



**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

GUILHERME ANDRADE COUTINHO

**O MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Recife

2012

GUILHERME ANDRADE COUTINHO

**O MONITORAMENTO ELETRONICO E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Dr. Theodomiro Noronha

Cardozo

Recife

2012

Coutinho, G. A.

O monitoramento eletrônico e o princípio da dignidade da pessoa humana. / Guilherme Andrade Coutinho. O Autor, 2012.

53 folhas.

Orientador (a): Profº Teodomiro Noronha

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Monitoramento Eletrônico 3. Princípios Fundamentais 4. Dignidade da Pessoa Humana.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2012-138

GUILHERME ANDRADE COUTINHO

O Monitoramento Eletrônico e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

DEFESA PUBLICADA em Recife, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

1º Examinador

2º Examinador

**Recife
2012**

Ao Deus, por ser minha fortaleza e minha fonte de energia para enfrentar os desafios acadêmicos.

Aos meus pais, pela minha vida, minha fonte de inspiração, meus grandes incentivadores.

Aos meus irmãos, que sempre me apoiaram no decorrer do curso.

AGRADECIMENTOS

A Deus, todo poderoso, pela minha existência porque nada é possível sem a sua vontade.

Pais, que apesar de todo sofrimento, apesar do árduo caminho, estiveram sempre ao meu lado com todo amor e compreensão, me proporcionando uma vida digna no qual pude crescer e celebrar mais esta conquista.

Irmão e Irmã, esses, sempre presente em minha vida, com muito carinho, lutando lado a lado para que pudesse chegar neste momento.

Família, por ter me apoiado na escolha do meu curso, pela motivação e pela confiança.

Professor e Orientador, que aceitou mais esse desafio, pela dedicação e apoio em todas as etapas deste trabalho.

Todos os outros Professores, porque sem eles, não estaria neste momento em minha vida.

Funcionários, esses sempre com muita atenção e carisma.

Colegas de Graduação, juntos trilhamos uma etapa importante de nossas vidas.

Amigos de adolescência e convivência, pela força, incentivo, atenção, motivação.

EPIGRAFE

Cada dia a natureza produz o suficiente para nossa carência. Se cada um tomasse o que lhe fosse necessário, não haveria pobreza no mundo e ninguém morreria de fome. (Mahatma Gandhi)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a precariedade do sistema prisional brasileiro, no qual os detentos ficam sujeitos às mazelas do sistema carcerário, como por exemplo: superlotação, doenças, não comprometimento de sua integridade física e mental, violando de forma gravosa os princípios fundamentais, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana descritos de forma taxativa na Constituição Federal, além de serem obrigados a ficarem monitorados dia e noite. Para tanto, o poder estatal apoia-se nas teses que ninguém ficaria submetido aos malefícios do sistema prisional ou até mesmo o suspeito não seria preso antes da condenação, podendo dessa forma ter o privilégio do convívio familiar. Pela ausência do estado em assegurar os direitos fundamentais do detento, pelo seu interesse e conveniência, é mais fácil ofender de forma severa a dignidade da pessoa humana, desde sua privacidade até sua intimidade do que atender aos ditames da lei.

Palavras-Chave: Ineficácia do Estado; Precariedade do Sistema Prisional; Monitoramento Eletrônico; Princípios Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the precariousness of the Brazilian prison system, where inmates are subject to the ills of the prison system, such as: overcrowding, disease, not compromising your physical and mental integrity, so violating the fundamental principles and onerous the principles of human dignity exhaustively described in the Federal Constitution, and are forced to stay monitored day and night. Thus, the state power rests in the thesis that no one would be subjected to the evils of prison or even the suspect was not arrested prior to conviction, and may thus have the privilege of family life. To conclude, it prisoner, for your interest and convenience, it is easier to offend so severe to human dignity, from her privacy to her intimacy than meet the dictates of the law.

Keywords: Ineffectiveness of the state; Precariousness of the Prison System; Eletronic Monitoring; and the Fundamental Principles of Human Dignity.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 TEORIAS DA PENA.....	12
2.1 Origem da pena.....	12
2.1.1 <i>Sociedade primitiva.....</i>	12
2.2 Idade média.....	19
2.3 Idade moderna.....	27
3 ESCOLAS PENAIIS.....	31
3.1 Período humanitário.....	31
3.2 Escola clássica.....	37
3.3 Escola positivista.....	46
3.3.1 <i>Cesara Lombroso.....</i>	47
3.3.2 <i>Rafael Garafolo.....</i>	49
3.3.3 <i>Enrico Ferri.....</i>	50
3.4 Escola técnico jurídica.....	53
4 FUNÇÃO DA PENA.....	55
4.1 Teorias absolutas ou retributivas da pena (Kant e Hegel).....	56
4.2 Teorias preventivas da pena.....	60
4.2.1 <i>Prevenção geral.....</i>	61
4.2.2 <i>Prevenção especial.....</i>	63
4.3 Teorias mistas ou unificadoras.....	64
4.3.1 <i>Teorias da prevenção geral positiva.....</i>	65
4.3.2 <i>Prevenção geral fundamentadora.....</i>	63
4.3.3 <i>Prevenção Geral positiva limitadora.....</i>	66
5 SISTEMAS PENITENCIARIOS.....	71
5.1 Sistema pensilvânico.....	71
5.2 Sistema auburniano.....	72

5.3 Sistema progressivo.....	73
6 MONITORAMENTO ELETRONICO LEI 12.403/2011.....	76
6.1 O Monitoramento eletrônico e o principio da dignidade da pessoa humana.....	76
6.2 Análise de direito comparado do surgimento do monitoramento eletrônico.....	81
6.2.1 <i>Surgimento do monitoramento eletrônico.....</i>	81
6.2.2 <i>Estudos comparados.....</i>	81
6.2.2.1 <i>Inglaterra.....</i>	81
6.2.2.2 <i>Estados Unidos.....</i>	82
6.3 Legislação brasileira.....	84
6.3.1 <i>Lei 12.258/2010, Legalidade da aplicação.....</i>	84
6.3.2 <i>Lei 12.403/2011.....</i>	86
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta uma análise da história da pena, os métodos que eram atribuídas às sanções para que hoje pudesse contribuir com a aplicação da pena através dos tribunais. Apresenta de forma branda, as formas do pensamento jurídico-penal de outros ordenamentos jurídicos, e as tendências penais das escolas humanista até a técnico-jurídica no qual apresenta sua tese baseada na inimputabilidade, levando em consideração a moral e o direito natural. Abarca as principais fases da evolução do direito Penal: positivismo, finalismo e normativismo, esse último, define o sistema penal com base em critérios teleológicos ou finalísticos de correntes de decisões políticos-criminais.

Busca-se apresentar a transformação do sistema prisional trazendo consigo os princípios fundamentais do direito penal, bem como a distinção de forma aprofundando da função da pena em caráter de prevenção geral e especial.

No âmbito do tema proposto, diante do aumento da população carcerária, com a ausência do estado e a precariedade do sistema prisional, necessita-se de meios para tentar amenizar um pouco o sofrimento dos detentos. Em contrapartida, o estado buscou preencher essa lacuna posicionando-se favorável ao monitoramento eletrônico para que os presos pudessem ter o convívio familiar sob fiscalização do poder estatal, violando assim os princípios fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Diante desse contexto, problematiza-se a seguinte questão: O Monitoramento Eletrônico e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. No qual será exposto um estudo do monitoramento eletrônico em nosso país, a forma que foi recepcionado esta inovação pelo ordenamento jurídico interno, como é tratado este tema tão polemico e quais situações são expostos os detentos a esta tentativa de solução de forma tão severa. Para responder esta problemática a monografia é dividida em capítulos que serão abordadas minuciosamente os temas supracitados desde sua origem até os dias atuais.

2 TEORIAS DA PENA

2.1 Origem da Pena

Desde o surgimento das sociedades sempre existiu uma preocupação de punir determinados atos ditos como negativos diante da população. A sanção imposta era empregada de forma violenta e ilimitada não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano. No passado os homens selvagens diante de uma natureza caótica necessitavam se reunirem em grupos e logo começaram a surgir outros que viviam em constantes guerras.

Em consequência surgiram às leis, como narra Beccaria (1764, pp.32): da necessidade em que se ficou de resistir os primeiros grupos, cansados de viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda a parte, surge a lei como condições que reuniam os homens a princípios independentes e isolados que logo adiante nasceu a soberania da nação. O soberano do povo era aquele que ficaria responsável pelas leis do depósito das liberdades, da administração assim como protegê-los de qualquer infrator e esses meios de proteger os depósitos eram as penas impostas contra o transgressor das leis.

Atualmente nas palavras de Brandão (2008, pp.3): entende-se que o direito penal é a mais gravosa forma de intervenção estatal visto que retiram-se da pessoa humana seus direitos preservados pela Constituição Federal mas sua aplicação deve ser feita em consonância com os Princípios Constitucionais nela preservados.

Historia da Pena

2.1.1 Sociedade Primitiva

O direito penal surgiu nos períodos mais remotos época em que os homens selvagens cumpriam as leis assim como seguia de forma árdua os ritos de suas tribos.

Nesse período ponderava os mágicos, as religiões, a peste, seca e todos os fenômenos eram tidos como resultantes de forças divinas. Desses fenômenos brotava e ponderara-se o tabu¹, no qual levou a sociedade a punir os o infrator para continuar a garantia do bem estar dos habitantes, evitando assim o castigo dos Deuses sobre a terra. Eis que surge a relação de crime e pena que nada mais significava senão a vingança. Narra Bittencourt (2011, pp.59): “Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator.”

Dessa forma temos que a função da pena tinha cunho religioso, que somente com a morte do delinquente, ou seja, com o seu sacrifício a paz voltaria a reinar evitando assim à ira dos Deuses.

Elenca Dotti(2004,pp.125):

O crime representa um atentado contra os deuses e a pena é a resposta para aplicar a ira da divindade ofendida ; O crime é uma violenta agressão de uma tribo a outra ; o crime é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder e a pena é a reação contra essa vontade de antagônica.

Na mesma linha de pensamento, é nítido que o delito ofende de forma gravosa os deuses e em contrapartida para evitar a fúria desses contra a sociedade, existia o sacrifício como uma forma de reparar a ofensa cometida. O crime é tido como uma grave violação de direitos e a pena seria um meio de restaurar a ordem jurídica.

1- Tabu.:eram normas proibitivas de cunho religioso, sociais e políticas que quando desobedecidas acarretavam em castigos.

Notadamente em ter certeza que a vingança era um revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação com a justiça. Dessa forma, podemos dividir a vingança em três etapas: Vingança Privada; Vingança Divina e Vingança Publica.

Relata Beccaria (1764, pp.10):

Diante do gesto criminoso, suporta a necessidade da vingança coletiva, era o delinquente desumanizado. Contra ele tudo se justifica. Permitiam-se pra com ele, os órgãos da repressão quanto servisse para lhe causar males e prejuízos superiores aos ocasionados pelo crime. Verificava-se uma espécie de emulação entre a cruza do individuo e a cruza do poder publico, supremo vingador.

O Marquês de Beccaria, em seu brilhante comentário indagou que a única forma para se combater o crime era a vingança coletiva. Havia de certa forma uma rivalidade entre a cruza do individuo e as severas penas imposta pelo legitimo detentor do poder para aplicar a pena. Não havia a razoabilidade e a proporcionalidade tanto utilizada em nosso ordenamento jurídico atual, mas na época, a sanção imposta tinha somente o intuito de prejudicar o delinquente.

Fazendo menção ao primeiro tipo de vingança, a privada, essa é dita como uma reação ou punição contra o criminoso de uma única pessoa ou de todo um grupo.

Descreve Bitencourt (2012, pp.70):

A vingança privada poderia envolver desde o individuo isoladamente até seu grupo e a punição era o banimento, e quando a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, essa punição era a vingança de sangue, nada mais, nada menos que a guerra grupal.

Nesta primeira fase da vingança, para preservar a existência do grupo ou até mesmo do próprio individuo isoladamente, utilizava-se a vingança privada, caso o sujeito que cometeu um ato desleal desde que fosse membro do grupo, a sanção imposta era a expulsão do mesmo. Em contrapartida, na hipótese de ser um desconhecido, a sanção era a própria vida da pessoa, e em muitas ocasiões por essa por essa ser estranho fazer parte de outro grupo, acarretaria numa guerra podendo ocasionar a extinção de um deles.

Nestes termos, Bruno (2003, pp.33):

A vingança foi um fato geral entre as tribos,uma exercendo sobre outra ato vingativo contra ação agressiva a qualquer de seus membros,ação agressiva real, de um membro de outra tribo, ou assim suposta de acordo com as ideias mágicas dominantes por grupos arcaicos. Foi consequência da solidariedade entre os membros do mesmo clã, e portanto, de continuidade do grupo. Mas essa vingança é um ato de guerra, não uma pena.

Dessa forma o único meio de impor o direito era através da vingança, no qual um grupo enfrentava outro como meio de impor uma sanção devido a uma agressão de injusta de um membro estranho ao grupo. Contudo, a vingança, não pode ser considerada uma espécie legítima de sanção, somente abrindo espaço para que se inicie uma batalha.

Nas palavras de Bruno (2003, p.34):

Vingança é sinal de ausência de uma ação publica punitiva, é ainda a guerra entre grupos, embora dentro do agrupamento maior, e, assim, aparece como fora do circulo da autoridade do grupo, até o momento em que se torna reconhecida ou é mesmo tornada obrigatória pelo poder publico. Porque há um momento em que a vingança deixa de ser um direito para tornar-se um dever, e então, verdadeiro rudimento de pena, atuando o vingador, por assim dizer, como agente do poder punitivo do grupo.

Com a falta de uma norma que faça punir determinadas agressões, cria-se um ambiente instável, favorável a grandes batalhas entre grupos. Contudo, aquele sujeito que vai desafrontar possui elevado poder em relação ao grupo, impõe o castigo ao agressor não somente como uma forma de direito, principalmente por ser um dever perante todos os membros do bando.

Descreve Catão (2004, pp.95-96):

No caso de ofensas corporais, de morte ou qualquer outra, processava-se por meio da vingança privada, que persistiu, mesmo após o advento das monarquias. Sendo que o monarca, na maioria das vezes, limitava-se a autorizar a vingança privada, bem como impedia e reprimia o seu excesso.

Mesmo após o surgimento de uma autoridade governamental, a vingança privada continuou a ser utilizada, somente nos casos de morte ou outro qualquer tipo de ofensas corporais. Somente poderia ser utilizada com uma previa autorização do monarca, no qual teria o direito de permitir e reprimir todo e qualquer indivíduo que extravasasse deste direito.

Para Mirabete (2012, pp.16):

Cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social(tribo), que agiam sem proporção a ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo seu grupo. Se o ofensor fosse membro da tribo, poderia ser punido com a expulsão ficando desprotegido diante de outros grupos. Caso a violação fosse praticada por um estranho ao grupo, a reação era a vingança de sangue, uma verdadeira guerra que resulta com a extinção de um dos grupos conflitantes.

Observa-se que o único resultado independente da forma que seja atribuída a vingança é a morte, visto que, se for membro do grupo será excluído ficando inerte a qualquer ataque de membros rivais, caso seja desconhecido, será travada uma batalha no qual um único grupo sobreviverá.

Em consonância com uma das praticas de punição à expulsão, em suas palavras sabias, Cita Beccaria (1764, p.85):

Aquele que perturba a tranqüilidade pública, que não obedece às leis, que viola as condições sob as quais os homens se sustentam e se defendem mutuamente, esse deve ser excluído da sociedade, isto é, banido.

Aquele sujeito que trazer transtornos a sociedade, que violar determinadas regras deverá ser expulso e através dessa exclusão como forma de dever da sociedade, este individuo provavelmente viria a óbito porque não haveria meios para sua subsistência.

Com a evolução da sociedade e maior organização social, principalmente para evitar a dizimação das tribos, nasce a Lei de Talião que foi consagrada no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas dando prosseguimento ao Direito Penal de hoje.

Para Catão (2004,pp.96):

A Lei das XII Tábuas, não tratava de organização política ou judiciária da comunidade, mas preocupava-se com o cidadão individualmente considerado. Outrossim, a referida codificação regulava também o direito processual civil, de forma a permitir a todos o acesso a justiça.

Temos que a pena de Talião, não atingiu seu objetivo como desejavam, visto que surge de forma arbitrária, não protegendo a sociedade como um todo, como deve ser toda e qualquer lei, mas defende individualmente cada membro da sociedade, inclusive era utilizada como forma de acesso para o cidadão cobrar seus direitos através da justiça.

Nas escritas de Dotti (2004, p.125):

A pena de talião, consistia em impor ao delinquente um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Assim consta na Bíblia: “Pagará a vida com a vida ; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura”.

A Lei das XII Tábuas trouxe um direito igualitário entre o agressor e a vítima, existia uma equidade entre a agressão e a punição a ser atribuída. Notava-se aos poucos uma sociedade em estado crítico, visto que com o excessiva quantidade de delinquente, a população iria ficando deformada: com a extinção de sentidos, membros, havendo necessidade de uma evolução deste tipo de punição. Eis que surge a composição, no qual tinha o intuito de libertar o infrator quando esse liquidasse sua obrigação, que na época, quando fosse exonerado seu castigo.

Nas palavras de Dotti (2004,pp.125):

A composição caracterizava, historicamente, um abrandamento das penas violentas que se dirigiam contra o corpo do condenado (morete, mutilação, etc) e a expressão de utilidade social que deve ser inerente a todas as sanções criminais. Consistia a composição é um meio de conciliação entre o ofensor e o ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano. E com aquela forma de pagamento, se punha fim a vingança coletiva entre as tribos e através dela o condenado à perda da paz recupera o direito de convivência comunitária.

Nesta concepção, eliminou-se a vingança coletiva entre os grupos rivais e em consequência extinguiu as severas sanções que tinham intuito de danificar membros dos infratores. Com o advento da Composição, surge um método inovador, um acordo entre o agressor e a vítima ou seus familiares que tinha como cunho o direito de conceder novamente a liberdade ao delinquente e esta independência somente ocorreria quando quitasse sua obrigação com o martir.

