidade dolosa, de acordo com que o preceitua o art. 18, I do Código Penal: “doloso, quando o criminoso almejou o resultado ou ostentou o risco de produzi-lo”. Podendo, pois o dolo ser direto, quando caracterizado que o “sujeito tende a certo e determinado resultado” , ou seja, quando o agente souber da circunstância da vítima ser menor de 14 anos, escolhendo ainda assim pela efetivação da conduta; ou eventual, quando o “sujeito assume o risco de causar o resultado” , isto é, quando o sujeito mesmo não tendo certeza quanto à idade da vítima, mas que podendo percebê-la por seu aspecto físico, acolhe o risco de concretizar o ato.

Entretanto, não sabendo o autor da idade da vítima por esta ter um desenvolvimento físico que a faça sugerir adulta, incide o que está previsto no art. 20, do CP: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”, não havendo, pois a previsibilidade da modalidade culposa, e se o agente não praticar o ato sexual mediante violência, nem grave ameaça, cancela o dolo e a tipicidade da conduta.

Deste modo, o crime de Estupro de Vulnerável se efetiva na ocasião em que o autor tem a conjunção carnal, com a penetração, total ou parcial, ou então pratica ação libidinosa diferente do coito vaginal. A tentativa é aceita e se dará, quando por circunstâncias alheias à vontade do agente, este não conseguir fazer a conjunção carnal ou o ato libidinoso necessário para que se comprove o tipo.

Assim sendo, qualifica-se o tipo no que tange ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão-própria, e comum nas demais situações; crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei ordena que seja a vítima menor de catorze anos; comissivo; material; de dano; instantâneo; de forma ligada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de uma conduta dirigida a prática de outros atos libidinosos); monossujeito e plurissubsistente.

4. CONHECENDO O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A PUNIÇÃO DO ESTUPRO NO PRESENTE

4.1.Noções preliminares Sobre a Prisão

De início é pertinente realizar um retrospecto em relação à criação ou surgimento das prisões e sua intencionalidade. Há histórias da existência de prisões na bíblia e muito antes dos registros cristãos. Os primeiros cativos datam de 1700 a.C. e sua inicialmente sua intenção era a de enclausuração dos escravos angariados como espólios de guerra.

As instituições penais foram criadas por exigência do próprio homem, surgiu da precisão de um ordenamento que fosse coercitivo e que assegurasse a paz e a tranquilidade em detrimento de uma convivência harmoniosa com os demais seres humanos. Refere-se de uma obrigação do próprio relacionamento próprio ao contrato social. (CANTO, 2000 p. 12).

Consta-se que nas primitivas prisões e casas de força a pena era dada como detenção eterna e solitária em celas muradas. Porém, no século XVII, a pena privativa de liberdade foi distinguida como substituta da pena de morte e, até o século XVIII, grande número de casas de detenção surgiu.

De acordo com Foucault (p.195, 2007).

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirá-los o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza [...]

Comprova-se que a intenção das prisões eram de fato abolir forças desfavoráveis e não de reintegração ou recuperação social do infrator. Da mesma forma os locais usados não eram presídios ou cadeias. Estes locais poderiam ser utilizados em locais diversos, tais como masmorras, torres, castelos, locais largados ou qualquer outro local que pudesse possibilitar esta reclusão.

Constata-se na literatura que os principais crimes nos tempos remotos se davam através do endividamento, da desobediência, do desrespeito às autoridades, normalmente contra reis e faraós, do fato de ser estrangeiro ou prisioneiros de guerra, mas este aprisionamento não estava estritamente relacionado à sanção penal visto que não existiam códigos de regulamentação social, Por esta causa o próximo estágio desta reclusão normalmente era deliberadamente a tortura e conseqüentemente execução.

O formato das prisões da atualidade foi criado pela Igreja para impedir divergências de caráter religioso. No decorrer da Revolução Industrial as prisões foram evoluindo com o nascimento do capitalismo e os crimes de capital, tais como prisão por dívidas. Neste período já havia relatos de prisão preventiva.

Em função do acentuado desenvolvimento do estado de pobreza que se alastrou por diversos países europeus que colaboraram para o aumento da criminalidade, implantou-se um grande movimento de racionalização do Direito, da Execução Penal e muito mais recentemente o reconhecimento dos direitos humanos e dos Jus Naturalismo veio adicionar a cobrança da ética e o respeito à moral e dignidade do indivíduo.

Apenas em 1830, o Código Criminal teve a função de regulamentar a Pena de Prisão e individualização das penas. Anteriormente, já era conhecido o Código de Hamurabi (Lei de Talião), porém este, apesar de pôr normas de relacionamento, tinha bases estritamente religiosas e maneira vingativa.

4.2. Condições Atuais do Sistema Prisional Brasileiro

Verifica-se através de relatos documentais, o descaso que é oferecido para a temática do sistema prisional vigente na sociedade brasileira. Diante disso, os aspectos relacionados à questão da prisão de homens e mulheres no Brasil marcam e apontam para um problema social onde figura-se uma estrutura penalizada e digna de reformulação.

Na atualidade constata-se um panorama onde se pode reconhecer de forma evolutiva o amadurecimento e aperfeiçoamento da ciência do direito em detrimento do homem, com isso consegue-se materializar reconhecer a necessidade de respeitar os direitos humanos, a integridade física e moral do indivíduo, ao

mesmo tempo em que encontramos principalmente o uso do Direito Penal como principal ferramenta da Política Pública para tentar prover ou complementar as carências e deficiências nos conflitos sociais que estariam reprimidos na responsabilidade as outras áreas inerentes ao Direito.

A Constituição Imperial de 1824, reafirmando a preocupação com sistema prisional, definia: “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”. (Constituição de 1824, p. 34)

Mas o Sistema prisional vigente exibiu-se bastante complexo, no que tange à estrutura física, uma vez que abrange variados modelos de estabelecimentos prisionais, isto é, como unidades penitenciárias e extra-penitenciárias, pois para cada uma delas deve-se conferir sua distinção, tendo o legislador definido os estabelecimentos do Sistema, destinando cada qual a um fim (D’Urso, 1996, p. 44-45).

Por outro lado verifica-se que a crise atual do sistema prisional brasileiro não é um “privilegio” da atualidade e sim um prosseguimento produto gerado ao longo de um processo histórico evidenciado pelo escravismo do período colonial, mas que se complica e adoece com a falência gerencial.

Em função desta falência do sistema prisional brasileiro verifica-se uma quantidade exagerada de ex-detentos restituídos à sociedade sem qualquer tipo de reabilitação ou ressocialização. Pelo contrário, constata-se que eles retomam a liberdade mais próxima da criminalidade e seus agravantes.

Na maioria das causas da criminalidade é possível constatar de forma nítida a corresponsabilidade do Estado pelas infrações ocasionadas por indivíduos que tiveram negados os seus direitos naturais, tais como direito à vida, saúde e educação, tornando-se portanto indivíduos socialmente excluídos mesmo após terem cumprido a sua pena.

Segundo COELHO (2003, p.1):

A nossa realidade é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso se amontoa a outros em celas (seria melhor dizer em jaulas) sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas, de tal forma que, em

não raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto outros revezam em pé.

Ao invés de ser uma instituição destinada a reeducar o criminoso e prepará-lo para o retorno social a prisão é uma casa dos horrores, para não dizer de tormentos físicos e morais, infligindo ao encarcerado ou encarcerada os mais terríveis e perversos castigos.

Antes de ser a instituição ressocializadora, a prisão tornou-se uma indústria do crime, onde os presos altamente perigosos tornam-se criminosos profissionais, frios, calculistas e incapazes de conviverem fora do presídio.

Hoje os juízes sentenciam, condenam o acusado ou acusada a uma pena. E sem se dar conta, condenam os réus a outra pena muito mais grave. No despojamento frio do texto do Código, a sentença aparece como uma privação da liberdade. Na realidade, muitas são cumpridas com requisitos da Casa de Correção Imperial.

Mesmo com a evidência dos problemas no sistema prisional o art. 37, 6º, da CF, impõe responsabilidade de forma prática e direta pelos danos ocorridos aos detentos enquanto estes estiverem em custódia no sistema prisional, precisando o Estado indenizar os danos materiais e morais do detento se este comprovar o nexo de causalidade entre a lesão e o dano. Esta responsabilidade considera tanto a ação quanto a omissão da instituição prisional. Deste modo, a morte de um detento determina o direito à indenização para a família do detento morto, ainda que este tenha sido assassinado por próprios companheiros de cela.

4.2.1. Problemáticas Detectadas nas Prisões Brasileiras

As problemáticas condições do sistema prisional brasileiro são largamente conhecidas e lançadas em numerosos relatórios e divulgadas por organismos nacionais e internacionais da defesa dos direitos humanos. Nisso, incluem-se a superpopulação carcerária, a ausência de individualização da pena, as dificuldades de acesso à defesa e a outros direitos estabelecidos na Lei de Execuções Penais são situações corriqueiras nas prisões do Brasil (Wolff, 2007, p. 15).

Espaço físico totalmente impróprio:

- Com atendimento médico, odontológico e psicológico reconhecidamente insatisfatório;
- Sendo direitos do preso tratados como liberalidades;
- Com uma quantidade considerável de presos que poderia já estar em liberdade por causa da Progressão Penal ou pelo cumprimento da pena;
- Dificuldade na falta de ingresso efetivo à Justiça ou Defensorias Públicas;
- Segurança Pública não consegue inibir as atividades do crime organizado que consegue orquestrar diversas atividades retaliativas junto à sociedade, como o ataque ordenado contra policiais, fechamento de comércio e escolas, execuções sumárias, paralisação dos transportes coletivos e atentados a prédios públicos;
- Tortura e maus-tratos, corrupção, negligência e outras ilegalidades praticadas pelos agentes públicos, além da conivência destes às movimentações que redundavam em fugas e rebeliões, inclusive com saldo em mortes de presos;
- Incapacidade da Segurança Pública em manter a ordem e aplicar a lei com rigor sem desrespeitar os Direitos Humanos dos apenados bem como incapacidade em cumprir as normas firmadas nos acordos internacionais, os quais o Brasil é signatário;
- Rebeliões e atentados frequentes nas prisões;
- Entrada de materiais proibidos que dão apoio ao crime dentro e fora da prisão, tais como aparelhos celulares e armas brancas.
- Infelizmente o Estado ver-se na maioria das vezes impotente e não consegue aplicar a tecnologia existente de forma a prevenir ou inibir o crime, tais como Bloqueador de Radio frequência, Raios-X, e Detector de Metais.

A junção de todos esses fatores negativos mencionados, coligados ainda à falta de segurança das prisões e ao ócio dos detentos, induz à deflagração de outro grave problema do sistema prisional brasileiro: as rebeliões e as fugas de presos. BITENCOURT, (p. 98, 1993).