A fase da vingança divina, deve-se a influência da religião na vida dos povos, no qual os fenômenos naturais malefícios eram recebidos como manifestações divinas, punindo o infrator por ofender a divindade. Dessa forma, a justiça criminal era aplicada em nome de Deus através dos sacerdotes, pajés ou feiticeiro.

Nas palavras de Brandão (2008, pp.23):

A confusão entre Direito Penal e Religião é própria da cultura da época, no qual todos os valores, quer políticos, religiosos, bem como todas as normas da ética formavam um conjunto. As penas eram feitas pelos sacerdotes assim como a aplicação era imposta através dos mesmos por ser um crime de violação das normas sagradas. Deve-se salientar que os sacerdotes gozavam de ampla competência penal, porque funcionavam como intermediários entre os homens e a divindade; ao aplicar a pena, o sacerdote evitava a ira desta, elidindo o seu castigo sobre o grupo humano.

Entende-se que neste período da vingança, o sacerdote com seu amplo poder atuava como um juiz, aplicando toda e qualquer sanção visto que o crime era tido como uma desobediência às normas religiosas e justamente com esta ampla competência com função mediadora entre os deuses e os homens estipulava as penas evitando assim o castigo divino sobre a sociedade.

Descreve Mirabete (2011, pp.16):

O Direito Penal impregnou-se de sentido místico desde seus primórdios, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social e o castigo ou oferenda era aplicado pelos sacerdotes que infligiam em penas severas, visando a intimidação.

Desde a época primitiva em algumas situações previstas, o direito penal já tinha como objetivo reprimir toda e qualquer conduta que fosse contrária aos bons costumes. Na vingança divina, não haveria divergência para punir o infrator, aplicava-se penas severas com função intimidatória através dos sacerdotes apenas para agradar aos deuses evitando assim um castigo divino sobre os homens.

Relata Bitencourt (2011, pp.59-60):

Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação a grandeza do deus ofendido. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.

A punição era bastante severa, não havia sequer uma proporcionalidade, a única medida para aplicação da medida adotada era o poder do deus ofendido. Os sacerdotes tinham legitimidade para aplicar as penas desumanas, tendo como único objetivo evitar que novas condutas delitivas.

Por fim, a vingança pública repele-se o crime através do soberano ou autoridade dando uma maior estabilidade ao estado.

Narra Roque de Brito Alves (2010, pp.40):

Repele-se o crime, a violação da lei penal através do soberano ou autoridade. A justiça e a repressão penal por meio do terror e da intimidação através do soberano, procura-o manter e proteger de qualquer forma de repressão, empregando a tortura, penas cruéis e aplicação da pena de morte.

Evitava-se o delito impondo penas severas através do soberano. O dever de justiça era impor arbitrariamente a intimidação e ao mesmo tempo impregnava o terror dos soberanos que independente do meio tinha como finalidade evitar novas infrações, aplicando inclusive penas de morte.

Cita Bitencourt (2012, pp.72):

O objetivo da repressão penal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, que mantém as características da crueldade e da severidade, como o mesmo objetivo intimidatorio.

Atuando como mandatario dos deuses, os sacerdotes abusava do seu poderio influenciando a sociedade que apesar da crueldade das penas essas eram em nome dos deuses e seria o unico meio para satisfazer a vontade divina. Aplicava-se penas crueis para evitar que novos delitos ocorressem sempre com o intuito intimidatorio.

Ainda nesse aspecto, atenua Mirabete Fabbrini (2012, p.16):

No sentido de se dar maior estabilidade ao estado, visou-se à segurança do principe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediencia ao sentido religioso, o estado justificava a proteção ao soberano que na Grecia governava em nome de Zeus, em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas.

Por mais severa que seja a pena, tinha objetivo não somente religiosos mas de proteção aos soberanos visando o equilibrio do estado. As penas deveriam ser atingir o delinquente de forma mais fravosa possivel, evitando assim a repressão sempre procurando acovardar a sociedade.

Conclui-se que as penas impostas eram totalmente violadoras ao principios fundamentais que temos hoje, de forma severa e sem remorso as sanções eram impostas aos delinquentes com o intuito de minimizar atos infracionais sem utilizar da proporcionalidade tão utilizada em nosso ordenamento juridico. Penas estas que estavam vinculadas a superstições e sua aplicação em nenhum momento respeitava a dignidade da pessoa humana.

2.2 Idade Média

Neste periodo, o julgador tinha amplos poderes para impor a pena sem que reste duvidas dos indicios de autorias. Utilizava de meios severos para fazer com que o réu em muitos casos inocentes confesse o crime imputado contra sua pessoa, visto que o julgador utilizava de torturas hoje não admitida fazendo com que o suspeito produza provas contra sim mesmo ao assumir a autoria de um crime.

Tratando-se de Direito Penal na época Medieval diferente de hoje, não se tinha a mínima preocupação com a dignidade do ser humano sendo esse suspeito de um delito. Muitos acusados eram queimados em praça pública como uma forma de represália e ao mesmo tempo servia de exemplo para a sociedade que acompanhava o cortejo.

É perceptível que os juizes não tinham limites na aplicação da pena, poderiam aplicar sem qualquer remorso e de forma grave qualquer sanção desde a tortura até a pena de morte, sendo o mais comum a perda do globo ocular e amputação de um membro.

Em muitas ocasiões a tortura condena um inocente debilitado e absolve o forte acusado. Sendo considerado um péssimo resultado que é submetido o suspeito para que seja explicitada a verdade, de formas indignas sendo apoiada pela própria sociedade.

Relata Dotti (2004, pp.138):

Neste período predominavam as penas corporais. O Rei dos Longobardos, dispunha que cada juiz tivesse em sua cidade um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos. Carlos Magno, ordenava que as pessoas boni generi que tivessem delinquido poderiam ser recolhidas por determinação real até que se corrigissem.

Durante a idade média impregnava as penas que causavam algum dano não somente psicológico mas principalmente físico para o delinquente visto que as sanções eram aplicadas contra os corpos, ou seja, penas corporais. Conforme supracitado, era necessário que cada cidade sendo a pena imposta através do juiz, tivesse sua própria prisão para deter os que roubam pelo tempo máximo de dois anos, assim como, as pessoas que fossem contra o rei passassem a ser encarceradas durante um longo tempo até mesmo perpetuamente.

Afirma Beccaria (1764, pp.23):

O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos.

São notórias as injustiças da justiça durante esse período. Não havia uma distinção convicta de quem era inocente e nem culpado, dessa forma qualquer pessoa poderia ser submetida ao severo sistema prisional. Diante da brutalidade da tortura para fazer com que o inocente admitisse a culpa sendo não autor do crime, mas simplesmente por não aguentar tanta violência, violou-se um princípio atualmente muito relevante para o direito penal, a

prova obtida por meio ilícito que diferente deste período não é admitida a confissão do acusado quando nele se impunha meios gravosos para se obter tal finalidade.

Deve-se salientar que as penas eram aplicadas com relação ao status do acusado, sempre em favor do estado e da religião.

Para de Catão (2004, pp.57):

Na idade média, foram observadas limitações ao poder dos senhores feudais, sendo evidenciado o enfraquecimento do poder político do estado. É mister destacar que a sociedade medieval, era estamental, dividida em classes, grupos ou unidades sociais chamadas 'estamentos'. Por conseguinte, os direitos eram titularizados pelos indivíduos como integrantes de um estamento(dividido em grupos), correspondendo a privilégios, imunidades ou regalias.

Nada difere do nosso atual ordenamento, trazemos os frutos do passado, no qual havia e ainda existe uma seletividade do sistema penal, sempre as leis são para os mais vulneráveis por outro lado as altas classes gozam de regalias. Entende-se por estamentos justamente esta divisão entre os fracos e os fortes, persistindo certas imunidades para aquele mais resistente.

Narra Brandão (2008, pp.26):

As torturas, enquanto meios de prova processual, não estavam previstas na lei, afastando-se assim do multirreferido Princípio da Legalidade. Seu desenvolvimento deve-se à mente criativa dos julgadores da época, os quais eram hábeis mestres quando o assunto era propalar o terror penal.

Ainda afirma Brandão, dentre as modalidades de tortura existentes no período medieval, destaca-se:

1- Trato da Corda. No qual consistia em amarrar as mãos da pessoa atrás das costas, o que sobrava da corda era amarrado a uma roldana presa no teto do local da tortura e no simples sinal a corda era puxada ficando o torturado suspenso no ar.

2- Suplício do Fogo. Nesta prática, lubrificava a planta dos pés do acusado com gordura e atava fogo, normalmente o acusado perdia os pés.

3- Língua Caprina. Consiste em amarrar o torturado em uma cadeira enquanto o torturado borrifava seus pés com água salgada; em seguida trazia-se para junto do torturado uma cabra que primeiro lambia o sal, após roía a pele, a carne e até os ossos do torturado.

Brandão adentra-se mais ao princípio da legalidade no qual todo e qualquer processo para se haver um julgamento digno e justo deve estar devidamente atrelado. Dessa forma, violando qualquer etapa do processo seja por meio de provas, seja através de confissões sob tortura, nunca haverá de ser pronunciada a justiça, mas sim a imposição de terrorismo pelas aquelas pessoas que auto designam como julgadores.

Existiu na época para se obter confissões ou até mesmo para aplicação da pena atribuída pelo julgador três espécies de sanção: tratado de corda ; suplicio do fogo ; e lingua caprina. Observa-se pela gravidade dessas modalidades diferente de hoje não como uma função ressocializadora mas somente com o intuito de causar severos danos ao delinquente.

Cita Mirabete (2011, pp.18):

As sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comuns o confisco, a mutilação, tortura, e as penas infamantes. O Direito Penal é exercido em defesa do estado e religião e o arbítrio judiciário cria em torno da justiça penal, a insegurança, incerteza e verdadeiro terror.

Como narrado em outra oportunidade, a questão da seletividade do sistema penal sempre imperou desde época primitivas. Temos que a sanção era sempre aplicada para defesa da religião, estado, contudo, a gravidade das penas devido a incompetência do judiciário na época nunca trouxe um ideal de justiça, em decorrência, criou-se um caos, impregnou-se o medo e a sociedade descreditava a cada dia naquelas pessoas que tinha obrigação de manter a ordem estatal em prol da sociedade

Segundo Luis Regis Prado (2012, pp.95):

Nesse período sombrio, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, introduziam o critério da razão do Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não somente na determinação da pena mas na definição dos crimes, criando uma certa insegurança e terrorismo em volta da justiça. Criava uma desigualdade de punição aplicada para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada era monstruosa e executada por meios brutais e atrozes.

Temos que o único meio para a defesa do príncipe e da religião, seria a aplicação do direito penal de forma arbitrária e sem haver um limite do poder de punir. Nesta oportunidade

abre-se precedente a instabilidade da sociedade devido ao abuso das penas imposta pelo poder judiciário e principalmente pela desigualdade das penas em relação a classe mais nobre que possuíam certas regalias.

Elenca Roque de Brito Alves (2010, pp.42):

Houve aplicação de uma justiça bárbara, desumana, injusta, de uma verdadeira vingança pública, por penas iníquas e leis desiguais, nem mesmo os animais e os mortos escapavam ao Direito ou à Justiça Criminal daquela do terror daquela época.

É notório a unanimidade de autores questionando a forma da aplicação do direito na época. Penas severas, injustas, leis que pelo mesmo crime absolviam uns e colocava outros na cadeia, penas que nem os animais nem tão pouco os mortos estavam livres dessa prática abusiva.

Cita BRUNO (*apud* Bitencourt, 2011, pp.68):

Nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incertezas, insegurança e justificado terror.

Continuando na mesma linha de raciocínio, devido à ditadura da época e que seja assim considerada, somente com o intuito de proteger o príncipe e a religião, ocasionou um vasto período de terrorismo, medo, pânico, devido à justiça ser confundida com os interesses da época. Tem-se um direito que nunca deveria ser aplicado, não tem o máximo da pena e as suas formas de aplicação, em contrapartida, reconhecidamente, o judiciário seguiu aplicando penas injustas, criando perante a sociedade a instabilidade da justiça.

Examinando o tema, João Mestieri (2002, pp.29):

Surge a cruza e o castigo corporal assim como o emprego da morte. Havia a intimidação, e antes de cartigar, fazia sofrimentos ao acusado assim como intimidamentos pelo sofrimento até mesmo a existindo a pena de morte essa era acompanhada de requintes bárbaros. A finalidade era fazer com que o condenado sofresse os maiores horrores assim intimidando o povo, presente, sempre, ao público espetáculos das bárbaras execuções.

Por fim, enaltecendo as outras indagações com o mesmo fundamento, com a brutalidade das penas, temos o poder judiciário muito mais criminoso do que o crime cometido pelo delinquente. Período este que deveria ser esquecido na história do direito penal devido violações a princípios processuais, cito hoje, o princípio da legalidade, nunca houve uma imparcialidade do judiciário, com o estado absoluto da época o intuito era proteger aqueles representantes de governo, eis que manipulavam os juizes deste período de incertezas e inseguranças jurídicas.

A paz nunca existiu, cedendo espaço ao terrorismo, a tortura, as penas cruéis e inclusive a aplicação da pena de morte. Mesmo antes dessa aplicação arbitrária das penas, seguiu-se uma forte intimidação, castigando, maltratando, tratando seres humanos como se fossem algo sem valor. Intimidava em praças públicas, faziam espetáculos das execuções para que evitassem que a sociedade cometesse novos crimes.

No período da idade média, devido a um golpe contra o estado, houve uma grande migração da cidade para o campo centralizando o poder no senhores feudais. A igreja preponderando na época, era autora dos castigos, das aplicabilidades das penas passando o poder de arbitrio aos senhores feudais. O direito de forma não escrita mas costumeira propiciou para que cada feudo tivesse seu próprio direito penal. Dentre todas as formas de leis, seja costumeira, natural, humana, predominava a natural, ou seja, a lei divina.

Narra Brandão, Saldanha e Freitas (2012, pp.137):

O que vigorava, pois, com maior expressividade para dirimir lides era, de uma parte, o direito costumeiro e, de outro lado, o arbitrio dos detentores do poder político, que dominando a violência militarmente organizada, não possuíam limites significativos ao exercício de seu poder.

No decorrer da idade média, com a ocorrência de vários conflitos, admitiasse para solucionar esses litígios o direito costumeiro, nestes termos, entende-se que este direito anteriormente descrito, seria um acordo da população, como uma das poucas formas de prover o direito. Por outro lado, junto ao direito costumeiro, tem-se as atrocidades dos legítimos detentores daqueles representantes do povo, que utilizava muitas vezes da violência para impor suas vontades, não existindo limites na sua forma de governar. Em decorrência, o próprio Direito move-se na faculdade de uma finalidade em que se queira realizar.

Descreve Brandão (2008, pp.28):

A população concentrou-se nos feudos e o direito romano deixou de ser aplicado, prevalecendo o direito costumeiro. Existia os foros e as fações. O primeiro são as normas de auto organização dos feudos, o segundo eram sentenças memoráveis invocadas para solucionar casos semelhantes aos delas.

Devido ao grande aumento da população no campo, os únicos detentores de poder eram os feudos, notoriamente, eram aquelas pessoas nobres, proprietário de grandes terrenos que utilizavam de servos para manutenção da terra. Utilizava-se o direito costumeiro como forma de solucionar conflitos, aplicava as leis conforme sua autoridade, utilizando-se dos foros e fações.

Elenca BRANDÃO (*apud* Ricardo de Brito, 2008, pp.28):

O Direito Penal passou a ser aplicado nos delitos comuns pelo próprio senhor feudal através de critérios largamente arbitrários que redundavam com frequência na aplicação de penas cruéis.

Aproveitando-se de seu poder senhorial, os feudos passaram a aplicar o direito inclusive naqueles delitos comuns. Utilizavam-se normalmente e com repetição das penas severas como forma de intimidação, evitando assim, a ocorrência de novos crimes.

Concordando com o tema, Brandão, Saldanha e Freitas (2012, pp.137):

Após a conquista do império, os saques, a imposição da servidão, deu-se início ao processo político de feudalização, com a fuga das cidades e a fixação da população na zona rural, em um regime intermediário entre a *libertas* do cidadão romano e a *servitas*, que era o estatuto natural de todo o não cidadão, o qual poderia ser escravizado tanto em face da guerra quanto em face do comércio. Tal regime de semiliberdade fixava o homem à terra, de modo a não se admitir que a deixasse licitamente por obra de sua própria vontade, só se admitindo dita desvinculação à terra em face da benção autorizativa, concedida por senhor feudal.

Devido a ocupação do império e com a ocorrência de saques, surgiu a escravidão e ao mesmo tempo cresceu o feudalismo a partir do momento em que a população passou a migrar para o campo. Dividiu-se a sociedade em duas classes, os cidadãos romanos e os *servitas*, no qual esse último, poderia ser servo, devido ao comércio da época assim como a própria guerra. A liberdade era atribuída ao possuidor dos terrenos, e a semiliberdade assentava os

homens as terras, de forma que somente poderia deixar a propriedade com autorização do senhor feudal.

Afirma HENRI PIRENNE (*apud* João Mestieri, 2002, pp.28-29):

Com o intercambio dos homens para o campo, determinou-se as condição dos homens, por suas relações com a terra. Quem possuía terras, ao mesmo tempo possui liberdade e poder. A servidão é condição normal da população mais baixa. O fato essencial não é a condição jurídica, mas a condição social, e esta reduz ao estado de dependentes e de explorados, mas ao mesmo tempo de protegidos, a todos os que vivem na terra senhorial.

A imigração da sociedade para o campo, foi ponto primordial para a sociedade ser dividida em classes. Aqueles que detinham terras, teriam direito a liberdade e principalmente a poder. Por outro lado, a escravidão era imposta para aquelas pessoas de classes mais vulneráveis que eram extremamente explorados e tutelados desde que passassem a viver nas terras dos feudos.

Discordando com relação as penas severas aplicadas durante o período medieval, Beccaria (1764, pp.30):

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

Beccaria, criticou severamente o método das penas aplicadas durante a idade média, dizia que em toda e qualquer situação as penas deveria ser aplicada em equidade ao crime cometido, surgindo a ideia da razoabilidade e proporcionalidade. Nesta aplicação da pena, essas, deveria causar na sociedade uma sensação de que a pena é eficaz, e que não seja submetida de forma gravosa ao acusado. Nestes termos, impondo o direito atentando ao método anteriormente elencado, evitaria o cenário de incerteza e de falta de credibilidade da sociedade perante os detentores de poder.