4.3.O Autor do Crime de Estupro no Brasil Ainda Vive Sob a Lei de Talião

Em um País onde se prega e se vive o Estado Democrático de Direito para todos sem distinção, até mesmo para o cidadão que está preso sob a responsabilidade do Estado, surge então à figura do estuproador sendo vítima de crime idêntico no seu encarceramento, desmistificando assim, os seus direitos estabelecidos na Constituição Federal e sentido o peso da antiga Lei de Talião para consigo. “O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um modelo de fábrica, mas um trecho flagrante da humanidade.” (NELSON HUNGRIA 1958).

Como já foi mencionado neste estudo, distingue-se como Talião o antigo sistema de penas pelo qual o autor de um delito devia sofrer castigo igualmente ao dano por ele ocasionado a outra pessoa. Esse sistema vivificou em muitas legislações antigas. O adágio popular OLHO POR OLHO, DENTE POR DENTE fora vivenciada durante muito tempo em quase todas as Leis das diferentes Nações. A pena de Talião foi exercitada de modo mais abrangente e habitualmente na Idade Média.

A Lei de Talião, ainda que brutal e totalmente desprezível aos tempos modernos, era uma necessidade preeminente daquela época em que o homem era bárbaro, período em que o homem tinha pouca ou nenhuma consciência do que era o respeito ao seu semelhante, e que só era contido pelo medo dos castigos, tão ou mais bárbaros do que o próprio ato praticado. A Lei de Talião era decifrada não só como um Direito, mas até como uma reivindicação social de vingança em favor da honra pessoal, familiar ou tribal. (MIRABETE, 2000).

A história apresenta protótipos de vários sistemas arbitrários, violentos e totalmente desumanos, como os sistemas feudais e monárquicos europeus, nos quais a crueldade era legitimada em contrapartida a determinados atos avaliados insanos. (COMPARATO, 2007).

A pena de Talião e outras desumanas esvaneceram nas legislações modernas na quase totalidade dos Países, sob a influência de novas doutrinas e novas tendências humanas pautadas com o Direito Penal. (AMARAL, 2009).

Aqui no Brasil com a Constituição de 1988, existiu a consolidação da cidadania que tinha sido proposta há 40 anos antes dessa data, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Do mesmo modo, a Carta Magna trouxe no seu bojo a consagração dos Direitos Humanos. Houve a ansiedade primordial do Constituinte com o cidadão, garantindo-o, a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em função desses aclamados preceitos a nossa Lei Suprema arrebanhou o título de Constituição Cidadã.

O art. 5º da Constituição Federal que estabelece a igualdade de todos perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, especifica também os Direitos do preso e do processado através dos seus itens: (CRETELLA, 2000).

XVLIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A Lei de Execução Penal põe os outros princípios inerentes ao preso a serem observados pelas Autoridades constituídas. Apesar do lapso de tempo decorrente do vigor da atual Constituição, o Estado Nação e os Estados Membros ainda não conseguiram concluir tais preceitos pautados a esses direitos à contento, sobretudo no que tange à questão dos estabelecimentos prisionais diferentes de acordo com a classe do delito de cada apenado ou processado. (PIOVESAN, 2000).

Com o assustador crescimento da criminalidade em todo o Brasil, os presídios estão cada vez mais superlotados, fazendo com que as Delegacias de Polícia que não tem essa pertinência, também guardem detentos múltiplos e variados, sem as mínimas condições físicas ou apropriadas para suportar ou comportar por vezes mais de 12 indivíduos numa pequena cela que seria destinada para dois ou três presos provisórios. (PIOVESAN, 2000).

Em muitos lugares do Brasil, por não haver cadeias ou presídios apropriados, suficientes e ainda por falta de espaço físico todos os presos acabam habitando o mesmo pavilhão, na mesma ala ou até na mesma cela, independente da natureza do seu delito, e por vezes, independente de ser condenado ou processado.

O papel da mídia é muito importante, pois sempre que oportuno mostra as condições miseráveis e desumanas em que vivem os detentos na grande maioria das Unidades Prisionais do Brasil, e fala também dessa questão do estuprador quando da sua permanência em cárcere que já se tornou pública e notória sua condição.

Deste modo, o autor do crime de estupro, mesmo antes de ter sido julgado, mesmo antes de ser condenado, considerado culpado, antes do trânsito em julgado da sua sentença condenatória, na euforia dos ânimos, no trâmite do seu processo, às vezes até em fase de Inquérito Policial, por falta de opção e adequação, é colocado em meio a criminosos diversos, e em consequência, pela praxe antiga ou prática usual dos presos quanto a esse tipo de delinquente, é molestado sexualmente, é usado sexualmente à força, é estupro na verdadeira demonstração da palavra que de acordo com a nova concepção do crime de estupro, caracterizando assim a pena de Talião dentro do Estado Democrático de Direito, por falha e negligência absoluta do Estado-Custódia. (PIOVESAN, 2000).

Para o indiciado pelo crime de estupro que ainda está respondendo a processo e que na verdade é realmente inocente, sobra-lhe o trauma interminável e a indignação eterna de uma injustiça sem objeto. Já para o acusado do crime de estupro que realmente é culpado, resta-lhe o conformismo de aceitar a condenação de duas penas distintas decorrentes do seu ato criminoso. (MESTIERI, 1982).

Já para os estupradores do julgado estuprador, resta-lhes a “glória”, o “respeito”, o “aplausos” vindo dos seus próprios colegas de desgraça, da população carcerária e também de boa parte do povo brasileiro que assim entende e compreende como sendo Justiça feita. (MESTIERI, 1982).

Esses delituosos que cometem tal delito idêntico ou pior em nome da Lei de Talião, quase sempre ou nunca irão responder a processos ou serão condenados, sobretudo por falta absoluta de provas testemunhais, vez que, interior dos cárceres prevalece a Lei do silêncio sob pena capital ao seu delator, ademais, as próprias vítimas optam por calar-se ao risco de morte certa pela comunidade carcerária em caso cobrar providências das autoridades constituídas.

Deste modo, os algozes de Talião que na verdade fazem o crime de estupro contra os próprios acusados, e que precisariam estar condenados a pagar penas inferiores por prática de outros ilícitos, saem íntegros do novo delito e sentem-se os exatos paladinos da Justiça de Talião.

4.4.A Possibilidade de Prevenção do Estupro no Interior das Prisões

Sendo dúvida existem muitas maneiras de se fazer a prevenção do estupro no interior das prisões. Esse tipo de abuso é certamente consequência de péssimas e desumanas políticas públicas aplicadas, aliadas a práticas perigosas e irresponsabilidades de agentes penitenciários com punições desumanas e completamente desnecessárias a integridade física e psíquica do ser humano.

Ressaltando o desenvolvimento histórico dos sistemas punitivos, estudado por Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, em todos os tempos, averigua-se que o a intenção do Estado em punir sempre mudou de acordo com os interesses dominantes em cada época. Assim, quando o corpo era o único bem que tinha o indivíduo, por um longo período, a humanidade assistiu e até se saboreou com a imposição da pena de tortura, do corpo supliciado, esquartejado, exposto vivo ou mortos.

Por outro lado, presencia-se que muitas unidades prisionais tomam medidas básicas de precaução que garantem e protegem os seus reclusos. Um trabalho bem sucedido e que serve como parâmetro é o afastamento ou separação de presos de acordo com a natureza do crime e por disposição a cometer violência sexual a outros detentos.

Segundo (ZALUAR, 1996, p. 35-36):

No Brasil infelizmente ainda vivem muitos elementos do sistema inquisitorial de fazer justiça. A confissão do acusado permanece sendo mais importante do que a evidência alcançada mediante investigação. Daí a prática constante das torturas em delegacias e quartéis. A isso se chama 'inquérito'. Na fase posterior, na maior parte das vezes, os processos judiciais continuam secretos. As sentenças, dadas por escrito, continuam sem a audiência pública e aberta das várias partes envolvidas. As investigações chegam até o juiz pelos policiais que não são controlados pelo Ministério Público, nem inquiridos em sessão aberta ao público para que todos possam apreciar a veracidade das 'provas' por eles pautadas contra os acusados.

Existem programas de treinamento podem auxiliar a equipe da prisão a conservar os presos seguros e a investigar denúncias de estupro de forma adequada e precisa. É muito importante também que o diretor da unidade prisional deixe de forma clara e objetiva que os abusos sexuais e estupros, cometidos por agentes carcerários, funcionários ou por presos, não serão de maneira alguma admitidos. Somado a isso, as vítimas devem se sentir seguras para fazer as denúncias, sem que sofram retaliação ou possíveis futuros abusos de outros elementos.

Fatalmente o estupro está mais vulnerável de acontecer em prisões que não permitem, ou desencorajam a revisão de suas políticas, procedimentos e o controle de seu quadro funcional. Em muitas unidades prisionais os funcionários que estão em posições de poder são submetidos a pouco ou nenhum escrutínio, e não têm de prestar contas a ninguém.

Para resguardar a segurança dos seus reclusos, as prisões devem adotar um forte sistema de monitoramento interno e estarem preparados a se submeter a auditorias regulares por organismos externos. Os dados coletados por ambos os monitoramentos internos e externos sobre estupros deveriam ser disponibilizados para o público a fim de que todos tivessem ciência dos fatos apurados.

4.5. Em Defesa do Estuprador? Não!

Diz-se que a execução de um estupro sempre invalida o outro.

Essa esta afirmação parece um tanto contraditória, pois o estupro é decidido e só é admissível através de um ato sexual, é uma relação que modifica o outro em objeto ou uma peça. E, ainda que seja uma conjunção carnal, concretiza-se através de seu contrário, como uma não relação. De sujeito a objeto, o outro não tem dor, voz, desejo, vontade, ou direito. Dominado à força, mando e violência, tem abolido a liberdade e o controle sobre sua sexualidade, assim como o direito de dispor do próprio corpo.

Por se tratar justamente de um comportamento social tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, quando, e se o estuprador for preso pela Polícia, ele deverá certamente responder a processo penal, e se for atestado seu

dolo, deverá sofrer julgamento e conseqüentemente condenado à pena de reclusão em unidade carcerária.

Contudo, a maneira como acontece à realização de punição aos estupradores dentro do sistema carcerário nos conduz infelizmente para a uma nova situação paradoxal, explícita e ao mesmo tempo ilegítima e abusiva: a imposição interna existente nas cadeias impõe que os estupradores também sofram “estupro”¹⁶ pelos seus pares, ficando um tanto quanto visível a omissão do estado diante dessas situações.