Não havia um sistema prisional, nem tão poucos direitos que assegurassem uma dignidade ao ser humano. Os prisioneiros eram submetidos a barbaries, sem poder se alimentar de forma adequada e péssimas condições de higiene além de sofrer várias torturas tanto psicológicas como físicas.

Com aplicação de penas severas, atreladas de insegurança, incertezas e terrorismo, o que se cogitava era causar impacto a cada uma pessoa da sociedade, de forma que ninguém cometesse delitos e aos que cometeu ficaria marcado para o resto de sua vida tal sofrimento impedindo que voltasse a delinquir.

2.3 Idade Moderna

Neste período ainda persistia os requintes da Idade Média, afirmando que os delitos deveriam ser reprimidos da forma mais severa possível, pois ofendia a pessoa soberana.

Na grafia de CUESTA ARZAMENDI (*apud* Brandão, 2008, pp.286):

As ordens monásticas medievais impuseram privação de liberdade com fins punitivos. Não obstante, somente a partir da Idade Moderna, com o reservimento do trabalho forçado e o desenvolvimeto das instituições de correção, consolida-se o emprego da prisão que mais tarde, no século XVIII encontrara um lugar de destaque no elenco de penas dos sistemas liberais, generalizando-se, durante o século XIX através dos sistemas penitenciários.

Notoriamente houve uma mudança na administração e reformou-se as leis penais, desenvolvendo uma nova doutrina com relação ao punir e legitimidade propiciando uma melhoria de vida.

Com essas melhorias as penas não tinham mais cunhos religiosos ou éticas.

Concordando com o tema, Brandão, Saldanha e Freitas (2012, pp.149):

A idade moderna, tem como panorama histórico a formação dos estados nacionais e o distanciamento do modo de vida feudal, com o conseqüente declínio do poder da nobreza rural e a ascensão da burguesia nas cidades. Com a formação dos estados nacionais e o declínio do modo de vida feudal houve uma perda natural do poder temporal da igreja, que era a maior senhora feudal da Europa.

Neste período, criou-se os estados e suas divisões de poderes, aboliu-se o sistema feudal, cresceu a burguesia, classe dominante na aristocracia. Em decorrência dessa perda de poderes do feudalismo, ao mesmo tempo a igreja perdia seu monopólio, visto que detinha boa parte das terras.

Ainda nas grafias de Brandão, Saldanha e Freitas(2012, pp.150):

A formação dos estados nacionais dará, ainda, condição para o desenvolvimento de doutrinas sobre a origem do estado e aí residará uma nova forma de ver e de pensar o direito. O contratualismo, que será a hipótese filosófica desenvolvida pelo pensamento da modernidade para justificar o estado, dará as bases para a formulação de uma visão acerca do direito natural, que não mais terá uma origem divina, mas sim uma origem humana, surge o direito natural racionalista.

Devido o surgimento dos estados, criou-se um novo método de analisar o direito. Adotou-se o contratualismo, esse seria uma organização da população através de uma concordância entre a sociedade e o estado, permitindo surgir princípios para esta mesma relação. Nessa hipótese, deixará de utilizar o direito natural com fundamento divino, passando a ter origem humana, racionalista. Neste sentido narra Luis Regis Prado (2012, pp.96): “O delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.

Contudo, a punição deixando de ter origem divina e passando a existir com fundamentos racionalista através de um contrato social, somente poderia ser imputado uma sanção com medida preventiva desde que este contrato fosse violado, ou seja, a violação a preceitos fundamentais geraria uma punição ao culpado, mas uma punição de forma a precaver novas violações.

Narra Brandão, Saldanha e Freitas (2012, pp.151):

O estado moderno foi concebido como uma organização destinada ao cumprimento de uma série de objetivos políticos, econômicos e sociais, refida por uma monarquia absoluta, ou seja, investida com um poder pleno, soberano, dentro do território. Assim, como o homem da época, o burguês, tendia a desligar-se da Providência para confiar em si mesmo, o poder real se afirmou como potência suprema no político, que submetia a si tudo que o rodeava. O poder soberano era capaz de modificar a estrutura política e social, passando para isso por cima do direito vigente.

Admitido o contrato no estado moderno, criou-se um órgão que seria responsável ao devido cumprimento das atividades necessárias do estado, sendo administrado pelo monarca, que possui legitimidade dentro do seu território. Nesta hipótese o poderio estatal poderia caso necessário, modificar toda base da sociedade, inclusive violando o direito vigente.

Interpretando a narrativa do livro de Brandão (2008, pp.286), surge os trabalhos prisionais que seriam os trabalhos forçados, os presos não tinham liberdades mas tinham como unica oportunidade para adquirilas o cumprimento desses trabalhos.

Foi incorporada na sociedade a pena privativa de liberdade de forma mais branda, privando o acusado somente de sua liberdade apesar de ser obrigado a cumprir trabalhos forçados, quitando assim sua divida perante a população.

Alguns aspectos relevantes desta epoca devem ser levados em consideração como descreve Mirabete (2011, pp.18): “A justiça penal deve seguir um fim utilitario e politico que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral”.

Surgia a ideia da finalidade da pena, respeitando direitos corporal, sempre restringido pela lei moral, ou seja, a pena deve ser aplicada com principios do dever no qual são sempre exigiveis a misericordia do homem, devendo o mal nunca ser valorado.

Na ótica de Mirabete (2011, pp.18-19):

São principios basicos que devem ser seguidos: os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos; somente as leis podem fixar as penas não cabendo aos juiz aplica-la de forma arbitraria ; as leis devem ser conhecidas pelo povo e redigidas com clarezas; a prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existencia do crime e de sua autoria; devem ser admitidas em juizo todas as provas inclusive a palavra do condenado; não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado ; não se deve permitir o testemunho secreto e por fim a pena deve ser utilizada como não so para intimidar mas também para recuperar o delinquente.

Começa a emegir a ideia do principio da legalidade processual, no qual os cidadãos por viverem em conjunto, privam parte da liberdade e direitos, devido ao contratualismo. As leis passam a ser utilizadas para fixação da pena sendo dessa forma rejeitado toda sanção que não esteja conforme a norma e somente o juiz pode aplicar as penas de forma qualquer. Surge a ideia da transparencia no qual as leis antes de ser utilizadas devem ser conhecidas por toda a população, acarretando dessa forma uma segurança juridica. As provas como meio de defesa do acusado, inclusive utilizando-se de seu testemunho sendo rejeitado toda a prova obtida por meio ilicito. As penas de arresto deve ser somente ao autor não cabendo ultrapassar da pessoa da litigante, assim como não deve admitir o testemunho confidencial, caso admitido estrapolaria o principio fundamento do processo, o principio da legalidade tanto utilizado em nosso ordenamento juridico. A pena aplicada possui uma ideia de socializar o delinquente, ou

seja, sua finalidade essencial, não tinha somente uma forma intimidatória mas para a restarurar os valores morais do condenado.

Nestes termos, os estabelecimentos prisionais passaram a adotar o termo de ressocialização dos presos através de trabalhos sempre mantendo o respeito as normas e preservando as disciplinas, com o intuito reintegrar novamente o delinquente a sociedade.

3 ESCOLAS PENAIS

Com o intuito de obter soluções para os problemas penais, sejam eles delinquentes, crime, e a pena, surge as escolas, não somente para estudar o delinquente mas entender todo o enigma penal resolvendo por completo o ordenamento referente a criminologia.

Dessa forma, entende-se que as escolas penais elabora e interpreta o sistema penal em torno de ideias ou princípios, assim sendo, através dos objetos e métodos de abordagem, apresentando respostas a problemática da criminalidade.

Dentre várias escolas surgidas na época, quatro se destacaram são elas: Escola Clássica; Escola Positivista; Movimentos Ecleticos e por fim a Escola Técnico-Jurídico, no qual serão expostos seus principais representantes e características, acerca das problemáticas do delito assim como do próprio sistema penal bastante utilizados em nosso ordenamento jurídico.

3.1 Período Humanitário

Diante de tantas barbaries cometidas durante a idade média, com a simples justificção de aplicar a lei, no qual o direito era para poucos e a forma de julgamento tinha como base a condição social do indivíduo, resultou na falta de credibilidade da população com o judiciário da época. A sociedade clamava por uma justiça seria e digna, no qual deveria reformar as leis e principalmente a administração da justiça.

Cita Bitencourt (2010, pp.69):

Os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade da pessoa humana.

Devido as atrocidades da justiça na época a população exigia uma reformulação das leis vigentes, eis que surge os moralistas, filósofos e inclusive os próprios juizes passaram a repreender a legislação atual, enaltecendo as liberdades fundamentais do seres humanos.

Descreve Brandão, Saldanha e Freitas (2012, pp.157):

O direito romano deixou de ser considerado como revelação de Deus e passou a ser tido como um conhecimento datado, que não mais pertencia àquela realidade histórica embora ainda fosse tido como um sistema altamente racionalizado, em face do próprio fim daquele direito: a busca da decisão boa e justa. A compilação justiniana tinha um valor intrínseco enquanto conhecimento que conduzia à equidade, mas que não devia ser aceita como um dogma. É a razão humana que possibilitará o uso do direito romano, o qual deverá ser utilizado como um instrumento na busca da justiça do caso concreto e da boa decisão, atividade racional, dirigida pelas faculdades dos homens.

As leis deixaram de ter cunho religioso, passando a admitir uma nova ordem jurídica que não mais tinha vestígios daquela anteriormente vigente. Buscou-se uma melhoria do judiciário com decisões fundamentadas e justas. Os valores justinianos deixavam sinais que não mais seriam admitidos, motivo pelo qual procurou-se uma justiça digna, com decisões razoáveis e proporcionais ao delito cometido, sempre comandada pelas virtudes dos homens.

Deve-se salientar com a variedade de pensadores tanto humanitários como iluministas, destacam-se três filósofos que foram os principais representantes para o surgimento do período humanitário, são eles: Voltaire, Rousseau e Montesquieu. Esses defendiam que a pena deveria ser proporcional ao crime cometido, levando em consideração a condição social do indivíduo de forma a aplicar uma pena menos severa ao infrator. Protegendo dessa forma os direitos de liberdade, igualdade e principalmente de justiça.

Nas palavras de Bittencourt (2010, p.69):

O iluminismo, caracterizou-se por ampliar o domínio da razão em todas as áreas do conhecimento humano. Representou uma tomada de posição cultural e espiritual de parte significativa da sociedade da época, que tinha como objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos.

Qualificava-se o iluminismo pela forma de pensar do ser humano em todas as áreas existentes. Trouxe consigo um mundo cultural e espiritual de forma a propagar o fenômeno do raciocínio para a sustentabilidade de uma vida em sociedade.

Narra ABBAGNANO, (*apud* Dotti, 2004, pp.143):

O iluminismo não foi somente um compromisso crítico da razão: ele foi ainda, o compromisso de servir-se da razão e dos resultados que ela pode conseguir nos vários campos de pesquisa para melhorar a vida particular e associativa de cada homem.

Para o iluminismo, este deveria não somente se fundamentar na forma de pensar do ser humano, mas através dela, satisfazer a finalidade que se propunha, a melhoria da população.

Com esse movimento revolucionário no direito penal, surgiram vários adeptos e dentre esses seguidores, três foram mais expressivos, são eles: Beccaria, Howar e Bentham.

O marquês de Beccaria, com seu enorme prestígio, tinha como pressuposto construir um sistema criminal de forma a substituir as aberrações da ordem jurídica da época, pondo fim ao processo desumano, abusivo e extremamente confuso.

Elenca Bittencourt (2010, pp. 71):

Tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima que é melhor prevenir delitos que castigá-los'.Defendia ainda a proporcionalidade da pena e sua humanização, no qual o objetivo da prevenção geral, não precisava ser obtido através do terror, com a eficácia e certeza da punição.

Do método utilitarista, buscou-se não resuscitar os erros do passado, mas um modelo para o futuro, obtendo como fundamento evitar que novos delitos viesse a ocorrer em vez de reprimir. Presevar a equidade da pena em relação ao crime cometido e a sua função de humanizar. O direito penal, atuaria com função de prevenção geral, não impondo o terror e a arbitrariedade do direito meriodo medieval, mas com certeza de que cometido um crime haverá uma sanção.

Descreve João Mestieri (2002, pp.31):

Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e quanto mais homem houver que o lerem, tanto menos delitos haverá: pois não se pode duvidar que, no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio ao ato delituoso.

Adota-se a publicação das leis que deve ser conhecida por toda a sociedade. Quanto mais pessoas tiver conhecimento haverá uma redução dos crimes, porque ao pensar em cometer um crime, terá a plena convicção que será punido por este ato criminoso, então evita-se cometer o delito, nada mais, que a prevenção geral.

Nas palavras de Heleno Fragoso (2004, pp.48):

Beccaria parte da ideia do contrato social, afirmando que o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo sequer ao juiz o poder de interpretá-las, opondo-se, dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal. Lança a ideia do respeito a personalidade humana.

Com a base do contratualismo, entre a sociedade e o estado, se obtém a finalidade da pena com função preventiva, evitando o surgimento de novos criminosos, sempre preservando a proporcionalidade da pena em relação ao crime. Protegia as leis que não devem ser obscuras, mas de simples compreensão, ao mesmo tempo, devido a essa facilidade não cabe ao juiz a interpretação, somente aplica-la de forma não arbitrária.

Afirma Doti (2004, pp.144):

Beccaria sustentava a ideia da proporcionalidade entre os delitos e as penas; pregava a necessidade da clareza das leis; analisava as origens da pena e do direito de punir, de forma que a moral política não poderia proporcionar nenhuma vantagem durável; condenava a tortura como meio para obter confissão; reprovava o costume de oferecer recompensa para captura de criminoso e por fim, reivindicava a necessidade de uma classificação de delitos e a descriminalização de vários deles.

Concordando com o tema, preserva-se a equidade entre os crimes cometidos com as sanções impostas, através de leis sem obscuridades, erros, contradições, questionava as regalias obtidas pelas classes mais nobres, repudiava os meios para se obter a confissão do acusado, violando o princípio da legalidade assim como a proibição da prova ilícita no processo, defendia um rol taxativo dos delitos e em contrapartida que vários deles deixem de ser considerados crimes.

O filósofo John Howard, tinha preocupação em edificar estabelecimentos prisionais de forma a serem apropriados para o devido cumprimento da pena privativa de liberdade, proporcionando higiene, alimentos, assistência médica entre outros capazes de resguardar as necessidades primordiais.

Narra Bitencourt (2010, pp.72 -73):

Howard propunha incipientes principios de classificação, considerando três classes de pessoas submetidas a encarceramentos: A) Os processados, que deveriam ter um regime especial, já que a prisão só servia como meio assecutorio e não castigo; B) Os condenados, que seriam sancionados de acordo com a sentença condenatoria imposta; C) Os devedores. Insistiu que as mulheres ficassem separadas dos homens e os criminosos jovens, dos delinquentes maduros, assim como assinalou a convivência de fiscalização por magistrado a vida privada.

Havia uma preocupação com os principios individuais dos presos, assim como assegurava uma melhor condição para estes quitarem suas obrigações perante o estado. Dividia o sistema prisional em três tipos de criminosos: Os processados, devendo ter um regime de pena diferenciado dos demais; Os condeados que foram punidos através de uma decisão legalmente atribuída e os Devedores. Surgiu um principio que até hoje permanece em nossa carta constitucional, evitando que pessoas de sexo diferentes permanecesse no mesmo ambiente, assim como os novos delinquentes separados dos mais velhos, havendo uma análise do magistrado em sua vida social.

Cita Dotti (2004, pp.145):

Após criticar o mundo condenado dos cárceres de seu tempo, o humanista fixou bases para remediá-los: A) Higiene e alimentação; B) Disciplina diversificada para os presos provisorios e os condenados; C) Educação moral e religiosa; D) Trabalhos; E) Sistema celular mais humanizado.

Diante de inumeras analises negou-se a forma no qual era imposta o sistema prisional, mas precisamente a vida no carcere. O humanismo criou uma conceito para curar esses males, priorizando os principios hoje ditos como fundamentais, por exemplo: educação moral e religiosa, trabalhos, higiene e alimentação, para com isso mesmo preso o condenado tenha oportunidades de ter uma vida digna sem sofrer muito com as atrocidades do sistema prisional.

Narra João Mestieri (2002, pp.32):

Propôs a dedicar-se à reforma do sistema das prisões, onde relata com minúcias o deplorável estado das prisões europeias, sem luz, sem ar, com a população vivendo em estado desumano. Sugeriu as reformas penitenciárias as seguintes bases: A) Higiene e Alimentação; B) Disciplina distinta para os detidos e encarcerados; C) Educação Moral e Religiosa; D) Trabalho; E) Sistema Celular Abrandado.

Necessitou com urgência uma mudança na forma de vida nas prisões no qual estava sendo submetido os condenados. Tratamentos impiedosos, violações de direitos, presos que não acreditavam mais na liberdade e sofrendo ainda mais com as barbariedades a que eram submetido. Para conceder uma nova oportunidade de vida, foi imposta uma série de mudanças e que algumas delas permanece vivas e utilizadas em nosso sistema prisional atual.

Por fim, Jeremias Bentham, afirmava que a pena não deveria ultrapassar o dano gerado pelo delito. Deu importância ao que se conhece de prevenção geral e especial. Criou um modelo penitenciário denominado panóptico, no qual a prisão tinha um formato circular e no meio existia uma torre, local em que os inspetores fiscalizava os presos, visto que tinha a possibilidade de observar todo o estabelecimento.

Relata Bitencourt (2004, pp.74):

Embora Bentham desse muita importância à prevenção especial, considerava que esta finalidade devia situar-se em segundo plano, com o objetivo de cumprir o propósito exemplificante da pena, utilizava-se da prevenção geral e prevenção especial.

Apesar de Bentham, priorizar a prevenção especial que narrarei em outra oportunidade, em síntese, tem fundamento de evitar que os criminosos voltem a cometer novos delitos. Afirmava que esta deveria atuar em outra oportunidade, visto que, o delincente deveria cumprir a sanção imposta, com o objetivo de exemplo e que mesmo com este intuito do satisfazer a vontade do estado, adotou a prevenção geral e especial.