A realização dessa prática, que entende-se com sendo um problema jurídico e social, é do conhecimento de todos, onde os presos impõem uma “lei” que deve conduzir as condutas no cárcere¹⁷ sendo definida do seguinte modo: Quem entra com estupro é (deve ser) estupro. E o que é pior, sabe que é uma regra inalterável, devendo ser seguida a risca e que nunca deve ser anulada. Ainda que existam pessoas dentro da cadeia que possam ter cometido estupro nas ações dentro da vida no crime, é o fato de ser acusado, julgado ou condenado pelo crime de estupro que faz do sujeito um objeto pré-determinado para a ação de vingança, através do “estupro” e outras violências, pelos outros presos.

Trabalha-se com diferentes e inúmeros tipos de regras, de coerção e de punição, sejam de ordens jurídicas ou não jurídicas. Em se tratando termos jurídicos perante a um ato ilícito, o sistema de justiça penal, incluso dos critérios formais e legais de juridicidade, e enquanto dever ser jurídico, revida condenando o estuprador à pena de prisão. Entretanto, em termos não reconhecidos como jurídicos, dentro da prisão a organização entre os presos atribui outra condenação, formal e totalmente ilegal, que infelizmente tem conseqüências aguardadas e recorrentes para os estupradores.

Considerando o paradoxo entre sujeito e objeto, ao protegermos o “outro-”mulher” subjugada com vítima de estupro e da dominação masculina, socialmente,

¹⁶ MARQUES JR., Gessé. A vida no fio: crime e criminalidade num albergue de presos. Mestrado em Antropologia Social (Dissertação). IFCH, UNICAMP. 1991.

¹⁷ A relação entre estuprador e cárcere também aparece nos seguintes autores: COELHO, Edmundo Campos. A oficina do diabo: crise e conflito no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, IUPERJ, 1987; IRWIN, John. The Jail: managing the underclass in american society. Berkeley: University of California Press, 1987; RAMALHO, José Ricardo. O mundo do crime: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

e através do sistema atribuímos ao seu algoz as mesmas espécies de sofrimento e anulação do “outro” que enquanto norma de proteção e reconhecimento do sujeito de direito, repudia-se para a(s) sua(s) vítima(s).

Ainda que estes díspares conceitos jurídicos provoquem diferentes momentos na vida do indivíduo na sua relação com o sistema de justiça, o estuprador pode sofrer o “estupro” em qualquer momento na vida no cárcere, seja no distrito policial, na cadeia ou em penitenciária.

Ao passo que se conduz o indivíduo a prisão, enquanto suspeito ou acusado do crime, a polícia através de seu poder e autonomia pode, mesmo que direta ou indiretamente, atribuir o sofrimento na mão dos seus pares, ainda que posteriormente seja comprovada sua inocência, e ainda que a acusação de estupro não tenha fundamentação. E, mesmo que o réu seja absolvido, é muito provável que sofra várias formas de violência durante sua passagem pelo cárcere.

Para alguns juristas a definição de sistema de justiça emprega-se “ao conjunto de instituições estatais encarregadas de assegurar os preceitos constitucionais, de aplicar a lei e de distribuir justiça”. Se esta é compreendida como uma definição muito extensa e abrange o poder legislativo, executivo e judiciário; por outro lado, essa mesma definição possibilita pensar as atividades de aplicação e distribuição de justiça como uma atividade que não é restrita simplesmente ao Poder Judiciário.

4.6.Direitos Humanos Sendo Respeitados

4.6.1.Estupradores Ficam na Ala dos Evangélicos Para Não Sofrerem Violência

Estupradores encarcerados no Estado do Mato Grosso são beneficiados pelos Direitos Humanos para não correrem o risco de serem violentados até a morte dentro das penitenciárias. O acusado de estupro, mesmo preso por preventiva ou temporária, fica em isolamento, em uma cela especial, pois os presos seguem um tipo de "código de ética da criminalidade" e ele sofrerá violência e tortura caso fique junto dos outros. Na maioria dos casos, principalmente quando o crime cai na mídia,

o juiz determina a prisão e em observação determina que o reeducando seja colocado em cela especial.

Para a representante do Movimento Nacional de Direitos Humanos do Centro Oeste, Daleti Soares de Souza, como no Brasil não há pena de morte, devido a isto, os presos da ala comum, não aceitam este tipo de crime, e quando entra um estuprador, todos o violentam. “A pessoa tem que cumprir a pena, ninguém é a favor da impunidade, porém, ela não pode entrar na cadeia para morrer. A pessoa está sob tutela do Estado, e só perde o direito da liberdade. Em hipótese alguma deve perder o direito da vida”, afirma Daleti Soares.

Ainda segundo ela, como no caso de Cuiabá, onde a Cadeia Pública do Corumbá e a Penitenciária Central do Estado (antiga Pascoal Ramos) não tem estrutura suficiente para atender os reeducandos em geral. “Devido a isto, muitos são colocados na ala dos evangélicos, já que neste local, o risco é quase zero de ser violentado. As pessoas se convertem e prometem pararem de pecar, com isso, mesmo não concordando com o crime de estupro, não violentam o reeducando”, afirmou Daleti Soares.

Ainda segundo a Sejudh, não há como saber quantos reeducandos que estão presos cometeram o crime de estupro, pois o sistema está sendo trocado no órgão e eles estão sem banco de dados por tempo indeterminado. Mas com precisão informaram que menos de um mês, um pai acusado de abusar sexualmente da filha está em uma cela sozinho. Neste caso, ele não sai da cela para nada, recebe alimentação e produtos de higiene no local. Os outros reeducandos acusados de estupro estão no setor dos evangélicos.

Um homem que for condenado por ter cometido um estupro receberá uma pena que varia de 6 a 10 anos de prisão, de acordo com o artigo 213 do Código Penal Brasileiro, em regime fechado. O crime é inafiançável e a possibilidade de condicional ocorre apenas depois de cumprir dois terços da pena ¹⁸.

Neste caso, o movimento acompanha apenas os acusados e as suas famílias. Para o acompanhamento das vítimas a Capital conta com o Centro de

¹⁸ Disponível em: <http://reportermt.com.br/ultimas_noticias/noticia/14137> Acesso em: 20 de março de 2013 às 20h15min

Referência Especializado de Assistência Social (Creas), o Centro de Referência da Assistência Social – CRAS/PAIF, entre outros grupos, segundo a Representante dos Direitos Humanos.

Ainda o movimento afirma que, o principal papel do grupo é defender todos os direitos das pessoas, que estão dentro do sistema prisional. “Nossa maior briga é pela inoperância do estado em relação ao sistema penitenciário. O tratamento é cruel, há falência no sistema, acusados de crimes diferentes fica misturados. Lutamos pela recuperação dos reeducandos”, afirmou Daleti Soares.

4.6.2. Estuprador Fica em Cela Isolada

O risco de um atentado contra a integridade física do preso Anderson Ferreira da Silva, o “Maníaco do Eldorado”, 28, estuprador confesso de 15 mulheres, levou a direção do Sistema Penitenciário de Manaus a requerer a transferência dele para um presídio federal, segundo o secretário executivo de Justiça e Direitos Humanos (Sejus), coronel Bernardo Encarnação.

Segundo Encarnação¹⁹, Anderson da Silva está preso em uma cela separada dos demais detentos na Unidade Prisional do Puraquequara (UPP), na Zona Leste, e os demais internos já sabem que ele está lá. A rejeição à presença de presos acusados de estupro nas cadeias faz parte da subcultura carcerária e está presente em todos os presídios do Brasil. Os presidiários ficam sabendo das acusações contra o preso antes mesmo dele chegar à cadeia e muitas vezes já avisam que tal preso não é bem-vindo.

Atualmente, nas cadeias públicas de Manaus, existe uma ala destinada a presos acusados de estupro e de crimes contra crianças. De acordo com informações de guardas penitenciários, que preferem não revelar o nome, o sentimento dos internos com quem pratica esses tipos de crimes é de revolta, o que leva a fazer justiça com as próprias mãos. No caso de suspeitos de estupro, na maioria das vezes eles são violentados e, quando há uma rebelião, são os primeiros a “irem para o sal”, ou seja, na linguagem dos presos, serem mortos. A situação de

19 Disponível em: < http://acritica.uol.com.br/manaus/Amazonia-Amazonas-Manaus-maniaco-eldorado-estuprador-pode-morrer-cadeia_0_659934035.html> Acesso em: 21 de março de 2013 às 19h45minh.

Anderson da Silva está sendo analisada pela direção do presídio e pelos juízes da Vara de Execução Penal (VEP), que entraram em contato com o Departamento Penitenciário Nacional, verificando a possibilidade da transferência do preso para uma unidade federal.

No histórico das rebeliões das cadeias públicas de Manaus houve casos em que estupradores foram feitos reféns, mutilados, tiveram suas orelhas cortadas e outros foram mortos com requintes de crueldade. “Estamos cuidando da segurança do preso, já que, enquanto ele estiver em uma das nossas unidades, o Estado é responsável em manter a integridade física dele”, disse Encarnação.

4.7.Aspectos do Centro de Recuperação de Marabá (CRM) e Centro de Recuperação Agrícola Mariano Antunes (CRAMA)

O Centro de Recuperação de Marabá–CRM atualmente funciona em um prédio independente localizado na Folha 30- Lotes Especiais - Nova Marabá. É de responsabilidade do Estado do Pará e é coordenado pela SUSIPE - Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará.

Este centro funciona como casa de passagem, enquanto os detentos aguardam seus julgamentos. Um dos objetivos da casa de recuperação seria o de promover os direitos de cidadania dos detentos, apoiando-os no resgate de sua identidade, na sua inserção na sociedade por meio da iniciação ao trabalho, ao estudo e a outras alternativas capazes de proporcionar a dignidade humana a eles.

A situação presenciada neste centro, não é diferente da maioria das casas de detenção do Brasil, no CRM são constatadas problemáticas geralmente de exclusividade de presídios, tais como superpopulação carcerária, falta de higiene, alimentação inadequada feita pelos próprios presos, comportamentos violentos entre os próprios detentos e até mesmo por parte dos policiais e agentes prisionais. Uma casa que deveria ser de recuperação, na verdade funciona como algo desumano, pois suas condições estruturais em nada contribuem para recuperação ou ressocialização do detento.

Enquanto aguardam a tramitação do processo, os detentos abrigados no CRM estão sujeitos a um “código de conduta” imposto por eles mesmos com suas

normas e formas de execução. Sendo constatado nisso, a violação de princípios e a omissão do Estado diante desse poder paralelo existente no Centro.

De acordo com as entrevistas ali realizadas os detentos mais antigos têm poder sobre os demais, sendo que os mais novos executam tarefas como lavar as roupas, limpar a cela, lavar banheiro e preparar o café. As tarefas vão diminuindo ao passo que o tempo de detenção vai aumentando. O detento que descumprir tais regras é punido de acordo com a gravidade do ato lesivo praticado.

No que tange ao estuprador, atualmente, este é colocado numa sela com os presos considerados de maior periculosidade, onde são chamados de “os blindados”. A direção da casa de detenção adotou essa medida visando proteger a integridade física destes criminosos, tendo em vista que os mesmos são constantemente ameaçados pelos demais em razão da natureza do crime que cometeram.

No CRM não há registro de agressão aos estupradores, até mesmo porque a extensão da área do estabelecimento é pequena, o que facilita uma maior vigilância por parte dos carcereiros.

Todavia, os acusados de estupro que ali se encontram estão sempre a espreita, tendo em vista que o risco de serem agredidos é iminente. Alguns até omitem o crime que cometeram temendo por suas próprias vidas.

No que concerne ao CRAMA, trata-se de um Centro de Recuperação Agrícola afastado do centro urbano de Marabá, onde abriga, em sua maioria, os presos que já tiveram seus processos sentenciados.

Por se tratar de uma área rural e maior que o CRM, detém maior quantidade de detentos, inclusive do gênero feminino ainda que cumpram suas penas em alas separadas.

Esta casa prisional também possui as características das demais, uma vez que a problemática aqui enfrentada é a mesma, senão pior.

As celas estão superlotadas, deterioradas, a temperatura é quase insuportável durante o dia, o odor fétido é intragável, alimentação feita pelos próprios detentos, equipamento de primeiros socorros precários.

Em meio a todas essas situações inabitáveis, surge uma preocupação ainda maior, no que se refere a aplicação da pena ao estuprador.

Várias são as vezes que ocorreram o cometimento de crimes contra os criminosos estupradores que são levados a cumprir suas reprimendas no Crama. Dentre os crimes contra eles cometidos, estão estupros, lesões corporais graves, homicídio, tortura, ameaças, etc.

Não se tem registro de que os delitos cometidos contra os estupradores, seja pelos demais presos, seja pelos agentes carcerários e/ou policiais, são denunciados, processados e ao final reprimidos. De acordo com as entrevistas feitas no CRM com detentos que já estiveram no CRAMA, os presos acusados de estupro, ou até mesmo os sentenciados, correm grande perigo quando ali chegam.

Lá eles são conhecidos como “Jhecks” e caso sejam colocados em meio aos outros apenados são brutalmente agredidos, estuprados, violados, humilhados...

As agressões acontecem antes mesmo de haver a condenação, às vezes o acusado pode até ser inocente, porém, ainda assim não tem seus direitos preservados.

O CRAMA está sempre na pauta da sociedade marabaense quer seja pelo trabalho desenvolvido no intuito de ressocialização, quer seja pelas falhas do Centro ou ainda por fatos graves e marcantes envolvendo o funcionamento.

É interessante explicitar alguns desses fatos noticiados pela imprensa local a fim de que se possa ter uma noção maior e melhor de aspectos relacionados ao CRAMA.

A seguir, exibe-se algumas matérias apresentadas nos noticiários de circulação local:

“Homem é preso acusado de estupro e morte de 13 anos no Pará”

A Polícia Militar de Caxias prendeu na tarde desta quarta-feira (14) um homem acusado de Estupro e Homicídio. Walber Pinheiro dos Santos, vulgo “Negão da Angélica”, de 33 anos, mecânico, foi detido na casa de familiares, no povoado Capão, município de Caxias. Ele tinha um mandato de prisão pela 4ª Vara Penal de Marabá (PA), desde Julho de 2009 e era considerado foragido da justiça.

De acordo com a polícia, Walber é acusado de estupro e assassinar uma criança de 13 anos, em 2008, no Pará. A menina era sua

enteada e morava com ele e a mãe. Segundo informações, o homem matou a criança com 12 facadas, na frente dos familiares dela, depois de a mesma ter recusado a manter relações sexuais com o padrasto. A suspeita é que ele abusou da menor por dois anos.²⁰.

Depois de prestar depoimento no 1º DP de Caxias, "Negão da Angélica" foi encaminhado para o CCPJ. Ele aguarda a chegada de viaturas da Polícia Militar do Pará para ser transferido para o Centro de Recuperação Agrícola Mariano Antunes (Crama), em Marabá, onde aguardará julgamento. Walber Pinheiro Santos responderá por Estupro e Homicídio Qualificado, com pena de até 30 anos de prisão.

“Soou como uma bomba a notícia dando conta de um suposto assédio sexual que estaria ocorrendo dentro do Centro de Recuperação Agrícola Mariano Antunes (Crama), presídio na cidade de Marabá no Pará”.

O presidente da Ordem dos Advogados Haroldo Gaia informou que denunciou o caso para diversos órgãos de segurança pública do estado e cobra célere investigação a fim de levantar as denúncias das detentas, que denunciaram o suposto assédio sexual.

O caso veio à tona durante audiência realizada na última terça-feira (19) na 7ª Vara de Execuções Penais de Marabá na presença do juiz Jonas da Conceição Silva e foi estampada esta semana na mídia paraense. Uma das detentas, Dejanira Feitosa dos Santos narrou detalhes de que estaria sendo assediada pelo chefe da segurança, Décio Rômulo Amaral Pereira e por outro agente de prenome Valdir.

Por conta deste episódio o presidente da subsecção da Ordem dos Advogados dos Brasil, de Marabá Haroldo Gaia informou que comunicou o caso para diversos órgãos de segurança pública do Pará. Nos ofícios, o advogado exige que o caso seja apurado o mais rápido possível e que os prováveis envolvidos sejam punidos, caso, ao final do processo tenha de fato cometido o crime.

Para ele, o assédio sexual é um crime que viola os direitos humanos. “Não é porque a pessoa está presa que tem de ser desrespeitada ela tem o direito de cumprir a pena com o mínimo de dignidade”, acrescenta.²¹.

Paralelo às providências que o Sistema Penal do Pará adotar a OAB deve fazer um relatório completo da situação das detentas que cumprem pena no Crama.

Para tanto pediu um visita a esta casa penal, o que deve acontecer na próxima semana quando deve estar acompanhado dos advogados: Odilon Vieira Neto e Adebral Lima Favacho Júnior.

“A nossa intenção é passar a limpo essa historia e caso seja comprovado o assédio sexual os acusados devem ser punidos exemplarmente”, acrescenta.

²⁰ Disponível em: <<http://www.noca.com.br/materia.asp?notcod=15452>>

²¹ Disponível em: <<http://www.folhadopara.com/2013/02/assedio-sexual-no-presidio-crama-em.html>>

Por fim o advogado lembrou que a matéria foi anexada nos ofícios, bem como o ata da audiência onde a detenta expôs as várias situações de suposto assédio sexual.

Por sua vez a promotora Alexandra Muniz Mardegan, informou que deve instaurar procedimento para apurar o caso, na próxima semana, uma vez que a ata da audiência ainda não lhe foi entregue oficialmente.

A direção do Crama ainda não se pronunciou oficialmente acerca do caso, pois segundo fontes seguras, ainda não foi comunicada do caso.

4.8. Análise de Resultados

4.8.1. Entrevistas com Estupradores do Centro de Recuperação de Marabá

Em uma pesquisa de campo realizada de acordo com a conveniência de tempo do Centro e da localização, obteve-se uma entrevista com três agentes (estupradores) aonde aconteceu à conversa e algumas respostas obtidas merecem ser destacadas.

Os entrevistados estão na faixa etária entre 25 a 35 anos. Para melhor entendimento das respostas obtidas e para resguardar a imagem dos inquiridos, eles serão designados de agente A, B e C.

Com referência ao grau de instrução, nenhum deles tem nível superior, apenas o entrevistado A tem o Ensino Médio completo, os entrevistados B e C têm o ensino médio incompleto.

A pesquisa de campo constituiu-se num levantamento das percepções e conhecimentos de indivíduos que conhecem a vivência do Centro e suas normativas de acordo com as regras dos internos.

Buscou-se com essa pesquisa aferir o nível de conhecimentos as respeito das indagações propostas a eles, bem como verificar se há uma reflexão por parte deles acerca do ato delituoso praticado e o tratamento por eles recebido do Estado.

Os trabalhos de pesquisa e de coleta de dados foram realizados com aplicação de questionários e de entrevistas.

A primeira pergunta refere-se ao tempo em que o delito foi cometido.

De acordo com as investigações os crimes foram praticados em 2011 pelo agente A, há meses pelo agente B e o agente C cometera seu delito em 2012.

Na pergunta de nº 02, eles foram indagados sobre os motivos que os levaram a cometer o crime, *os três foram unânimes em expressar sua inocência.*

Raramente os agentes que cometem esse tipo de crime, assumem sua prática. A não ser que haja provas contundentes e testemunhas que possam ajudar na sua incriminação.

Na pergunta de nº. 03, pediu-se para que cada agente descrevesse o ambiente familiar em que nasceu:

O agente A informou que: Foi criado só com a mãe, mas ele sempre ajudou, porém a condição financeira sempre foi difícil. Sempre trabalhou e estudou.

O agente B respondeu que: Foi criado com pai e mãe e dois irmãos. Condição boa de finanças, casa própria.

O agente C respondeu que: Está separado há 6 anos e tem relacionamento com uma senhora há 4 anos.

Percebe-se que os ambientes familiares são bem divergentes entre eles, porém, aparentemente não apresenta nada de anormalidade em suas convivências e criações que pudesse contribuir para a realização de tal ato criminoso.

Na 4ª pergunta, foram indagados sobre como é seu comportamento sexual, normal ou algum distúrbio? *Os três foram enfáticos ao falar normal.*

Não deixaram transparecer nenhum tipo de comportamento ou conduta que pudesse expressar algum distúrbio em relação aos atos praticados.

Na Pergunta de nº 05, pediu-se para que descrevessem a vida no presídio:

Agente A afirmou que: Os presos mantêm o respeito entre si, mas não podem ir para o pavilhão ficar junto aos demais presos devido ao risco. Se forem colocados com os demais, são agredidos ou mortos.

Agente B disse que: Não vai para o pavilhão porque está alertado de que poderia ser agredido, já é sabido que o estuprador seria agredido, por isso fui orientado pelo delegado a não confessar o crime.

Agente C respondeu que: Foi transferido de Parauapebas para o Crama onde permaneceu na enfermaria, ao ser transferido foi agredido pelos demais detentos quando passava pelo pavilhão. Relata ainda que apenas viu o início das agressões, desmaiando logo em seguida.

Atualmente este interno é lembrado dia a dia do acontecido, pois seu corpo trás as marcas da crueldade, um dos braços estão quebrados, um dos pés está com os dedos quebrados. Existem cicatrizes diversas e, além disso, houve a tentativa de introdução de um vergalhão no seu reto.

Diante das respostas, constata-se que de fato existe e impera a lei dos mais fortes dentro dos presídios, com isso percebe-se que a ausência do Estado é visível perante a garantia dos direitos desses detentos.