Na ótica de Bitencourt (2004, pp.75):

Ao expor os fundamentos de seu desenho, enfatizou especialmente os problemas de segurança e controle do estabelecimento penal. Afirmava uma casa de penitenciária, que deveria ser um edifício circular, uma torre ocupa o centro e esta é o lugar dos inspetores.

Com o objetivo de cumprir a finalidade da pena, criticou barbaramente a estrutura dos presídios, necessitando priorizar a segurança e manter a ordem no sistema carcerário, corrigindo erros e solucionando esses conflitos. Em decorrência, recomendou que o presídio deveria ter um formato circular e uma torre no meio, local no qual estaria os fiscais, nesta hipótese, os vigilantes estaria com total visibilidade de todas as celas do estabelecimento penal.

A escola humanista tinha como base o caráter ético e em decorrência dessa o próprio direito tinha elevada expressão confundido-se praticamente com a moral. O delito tinha a concepção de infringir os valores morais do homem e tudo aquilo que era imoral vinha anteriormente ao que era ilegal para o direito penal. Com isso, as razões e ideias substituíram-se por esses valores morais que devem seguir a conduta humana.

3.2 Escola Clássica

Sustenta-se que a responsabilidade penal do homem fundamenta-se na moral, sendo essa composta pelo livre arbítrio, princípio extremamente ligado ao ser humano. Dessa forma, o homem somente poderia ser responsabilizado por um crime se fossem observado o caráter moral e a escolha (livre arbítrio) motivo pelo qual coube o ser escolher entre o certo e o errado.

Nestes Termos, Jorão Mestieri (2002, pp.33):

Sendo o homem dotado de livre-arbítrio, podendo escolher livremente entre o bem e o mal, é moralmente responsável pelos seus atos e essa responsabilidade moral é o fundamento da responsabilidade penal. Só podem ser puníveis, assim, os moralmente responsáveis, donde serem irresponsáveis o louco e os menores, por não terem a liberdade de escolha e volição. No aspecto quantitativo, a responsabilidade será maior ou menor, conforme o grau de discernimento do agente. Os clássicos consideravam o delinquente, um ser normalmente constituído e psicologicamente são, provido de ideias e de sentimentos iguais aos demais homens.

O ser humano a partir do momento que tem opção de escolha entre o que é certo e errado, será autor de seus atos praticados sendo o preceito moral o motivo pelo qual se impõe a sanção penal. Surgiu a ideia da imputabilidade penal, ou seja, aquelas pessoas que tivessem distúrbios assim como os que não atingiu a maioridade por não possuir necessário discernimento de escolha entre o bem e o mal, não deveriam ser punidos, porque seriam

considerados irresponsáveis, diferente dos que possui a livre escolha sendo esses considerados responsáveis.

No feito a punição, preliminarmente analisava o teor de entendimento do agente, quanto maior e mesmo assim cometesse o delito a pena seria elevada, quanto menor o grau de compreensão a punição seria menor. Entendiam que mesmo sendo um criminoso possuíam igualdade entre todos que formam a sociedade pelo fato de expor pensamentos assim como serem constituídos de sentimentos.

Para Heleno Fragoso (2004, pp.53):

Constroi um sistema de absoluto rigor logico, analisando o conceito de crime para nele reconhecer como elementos uma força física e uma força moral, o que corresponde ao que modernamente se chamaria de elemento objetivo e elemento subjetivo.

Mais uma vez demonstra-se a situação moral do sujeito que engrandece as tesses propostas pela escola classica. Com a racionalidade do sistema examinando cautelosamente o delito, surgia como noção de crime elementos objetivos, que falam do proprio fato em si, assim como, os subjetivos, tidos como psicologicos que eram utilizados para a quantitatividade da responsabilidade.

Transpassando em termos atuais, temos valorado a imputabilidade tanto penal como cível dos menores de 18 anos e dos deficientes mentais por não possuírem essa opção de escolha. Não devem dessa forma, ser imposta uma sanção decorrente das praticas ilicitas de seus atos, sendo submetido aos menores, medidas socio educativas e aos demais a depender do caso medidas de segurança.

A escola explorou a manifestação do crime, atentando-se mais a questão do proprio delito do que a pena. Eis que surge seus principais representantes, os iluministas: Beccaria, Carmignami, Filangieri e Romagnosi, e os juristas: Carrara, Bentham, Pessina, Rossi.

O marquês de Beccaria, fazia severas criticas ao sistema penal na idade média, ligado ao absolutismo, principalmente as penas de tortura e as cruéis. Descreve ainda que a sociedade está ligada por meio de um contrato social, devendo o magistrado ao julgar não seguir segundo sua consciência mas de conforme na norma escrita.

Narra Bruno (2003, pp.50):

Beccaria reclama que o direito penal seja certo, as leis claras e precisas, o juiz não admitindo sequer a interpretá-las, mas só aplicá-las nos seus estritos termos, exigência com que reagia contra o arbítrio da justiça penal da época. Funda-se o contrato social, o fato normativo, regulador, de que a sociedade e a ordem jurídica resultaram de livre renúncia de uma parte mínima da liberdade de cada *socius*, não só para assegurar o bem comum, mas para permitir a cada um deles gozar em segurança aquela parte maior da própria liberdade que reservara para si mesmo.

Exigia que as leis indicassem com precisão o fato punível, devendo os julgadores somente aplicar sem interpretar visto que as normas seriam de fácil compreensão, enaltecendo a segurança jurídica. Tinha como base o contratualismo, no qual a sociedade cedia parte de sua liberdade para manter o bem estar e preservar a ordem pública.

Cita Heleno Fragoso (2004, pp.50):

As ideias fundamentais do iluminismo, que aparecem no livro de Beccaria, descreve que a pena como meio de defesa social, fundada na utilidade e o crime como ofensa a direitos naturais ou civis.

Nesta linha de pensamento, a base do iluminismo ao impor a punição defendia que esta se justificava como único meio de manter a paz social, visto que o delito era tido como uma violação ao contrato social.

Jeremy Betham, descreve que a sanção se fundamentava na sua utilidade, impedindo que o delinquente cometesse novos crimes, intimidando e dessa forma, protegendo a sociedade num todo.

Nas palavras de Dotti (2004, pp.151):

Desenvolveu as ideias do chamado utilitarismo inglês ao afirmar que a utilidade é o princípio supremo da moral e a base da vida em sociedade. Segundo ele, as leis devem ter uma base racional visando conciliar o egoísmo individual com a utilidade coletiva.

Com a intenção de manter protegida a sociedade, declarou que as leis devem estabelecer meta para atingir sua finalidade em prol do interesse público. Assim sendo, deveria punir o infrator numa tentativa de harmonizar aquele criminoso que comete atos egoístas, com a necessidade da sociedade.

Cita Bruno (2003, pp.53):

Betham é mais claro e preciso, mas decisivo na maneira por que exclui qualquer pressuposto metafísico e assenta o Direito Penal unicamente na necessidade pública, na necessidade da prevenção geral dos crimes, e essa necessidade de prevenção, é que faz da pena, esse “meio vil em si mesmo, que repugna a todos os sentimentos generosos”, um sacrifício indispensável para a salvação comum.

Redundantemente a única fórmula de manter a sociedade livre de qual males seria aplicação da pena. Ao aplica-la evitaria certas regalias ou atos de bondades e ao mesmo tempo, evitaria que novos delitos viessem a ocorrer porque se fazia necessário a ideia da prevenção geral.

Descreve Heleno Fragoso(2004, pp.51):

Fundador do utilitarismo, princípio em que se baseia toda a sua concepção da pena, atribuindo a esta o sentido predominante de prevenção. Observou-se a certa altura vigorosa reação, no sentido de reafirmar o caráter retributivo da sanção penal, como exigência da justiça, com o que se procurava deslocar a fundamentação racional da pena para o plano ético.

Enaltece a questão da prevenção como sustento para aplicação da pena, atribuía como requisito de justiça o caráter retributivo da pena, ou seja, visava somente a penalidade do indivíduo que cometeu um comportamento atentatório as normas legais.

Anselmo Von Feuerbach, afirma que o a partir do momento que os homens passaram a conviver conforme as normas jurídicas o estado será extinto. A pena constrangia o ser humano tanto fisicamente como psicologicamente, para que dessa forma pudesse evitar o crime.

Afirma Dotti (2004, pp.151):

É considerado como um dos fundadores da escola clássica ao desenvolver as ideias de Beccaria que se opunha aos excessos punitivos da justiça criminal. Sustentava que a finalidade da pena é a prevenção especial pela coação psicológica sobre o delinquente.

O intuito da pena neste período sempre foi à prevenção, com o objetivo de evitar que novos delitos ocorressem, para isso, deveria haver uma manipulação mental do delinquente para que o mesmo não fosse reincidente. A imposição de uma sanção deveria ser equivalente

ao crime cometido, visto que causaria um dano tanto físico e principalmente psicológico, não sendo admitido todo e qualquer abuso de poder.

Romagnosi imaginava um direito penal parecido ao direito natural, de forma inalterável e preliminar aos tratados humanos, devendo dessa forma ser aplicado a punição de crimes passados visando impedir novos delitos.

Nas palavras de Bruno (2003, pp.53):

Adota a posição jusnaturalista, preso à concepção de um Direito independente de convenções humanas. Contesta a ideia de um contrato social. Sua concepção jusnaturalista ficou sem influencia, desde o seu conceito de direito punitivo com direito de defesa e nada mais do que Direito de defesa. Direito de defesa não individual mas de defesa social ou defesa indireta, um direito de defesa habitual , contra uma ameaça permanente, nascida da ingênita intemperança.

Com o intuito de punir o crime passado querendo inibir novos delitos, questionou-se o contratualismo, no qual a sociedade cedia parte de sua liberdade. A imposição da pena teria como único fundamento a proteção sociedade contra constantes violações a direitos.

Francesco Carrara, observava o crime estabelecendo uma força corpórea e do outro a moral, no qual deverá compreender a vontade do agente. Assim sendo, surgia as circunstancias atenuantes bem como os antecedentes criminas e a inimputabilidade do criminoso. O agente enquanto cidadão na pratica de um delito, seria punido conforme sua culpabilidade.

Narra João Mestieri (2002, pp.33):

Carrara define crime como a infração da lei do estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso. Desenvolveu a ideia do justo castigo,: a pena é o justo e proporcinado castigo que a sociedade inflige ao culpado, que o mereceu pela falta livremente praticada. Ao mal injusto do crime contrapõe-se o mal justo da pena. O fim da pena vem a ser a expiação do crime.

O ser humano ao violar uma norma estatal comete o fato delituoso. Decorre de leis que assegura a proteção da sociedade e ao mesmo tempo impõe uma pena justa ao criminoso, visto que possui liberdade de escolha entre o certo e o errado e assim sendo resolveu adotar o que é contrario as normas legais. Eis que pondera-se a assestariva, as atrucidades do crime equipara-se aos males da pena desde que imposta de forma legal e proporcional.

Descreve Bruno (2003, pp.54):

A ordem no estado de sociedade civil resulta de uma lei eterna formulada por Deus através da pura razão e à qual obedece o homem no seu comportamento externo. Dessa ordem social assim estabelecida provem direitos e deveres, cujo equilíbrio cabe ao estado tutelar. O direito Penal tem seu fundamento na necessidade dessa tutela jurídica e a pena não é mais do que a sanção do preceito ditado pela lei eterna: a qual sempre visa a conservação da humanidade e à tutela dos seus direitos, sempre procede sobre a norma do justo: sempre corresponde aos sentimentos da consciência universal.

Para estabelecer a ordem pública, a norma geral seria igual a lei divina devendo o ser humano em todo momento se adequar a legislação vigente. Neste ordenamento preservasse os direitos de todo e qualquer cidadão cabendo ao estado legítimo detentor assegurar esses direitos. A pena fugiria do ordenamento divino visto que traria transtornos a humanidade.

Para Heleno Fragoso (2004, pp.52):

Funda-se Carrara no direito natural, afirmando a existência de uma lei eterna de ordem, formulada por Deus, da qual deriva a sociedade, a autoridade e o direito desta para proibir e castigar. Considerado em abstrato, o direito de punir tem como único fundamento a justiça, mas quando é considerado como ato humano, seu fundamento é a defesa da sociedade. Assim, o direito de castigar funda-se no princípio de justiça, mas é limitado pela necessidade de defesa.

A população se submetia a uma norma divina sendo essa de caráter geral, caberia a Deus o direito de punir todo e qualquer infrator. A pena teria como base a justiça com o intuito de proteger a sociedade, nesta hipótese, ao aplicar uma sanção, estaria aplicando a justiça como forma de defesa da sociedade.

Neste sentido, surge a ideia do justo castigo e a finalidade da pena, indagando três teorias:

a) Absoluta, compreendendo a pena como um requisito de justiça; b) relativa, distinguia a pena como um fim prático a ser obtido, através da prevenção especial e geral; c) a teoria mista, resultava na fusão das duas anteriores, alegando que a pena servia como utilidade assim como uma exigência da justiça.

Em síntese, tentando encontrar uma solução adequada para uma punição proporcional ao crime, surgiram três teorias para obter esta finalidade : absolutamente, no qual descreve que a pena seria uma necessidade do estado e principalmente para a imposição da justiça ;

relativa, trazia novamente a ideia da evitar que novos delitos ocorressem através da prevenção geral e especial; A teoria mista, adota que a pena deveria atingir uma finalidade, seja ela de prevenção ou preservação da ordem publica, concomitantemente, seria não uma solicitação da justiça mas mas uma ordem.

Para João Mestieri (2002, pp.33-34):

A pena é o justo e proporcionado castigo que a sociedade inflige ao culpado, que o mereceu pela falta livremente praticada. Ao mal injusto do crime contrapõe-se o mal justo da pena. O fim da pena vem a ser a expiação do crime. O fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade. O delito ofendeu materialmente a um individuo ou uma familia, ou a um numero qualquer de pessoas. Estas ofensas do delinquente cessam de temê-las, esperando tenha sido ele refreado pela pena. Os cidadãos que receavam a imitação do perverso, por parte de outros, deixam de temê-lo, esperando do mal a ele imposto um obstaculo que elida o impulso do triste exemplo. E eis como na formula da tranquilidade se resume o fim da pena.

Acreditava que a sanção imposta deve ser adequada ao crime cometido, no qual ao possuir liberdade de escolha o preferiu a pratica de um delito. A pena tem como objetivo a proteção da população com a finalidade de proteger a ordem estatal. Porém, ao atribuir uma pena esperasse que novos delitos não ocorra trazendo consigo um sossego para a humanidade.

Transpondo a finalidade da pena, que tinha como objetivo final a preexistencia do direito, evitando que novos delitos fossem cometidos, Francesco Carrara criou um sistema de principios que se tornaram postulados da escola classica.

Elenca Heleno Fragoso(2004, pp.52-53):

Certos principios basicos aparecem na Obra de Carrara e que são os seguintes: A) O crime é um ente juridico, o que significa que o crime é a violação do direito, como exigência racional (e não como norma jurídica do direito positivo); B) responsabilidade penal fundada no livre-arbitrio, sendo a liberdade de querer um axioma fundamental para todo o sistema do direito punitivo; C) Método lógico-abstrato no estudo do direito penal.

Varios foram os principios da escola classica, dentre esses, cita-se que a violação seria um dano para o direito e para se punir um criminoso deve ser vangloriado a livre escolha do ser humano ante o crime, assim como, deve ser adotado um método coerente para analisar o direito penal.

Nas palavras de Roque de Brito Alves (2010, pp.49):

Acerca dos principios da escola classica, podem assim ser expostas: A) O metodo do direito penal é essencialmente especulativo, lógico, abstrato, dedutivo; B) A responsabilidade penal, fundamenta-se na responsabilidade moral, no livre arbitrio da vontade humana de escolher entre o bem e o mal, entre a pratica do delito e a conduta segundo a lei. Se o homem escolhe livremente a pratica do crime, é devido a sua escolha que será punido; C) Sobre o conceito de crime, sustentam que o mesmo é um ente juridico, é uma infração a lei, é algo abstrato; D) A pena, esta é castigo, é expiação, é um mal que se opõe ao mal do delito, é um meio de tutela juridica, tem um caráter retributivo.

Ainda com relação aos principios, afirma-se que a ordem penal é de forma coerente e conclusiva. A imputação penal deve ser equiparada a escolha a ser tomada pelo delinquente entre o justo e o injusto, cabendo a imposição da pena desde que escolha propagar o mal. O crime seria uma entidade do judiciario e a condenação, seria uma forma de defender a sociedade com características de recompensar aquela escolha.

Narra João Mestieri (2002, pp.35):

A noção da pena é em tudo conforme aos postulados maiores da escola classica e a sequela necessária da posição por ela tomada frente aos demais problemas penais: o crime, uma entidade abstrata ; a responsabilidade penal, baseando-se na responsabilidade moral em razão do livre-arbitrio ; e o delinquente, em nada diferindo dos demais homens.

A sanção seria o meio pelo qual resolveria os enigmas da sociedade, a transgressão seria um ente não propriamente real e a punição seria conforme ao preceito moral da livre vontade tendo por fim o criminoso iguais aos demais seres humanos.

Cita Bruno (2003, pp.55):

Principios fundamentais da escola classica do Direito Penal, são eles: A) O crime resulta ser, essencialmente, um ente juridico. Não uma ação, mas uma infração; não um fato do homem, mas na sua realidade fenomênica, definido pelos fatores que o condicionem, nem no seu conceito criminoso como um ser natural, mas como um ser moral; B) Fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbitrio, supondo sempre a existencia de uma vontade inteligente e livre, o que torna fundamental no sistema a distinção entre imputáveis e inimputáveis; C) A pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível – o mal justo que se contrapõe a injustiça do mal praticado pelo agente.

Inicialmente, descreve a escola classica que o delito resulta de uma entidade da justiça, no qual, ao se submeter a um castigo, este é devido a sua responsabilidade moral, devendo a sua responsabilidade penal ser fundamente na livre escolha e propria pena seria uma compensação do delito cometido.