Na pergunta de nº 06, indaga-se a maneira como foi recebido pelos demais presos quando chegou à casa de detenção.

Como resposta os três afirmaram que foram recebidos da pior forma possível não podiam se misturar, nem confessar sobre o crime praticado, porque se os demais soubessem que eram Jhack (estupradores) os matariam.

Mais uma vez se constata a presença da força dos detentos ao ditar suas normas e suas regras de convivência no presídio, prevalecendo seus mandos e desmandos em relação aos recém-chegados e em especial aos estupradores, que sequer, podem confessar seu crime, ficando os mesmos sob o domínio dos mais antigos e mais poderosos.

Na pergunta nº 07, foram interpelados sobre o tratamento recebido de agentes, policiais e carcereiros.

Agente A respondeu que: *Os policiais e agentes não deixam entrar objetos levados pelos parentes e amigos na visita e que quando fora preso apanhou.*

Agente B respondeu que: *Foi bem tratado, todavia já mais contou aos demais detentos que está sendo acusado de estupro por medo de eu sofrer agressão.*

Agente C informou que: *Foi agredido pelos policiais e escrivão, assim como pelos agentes. Ninguém interferiu para que não fosse agredido”.*

Verifica-se o contracenso do Estado no ato de prover a integridade do acusado, ao passo que defende, protege e zela, também agride, ofende e machuca, tornando o indivíduo em seu refém e alvo de sua vingança desumana e injusta.

Sobre a pergunta de nº 8 foi sobre agressões sofridas desde quando chegaram ao Centro.

Apenas o agente C foi agredido no Crama, mas não mencionou o autor de sua agressão.

Pergunta de nº. 09. Existe determinação para que os presos que cometeram crime de estupro fiquem em local separados dos demais? Você está em cela separada, sempre foi assim? Como são as condições da cela?

Agente A: *“Não existe, ficamos com os blindados na cela com 57 presos que não vão para o pavilhão”.*

Blindados são os conhecidos criminosos de alta periculosidade. Nesse depoimento percebe-se o tratamento desumano do Estado, uma cela com 57 presos em condições de higiene mínimas.

Pergunta de nº. 10: Sabe informar algum caso de outros presos que cometeram o delito de estupro e foram agredidos fisicamente no CRAMA ou no CRM?

Agente A: *“Sei que um detento foi para o Crama e foi agredido, furado e quase morreu. Outro caso foi o do negão da Angélica que foi morto”.*

Questão 11: No caso de haver maus tratos, estes foram relatados para as autoridades, tais como: Diretor, promotor, juízes, defensores e/ou advogados?

Agente A: *“As autoridades sabem e não fazem nada”.*

Agente C: *“Nunca falei porque fui ameaçado de morte”.*

Eles foram indagados sobre o fato de existir algum código de honra entre os detentos.

Agente A respondeu que: *Sim! Manter o respeito entre eles, não pode xingar, não pode falar com a mulher do outro detento...”*

Diante do exposto pelos acusados, percebe-se o quanto o Estado é omissivo no que tange ao seu dever de garantir a integridade do agente, uma vez que o Direito Constitucional assegura essa obrigatoriedade expressando os Direitos fundamentais do homem, os princípios, entre outros, mas que na prática infelizmente isso tem deixado a desejar. Contribuindo para um Estado opressor, discriminatório e, sobretudo omissivo a causa particular do acusado de cometer o crime de estupro, referente a sua integridade física, a fim de que ele possa cumprir sua pena tendo seus direitos resguardados pela Carta Magna.

5. O ESTADO NA OBRIGAÇÃO DE GARANTIR A INTEGRIDADE DO AGENTE E APLICAÇÃO DE ALTERNATIVAS À REINserÇÃO SOCIAL DO APENADO

5.1.A Responsabilidade Civil do Estado em Garantir a Integridade do Agente

O termo responsabilidade nos induz a uma ideia de resposta, designação derivada da expressão verbal latina responder e que, por sua vez, incide em responder, replicar. Dessarte, quando o Direito trata sobre a responsabilidade, a perspectiva a ser debatida, é de alguém, o responsável, respondendo diante da ordem jurídica em decorrência de um determinado fato gerador. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 519)

Diante do exposto, a responsabilidade civil do Estado, estabelecida no artigo 37, §6º da Constituição Federal, pode ser avaliada como a obrigação e o dever do Estado de ressarcir danos acarretados a terceiros, oriundos das suas ações ou de suas próprias omissões que na prática é comum de se ver.

Faz-se necessário evidenciar que até meados do século XIX, persistiu no Direito conferido o entendimento de que o Estado em hipótese alguma não poderia ser responsabilizado pelos atos danosos gerados pelos seus agentes. Essa teoria da irresponsabilidade estatal baseava-se e estava alicerçada no Estado absolutista, cuja ideia fundamentava-se na visão lastreada, sobretudo na Grécia Antiga, de que o rei era um selecionado de Deus e também, expandia por toda a Idade Média, sob a égide do princípio de que o rei não erra, sendo um ser absoluto.

Em presença da evidente injustiça dessa concepção absolutista, passou-se a aceitar a responsabilidade do Estado, baseada nos princípios civilistas, em que, necessariamente para caracterizar o dever de indenizar, exige-se a demonstração da culpa. (DI PIETRO, 2009, p. 640) Tal teoria, mesmo ainda sendo aplicada, permitiu espaço para a responsabilidade objetiva do Estado, que segundo afirma Cavalieri Filho (p. 231) tem seu alicerce nos “princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais”, resumido por outros doutrinadores como princípio da solidariedade.

Aqui no Brasil, nunca foi abraçada a teoria da irresponsabilidade, restando investigar sobre a aplicação da responsabilidade subjetiva, consagrada no art. 15 do Código Civil de 1916 ou da responsabilidade objetiva, prevista expressamente pela primeira vez no art. 194 da Constituição de 1946.

A doutrina solidificou o juízo de que referente aos danos provocados por ação do Estado, deve sim ser aplicada a teoria objetiva ou do risco administrativo, cuja diferença em relação a teoria subjetiva, reside na prescindibilidade da constatação do elemento volitivo. Assim, uma vez conhecida a aplicação da teoria do risco administrativo, o lesado está isento de provar a culpa ou dolo do agente.

Porém, doutrina e jurisprudência ainda não são tranquilas quando se refere à responsabilidade do Estado por omissão, existindo uma multiplicidade de entendimentos.

Realizados esses conceitos preliminares, nos resta investigar se o Estado deve responder por lesões a que são acometidos os presos dentro do sistema penitenciário. Sabe-se que ao Estado compete zelar pela integridade corporal dos indivíduos que permaneçam sob a sua tutela, trazendo e mantendo vigilância constante e eficiente, posto estar edificado como direito fundamental a integridade corporal e mental do preso.

Diante dessa perspectiva, vem-se a tona que infelizmente não são raros casos de detentos que são mortos, praticam o suicídio ou que sofrem qualquer outro tipo de violência nas unidades prisionais e, e ainda, estão em locais totalmente inóspitos e inadequados para a contenção de qualquer cidadão, como ocorreu no caso do estuprador Ademar de Jesus Silva, conhecido também como o estuprador de Luziânia-Go, encontrado morto, no dia 18 de abril de 2010, em uma delegacia de Goiânia, conforme nota oficial no sítio da Secretaria da Segurança Pública do Estado de Goiás.

Não obstante a indignação da população em referente aos detentos, que diante das dificuldades as quais é submetido diuturnamente, acaba por desejar que estes mesmos detentos morram vitimados pelo descaso e omissão do próprio sistema penal, o que se deve ser considerado é que independentemente das

infrações feitas por qualquer carcerário, o “Estado não pode se livrar do seu dever de guarda, sendo compulsória a sua intervenção para proteger o preso contra qualquer tipo de agressão, seja dos policiais, seja dos outros detentos ou de terceiros”. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 153).

Apesar de existir dissenso doutrinário quanto a aplicação da teoria objetiva na hipótese de lesão ao preso, causada por um ato omissivo do Estado, os Tribunais têm revelado o entendimento de que inobservado o direito à integridade, o Estado responde civilmente pela lesão ou dano causado, sem que seja necessária a constatação do elemento subjetivo, havendo, inclusive, julgados no sentido da presunção absoluta da culpa nessas hipóteses.

Esse posicionamento toa-se mais adequadamente, pois não se pode relegar que a demonstração da culpa ou do dolo atrapalharia o ressarcimento dos danos sofridos, sobretudo se notarmos a hipossuficiência do prejudicado em face do Estado. Em outro sentido, tal tese reforça a ideia de que o Estado deve desenvolver políticas criminais de prevenção à criminalidade, bem como requerer a melhoria das condições carcerárias, posto não se aceitar que num Estado, “dito democrático direito”, cidadãos sejam tratados sem o mínimo de dignidade com seus direitos sendo desrespeitados.

5.2.A Implantação das Apacs como Alternativa

Uma das alternativas seria a construção de Centros de Reintegração Social que se prevalecem do método APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado). Consiste-se em um tipo de presídio humanista que não faz o uso de polícia em que os recuperandos passam por um conjunto de rotinas rígidas de atividades para a sua recuperação e os próprios recuperandos possuem as chaves da porta de saída. Este método foi idealizado em 1972 pelo advogado Mário Ottoboni como uma atividade complementar ao trabalho da pastoral carcerária a fim de atenuar as rebeliões que constantemente ocorriam na cadeia pública de São José dos Campos/SP. Dois anos após esta associação adquiriu personalidade jurídica e passou a ser uma entidade privada trabalhando em parceria com o poder público. Sua meta principal é a valorização do preso, criando assim condições efetivas de recuperação.

De acordo com o desembargador e coordenador do Projeto Novos Rumos, Joaquim Alves de Andrade, o custo é bem menor, enquanto o Estado gasta em torno de R\$ 2.000,00/mês por cada detento comum, a APAC gasta R\$ 375,00 por detento com o auxílio e participação da comunidade, uma vez que não existem gastos com vigilância, a administração é voluntária, a alimentação e vestuário são fruto de doações, além da contribuição dos presos mediante trabalho. Sua média de reincidência é inferior a 10%.

O método fundamenta-se em 12 elementos principais: a participação da comunidade; a ajuda mútua entre os recuperandos; o trabalho dos sentenciados; cultos religiosos; a assistência jurídica; a assistência à saúde; a valorização humana, cursos profissionalizantes e uma alimentação balanceada; a proximidade das famílias; o estímulo ao voluntariado; a construção de centros de recuperação próximos ao domicílio dos apenados; progressões de penas e um encontro anual onde se tem palestras e testemunhos religiosos.

5.3.A Importância da Ressocialização do Condenado

A ressocialização é a representação da humanização do indivíduo enquanto recluso pelo sistema prisional, procurando um foco humanista do delinquente na reflexão científica ao mesmo tempo em que resguarda a sociedade deste mesmo delinquente.

Pelo meio do reconhecimento da necessidade da ressocialização do indivíduo criminoso a pena de prisão passa a ter uma nova finalidade além da simples exclusão e retenção, passa a ter uma finalidade de orientação social e preparação para o seu retorno à sociedade, buscando assim a interrupção do comportamento reincidente. Desta forma, o Estado abandona seu comportamento de castigar simplesmente por castigar, pois da mesma forma que outros animais castigados²², o resultado obtido apresenta-se muitas vezes diverso do esperado e o criminoso não ressocializado volta a cada reincidência, mais marginalizado e

²² HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal, p. 39.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, p. 220.

RUIZ VALDILLO, Enrique. La socieda y el mundo penitenciário, p. 211.

agressivo, conseqüentemente, mais distante de deixar de ser parte da anomia social. Entenda-se que a pena de prisão nunca deve ser vista como instrumento de vingança, pois seu objetivo é de restituí-lo de forma mais humana à sociedade.

Quando se discute a respeito da função ressocializadora da pena, além das críticas, apontam para direção completamente oposta quando o preso é obrigado a conviver no ambiente depressivo, humilhante e degradante do cárcere, um dos maiores desafios consiste, justamente, em definir o que quer dizer com ressocialização.

Windfried Hassemer se pergunta:

O que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme ao Direito, ou só conforme o Direito Penal (?), uma 'conversão' também interna, uma 'cura', um consentimento(?) com as normas sociais/jurídicas/penais? de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação a rigor, se justifica.

Por sua parte Ferrajoli, ainda complementa, dizendo que, na medida em que seja realizável, a finalidade da correção coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é.

Conclui-se então que a privação da liberdade não ressocializa o detento e conseqüentemente impossibilita a sua reintegração social, reduzindo então a pena de prisão a um mero e desesperado instrumento de tentativa de redução da violência e criminalidade. O próprio fato da punição por pena de reclusão já cria uma discriminação, uma marginalização do indivíduo, que permanentemente taxado de criminoso não consegue oportunidades de reintegração social.

Para a efetiva ressocialização, porém é imprescindível a participação da sociedade recebendo estes indivíduos em busca da reintegração social. Para os direitos humanos, é inconveniente a separação do preso de sua família e do seu meio social, uma vez que ele cria vínculos de relacionamento social com os outros detentos e esta mudança de vínculos afetivos, associada a falta de atividades garante a total falta de inépcia para o resultado esperado. Seria então necessária a

sua profissionalização enquanto recluso e a concessão de trabalho remunerado, inclusive que garanta a sua aceitação imediata no mercado de trabalho.

Ruiz Valdillo, afirma que “é de fundamental importância que o processo de reeducação e de reinserção social passe necessariamente pelo respeito profundo e incondicionado à dignidade do preso e à sua personalidade”.

5.4.A Importância da Ação da Sociedade na Defesa dos Direitos Humanos dos Ex-Apenados

Reconhece-se que a sociedade desempenha importante papel na luta pela igualdade social, já que a lei, por si só, não tem o condão de erradicar o preconceito. “Quando se luta pelos direitos humanos, pensa-se e atua-se integralmente, tendo uma visão global da realidade em que vivemos” (DORNELLES, 1989, p. 59).

Sabe-se que o Brasil é um país continental, e infelizmente, também é um país de grandes desigualdades e muitas diferenças. Com relação aos ex-apanados (estuprador) não é diferente. Estes, ao deixarem as prisões, precisam reconstruir suas vidas, com trabalho, fruto de dignidade, no entanto, muitas vezes, a sociedade tem negado esse direito, fechando as portas e impedindo assim seu reingresso na sociedade.

Mudanças nessa condição de desigualdade são essenciais, porém, devem partir da própria sociedade, incorporada à políticas públicas de apoio aos ex-apanados. Sendo necessária a criação de condições estruturais para viabilizar a ressocialização do preso ao convívio de todos.

Infelizmente, as prisões não têm caráter ressocializador, sendo essa tarefa de difícil execução, dada a superlotação das prisões, a falta de recursos financeiros, e a própria estrutura do poder público em relação aos apenados. Foucault (1993). O Poder Executivo não possui o aparelhamento necessário para executar a Lei de Execuções Penais.

Denise de Roure (1998, p. 15) assim se revela referente a ressocialização nas prisões: “falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social”.

Da feita que o Poder Público não tem a força de agir sozinho em benefício dos es-detentos (estuprador) no que diz respeito a sua ressocialização, cabe então à sociedade agir de forma unida e com objetivos a serem alcançados. O primeiro passo é deixar a visão preconceituosa de que o condenado não pode ser um bom cidadão. É preciso, assim como o instituto da reabilitação criminal, aniquilar o passado criminoso do ex-apanado, não devendo ser colocado sobre este um rótulo de má-índole, sendo assim garantido o relacionamento com membros sociais.

Mesmo assim, ainda é necessária engajamento social no sentido de proporcionar ao ex-detento uma oportunidade de trabalho. Direito básico a valorização e reconhecimento da pessoa como ser humano, desenvolvendo uma política social de conscientização, de maneira a inculcar e transparecer para a sociedade o respeito mútuo, confiando que o ser humano é capaz de regenerar-se, sob pena de abalar a segurança nacional.

5.5.A Importância do Trabalho Penitenciário como Forma de Reeducação do Preso

Para Fernando Capez (2011) a definição de sanção penal de modo aflitivo, como aquela imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao indivíduo que cometeu uma violação penal, incide na restrição ou privação de um bem jurídico, almejando sobrepor a retribuição punitiva ao meliante, gerando sua readaptação social e precavendo novas infrações pela intimidação dirigida à coletividade. Deste modo, o sistema punitivo brasileiro considerou a Teoria Eclética da Sanção Penal, tendo a pena dupla função, a de punir o criminoso e ao mesmo tempo de prevenir a prática do crime pela reeducação e pela intimação coletiva. Possuindo apenas uma das finalidades de reeducar o preso, cabendo analisar o papel do trabalho penitenciário na contribuição deste processo.

De acordo com os registros de Drauzio Varella (1999), em Estação Carandiru, a “mente ociosa é moradia do demônio, a própria malandragem reconhece”, sendo que nas observações feitas por Drauzio confirma-se de fato que a maioria dos presos preferiria cumprir a pena trabalhando, afirmando os reclusos

que o tempo passa mais depressa, e a noite, com o corpo cansado, a saudade afugenta com a chegada do sono.

Adverte Mirabete (2007), que o art. 6 da Constituição da República Federativa do Brasil descreve o trabalho como sendo um dos direitos sociais, de maneira que o preso, em função de sua condenação, está restrito a exercê-lo em consequência da sanção imposta, tendo o Estado a incumbência de lhe impor trabalho, a ser realizado na unidade.

Nesse aspecto, Mirabete (2007), ensina que:

Mas, se o Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe, conforme os termos legais, tem o preso o "direito social" ao trabalho (art. 6 da Constituição Federal de 1988). Como por seu status de condenado em cumprimento de pena privativa de liberdade, ou de objeto de medida detentiva, não pode exercer esse direito, ao Estado incumbe o dever de dar-lhe trabalho. Por isso, dispõe-se que é direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração. (art. 41, II, da LEP). Como a obrigatoriedade do trabalho, porém, se vincula ao dever da prestação pessoal do condenado, embora descartando a lei coação para concretizar o cumprimento desse dever, recorrer ela às sanções disciplinares, prevendo como falta grave o descumprimento do dever de trabalhar" (art. 50, VI, da LEP).

Compete enfatizar que nem sempre o trabalho foi valorizado como direito do detento. Enxerga-se na concepção do trabalho penitenciário um progresso histórico inseparável com a da pena privativa de liberdade, estando inicialmente ele vinculado a ideia de vingança e castigo, sendo forma mais grave e aflitiva para o condenado cumprir sua pena de prisão. Seguida a esta fase, o trabalho foi compreendido como fonte de produção para o Estado, utilizada dentro das tendências utilitárias dos sistemas penais e penitenciários.

Ainda com Mirabete (2007), o trabalho do condenado possui sentido pedagógico, entendendo-se como trabalho penitenciário o realizado por presos e internados no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equânime e equiparada ao das pessoas livres no que diz respeito à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais.

Baseando-se em Paulo Lúcio Nogueira (1996), observa que a laborterapia é a pedra de toque na moderna Penologia. Põe fim a promiscuidade carcerária, presente nos malefícios da contaminação dos presos primários pelos veteranos delinquentes, e também possibilita ao apenado a sensação de que ele continua útil e produtivo, evitando a solidão e afastando as neuroses causadas por ela.

Compreende-se que o trabalho tem um sentido ético, condição da própria dignidade da pessoa humana, assumindo um caráter educativo, de modo que, caso o recluso antes de adentrar no estabelecimento penitenciário já possuía o hábito do trabalho, a sua manutenção impedirá que se degenere. Nos casos em que o apenado não tinha este hábito, o exercício regular do trabalho será de grande valia para ir gradativamente disciplinando sua conduta, inculcando-lhe em sua personalidade o hábito de uma atividade disciplinadora.

Por fim, a função reeducadora do trabalho assegura a elevação social do preso, uma vez que, fomentando seu hábito de trabalhar e permitindo-lhe que pratique e adquira uma formação profissional, possibilitará que possa ganhar honestamente sua vida quando posto em liberdade.

6. CONCLUSÃO

Verificou-se ao longo deste estudo que o Estado, como interventor, cumpre ou pelo menos deveria cumprir seu decisivo papel para a manutenção de um complexo e harmonioso estado democrático de direito, se constituindo de forma dominante para se adequar à realidade político social contemporânea. Por outro lado, tal intervenção deve ser limitada, de maneira que sua atuação se assente nos princípios basilares penais e constitucionais, garantindo a todos os indivíduos a devida proteção que cabe ao Direito Penal.

Destacou-se também uma abordagem garantista do Direito Penal, para uma efetiva preservação dos Direitos Humanos, seguindo uma política criminal minimalista, e baseado em valores éticos e morais de humanidade, pois os mecanismos penais de intervenção sobre a sociedade não se justificam por si só, mas sim como meios de controle social e de proteção de bens jurídicos e sempre subsidiariamente. A dignidade de todos deve ser preservada em qualquer atuação jurídico penal.

O trabalho teve como um dos principais objetivos demonstrar qual a eficácia dos métodos estatais utilizados para a aplicação da lei, uma vez que descumpra preceitos fundamentais contidos nos princípios constitucionais, especificamente no que tange aos criminosos estupradores, aonde se focou tipos de punição, violação de direitos, entre outros, aonde se tenta buscar métodos mais promissores para a aplicação da pena nos indivíduos da sociedade, porém até os dias de hoje a punição não demonstrou eficácia certa. Hoje, no Brasil, têm-se exemplos concretos de que os sistemas carcerários não cumpriram os seus objetivos.