Em conformidade, Dotti (2004, pp.153), divide os principios basicos da escola penal em duas fases:

1- Orientação politico social: como reação contra os excessos de uma justiça penal medieval e arbitraria, a escola classica: A) Pesquisou e estabeleceu os fundamentos e os limites do poder de punir do estado ; B) Reagiu contra as penas cruéis e infamantes, propugnando pela abolição da pena de morte e outras penas corporais ; C) Reivindicou um sistema de garantias para o acusado durante o processo e na fase de execução.

2- Orientação Filosofica-Jurídica: sustentou que: A) O metodo de estudo deveria ser lógico-abstrato ; B) O crime e a pena sao entes juridicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delinquente ; C) O fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbitrio, distinguindo entre imputáveis e inimputáveis ; D) A pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punivel, o mal justo como contragolpe ao mal-injusto praticado pelo criminoso.

Repartindo os preceitos da escola classica em politico social e filofia judiciaria, estabelece que todo e qualquer excesso deve ser evitado impondo obstaculos as sanções, assim como, deve ser extintas as penas que fossem dirigidas diretamente ao corpo do condenado, submentendo a tratamentos desumanos, garantindo uma série de principios que irão proteger os condenados.

A forma do estudo do direito penal deve ser coerente, devendo o delito ser considerado como um ser imaginario no qual a base para a punição seria a livre vontade do homem conforme seu dever moral. A pena teria somente carater compensatorio, ou seja, a punição seria conforme o mal praticado.

Em conclusão, notamos que a pena é a moléstia justa no qual o sistema jurídico contesta a gravidade com que o mal é praticado pelo criminoso. Sendo aplicada para recompensar o caráter divino, moral e ou jurídico, sua função retributiva não pode ser diminuída ou extinta por nenhuma finalidade atribuída a pena, conforme será descrito abaixo nas palavras de PISA (*apud* Dotti, 2004, pp.153):

A infração à lei do estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

3.3 Escola Positiva

Nesta fase, iniciou-se o movimento das ciências enfatizando a sociologia e a biologia. Contudo, o crime foi investigado de forma mais cuidadosa, passando o delinquente a ser examinado, colocando-se numa posição central de estudos para a biopsicologia.

Aceitando esse método de investigação esta escola, tenta obter como finalidade a defesa da sociedade perante as ações dos criminosos, preponderando-se dos direitos fundamentais em relação aos delinquentes.

Elaborando uma acareação entre as Escolas Positivistas e Clássicas, temos que de forma esta última prevalece a doutrina individual e a primeira busca-se mais a sociedade como um todo, ou seja, para a Escola Clássica: havia uma preexistência ao ser, em contrapartida para a Escola Positivista: o ser deriva de sua vida na comunidade que vive em constantes evoluções.

Por fim, deve-se salientar, o ponto máximo desta escola é iniciar os estudos criminológicos e antropológicos ponderando o criminoso e o crime como uma enfermidade que devem ser curadas.

Narra Bittencourt (2003, p.52-53):

A escola positivista surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais (antropologia, psiquiatria, psicologia, sociologia, estatística e etc). Esse fato determinou de forma significativa uma nova orientação nos estudos criminológicos. Ao abstrato individualismo da escola positiva opôs a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais. Admitindo o delito e o delinquente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais.

Diferente da escola clássica que atribui ao crime um aspecto com fundamento moral surge à escola positivista no período em que as ciências estavam em crescimento. Determinou que a sociedade devendo ser protegida, nesta hipótese, dava ênfase às necessidades sociais

contrariando o direito individual, afirmava que o criminoso assim como o crime eram os distúrbios da sociedade que deveriam ser curados.

Elenca Bittencourt (2003, p.53):

Principais fatores que explicam o surgimento da escola positiva, são os seguintes: A)A ineficácia das concepções clássicas relativamente à diminuição da criminalidade ; B)O descrédito das doutrinas espiritualista e metafísicas e a difusão da filosofia positivista ; C)A aplicação dos métodos de observação ao estudo do homem, especialmente em relação ao aspecto psíquico ; D)Os novos fenômenos sociais, incluída a criminalidade ; E)As novas ideologias políticas que pretendiam que o estado assumisse uma função positiva na realização nos fins sociais, mas, ao mesmo tempo, entendiam que o estado tinha ido longe demais na proteção dos direitos individuais, sacrificando os direitos coletivos.

Neste sentido, a escola positivista trouxe alguns fundamentos novos, deixando esquecidos determinados ensinamentos da escola clássica, assim sendo, criticou severamente a maior proteção dos direitos individuais abrindo mão da coletividade, nesta hipótese, assentou que as leis deveriam ser conforme o interesse social. Analisou com cautela a figura psicológica do delinquente, caracterizando um ser doente no qual deveria ser tratado.

A escola positivista se apresenta três fases distintas: fase antropológica, destacando-se Cesara Lombroso ; fase sociológica, principal pensador Enrico Ferri e por fim a ultima a fase jurídica, surge através de Rafael Garofalo, jurista desta escola.

3.3.1 Cesara Lombroso

Na compreensão de Lombroso, surge um delinquente nato, ou seja, aquele que desde o início de sua vida já tinha aptidão orgânica, sendo um ser atávico, retrocedendo aos homens primitivos. Analisou os defuntos dos mais diversos criminosos tentando encontrar caracteres que diferenciasses dos homens normais. Dessa forma concluiu: os delinquentes apresentava certas distorções e anormalidades físicas e psicológicas.

Nas escritas de Bittencourt (2003, pp.54):

Lombroso reconhecia que o crime pode ser consequência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes. Todas essas causas, como ocorre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não se atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinquente: nato ; por paixão ; louco ; de ocasião e epilético.

Criou uma figura diferente da sociedade, tinha a concepção do criminoso como um ser com mais de um tipo definido, com várias particularidades tanto psicológicas como físicas, partindo deste preceito, desenvolveu seus estudos ao malfeitor atribuindo vários tipos a estes: por paixão, nato, epilético, por ocasião e louco.

Narra Bruno (2003, pp.62-63):

A ideia inicial de lombroso é a do criminoso nato. Para ele o criminoso verdadeiro é uma variedade particular da espécie humana, um tipo definido pela presença constante de anomalias anatomias e fisiopsicológicas. Fundamenta o crime, a princípio, o atavismo, em vista de certas anomalias anatômicas e psicológicas que encontraram em alguns criminosos, dessa forma, o crime seria uma regressão atávica a formas primárias da humanidade e mesmo do pré-humano.

Lombroso, partindo do pressuposto do delinquente nato como uma forma de subespécie humana com varias deformidades mentais assim como físicas, justificou o delito culpando o criminoso que trouxe consigo certas características do passado que não deveria ser utilizada no presente.

Na visão de Mirabete (2011, pp.20-21):

Para Lombroso, a escola positiva trouxe alguns ideais, são eles: o crime é um fenômeno biológico, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. Por essa razão, o método que deve ser utilizado em seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos ; O criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem e nasce o delinquente como outros nascem sábios ou doentios, fenômeno que são chamados de degeneração ; O criminoso nato apresenta características físicas e morfológicas específicas, como assimetria craniana, fonte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa ; O criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso ; a causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia(evidente ou larvada), que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas.

Entendia o crime como um problema humano e não das normas, a figura do criminoso possui traços de caráter primário, ou seja, considerado um ser atroz, com características determinadas, seja físicas ou psicológicas.

Nas palavras de Bittencourt (2003, pp.54-55):

O criminoso nato, seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos. Além da teoria do criminoso nato, Lombroso trouxe para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental.

Era de fácil percepção a figura do delinquente, por razões de possuir algumas diferenças físicas dos cidadãos comuns. Trouxe a figura do criminoso nato como ser atávico devendo ser analisado o criminoso através de um método no qual possam realizar testes para que sem seguida por à prova.

3.3.2 Rafael Garofalo

Afirmava que o crime teria exclusividade e a justificação da forma de atuar o facínora seria através de uma enfermidade psicológica voltando a prevalecer à responsabilidade moral do indivíduo na prática do crime. Acreditava que essa enfermidade mental se transmitia através da sucessão com particularidades primitivas.

No entanto, tentou conceituar o crime como uma classe distinta da ideia de criminologia, consentindo demarcar automaticamente seu objeto de estudo, ainda mais longe do que a menção ao sujeito ou as diferentes explicações das normas legais.

Cita Bruno (2003, pp.65):

Procurou apoiar o conceito naturalista do criminoso em um conceito naturalista do crime, criou a noção de direito natural como a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas a coletividade. O crime está sempre no indivíduo e é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas, antigas ou recentes, dessa degeneração. O criminoso típico, possui uma anomalia psíquica, uma anomalia moral. Dessa ideia de crime como uma anomalia moral, tem-se a temibilidade, definida como a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente.

Ao igualar a valoração do malfeitor com o delito, gerou o direito natural, sendo esse de caráter universal, abrangendo todos os homens, como uma espécie de desobediência aos

valores de misericórdia dos seres humanos. Parte da ideia que o delinquente possui deficiências psíquicas e moral, nesta última hipótese tem-se que com a ausência da responsabilidade moral, haveria um ser bruto, sempre atuando com perversidade e o resultado para este malefício seria a pena conforme a gravidade da violação.

Narra Bitencourt (2003, pp.55):

Estabeleceu principalmente os seguintes princípios: A periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente; a prevenção especial como fim da pena ; fundamentou o direito de punir sobre a teoria da defesa social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores ; formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica.

Instituiu determinados fundamentos, como o grau de perigo conforme aquele que possui condições de assumir o fato, adotando a ideia da prevenção especial, evitando que o criminoso voltasse novamente a cometer delitos. Acreditava que somente com a punição estabilizaria a ordem pública deixando em outra ocasião a oportunidade do sujeito restabelecer sua situação jurídica que havia dado como perdida.

Descreve Bitencourt (2003, pp.56):

Justificava suas posições radicais em favor da pena de morte. Aplicando a seleção natural ao processo social, sugere a necessidade de aplicação da pena de morte aos delinquentes que não tivessem absoluta capacidade de adaptação, que seria o caso dos “criminosos natos”. Sua preocupação fundamental não era a correção, mas a incapacitação do delinquente, pois sempre enfatizou a necessidade de eliminação do criminoso. Insistiu na necessidade de individualizar o castigo, fato que permitiu aproximar-se das ideias correccionalistas.

Contudo, partindo da ideia que não deveria conceder oportunidade de reabilitação ao delinquente, defendeu arduamente a pena de morte, visto que o delinquente que não se adequasse ao ordenamento, mas precisamente o criminoso nato, este sempre agindo como um ser primitivo, não deveria permanecer na sociedade, visto que, sua tese, tinha por objetivo não a ressocialização anteriormente narrada, mas somente, a extinção dos malfeitores.

3.3.3 Enrico Ferri

Diferente dos ensinamentos de Garafolo e Lombroso, entende que o criminoso poderia voltar a ser um cidadão de bem, consolidava que apenas uma parcela dos criminosos não teria

possibilidade a readaptação que são os habituais e que ainda parte desses poderiam ser recuperados.

Na ótica de Bitencourt (2003, pp.56-57):

Sustentou a teoria sobre a inexistência do livre-arbítrio, considerando que a pena não se impunha pela capacidade de autodeterminação da pessoa, mas pelo fato de ser um membro da sociedade. Entendia que a maioria dos delinquentes era readaptável. Considerava incorrigível apenas os criminosos habituais, admitindo, assim mesmo, a eventual correção de uma pequena minoria dentro desse grupo.

Defendia que a pena não deveria ser fundamentada através da livre escolha do delinquente entre o bem e o mal, mas pelo fato do criminoso viver em comunidade, devendo respeitar as normas vigentes. Compreendia que nem todos os malfeitores tinham condições de reabilitação apenas partes deles poderiam adquirir esta condição.

Descreve Bruno(2003, pp.64):

Classificou os criminosos em cinco categorias: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão. Substituiu a responsabilidade moral pela social, concluindo que todo homem é sempre responsável por toda ação antijurídica que pratica, unicamente porque vive em sociedade. A razão e fundamento da reação punitiva é a defesa social, que se promove mais eficazmente pela prevenção do que pela repressão dos fatos criminosos. O fim da medida penal é também a prevenção dos crimes, visando a pena, que deve ser indeterminada e ajustada à natureza do delinquente, não a puni-lo, mas a reajusta-lo às condições de convivência social.

Ainda reproduz as ideias de Lombroso no feito aos criminosos, atribuindo classes, como: de ocasião, por paixão, habituais, loucos e natos. Insistiu que a pena deveria ser aplicada não por ser o delinquente responsável por seus atos, mas pela simples razão da vida em comunidade. A imposição de um castigo teria uma destinação que evitaria novas transgressões e que parte dos criminosos poderiam ser reabilitados.

Discorre Mirabete (2011, pp.21):

Ressaltou a importância de um trinômio causal do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos. Aceitando o determinismo, afirmava ser o homem “responsável” por viver em sociedade. Dividindo os criminosos em cinco categorias: o nato, o louco, portador de doença mental, o habitual, produto do meio social; o ocasional, indivíduo sem firmeza de caráter versátil.

Consolidava uma teoria para explicar a aplicação da pena, adotando fatores primitivos, físicos e sociais. Nesta hipótese, admitia que a sanção deveria ser atribuída não pelo fato do malfeitor ser autor do crime mas por viver em comunhão.

Para concluir, devem ser valorados os princípios da escola positivista descritos adiantes.

Cita Bitencourt (2003, pp.57):

Em síntese, são os seguintes aspectos principais da escola positiva: o direito penal é um produto social, obra humana ; a responsabilidade social deriva do determinismo ; o delito é um fenômeno natural e social ; a pena é um meio de defesa social, com função preventiva ; o método é o indutivo ou experimental ; os objetos de estudo do direito penal são o crime, o delinquente a pena e o processo. Tem como contribuição: a descoberta de novos fatos e a realização de experiências ampliaram o conteúdo do direito ; o nascimento de uma nova ciência causal-explicativa: a criminologia ; a preocupação com o delinquente e com a vítima ; uma melhor individualização das penas ; o conceito de periculosidade ; o desenvolvimento de institutos como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional ; o tratamento tutelar ou assistencial do menor.

Narra Bruno (2003, pp.67):

São quatro princípios que compõem a escola positivista: A) Fazer partir o Direito Penal da consideração do homem criminoso, na sua realidade biológica e social; B) Tomar o crime como realidade fenomênica, fato do homem em sociedade, episódio de comportamento, condicionado por fatores antropológicos, físicos e sociais, e sobre essa concepção biológica e sociológica, basear sua concepção jurídica, sendo certo que o crime será sempre para o jurista uma infração do direito; C) Basear a responsabilidade penal na responsabilidade social, ou na perigosidade criminal do agente, como critério segundo o qual não só se justifica, mas se especializa a sanção oposta ao crime; D) Fazer da sanção anticriminal, não castigo de culpabilidade, segundo a antiga exigência de retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, nos casos de desajustes invencíveis.

Em suma, temos que o direito penal seria decorrente da realidade social, devendo levar em consideração a condição civil do criminoso. A autoria emerge da existência das leis específicas que dirige os fatos e causas. A imposição de uma sanção seria com fundamento de proteger a sociedade e teria uma função de evitar que novos delitos ocorressem, devendo ser imputado o castigo pelo fato de viver em sociedade. Abre-se precedente para a análise de

estudo entre o delinquente, o processo, o crime e a pena, neste aspecto, surge a criminologia como uma nova ciência que se interessava pelo criminoso e a vítima. Discorre que a punição deveria ser conforme o grau das barbaridades. Expandiu as normas regulamentares, criando as medida de segurança, o livramento condicional, a assistência do menor e preocupava-se principalmente com a recuperação de alguns criminosos.

3.4 Escola Técnico Jurídica

Esta escola, foi influenciada pelo classicismo, tem como objetivo, analisar o crime numa relação jurídica no âmbito social e individual, trazendo a ideia dos imputáveis e inimputáveis no feito a sua responsabilidade moral e obtendo como resultado o tipo da pena a ser aplicada a essas pessoas, seja uma medida de segurança ou retributiva.

Para Bitencourt (2003, pp.61-62):

Buscou-se restaurar o critério propriamente jurídico da ciência do direito penal, cujo maior mérito foi apontar o verdadeiro objeto do direito penal, qual seja, o crime, como fenômeno jurídico. Seu método de estudo é o técnico jurídico ou lógico abstrato. Sustentou que a ciência penal é autônoma, com objeto, método e fins próprios, não podendo ser confundida com outras ciências. O Direito Penal é entendido como uma exposição dos princípios que regulam os conceitos de delito e de pena, e da consequente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico.

Temos que o direito penal é unanime, não devendo se envolver com qualquer outra ciência. Deve ser compreendido através do raciocínio lógico apresentando todos os fundamentos e valores que atuam conforme a norma para depois definir o crime e a punição.

Narra João Mestieri (2002, pp.45-46):

Trata-se de um movimento purista, negando entrada às técnicas e métodos estranhos ao campo criminal, à metafísica, e aos dados da criminologia e de outras ciências. A investigação jurídica é o caminho para o aprimoramento do direito penal, e o estudo e crítica do direito positivo a maneira correta de realiza-la. O mérito foi procurar estabelecer o conteúdo e limites da ciência penal, evitando os delírios dos colaboradores estranhos a matéria(os quais com suas críticas imoderadas e tendências reformadoras não respeitam limites e amiúdes criticam a lei mesmo antes de conhecê-la, pretendendo sacudir, desde a base, a quase todo o direito constituído e ainda valorizando o método próprio da ciência do direito penal.

Para conceituar o delito e a pena, o sistema penal não pode se envolver com nenhuma outra área devendo principalmente negar os princípios não oriundos da matéria criminal. Caso permitisse estaria aceitando métodos e críticas irrelevantes que poderá desconstituir uma tese aceita, assim como, haveria uma desvalorização do penalista.

Nas palavras de Mirabete (2011, pp.22):

Aproveitando as ideias dos clássicos e positivistas, separava-se o Direito Penal das demais ciências penais, contribuindo de certa forma para a evolução dos dois estudos. Referiam-se a casualidade do crime e não a sua fatalidade, excluindo, portanto o tipo criminal antropológico, e pregava a reforma social como dever do estado no combate ao crime. Instituíam a ideia de defesa social, a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao convívio social.

Convém registrar mais uma vez que o direito penal deve ser interpretado apartado das outras ciências. Atentava-se a questão do fato criminoso e não as suas consequências, proclamava a renovação da população devendo o estado, titular de poder atacar a criminalidade, de forma que somente com a ressocialização do condenado a comunidade estaria protegida.

Existiu nesta fase dois representantes que trouxeram princípios de grande relevância para o direito penal da época, são os principais representantes Manzini e Rocco.

Descreve João Mestieri (2002, pp.46):

Manzini, dizia que a humanidade afortunadamente, tem outras coisas a fazer do que entregar-se ao sonho filosófico; Rocco, observava ser necessário aos penalistas, manter-se firmes, religiosamente e escrupulosamente relacionados com o direito positivo vigente, o único podendo constituir objeto de uma ciência jurídica, como é a ciência do direito penal.

Temos que a sociedade venturosa, não deve limitar-se unicamente a questões filosóficas, nesta linha de pensamento, os aplicadores do direito, mas precisamente aos que se dedicam ao direito penal, devem estar profundamente envolvidos com as normas jurídicas que estão em vigor, sendo esses, os únicos talentos para construir teses relativas ao direito.

Narra Dotti (2004, pp.159):

Rocco, insurgia também contra o direito natural diante da premissa de que o direito positivo era a única fonte do direito penal. Sustentou que o método de estudo deveria cingir-se à dedução dos princípios que constituem o sistema do direito legislado em face dos meios da técnica jurídica e não as abordagens limitadas aos comentários ou às críticas.

Rebelava-se Rocco, impugnando o direito dos homens sob o fundamento de que somente aquele conjunto de regras que organiza a vida em sociedade de certa comunidade em determinado período, seria o meio pelo qual o direito penal deveria recorrer. Considera que as investigações deveriam abranger as consequências dos postulados normativos estabelecendo o que deve o sistema preceituar, reprimendo toda argumentação negativa.

Cita Dotti (2004, pp.160):

Rocco implicava em admitir a origem privatística do método jurídico e concluir que o âmbito de conhecimento do Direito Penal se limitava a três ordens: uma indagação exegética ; uma indagação dogmático- sistemático e uma indagação crítica. Manzini dizia que rejeitava-se a filosofia e outras disciplinas de conhecimento do homem para se fixarem no estreito círculo do direito penal.

Em suas indagações, Manzini, sempre afirmou que o direito penal não deve se comunicar com as demais matérias que divergem de seu conteúdo. Rocco, enfatizava uma origem privada limitando o direito penal a uma tese divina, outra que investigava o fundamento normativo e por fim, uma terceira, que analisava evidenciando as qualidades e defeitos das normas.

Por fim, tem-se que a escola Técnico Jurídica trouxe caracteres importantes como exemplo: a responsabilidade moral distinguindo-se os inimputáveis e imputáveis, a pena retributiva e a medida de segurança, sempre valendo-se de métodos casual e explicativo, afirmando que para a solução de problemas severos a única solução é recorrer unicamente para o Direito Penal.

4 FUNÇÃO DA PENA

A função da pena se baseia numa urgência do contexto social em ter um método eficiente para o Direito Penal sendo aplicado pelo estado porque violado um direito, cabendo ao delituoso sofrer uma sanção como forma desobrigar-se pelo crime cometido.

Narra Bitencourt (2003, pp.65-66):

Ainda que se reconheçam fins preventivos, gerais ou especiais, para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena. Com a evolução das justificativas e funções da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações que a doutrina tem dado à pena.

Da necessidade de estabelecer a ordem social, o direito penal seria o único meio de alcançar esta finalidade. Em consequência formulou-se varias teses a respeito da punição, mas somente foi aceita, a prevenção geral ou especial, como forma de imputar ao criminoso um mal equivalente ao delito cometido, visto que, nesta hipótese, compensava o crime cometido.

4.1 Teorias Absolutas e Relativas (Kant e Hegel)

Ao se tratar em estado absoluto, obtém características primordiais a identidade entre o soberano e o estado, assim como o direito e a moral e por fim, o estado e a religião.

Nas palavras de Bitencourt (2004, pp.67):

Na pessoa do Rei concentrava-se não só o estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo como o qual se expiava o mal(pecado) cometido. De certa forma, no regime de estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.

Neste estado absoluto, somente tinha a figura do imperador como representante legítimo da sociedade e principalmente aquele que possui o direito de deliberar e aplicar a pena. Sua figura era equiparada a um ser divino, no qual, aquele que ao se contrapor as vontades do Rei, estaria contrariando a vontade de Deus devendo ser castigado como forma de recompensar o crime cometido.

Entretanto, esta teoria trouxe com o fim da pena a punição que é submetido o autor que comete um delito.

Na ótica de Bitencourt (2004, pp.66):

Convém antes de mais nada, para evitar graves e frequentes equívocos distinguia a função do conceito de pena. A pena é um mal que se impõe por causa da prática de um delito, conceitualmente a pena é um castigo. Porém admitir isto não implica, como consequência inevitável, que a função isto é, fim essencial da pena seja a retribuição.

Nestes termos, o significado da sanção seria a aplicação de uma condenação, visto que a própria pena seria a imposição contra um fato delituoso. Seria uma moléstia ao crime cometido, sendo unicamente atribuída para atingir seu objetivo, a indenização e a desistência de novos delitos.

Com o aumento da burguesia, apareceu o mercantilismo, o Estado absoluto se descompôs e admitiu um conceito liberal, no qual a pena deixa ter sua base na pessoa do soberano, como meio de castigo divino, passando a ser adotada como retribuição a uma violação de normas jurídicas aceitas pela sociedade e empregada pelas leis.

Relata Bitencourt (2004, pp.67):

Diante do efetivo desenvolvimento que esta nova classe social estava experimentando, fazia-se necessária a implementação de meios para proteger o capital, produto da pujança dos novos capitalistas. Compreende-se, então, por que o estado absoluto concentrou ao seu redor, e com uso ilimitado, o poder necessário para o desenvolvimento posterior do capitalismo. Nesse sentido, a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista.

Com a expansão do estado, surge o capitalismo, no qual seria uma ordem financeira em que os meios para gerar uma produção são de propriedade do particular. Assim sendo, deveria haver um novo ordenamento jurídico, ampliando também sua área de defesa, não somente priorizando a sociedade em si, mas principalmente as relações de consumo.

Nas palavras de Bitencourt (2004, pp.68):

Com essa concepção liberal de estado, a pena passa então a ser concebida como “a retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis”. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. A expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de estado, a lei divina pela lei dos homens.

Surgindo um novo conceito de território, a sanção não teria mais a finalidade de recompensar as normas criadas pela sociedade no qual foram violadas, necessitando

desembaraçar as leis que em sua origem tinha outro fundamento. Em decorrência temos que o castigo será posterior ao pagamento, as leis não permanecem com o sustento do agravo à divindade, adquirindo por incumbência atender as questões sociais que devem sanadas.

No entanto, considera-se que a teoria absoluta seria a retribuição ao delinquente por violar a ordem jurídica, sendo aplicado através do estado, obtendo como finalidade a punição do condenado, submetendo-o a graves prejuízos devido a sua conduta delituosa.

Cita Bitencourt (2004, pp.68):

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se “no reconhecimento do estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual.

Visivelmente temos que o estado somente terá legitimidade, desde que essa, fosse alcançada com a manifestação da sociedade, no qual a aplicação do direito, deve atender ao arbítrio da população. Assim sendo, admitiu-se o estado como único titular a qual fica atribuição de preservar as normas assim como proteger o cidadão privativamente de qualquer violação.

Narra Bruno (2003, pp.123):

O direito apresenta como intocável no interesse da convivência comum, e provocar contra si a sanção estatal. Sem essa limitação da atividade de cada um em frente das condições que determinado povo, em certo momento da sua evolução, considera, pelos órgãos da autoridade coletiva, fundamentais para a vida em comum, a sociedade não poderia subsistir. Essa limitação, portanto, assegura a possibilidade da consecução dos fins visados pelo individuo e pela sociedade.

O estado como aplicador das leis, deve proteger a sociedade saindo da inércia a partir do momento em que o direito for afrontado. Considera-se este poder atribuído ao estado como único meio pelo qual preservasse a vida em sociedade, rejeitando a qualquer outro individuo aplicar as leis conforme sua vontade, visto que, o território atuará conforme a vontade da população sendo essa de caráter coletivo.

Nestas teorias absolutistas e retributivas da pena foram dois renomados pensadores: Kant e Hegel.

Para Kant, aquele que não cumpre com o que a lei dispõe não deve ser considerado cidadão. Não é digno de cidadania aquele que não realiza o que as leis dispõe. Dessa forma, o soberano possui legítima responsabilidade de aplicar uma sanção ao criminoso.

Observa a lei com um imperativo categórico e afirma que a pena deve ser aplicada pelo fato de ter sido violado uma regra sem haver um prévio questionamento sobre as vantagens para a sociedade e o acusado ou apenas o castigo para o delinquente.

Nas escritas de Bitencourt (2003, pp.69):

Quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania. Nestes termos, é obrigação do soberano castigar “impiedosamente” aquele que transgrediu a lei. Kant, entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que representasse uma ação em si mesma, sem referencia a nenhum outro fim, como objetivamente necessária.

Afirma Kant com muita objetividade, somente é atribuído ao ser humano o status de cidadão desde que respeite o ordenamento jurídico. Na hipótese de violação, deve o imperador, aplicar a pena de forma severa, visto que compreendia a norma como uma espécie de moral, agindo conforme que a vontade do ser humano devendo atender a toda a sociedade.

Nas palavras de Bitencourt (2003, pp.71):

Do direito de castigar, nunca pode ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade ; mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no numero das coisas como objeto de direito real. O homem não é, pois, algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo. Consequentemente, pretender que o Direito de Castigar o delinquente, encontre base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido. A pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei, e seu objetivo é realizar a justiça.

Com o intuito de preservar a ordem estatal, as penas nunca devem ser impostas em prol do acusado ou da população, sendo atribuída pelo fato do delinquente violar uma norma universal. Estabelece que o ser, não é valorado de forma relativa, mas possui uma importância profunda, ou seja, sua dignidade não deve ser atribuída pelo fato de não respeitar uma norma estipulada pelo mesmo. A sanção não deve ser aplicada unicamente pelo fato de contrapor uma norma, mas, pela finalidade de promover a justiça.

Para Hegel, a pena seria imposta para recuperar a vida de cidadão do criminoso antes de cometer o delito, dessa forma, retomaria a ordem do individuo que foi abatida ao cometer um crime.

Descreve Bitencourt (2003, pp.72):

A pena é a negação da negação do Direito. A pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o quantum ou intensidade da negação do direito será também o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena. Segundo Hegel, o direito vem a ser a expressão de vontade racional, vontade geral. O delito, entendido como a negação do Direito, é a manifestação de uma vontade irracional, vontade particular.

Distinguiu o ser humano em duas classes os racionais que vem a ser aquele cidadão que cumpre as normas, e sendo respeitadas as leis estará concordando com o interesse da sociedade. Em contrapartida, os irracionais, atribuição a determinadas pessoas que agem contraria a norma vigente, no qual a punição deve ser igualmente ao malefício cometido pela pratica de seus atos.

Elenca Bitencourt (2004, pp.73):

Assim como Kant, também Hegel atribuiu um conteúdo talional à pena. No entanto, apesar de Hegel supor que a ação realizada determina a pena, não o faz fixando sua modalidade, como ocorre no sistema talional, mas apenas demonstra, exclusivamente, sua equivalência. Para Hegel, a pena é a lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido.

Concluindo, com a imposição de uma sanção restabelecerá a moral do individuo na qual a teve como desaparecido a partir do momento que cometeu um fato delituoso. Nota-se que apesar de tratar em prevenção faz referencia a Lei das XII Tabuas, impondo o mal da pena proporcionalmente ao mal cometido, ou seja, deve ser atribuído ao malfeitor um castigo com a mesma intensidade da gravidade do fato criminoso.

4.2 Teorias Preventivas da Pena

Entende-se como teoria preventiva da pena, o conceito imposto a sanção com o caráter de refrear novos delitos. Também pode ser compreendida como um malefício a quem comete um crime. Nestes termos, será admitido que a imposição de um castigo utilizando-se desse mal, obterá sua finalidade, a prevenção.

Narra Bitencourt (2004, pp.75):

Para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. A pena é considerado um mal necessário. As teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.

Para evitar que o criminoso pratique novos delitos, se impõe a pena, não visando compelir aquele fato criminoso, mas evitar que viole novamente as normas legais. Apesar da imposição de uma sanção ser considerado um malefício ao delinquente, e sendo esse necessário, seu fundamento não será um ideal de justiça, estando este justificado em impedir que venha incorrer em novos crimes.

4.2.1 Prevenção Geral

A prevenção geral, estar centralizada aos princípios elementares da sociedade, que espera uma intimidação da pena para com os delinquentes e em outro momento, satisfará o caráter subjetivo de ser humano em respeitar as leis e confia-las a sua proteção.

Descreve Bitencourt (2004, pp.76):

Feuerbach formulou a teoria da coação psicológica, sustenta que é através do Direito Penal, que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada. A pena é efetivamente uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é pois, uma coação psicológica, com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo.

Temos que a única forma de extinguir a criminalidade seria a imposição do direito penal, devendo haver a pena uma dupla finalidade: uma intimidação da norma jurídica aos cidadãos para abnegar a prática de crimes, assim como, comunicará a sociedade que para todo fato delituoso precederá a imposição de um castigo.

Afirma Bitencourt (2004, pp.77):

A prevenção geral, fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem. Necessariamente, teve de reconhecer, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem que é uma ficção do livre arbítrio, e por outro lado, um estado absolutamente racional em seus objetivos, que também é uma ficção.

Outra vez, ressaltando a indagação anteriormente elencada, a punição será firmada através do apavoramento da sociedade, devendo considerar a capacidade da livre escolha do ser humano para ser atribuído um castigo.

Narra Dotti (2004, pp.432):

A pena deve prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis. Essa dupla finalidade é consagrada ao citar que a pena concreta, a substituição por outra espécie, se cabível, e o regime inicial de execução, serão fixados conforme se necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Por outro lado, tem que proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A condenação evitará novos delitos assim como se impõe perante as praticas destes atos. Estes dois propósitos somente será ratificado se atingir seus dois objetivos, tanto a prevenção como a intimidação, cabendo ao direito impor meios para que o condenado tenha novamente seu direito à liberdade, ou seja, sua reabilitação.

Descreve Bitencourt (2004, pp.78):

Ao falar de prevenção geral, não pode deixar de mencionar os problemas normativos e empíricos, dentre esses destaca-se: A) Conhecimento da norma jurídica por seu destinatário; B) A motivação do destinatário das normas; C) Idoneidade dos Meios Preventivos.

Como todo ordenamento jurídico, por mais perfeito, sempre haverá uma falha, nada distante da prevenção geral. Nesta linha de pensamento, antes de submeter o criminoso a um castigo, deve-se ter em mente os problemas que recai nas normas jurídicas, a publicação das leis para que todos tenham conhecimento: para aquele crime sucederá uma punição, o interesse a quem a norma será atribuída assim como a capacidade dos métodos de prevenção.

4.2.2 Prevenção Especial

Esta teoria preventiva especial atenderá unicamente o criminoso, com fundamento de prevenir, inibindo a pratica novos delitos. Deve ser considerada como um fim de evitar que malfeitor repita o mesmo fato delitivo.

No decorre, afirmasse que a teoria não vai castigar pelo fato anterior, mas com o intuito da refrear novas transgressões. Portanto, distingui-se da prevenção geral pelo fato de não atender a sociedade num todo, mas privativamente o delinquente, evitando que este venha a violar novamente a norma jurídica.

Descreve LISZT (*apud* Bitencourt, 2004, pp.80):

A necessidade da pena, mede-se critérios preventivos especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de resocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem resocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização.

Nesta tendência, a pena terá fundamento primordial a reintegração do acusado na sociedade, assim como, acovardar aqueles que não cometeram crimes e por fim, impedir a pratica daqueles considerados indócil.

Nas palavras de Dotti (2004, pp.434):

Por prevenção especial entende-se o objetivo de evitar que o sujeito cometa novas infrações. Trata-se de proporcionar ao condenado, através da execução da pena, caminhos opostos à reincidência.

Entende que o fundamento da prevenção além de proporcionar a reeducação do condenado no decorrer do cumprimento da sentença judicial, vai impedir a pratica de novos fatos delituosos.

Elenca Bitencourt (2004, pp.81,82):

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele individuo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. A prevenção especial prefere falar de medidas e não de penas. A pena, implica a liberdade ou a capacidade racional do individuo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já, a medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade. Como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto, é corrigir, ressocializar ou inocuizar.

Conforme narrado em outra oportunidade, a prevenção especial atenderá somente o malfeitor para que se abstenha da prática de crimes. Por sua vez, a pena não tem como objetivo o cerceamento da liberdade, mas tornar sociável aquele criminoso ou por em quarentena aqueles incuráveis, visto que, o delinquente possui aptidão moral distinto do que é socialmente aceitável.

Nas Palavras de Bitencourt (2004, pp.82):

Sob o ponto de vista político-criminal, a prevenção especial justifica-se uma vez que, se afirma, também é uma forma de prevenção o evitar que quem delinuiu volte a fazê-lo novamente, nisto consiste a função preventivo-especial e, de certa forma, a do direito penal em seu conjunto. Ao mesmo tempo que a pena visa a intimidação, com a pena privativa de liberdade buscou-se a ressocialização do delinquente.

Em síntese, a prevenção especial tem como fundamento, evitar que o criminoso cometa novos delitos e ao mesmo tempo intimidará a sociedade para que venha surgir novos malfeitores. A pena não terá como objetivo cercear a liberdade do delinquente ou castigá-lo, contrariamente, vai reeducá-lo lhes tornando inofensivo.

4.3 Teoria Mista ou Unificadora

Essa teoria, prioriza reunir várias noções para descrever uma única concepção. Partem da repreensão para a resolução de um conflito, debatendo e apresentando novas teses que evidenciam a requerer outro fundamento que envolva a multiplicidade dos fins a que se destinam as sanções.

Cita Bitencourt (2004, pp.82-83):

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa unidimensionalidade, em um outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem. Com relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção punitiva, não deve fundamentar-se em nada que não seja o fato praticado, qual seja o delito.