Abordou-se Michel Foucault aonde demonstra por meio da história a evolução da pena e da prisão, abordando seus principais defeitos, em que faz grande discussão sobre o método ideal para que o sistema enfim, consiga estabelecer uma pena ideal para o indivíduo. Faz uma abordagem relacionada às torturas, métodos de castigo corporal, que era visto por muitos como uma espécie de espetáculo, chegando a serem expostos ao público.

Percebeu-se que no Brasil, o sistema de punir infelizmente é tido como falho, não exercendo a eficácia necessária, a função de ressocialização e a reeducação do preso (estuprador) não existe. Prisões hoje em dia, não passam de uma fábrica de animais, contribuindo de certa forma para o acúmulo e aumento da criminalidade. Porém, ninguém ainda teve uma ideia melhor de punição ao ponto de substituir o sistema prisional.

Notou-se que o sistema prisional brasileiro mostra-se totalmente desumano e deficiente. Não atende a sua finalidade e tornou-se uma grande escola de crime, onde os presos que praticaram crimes mais leves são recrutados para a prática de crimes maiores em busca de respeito e vantagens materiais ou até mesmo movidos pela coação através de ameaças contra a sua integridade física ou dos seus entes queridos fora da prisão. Desta forma, indivíduos que ficam reclusos em prisões por caso fortuito, eventual ou delitos mais leves, tornam-se criminosos por profissão e normalmente agem em nome de grandes grupos criminosos.

O Estado não deveria permitir ou sustentar a rotina de convivência e clausura de presos que praticaram pequenos delitos com outros altamente perigosos e com uma margem infinitamente menor de serem ressocializados. Pode-se ainda afirmar que os criminosos, como estupradores, por exemplo, não poderão ser ressocializados no atual contexto do Sistema Penitenciário.

Fundamentaram-se aqui também, referências ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciado nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, atualmente elencados no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que garante aos cidadãos os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Sendo assim, a interferência punitiva do Estado deve ser menor e incontestavelmente imprescindível para a prevalência da ordem social, uma vez que abrange espontaneamente o direito às liberdades individuais, densamente protegidos pela Carta Magna.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, S. – **Cidadania e Administração da Justiça Criminal**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Vol. 1, n.º 6, Brasília, jul./dez. 1995.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Do homem como sujeito passivo do delito de estupro** (Lei 12.015/2009). Netlegis, 2009.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho Penal Material y Estado Democrático de Derecho. **Justicia Penal y Derechos Fundamentales**, Madrid/Barcelona: Ed. Marcial Pons, 2002.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**, volume 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2002.

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

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. (2000). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva 2011

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. **Direito penal na constituição**. São Paulo: RT, 1990.

COELHO, Edmundo Campos. **A oficina do diabo: crise e conflito no Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Espaço e Tempo, IUPERJ, 1987.

COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**. [online]. Disponível em: <<http://neofito.com.br/artigos/penal134.htm>>. Acesso em: 15 fevereiro 2013.

COMPARATO, Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva 2007.

CRETELLA JUNIOR, Jose. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, pg. 538-539.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. **Comentários à reforma criminal de 2009** (Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Valerio de Oliveira Mazzuoli). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 6 de agosto de 1.789, art.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

D'URSO, Luiz Flávio Borges, **A privatização dos presídios** (terceirização). 1996. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo (SP).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1990;

_____ **Estratégia, Poder-Saber. Organizador: Manoel Barros da Moita.**

Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal: Parte especial, vol.3 – 7**. Ed.–Niterói, RJ: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nelson: **Comentários ao Código Penal**. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: 1981 v. VIII.

ROURE, Denise de. **Panorama dos Processos de Reabilitação de presos**. *Revista CONSULEX*. Ano III nº 20, Ago. 1998

LOPES JÚNIOR, Aury. ***Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional***. Vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. ***Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional***. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUIZ, Luisi, **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris Editor, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal – v. 3. – O delinquente, a sanção penal e a pretensão punitiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, Julio Fabrini: **Código Penal Interpretado**. Editora Atlas: São Paulo, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. -7.ed.- São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**, Rio de Janeiro.,2007.Revista dos Tribunais,p.41.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito penal** – parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Bem Jurídico-Penal e a Constituição**. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, pg. 152.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad Editora, 2000.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia Das Letras, 1999.

ZALUAR, A. **Da Revolta ao Crime**. São Paulo: Polêmica, 1996.

9.APÊNDICE

Apêndice A – Termo de autorização

CRM

TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Pelo presente instrumento, eu, abaixo firmado e identificado, autorizo, graciosamente, o aluno Aveilton S. de Souza portador do RG nº. 864536, inscrito no CPF nº. 864.702.992-53, regularmente matriculado no último semestre do curso de direito da Universidade Federal do Pará, a utilizar minha entrevista, a ser veiculada, primariamente, no material em texto desenvolvido como Trabalho de Conclusão de Curso, ou ainda destinada à inclusão em outros projetos educativos, tais como livros, artigos para jornais e ou revistas, sem limitação de tempo ou de número de exibições.

A entrevista consiste em questionário a ser respondidos pelos detentos acusados de terem cometido o crime de estupro, assim como os que se encontrarem na fase de cumprimento de sentença, também pelo cometimento do referido delito.

Na condição de titular dos direitos patrimoniais de autor da série de que trata o presente, o aluno poderá dispor livremente da mesma, para toda e qualquer modalidade de utilização, por si ou por terceiros por ela autorizados para tais fins. Para tanto, poderá, a seu único e exclusivo critério, licenciar e/ou ceder a terceiros, no todo ou em parte, no Brasil e/ou no exterior, a título gratuito ou oneroso, seus direitos sobre a mesma.

Marabá/PA, 11 de Março 2013.

Nome: Enrico J.

End.: _____

CPF: _____

Assinatura: _____

Apêndice B – Questionários

QUESTIONÁRIO

- 1 – Quando cometeu o delito? 24/12/11
- 2 – Quais os motivos que o levaram a cometer o crime?
Inocente
- 3 – Descreva o ambiente familiar em que nasceu.
Criado só c/ mãe e o pai o deixou, mas sempre o ajudou. O pai era técnico de um leiro de fôrça, sempre trabalhava e estudava
- 4 – Como é seu comportamento sexual? Normal? Algum distúrbio?
Normal
- 5 – Descreva a vida no presídio.
Assim que o delito não pode ir p/ o trabalho. Só os presos e assassinos, os outros são os que foram colocados e os demais a morte, depois do.
- 6 – Como foi recebido pelos demais presos quando chegou a casa de detenção?
Recebido com respeito, mas não pode se misturar.
- 7 – Como é tratado pelos agentes, policiais e carcereiros?
Você deve evitar objetos de visita. Mas as coisas básicas p/ permitir a visita quando for necessário o preso
- 8 – Desde que chegou, sofreu agressões? Se sim, por parte de quem?
Não foi agredido.
- 9 – Existe determinação para que os presos que cometeram o crime de estupro fiquem em local separado dos demais? Você está em cela separada, sempre foi assim? Como são as condições da cela?
Não existe. Fica com os blindados. Ela é p/ os presos que não têm para o pavilhão

10 - Sabe informar algum caso de outros presos que cometeram o delito de estupro e foram agredidos fisicamente no CRAMA OU CRM?

Sabe que um detento foi p.o crime e foi agredido, jurado e quase morto. Outro caso foi o do irmão da mulher ca que foi morto.

11 - No caso de haver maus tratos, estes já foram relatados para as autoridades, tais como, diretor, promotores, juizes, defensores e ou advogados? Quantas vezes?

Segundo o entrevistado as autoridades sabem e não fazem nada.

12 - Houve algum tipo de mudança após as reclamações? Quais?

Agora os presos estão na em fermaria

13 - Quando algum estuprador era agredido a casa penal adotava alguma providência para punir os ofensores? Se sim, quais?

Não.

14 - Existe algum código de honra entre os detentos? Você já foi submetido a esse código?

** Rapito, não pode chingar o mãe, não pode falar e com a mulher do outro interno.*

TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Pelo presente instrumento, eu, abaixo firmado e identificado, autorizo, graciosamente, o aluno Aveilton S. de Souza portador do RG n°. 864536, inscrito no CPF n°. 864.702.992-53, regularmente matriculado no último semestre do curso de direito da Universidade Federal do Pará, a utilizar minha entrevista, a ser veiculada, primariamente, no material em texto desenvolvido como Trabalho de Conclusão de Curso, ou ainda destinada à inclusão em outros projetos educativos, tais como livros, artigos para jornais e ou revistas, sem limitação de tempo ou de número de exibições.

A entrevista consiste em questionário a ser respondidos pelos detentos acusados de terem cometido o crime de estupro, assim como os que se encontrarem na fase de cumprimento de sentença, também pelo cometimento do referido delito.

Na condição de titular dos direitos patrimoniais de autor da série de que trata o presente, o aluno poderá dispor livremente da mesma, para toda e qualquer modalidade de utilização, por si ou por terceiros por ela autorizados para tais fins. Para tanto, poderá, a seu único e exclusivo critério, licenciar e/ou ceder a terceiros, no todo ou em parte, no Brasil e/ou no exterior, a título gratuito ou oneroso, seus direitos sobre a mesma.

Marabá/PA, 11 de Março 2013.

Nome: Interno 3

End.: _____

CPF: _____

Assinatura: _____

QUESTIONÁRIO

1 - Quando cometeu o delito? 02/05/2012

2 - Quais os motivos que o levaram a cometer o crime?
INOCENTE

3 - Descreva o ambiente familiar em que nasceu.
Separado a 6 anos. Tem relacionamento
com uma senhora, 42 anos

4 - Como é seu comportamento sexual? Normal? Algum distúrbio?
Normal

5 - Descreva a vida no presídio.
foi transferido de Parauapebas p/ o CRMA
aberto. Ser transferido foi agredido
pelos outros detentos, durante o fero.

6 - Como foi recebido pelos demais presos quando chegou a casa de detenção?
ao chegar os presos falaram que se
fosse fosse em p/ estar e chego e
conter o caso.

7 - Como é tratado pelos agentes, policiais e carcereiros?
foi agredido pelos policiais e escrivão.
Ninguém com os presos. Ninguém
interferiu para ele não ser agredido

8 - Desde que chegou, sofreu agressões? Se sim, por parte de quem?
sim no CRMA. pelos detentos

9 - Existe determinação para que os presos que cometeram o crime de estupro fiquem em local separado dos demais? Você está em cela separada, sempre foi assim? Como são as condições da cela?
ao chegar

10 – Sabe informar algum caso de outros presos que cometeram o delito de estupro e foram agredidos fisicamente no CRAMA OU CRM?