Fundamenta-se nas teses retributivas ou absolutistas no qual impõe ao delinquente uma sanção pelo fato tido como criminoso. Afirma que essa única realidade em certa acepção

seria inútil para proteger as necessidades essenciais da coletividade, sendo de relevância para o direito penal. A punição deve ter como justificção unicamente o delito praticado devendo ser aplicada proporcionalmente a esse.

Nas Palavras de Bitencourt (2004, pp.83):

As teorias unificadoras aceitam a retribuição e o principio de culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, ir alem da responsabilidade decorrente do fato praticado.

Robustecendo, esta doutrina adota a autoria do delinvente, visto que, ao possuir o livre arbítrio, escolheu por violar uma norma legal e neste momento, acarreta uma condenação que deve ser aplicada igualmente ao delito praticado.

4.3.1 Teoria da Prevenção Geral Positiva

A teoria adveio com o intuito de estabelecer outros fundamentos para a finalidade da pena, visto que surge devido à falta de credibilidade das pesquisas anteriormente realizadas.

Com o intuito de alcançar novas respostas convincentes para a finalidade da pena, esta divide-se em: Prevenção geral positiva fundamentadora e Prevenção geral limitadora.

4.3.2 Prevenção Geral Fundamentadora

A prevenção geral positiva fundamentadora possui igualdade entre as demandas da prevenção com a culpabilidade, visto que, independente da condição do delinvente, seja física ou psicológica, deveria ser atribuído um castigo como única forma manter as regras da sociedade.

Narra Dotti (2004, pp.434):

Caracteriza-se a prevenção geral da pena pelo efeito de intimidação que a ameaça de sua imposição ou a sua aplicação ou execução concretas possam produzir no seio da comunidade. É o fenômeno da coação psicológica aludido pelos escritores clássicos como Feuerbach.

A prevenção geral tem como base a ameaça da punição para que possa surtir efeitos perante a população, como o próprio nome descreve uma hipótese de evitar que crimes venham a ocorrer.

Na grafia de WELZEL (*apud* Bitencourt, 2004, pp.85):

O Direito Penal cumpre uma função ético social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção geral negativa. A mais importante missão do Direito Penal é de natureza ético-social.

Atribui ao direito penal como um meio de manter a paz social, principalmente defender determinadas propriedades jurídicas através da prevenção ou repressão, no qual o maior fundamento para o penalismo é sua função concernente aos princípios da moralidade.

Destaca-se que outros dois penalistas se manifestaram à respeito da teoria de Welzel anteriormente supracitada, são eles: Kaufmann e Hassemer.

Narra KAUFMANN (*apud* Bitencourt, 2004, pp.85):

Kaufmann entende que essa função ético-social, atribuída por Welzel ao Direito Penal, deve ser entendida como um aspecto positivo da prevenção geral, e a caracterização como socialização dirigida a uma atitude fiel ao direito. Destacou três elementos importantes da prevenção geral: um tipo informativo, outro de manutenção de confiança, e o terceiro representado pelo fortalecimento de uma atitude interna de fidelidade ao direito. Não considera que a retribuição justa deva substituir a prevenção geral positiva, mas, ao contrario, acredita que aquela é pressuposto desta. Para Hassemer, por sua vez, também considera o pensamento de Welzel muito próximo ao que poderia ser denominado como prevenção geral(ou especial). Mas, para ele, ao conceito de prevenção é inerente uma função “limitadora” da intervenção penal.

Compreende que esta incumbência por ter relação com os princípios da moral, é a essencialidade da prevenção, ao ponto que mantém a ordem e o respeito às normas jurídicas. Faz relevância a três fatores primordiais no feito a prevenção geral, tipo informativo, faz alusão a posição de um sistema, sendo esse repassado a outro ; manutenção de confiança, a partir do momento em que se conserva as leis, gera uma certa segurança em torno da sociedade ; fortalecimento de uma atitude interna de fidelidade ao direito, no instante em que a população sente-se segura com as normas, corrobora um respeito recíproco ao ordenamento jurídico.

Por fim, entende que a prevenção estar ligado intimamente por uma função que restringe a liberdade do cidadão através de uma mediação do direito.

Apesar de concordar em partes com a teoria de Welzel, surge um outro pensador da teoria fundamentadora, Jacobs.

Narra Bitencourt (2004, pp.86):

O Direito Penal segundo Jacobs, corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas. Partindo do conceito de Direito, entende que as normas jurídicas buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sócias. Quando ocorre uma infração de uma norma, convém deixa claro que esta continua, mantendo sua vigência, apesar da infração. Destaca: A pena serve para destacar com seriedade, e de forma 'clara' para o infrator que sua conduta não impede a manutenção da norma. Assim, enquanto o delito é negativo, na medida que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

O penalismo seria o indicador das normas jurídicas no momento em que o direito passa a normatizar as relações comuns da população, satisfazendo estes costumes, e transpondo como uma norma que deve ser respeitada por todo cidadão. Nestes termos, independente da conduta delitativa, as leis se manterão conservadas, sendo esse um aspecto determinante ao abdicar a conduta do criminoso.

Assim como toda e qualquer teoria, existe duas vertentes, uma corrente majoritária que se considera a favor e outra negativa, cito aqueles que impõe severas criticas as teses, dentre a corrente minoritária, temos quatro autores principais, Mir Puig, Muñoz Conde, Alessandro Baratta e Luzon Peña.

Descreve PUIG, (*apud* Bitencourt, 2004, p.87):

Para Mig Puig, com uma teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, se está permitindo, quando não obrigado, a utilização da pena, mesmo quando a proteção dos bens jurídicos é desnecessárias, baseado na ideia tradicional da prevenção geral ou especial.

Afirma que a máxima da prevenção admite a imposição de uma sanção mesmo quando não necessário, obtendo como fundamento o refreamento do delinquente assim como, a intimidação da população para manter o respeito as normas.

Narra BARATTA (*apud* Bitencourt, 2004, pp.87):

Sob o ponto de vista interno, a teoria em exame não explica por que a estabilização de expectativas deve ocorrer através da imposição de um castigo e não através de outros meios menos graves e funcionalmente equivalentes. Sob a expectativa extra-sistemática, a crítica na tese conservadora legitimadora da atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal diante dos problemas sociais. Acrescenta, ainda, que fica claro que a teoria da prevenção-integração faz parte de um modelo tecnocrático do saber social, que pode ser considerado alternativo ao modelo crítico, no que atualmente se inspira a criminologia crítica e os movimentos por uma reforma radical e alternativa do sistema penal.

Neste aspecto surge três proposição a respeito da teoria da pena: haveria um meio necessário para atingir sua finalidade sem utilizar-se do castigo? as normas penais vigente defronta-se com as necessidades da sociedade? Finalmente, estas teses preventivas devem permanecer intactas como método essencial para aplicação do direito ou somente deve atuar como uma opção para o penalista?

Elenca CONDE (*apud* Bitencourt, 2004, pp.87):

Considera a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora imersa na teoria sistemática, proporciona um valioso instrumento para o estudo dos fenômenos sociais, entre os quais se inclui o Direito Penal como meio de controle social, referida teoria não é válida para a valoração e crítica dos referidos fenômenos.

Aprecia que esta tese justifica-se mergulhada em teorias ordenadas a analisar manifestações da comunidade, dentre essa encontra-se o direito penal como forma de completar a sociedade através do estado com o intuito de resolver questões e as imperfeições da população.

Conclui-se que a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, de forma alguma atende as necessidades reais da teoria da pena. Visto que impõe ao sujeito de forma severa a imposição de valores éticos, violando todo e qualquer ordenamento democrático.

4.3.3 Prevenção Geral Positiva Limitadora

Esta prevenção, agindo a sociedade conforme sua própria razão, diante dos vários encargos a que é atribuída à função da pena, gera uma relatividade no feito a intimidação, restando toda aquela ilusória realidade no tocante a ressocialização da punição. Há um avanço

ao demarcar a forma de agir do estado, ou seja, na defesa dos bens jurídicos e a delimitação do fundamento da culpa.

Regula a pena conforme a proporcionalidade, mantendo a punição no limite da culpabilidade, devendo somente aplicar a máxima da sanção caso seja indispensável à premência da prevenção, considerando a medida da causa.

Narra Bitencourt (2004, pp.88):

Em contrapartida à prevenção geral fundamentadora, sustenta-se uma prevenção geral positiva limitadora. A defesa dessa orientação baseia-se, fundamentalmente, em que a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do estado. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.

Possui como base a limitação da sanção através dos órgãos máximo do estado, no qual a punição deve estar delimitada no próprio direito penal do evento e da proporção, devendo ser atribuída respeitando os princípios constitucionais.

Descreve HASSEMER (*apud* Bitencourt,2004, pp.88,89):

Através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito. Não faz parte do caráter da pena a função de resposta ao desvio. A juridicidade dessa resposta também pertence ao caráter da pena. A função da pena é a prevenção geral positiva: a reação estatal perante fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. A proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinquente, dentro do possível, e a limitação desta ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: prevenção geral positiva.No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade co-responsável e atente aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos dos condenados.

Diante da sanção através do estado, assegurasse a legalidade do método de impor a pena para determinado crime, rejeitando toda e qualquer forma diversa para aplicação da sanção. Ao aplicar um castigo há uma limitação para o malfeitor e priorizando o mártir, no qual a ressocialização atende somente as finalidades da pena, não devendo a sociedade impor de forma alguma a repreensão, visto que, esta atribuição passa para o poder estatal.

Elena Bitencourt (2004, pp.90):

A principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral, em seus sentidos intimidatórios e limitadores, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à resocialização do delinquente. Entende-se que o conteúdo da resocialização não será o tradicionalmente concebido, isto é, com a imposição de forma coativa (arbitrária). A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o Direito Penal de um estado pluralista e democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais a negação de um Direito social e democrático.

Por fim, se obtém uma sanção justa e legítima, conforme atribuída somente pelo estado ficando rejeitada toda e qualquer forma de vingança, ou seja, imposição de uma pena através da sociedade. A punição deve atingir suas finalidades, restando novos delitos assim como reprimindo os delinquentes, e neste sentido, deve-se priorizar a resocialização dos criminosos. Aplicado um castigo, este deve ser conforme os limites da proporcionalidade preservando todo e qualquer princípio fundamental do ser e somente desta forma, haverá um estado democrático de direito.

5 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Nos períodos históricos aponta-se a forma de punição sem se preocupar em averiguar a aplicação desta prática de sanção tão rigorosa. Com essa ausência de conformidade entre o delito e a pena a ser aplicada transporta a necessidade de criar um sistema penitenciário.

Os primeiros sistemas penitenciários apareceram nos Estados Unidos. Dessa forma os métodos filosóficos de utilizar a prisão como forma de pena começou a ser propagada a partir do século XVIII. O sistema americano ao longo de sua expansão, concedeu para que firmasse as bases dos sistemas penitenciários da atualidade. Dessa forma os sistemas penitenciários foram divididos em três, apresentando em sequência evolutiva, foram os Sistemas Pensilvânico, o Auburniano e o Progressivo.

5.1 Sistema Pensilvânico

Partindo do sistema filadelfico iniciando com a influencia das sociedades integradas assim como os mais importantes cidadãos da Filadelfia, tem como escopo, renovar as sanções penais com o surgimento das prisões, adequando em métodos mais preciso para a prática da penalização. Dessa forma houve uma comutação da punição em vez ser punido com castigos corporais ou a pena de morte ficavam reclusos.

De início havia uma espécie de triagem no qual aqueles infratores que tivessem cometidos infrações mais leves, ficariam em prisões comuns sendo permitido o trabalho em conjunto durante o dia, aplicando rigorosamente a lei do silêncio. Em contrapartida para aqueles que foram detidos em crimes mais graves, as penas eram cumpridas em estabelecimentos isolados sendo orientados religiosamente para proclamar a bíblia em busca de salvação mas sem direito a sair da prisão, ou seja, sem direito a liberdade. Descreve Bitencourt (2011, pp.146): “Isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes”.

Neste tipo de sistema, entende-se que a única forma de salvar o delincente, seria através da solidão, rezando, refletindo, e em jejum de porções concernentes ao álcool.

A forma de extinguir a pena firmasse no isolamento celular dos intervalos assim como meditação, oração além da lei do silêncio.

Relata MELOSSI E PAVARANI (*apud* Bitencourt, 2011, pp.147):

O sistema celular como uma estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instrução que requeira a presença de pessoas sob uma vigilância única, que serve não somente às prisões, mas às fabricas e etc.

Nota-se que este sistema não conseguiu melhorar a recuperação e resocialização dos criminosos. Se perfaz de tudo que a sociedade e o Estado rejeitam somente por uma questão de impor seu poder, trazendo indignação para aqueles que se encontram detidos.

5.2 Sistema Auburniano

De inicio, certo dos defeitos do regime celular, surge o sistema auburniano para superar essas limitações. Neste sistema, foi admitido o trabalho dos detentos em comum durante o dia, e a noite, silêncio absoluto e isolamento individual, caracterizando dessa forma como os principais elementos do Auburniano,

Narra FOUCAULT (*apud* Bitencourt, 2011, pp.149):

Este jogo de isolamento, de reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve readaptar o criminoso como individuo social: educa-o para uma atividade útil e resignada, e lhe restitui alguns hábitos de sociedade.

Através da solidão, assegura um domínio por parte do estado, com o intuito de resocializar os condenados, para lhe reintegrar a comunidade com todos aqueles valores moral que havia perdido com a pratica do crime.

Durante a noite durante o silêncio era absoluto, existia uma espécie de códigos que até hoje são utilizados, como leituras labiais, gestos, batidas de pratos nas paredes e grades, visando uma forma de comunicação entre os presos diante de uma rigorosa imposição disciplinar.

Os delinquentes eram distribuídos conforme seu nível de periculosidade, em conformidade dessa triagem selecionava quais detentos poderiam trabalhar visto que o trabalho não era para todos.

Nas palavras Bitencout (2011, pp.148):

A primeira categoria eram composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou um isolamento contínuo. Na segunda situavam-se os menos incorrigíveis, somente eram destinados as celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar. A terceira e ultima categoria, era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos e a estes somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar durante o dia ou sendo destinados a celas individuais durante um dia da semana.

Surge três classes de presos, aqueles mais antigos, se mantendo inalteráveis devendo ser atribuído uma solidão continua. Em outro momento os menos indóceis a que tinham o direito do trabalho sendo imposto o isolamento três dias da semana e por fim, os que demonstravam satisfazer as funções da resocialização, ou seja, provava que poderia ser corrigido sendo imputado o encarceramento noturno e durante o dia praticava o trabalho, havendo o isolamento individual uma única vez na semana e somente no período diurno.

Esses trabalhos em grupo permitia a instalação de empresas dentro das penitenciárias, representando para o estado um menor custo. Em contra partida as associações sindicais foram contra o trabalho dentro do sistema prisional visto que fugia do fundamento da resocialização tendo como único objetivo o interesse do trabalho forçado a baixo custo satisfazendo interesse patronal.

Por fim, trata-se de um sistema extremamente cruel pelas sanções aplicadas aos detentos. Esses eram obrigados a trabalhos forçados visto que o custo era menor e apresentava uma atividade lucrativa para o estado, surgindo a imagem do preso como meio de produção para o severo mundo capitalista.

5.3 Sistema Progressivo

Por volta do século XIX, estabeleceu em caráter definitivo, a pena privativa de liberdade e ao mesmo tempo deixou-se de lado a pena de morte como se destacava claramente nos outros sistemas penitenciários anteriormente citados, sendo admitido o regime progressista, utilizado nos dias atuais.

Neste sistema, o detento passa a obter determinadas regalias quando se encontrar o mais próximo possível do cumprimento da pena obtendo inclusive o direito de retomar uma vida digna, assim como todos os demais cidadãos de boa fé. Deve-se salientar que durante a execução da pena o preso aos poucos será incorporado a sociedade.

Nas escritas de Bitencourt (2011, pp.151):

A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, cedendo privilégios aos reclusos de acordo com sua boa conduta, além de poder reintegrar o preso a sociedade antes do término da condenação. Tem como meta, ceder um estímulo a boa conduta e adesão ao regime aplicado, assim como, fazer com que pouco a pouco o detento recupere sua moral e esteja preparado para a futura vida em sociedade.

Priorizava o respeito recíproco entre os presos ao atender a norma e ao mesmo tempo assegurava determinadas regalias por parte do estado. Manifesta-se a ideia do bom comportamento como meio de progressão de regime, e somente através dela, aos poucos os condenados poderia ser novamente investido na sociedade, recuperando assim sua moral.

Ainda nas palavras de Bittecourt (2011, p.152):

O regime progressivo, significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimes auburniano e filadélfico, deu importância a vida do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade.

Nesta forma, evita as arbitrariedades do método a que é imputado o castigo, assim como, reprime danos maiores ao condenado que teve sua liberdade cerceada concedendo uma maior possibilidade de obter novamente uma vida digna em sociedade.

Em desenvolvimento e sendo aperfeiçoado houve várias mudanças no sistema progressivo, sempre com o objetivo de preservar essas melhorias. Eis que surge o sistema progressivo inglês, trazendo inovações com uma ideia de créditos para cada detento. Estes vales eram adquiridos de forma que cada condenado tinha seu tempo da pena medido através da soma do trabalho e de bom comportamento. Satisfazendo tais condições imputava uma quantidade de créditos (Mark system = marcas ou vales), em seguida, o preso para ser liberado, necessitava atingir tanto vales para que em grau de comparação seja relativo a gravidade do delito praticado. Dessa forma, obtendo bom comportamento e trabalhando a cada dia são gerados marcas aos prisioneiros. Em contrapartida, se age com uma conduta degradante é aplicada uma multa prolongando o prazo da pena privativa de liberdade.

Por certo, dividiu-se o sistema em três períodos: no primeiro momento, caracterizou-se o Isolamento celular, satisfazendo uma espécie de reflexão do apenado a respeito de seu comportamento delituoso, podendo ainda ficar sob regime de alimentação sendo submetido a

trabalhos forçados; no segundo período, surge o trabalho em comum sob a regra do silêncio, no qual os presos ficavam trabalhando em total silêncio durante o dia e a segregação a noite.