11 – No caso de haver maus tratos, estes já foram relatados para as autoridades, tais como, diretor, promotores, juízes, defensores e ou advogados? Quantas vezes?

Não falou porque foi ameaçado de morte.

12 – Houve algum tipo de mudança após as reclamações? Quais?

agora está no seguro (célula especial)

13 – Quando algum estupro era cometido a casa penal adotava alguma providência para punir os ofensores? Se sim, quais?

Nunca tomou providências

14 – Existe algum código de honra entre os detentos? Você já foi submetido a esse código?

APENDICE C – PROJETO DE PESQUISA



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS I DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

A violação dos princípios, direitos e garantias constitucionais na aplicação da pena ao agente que comete o crime de estupro.

MARABÁ

2012

1-INTRODUÇÃO

O Estado, como detentor do poder punitivo, ao aplicar a pena a qualquer agente que comete qualquer delito deve lhes conferir tratamento igual, primando pelo respeito aos princípios constitucionais, tais como Individualização da pena, dignidade da pessoa humana, proteção a integridade física e psicológica do preso e isonomia.

Todavia, observa-se que o agente que comete o crime de estupro recebe tratamento desumano e diferenciado pelos demais detentos com o conhecimento e conivência do estado e seus agentes.

Este trabalho busca demonstrar de que forma os princípios constitucionais estão sendo desrespeitados e de que modo este desrespeito reflete na tão esperada ressocialização do agente que comete o crime de estupro, respondendo se esta ainda é possível com relação a esta parte específica dos criminosos.

Além disso, também será demonstrado quais os fatores físicos e sociais que influenciam no comportamento sexual deturpado destes agentes e quais as possibilidades de deixarem de praticar tais atos com o tratamento recebido enquanto estão sob a tutela do estado.

2-JUSTIFICATIVA

Sabe-se que dia 07 de agosto de 2009, foi sancionada a Lei n. 12.015, que culminou na reformulação do Título VI, da Parte Especial do Código Penal, que trata basicamente dos crimes sexuais. A nova lei fez importantes modificações, dando origem a novos crimes, modificando outros e ainda extinguindo alguns deles. As alterações começaram pelo nome do Título, que passou a se chamar *Crimes contra a dignidade sexual*.

Mesmo com a aprovação da nova Lei, há desrespeito aos princípios constitucionais no interior dos presídios e casas de detenção. Isso é algo que ocorre em silêncio, longe do saber da sociedade, até mesmo porque em geral, boa parte

dela desconhece a existência destes princípios e de que forma eles podem ser violados, principalmente porque estão motivados pelo senso de justiça comum, preocupados apenas com a punição do agente.

A nova lei criou o crime de *estupro de vulnerável*, com pena de reclusão de 8 a 15 anos, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos (217-A, "caput"), ou com pessoa (de qualquer idade) que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, ou não pode oferecer resistência (§ 1º). É comum se ouvir dizer que o criminoso deve pagar pelo que fez ou que a justiça seja feita. Neste diapasão, é pretensão questionar o que venha ser a justiça nos olhos da sociedade e o que o Estado vê como justiça no momento de aplicar a pena ao criminoso, devendo o Estado ser coerente e justo com esse ser humano.

Observa-se que no ambiente carcerário, ainda vigora e impera o senso de justiça dos demais detentos que cometeram outros delitos, representado pela força física desses detentos, o que se faz entender e perceber que o crime de estupro deve ser repreendido não somente com a prisão, assim como os que eles cometeram, mas, fazendo com que aquele agente seja submetido ao mesmo ato que cometera com outra pessoa, sendo punido de forma errônea e vingativa pelos outros detentos, percebendo nesse caso a ausência do estado.

Diante desse contexto de injustiças e contradições, é que se justifica a construção e estruturação deste trabalho e necessidade de tornar pública, de maneira geral e notória, a falha estatal enquanto detentor do poder punitivo, uma vez que permite, dentro de suas entidades, a violação aos princípios constitucionais, tais como, dignidade da pessoa humana, individualização da pena e princípio da isonomia.

É fato e notório o desrespeito a direitos e garantias fundamentais estampados no texto constitucional, quais sejam, proibição do tratamento desumano ou degradante, discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e o respeito a integridade física e moral do preso.

O fator preponderante deste trabalho justifica-se no ato de demonstrar o tratamento desumano que é dado ao agente que comete o crime de estupro, a começar pelos policiais que efetuam a prisão, os agentes carcerários e de forma mais incisiva, pelos próprios presos com a conivência do ente estatal.

Além disso, visa-se também apresentar a sociedade uma possível omissão estatal no sentido de inibir o descumprimento dos preceitos constitucionais, manter a segurança e proteção aos estupradores, tratando-os na medida de sua desigualdade com relação aos demais detentos.

Esta omissão, se constatada, pode ser detectada pelo comportamento inerte do juiz de direito, tanto do processo provisório, quanto da execução, Ministério Público, como guardião maior da sociedade e fiscal da Lei, Defensores Públicos e Advogados, os quais são mais que conhecedores da realidade do sistema carcerário.

3 - OBJETIVOS:

3.1 - GERAL:

- O trabalho apresentado visa, após estudos e pesquisas, demonstrar qual a eficácia dos métodos estatais utilizados para a aplicação da, uma vez que descumpra preceitos fundamentais contidos nos princípios constitucionais, especificamente no que tange aos criminosos estupradores.

3.2 - ESPECÍFICOS:

- Elaborar pesquisa no interior dos presídios com a finalidade de verificar quais os direitos e princípios constitucionais são violados com maior frequência;
- Verificar a existência da omissão dos operadores do direito, sabedores da situação interna das casas de detenção e mesmo assim estão se mantendo inertes diante da violação aos princípios constitucionais e direitos fundamentais dos agentes que cometem o estupro;
- Diagnosticar quais os meios para preservar a integridade física e psicológica do detento, em meio a tantos ataques;
- Verificar de que forma a aplicação da pena, neste crime, deverá ser procedida para alcançar seu objetivo maior, a ressocialização.

4 - METODOLOGIA

A abordagem escolhida para a pesquisa foi à qualitativa e bibliográfica, pois de acordo com Oliveira (2005) a mesma propicia um estudo detalhado dos elementos e fenômenos da realidade, pois se caracteriza como uma pesquisa descritiva, em que as informações obtidas não podem ser quantificáveis e os dados obtidos são analisados indutivamente.

Por ser uma pesquisa investigativa, ela proporciona maior familiaridade com o problema. A pesquisa foi realizada no período de junho a novembro 2012, com estupradores do Centro de Recuperação Mariano Antunes-CRAMA em Marabá-Pa.

A pesquisa de campo se desenvolveu durante duas sessões de entrevistas, sendo a primeira individual e a segunda coletiva, onde contou com a participação de dois detentos, ambos cometeram o crime de estupro. Os critérios para escolha desses agentes criminosos se constituíram em serem sujeitos ativos desta pesquisa e por permitirem principalmente a acessibilidade, de acordo com as normas do presídio. Obedeceu ainda aos seguintes critérios: disponibilidade para entrevista, por cometerem o crime de estupro e por se sentirem excluídos e/ou desamparados dos deveres do Estado para com eles. Ambos não possuem formação acadêmica.

O estudo contou com a participação efetiva e importante desses dois agentes, e no intuito de preservar suas identidades foram nomeados por Agente A, agente B e agente C.

Os instrumentos de pesquisa foram entrevistas gravadas, por acreditar que elas promovem uma maior interação entre entrevistado e entrevistador, possibilitando uma melhor compreensão e levantamento de dados para os objetivos da pesquisa. Permitindo uma postura mais crítica e criativa por parte do pesquisador e eliminando de forma significativa a subjetividade do processo de coleta de dados, da análise dos mesmos e da construção do conhecimento, promovendo uma interação efetiva entre pesquisador e atores criminosos (OLIVEIRA, 2008).

Para Ludke e André (1986), a entrevista se configura em um excelente instrumento para se obter ideias e entendimentos dos entrevistados sobre diversa temáticas e problemas que se esteja investigando.

No decorrer das entrevistas desenvolveram-se relações de interatividades entre entrevistador e entrevistados, o que favoreceu fluência e descontração dos depoimentos.

As questões elaboradas tiveram o intuito de estimular a manifestação das concepções de crimes, deveres, direitos, violação, a presença do estado, entre outros e o tratamento dado pelo estado aos agentes no que se refere aos seus primeiros contatos com os outros detentos na carceragem.

5- RESULTADOS ESPERADOS

A aplicação da pena no Brasil vem sendo efetuada de forma equivocada pelo estado. É incontestável a plena violação dos princípios constitucionais e os direitos fundamentais pertencentes a qualquer ser humano.

Especificamente no caso dos agentes que cometem o crime de estupro, a violação aos princípios basilares da carta magna e aos direitos próprios da pessoa humana, pois o Estado não faz uso do seu dever de proteção e segurança, assim como é conivente com a inaplicabilidade da lei, tornando inalcançável a ressocialização.

Este trabalho busca, primordialmente, fazer uma mostragem dos dados concretos acerca da realidade carcerária dos estuproados desde o momento da segregação até o momento em que o mesmo é colocado em liberdade.

Ao longo dessa trajetória, tornar público como e de que forma este ser humano é agredido físico e psicologicamente pelos detentos, agentes carcerários e policiais militares, tudo isso com o conhecimento e conivência do Estado.

Busca-se ainda apresentar uma forma de combater estes desmandos e fazer com que a aplicação da pena alcance seu real objetivo, qual seja a ressocialização do indivíduo que, ao cumprir a pena a si imposta retornará a sociedade para, em tese, retomar uma vida digna e normal.

6-CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

Período de Realização Início: 07/2012 Término: 03/2013

Atividades/Descrição das fases da pesquisa

Meses	07	08	09	10	11	01	02	03
Reunião da Equipe de Trabalho	x		x	x	x			
Análise literária e jurisprudencial a cerca do tema		x		x				
Elaboração do Projeto de Pesquisa	x	x						
Pesquisa de campo e elaboração do questionário a ser respondido pelos detentos			x				x	
Coleta de Dados	x	x	x					
Primeiro Capítulo	x		x					
Segundo Capítulo	x	x	x			x		
Terceiro Capítulo	x		x					
Quarto Capítulo				x		x		

7 - BIBLIOGRAFIA

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (p.7)

FERRAJOLI, Luigi: "O Direito como Sistema de Garantias", pp. 95-97.

Greco, Luis, artigo intitulado "Introdução à dogmática funcionalista do delito", publicado na Revista Jurídica, Porto Alegre, Jul. 2000, p. 39.

BITENCOURT, César Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. V.I 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383p.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo. Saraiva, 1994.