Durante esse período, havia uma divisão de classes no qual o preso em determinado período de tempo e atingindo determinada quantidade de vales poderia ir a terceira e última fase chamada de livramento condicional. No tocante ao livramento condicional, era concedido com determinada limitação à liberdade e não havendo revogações seria transformado em liberdade definitiva.

Ainda em progressão, o sistema inglês logo foi substituído pelo irlandês, com algumas características do anterior e algumas inovações dentre os quais, um período intermediário entre o estabelecimento prisional e a própria liberdade definitiva.

Este período intermediário baseava-se no trabalho fora da prisão durante o dia preferencialmente em trabalhos agrícolas ou em prisões especiais podendo se comunicar com a sociedade sem sofrer sanções.

Cita Bitencourt (2011, pp.153):

Esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas. A disciplina era mais suave, e era cumprida “ em prisões sem muro nem ferrolhos, mais parecidas com um asilo de beneficência do que com uma prisão”. Muitas vezes o apenado viviam em barracas desmontáveis, como trabalhadores livres dedicando-se ao cultivo e a industria.

Nesta fase, havia uma prisão, hoje determinada casa de albergado. Local no qual os presos não sofria um certo rigor das disciplinas, trabalhando durante o dia em trabalhos campestres, dedicando-se também em trabalhos industriais.

Das diversificações de métodos, eis que por fim surge o sistema montesinos, com o intuito de submeter aos presos a auto consciência através das relações baseadas em sentimentos de estímulo e confiança possibilitando uma renovação moral dos detentos.

Diante de muitas formas, reconhecemos, preservamos e adotamos o sistema progressivo como forma de cumprimento da pena, tendo como objetivo final uma forma menos gravosa e principalmente a recuperação do preso para com a sociedade, adotamos o termo de resocialização.

6 MONITORAMENTO ELETRÔNICO LEI 12.403/2011

6.1 O Monitoramento Eletrônico e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Com a necessidade de um novo método de vigilância e ao mesmo tempo o domínio do preso na sociedade fez com que surgisse o monitoramento eletrônico capaz de assegurar a execução da pena, visto que estaria sob observação do estado mesmo não estando confinado.

Para Mike Nellis (2011, pp.153):

O termo vigilância, a supervisão da pessoa sob suspeita, através do monitoramento, tem como confirmar a localização de uma pessoa, porém com o avanço da tecnologia, podem ver a ser abrangidas por esta designação. A verificação de voz e outras formas de autenticação biométrica podem vir a ser usadas para monitorar a presença em diversas localizações em vez de apenas uma. Diversos sistemas de posicionamento global, por vezes utilizando satélites, vão para além da monitorização em um único local específico para passar a rastrear os movimentos dos delinquentes e/ou negar o acesso a zonas específicas da exclusão.

Inspecionasse o preso, através do monitoramento eletrônico, dessa forma, sabe-se o lugar exato do condenado. Com o aprimoramento dos meios de comunicação, prova-se além da posição exata do preso, os gestos feitos, as vozes, assim como impede que adentre em determinados locais.

Descrevem Gomes e Silva (2010, pp.717):

O legislador de forma desproporcional e, por que não dizer, desarrazoada, pretendia controlar eletronicamente presos em regime aberto, bem como aqueles que tivessem sido beneficiados com o sursis, livramento condicional, entre outros.

Nestes termos, podemos afirmar que somente em três hipóteses pode ser utilizado o monitoramento eletrônico nos presos, aqueles que se encontra em casas de albergado, ou seja, regime aberto, aqueles em livramento condicional, assim como quem obteve a suspensão condicional da pena.

A Lei de Execução penal tem como objetivo, o reingresso do condenado a sociedade, atribuindo aos condenados o cumprimento de determinadas regras. Diante da ineficácia das políticas criminais, constata-se um constrangimento a Dignidade da Pessoa Humana, visto que, acarreta aos criminosos transtornos psicológicos em alguns casos físicos.

Descreve Renato Marcão (2012, pp.261):

Determinado o monitoramento eletrônico por decisão judicial motivada(art.93,IX,CF), nos termos do art.146-C, caput, da Lei de Execução Penal, o condenado será instruído dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e também de seus deveres, com vistas a garantir a efetividade da medida.

Assim sendo, para evitar duvidas deverá o juiz transpassar as devidas instruções ao criminoso em audiência, incluindo nesta a sua permissão e confirmação acerca das condições estabelecidas, devendo ser de forma escrita e assinada pelo julgador, em seguida defensor e o ministério publico.

Admiti-se com a imposição do monitoramento eletrônico evitaria alguns transtornos como superlotação no sistema carcerário, doenças transmissíveis, assim como as rebeliões, a qual o estado deveria proteger como narra o Artigo 5º, Inciso XLIX da Constituição Federal, que descreve: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Nesta hipótese, evitaria os problemas de um sistema inútil e impõe ao preso o termino do seu encarceramento de forma imatura, ou seja, adianta o fim da execução da pena, antecipando seu retorno ao meio social e familiar.

Nas palavras de Bulos (2012, pp.273):

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integração física e moral. O maior problema desses preceptivo: ser cumprido. Os próprios presídios, muitos deles superlotados, não ensejam condições mínimas para o respeito a integridade corporal e espiritual do condenado.

Temos de forma nítida um conhecido problema do sistema penal, e no decorrer do tempo não achasse soluções benéficas para estes questionamentos. Existe presídios com excessos de condenados e incluindo aqueles que aguardam julgamento, sendo violado de forma severa o principio contemplado em nossa carta magna “razoável duração do processo”. A partir deste montante surge outros graves problemas, como climas tensos, gerando os conflitos entre os detentos, acarretando em montim, fugas, greves de fome inclusive agressões a agentes penitenciários.

Com todos esses problemas sem resoluções funda-se em um único principio o estado, as políticas criminais, não assegura de forma adequada a integridade física e psicológica do preso, tratando-os de forma abusiva e impondo as barbaridades do sistema penal.

Cita Bulos (2012, pp.274):

Tanto quanto possível, incube ao estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio.

Para haver a resocialização do preso é essencial a presença da família e principalmente a execução ser cumprida em um ambiente propício as finalidades da pena assim como a restauração de seus valores moral. Em toda decisão deve levar essencialmente em consideração o local e principalmente as circunstancias que recairá sobre o detento apreciando as ineficácias das políticas criminais.

É certo que esse sistema de monitoramento eletrônico, infringe a vida privada do preso, sendo essa intimidade, protegida pela nossa Carta Magna, Art. 5º, Inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O estado a partir do momento que monitora o malfeitor, viola de forma severa, um principio fundamental, conforme narrado anteriormente, no qual é aplicado a todos, independente da vida em liberdade ou nas prisões.

Descreve Dirley Cunha(2012, pp.720,721):

Direito a privacidade, consiste fundamentalmente na faculdade que tem cada individuo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informação sobre a privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. Neste sentido, a privacidade corresponde ao direito de ser deixado em paz, ao direito de estar só. Direito a Intimidade, é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho. É ligado à essência do individuo, à sua personalidade, que consiste, no direito de que dispõe o individuo de não ser arrastado para a ribalta contra sua vontade.

Neste momento, conceitua-se privacidade e a intimidade, no qual o primeiro, impede pessoas que não sejam de seu convívio adentrem em sua vida intima assim como denega a publicação desses fatores supracitados. Em segundo momento, a intimidade, é a essência

unitária, limitada, sem propagação inclusive de pessoas de seu convívio, sendo extremamente ligado ao seu caráter pessoal.

Nas palavras de Dirley Cunha (2012, pp.722-723):

Direito a Vida Privada, diz respeito a sua vida em família, no trabalho e no relacionamento com os seus amigos enfim, é sempre um viver entre os outros, mas que também exige uma certa reserva. Direito a Honra, não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isto é, a honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e nos sentimento da própria pessoa.

Denota-se a vida privada como um direito natural ao convívio familiar assim como trabalhista e pessoas próximas, para a honra, pondera-se a qualidade do ser humano, seu status perante todos os cidadãos inclusive nas mais profundas sensibilidades.

Cita Bulos (2012, pp.137):

Intimidade e a privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só. O que se busca tutelar só o segredo e a liberdade da vida privada. Sem sigilo ninguém pode desenvolver-se intelectualmente, pois nem sempre a divulgação e a investigação são benefício ao homem. Noutro ângulo, destituído de liberdade de ação, longe da perturbação de terceiros, o indivíduo jamais pode dirigir-se por si mesmo, autodeterminando sua conduta e desenvolvendo sua personalidade.

Ha uma interação entre a intimidade e a privacidade, reputando-se de extrema importância o sossego e o direito a privacidade. De forma alguma o homem pode restaurar seus valores sem preservar seus mais íntimos segredos, visto que a propagação de certos méritos pode ser prejudicial ao ser.

Na grafia de Bulos (2012, pp.137):

Intimidade é o modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere ao mesmo indivíduo. Privacidade, abarca as manifestações da esfera íntima da pessoa física, tais como o *modus vivendi*, as relações familiares e efetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros. Dissociada destes itens, a privacidade descaracteriza-se, porque deixa de configurar, em última análise, o direito de estar só. Quando se fala de vida privada, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias. Logo, vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável nos termos da constituição. Honra, é o bem imaterial, entendida como o sentimento de dignidade própria do homem, o apreço que goza na sociedade, o respeito perante os cidadãos, a reputação e a boa fama.

Nestes termos, compreende que inclusive nas prisões deve ser respeitado a intimidade, a honra, a probidade física e psicológica dos condenados. Assim sendo, por estarem todos numa mesma situação não deveria haver possibilidades de meios vexatórios, diferente de um criminoso em liberdade sendo monitorado no qual todos os cidadãos sabem que se trata de um delinquente podendo facilmente ser alvo de críticas e agressões físicas por parte da sociedade que infelizmente ao agir de forma arbitrária torna-se ainda mais criminosa do que o sujeito que cumpre sua pena.

Por fim, existe um interesse por parte dos poderes públicos perante um sistema penal insuficiente. Deveria ser o monitoramento eletrônico uma maneira de acertar seus objetivos, diminuindo a população carcerária e respeitando os valores fundamentais do ser humano. Em contrapartida, com a imposição desse método, evita que os presos cometam novos delitos assim como apressa seu reingresso a sociedade, colocando novamente todos os valores ético que havia perdido quando praticou um fato delituoso. Deve-se levar em consideração que a única pessoa capaz de afirmar que há ou não violação a sua intimidade é o próprio preso, no qual sofre diariamente com este desconforto.

6.2 Análise de direito comparado do surgimento do Monitoramento Eletrônico

6.2.1 Surgimento do Monitoramento Eletrônico

Com uma elevada quantidade de delinquentes, houve um alargamento da população nos presídios, aumentando de forma gradativa as despesas do estado, agravando-se ainda com um sistema prisional ineficaz, prejudicando inclusive a própria ressocialização.

Com o passar do tempo, a tecnologia foi se aperfeiçoando e no mesmo momento, buscou-se melhorar as políticas criminais criando métodos para diminuir a população nos presídios, para aqueles crimes considerados de menor potencial ofensivo.

Neste aspecto houve uma junção da globalização com o processo de reorganização do judiciário criminal impondo o controle eletrônico fora do sistema prisional, devendo ser atribuído através de uma sanção.

6.2.2 Estudos Comparados

6.2.2.1 Inglaterra

Surge na Inglaterra, o HDC, Home Detentio Curfew, ou seja, toque de recolher em casa, com intenção de colocar os presos de forma prematura na sociedade. Nesta hipótese, os condenados são colocados em sociedade antes de terminar a execução da pena, cabendo cumpri-la em sua própria residência.

Narra Nellis(2011,pp.153):

Os confinamentos habitacionais exigiam que os indivíduos se mantenham nas suas habitações durante a noite, não sendo em si mesmos formas de vigilância, mas constituem restrições a localização e horários.

Cria-se um respeito as normas estatais, refreando qualquer método de burlar a lei, visto que apesar de estar em sua residência, sendo esse monitorado, evitaria que o criminoso saísse de sua residência durante aqueles horários restritos a sua pessoa, garantindo o devido cumprimento da sentença.

Este toque de recolher,deve ser aplicado em algumas hipóteses como exemplo: curfew orders,(ordens de toque de recolher) em liberdade com fiança, ou quando detidos por multas.

Diante de vários debates acerca do Monitoramento Eletrônico, se iniciou os testes com objetivo de ser uma alternativa a prisão, para aqueles que obtiveram a liberdade provisória, assim com analisar se este método atinge a finalidade de sua aplicação, acelerar o retorno do preso a sociedade de forma supervisionada.

A justiça criminal estimulou os juízes para aplicarem as penalidades na própria sociedade, transformando a decisão em serviços prestados a população. Ainda neste ano, existiu o método ‘pela porta da frente’ no qual os juízes deveriam aplicar o Monitoramento Eletrônico evitando o encarceramento. Esta alternativa seria atribuída somente para aqueles que cometeram infrações leves, evitando assim, que o curfew orders (ordens do toque de recolher) com o Monitoramento Eletrônico, não pudesse ser aplicado para os criminosos de alta periculosidade pudessem ter direito a conviver em sociedade durante o decorrer da pena.

Estudos comprovaram que a utilização do Monitoramento Eletrônico de forma isolada, obteve uma menor evasiva deste método, diferente daqueles em caráter coletivo, seja por serviços sociais ou outros.

Somente em 1999, através do programa Home Detentio Curfew (toque de recolher em casa) foi incluído nas leis da Inglaterra, objetivando a colocação do condenado na sociedade de forma precoce, ou seja, antes do termino da pena. Conforme narrado anteriormente, somente sendo aplicado para os crimes com até 04(quatro) anos de privação de liberdade.

Por fim, empresas privadas, ficam responsabilizadas por supervisionar o uso do monitoramento eletrônico gerando lucros para a economia estatal e ao mesmo tempo atinge a finalidade a que é imposta o Monitoramento Eletrônico, visto que ao colocar determinados infratores sob fiscalização na sociedade, diminui a população carcerária e obter a ressocialização do condenado.

6.2.2.2 Estados Unidos

Compreende-se que os primeiros aparelhos de Monitoramento, surgiram na década de 60 (sessenta), através do psicólogo americano Robert Schwitzgebel. Compreendia que esta medida poderia aumentar a economia e ao mesmo tempo seria uma solução para aplicação da privação da liberdade.

Nas palavras de Moretti,(2012,pp.141):

A máquina de Schwitzgebel, consistia de uma bateria e um transmissor capaz de emitir um sinal a um receptor. Entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa humana e barata a custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça.

A todo custo, preocupava-se em diminuir o custo para o estado preocupando-se em proporcionar uma opção de escolha para execução da pena, diferente da prisão comum.

Surge o chamado Tracking em 1970, como uma alternativa para vigiar os presos, sendo inicialmente testado nos adolescentes que já haviam praticado outros delitos que estavam em liberdade condicional, com objetivo de amenizar os suicídios cometidos pelos jovens durante a vida na prisão.

Descreve Nellis(2011,pp.152):

Tracking era um método de supervisão intensiva e individualizada para delinquentes juvenis, como alternativa as medidas residenciais ou de privação da liberdade, como forma de fasear a libertação de uma unidade fechada de segurança. Sua característica principal era a regulação dos movimentos e horários do delinquente.

Serviu para libertar os jovens do sistema prisional, criando uma opção para o magistrado que em vez de aplicar a detenção dos adolescentes, colocava-os na sociedade monitorando cada movimento, seja nas escolas, com amigos ou qualquer outro lugar.

Somente em 1980, Dr.Robert, utilizou efetivamente o Monitoramento Eletrônico em seus irmãos Schwitzgebel, alguns comentam que essa inspiração advém de uma publicação do spider-man (homem aranha), no qual o criminoso utilizava uma pulseira eletrônica no próprio homem aranha com a intenção de vigiar seus movimentos.

Com o aperfeiçoamento da invenção, em 1983, foi determinado que fosse empregado o aparelho em alguns presos para supervisioná-los obtendo a finalidade da invenção, ou seja, monitorá-los, fora do sistema prisional.

Conclui que com o surgimento do Tracking, assim como os aparelhos de monitoração criados pelo Schwitzgebel, trouxe uma discordância entre as expectativas e a cobiça do estado e o grau de sua utilização. Podendo dessa forma, acelerar os meios tecnológicos, admitindo determinados comportamentos por parte da população com objetivo de orientá-la a respeito da

vigilância, demonstrando claramente uma alternativa da prisão clássica diante de uma precariedade das políticas criminais.

6.3 Legislação Brasileira

6.3.1 Lei 12.258/2010 – Legalidade da Aplicação

Em nosso ordenamento jurídico, fez-se necessário a Lei 12.258/2010 para regularizar a aplicação do monitoramento eletrônico, em regime semi aberto ou em prisão domiciliar, de acordo com os artigos 122 a 125 c/c artigo 146-B, todos da Lei de Execução Penal, e na segunda hipótese, fundamenta-se no artigo 117 c/c artigo 146-N,IV da Lei de Execuções Penais, com o objetivo de retardar sua vida no cárcere e acelerar sua reintegração na sociedade.

Inicialmente salienta-se uma das alterações de maior importância imposta pela Lei 12258/2010 a Lei 7210/84, Lei de Execuções Penais:

Conforme descreve o artigo 66, inciso V, alínea I, da Lei Nº 7210, de 11 de julho de 1984, a utilização do monitoramento eletrônico pelo condenado, quando julgar necessário.

Narram Gomes e Silva (2010, pp.716):

O legislador deixou ao critério do juiz da execução determinar se o acusado deveria ou não usar o monitoramento eletrônico ; tal poder, dado de forma discricionária, poderia ferir vários princípios e, até mesmo, o financeiro, já que o monitoramento eletrônico apresenta alto custo.

Concordamos que o julgador possui a livre escolha, diante das necessidades do sistema penal para impor ao acusado o monitoramento eletrônico. Com a aplicação deste método, acarreta violação a vários princípios fundamentais, dentre eles o da Dignidade da Pessoa Humana, incluindo um aumento de despesa por parte do estado, violando então o princípio da Economia Processual.

Dessa forma, apesar da haver uma maior eficácia dos fins da pena, este dispositivo eletrônico não seria outra possibilidade de evitar cárcere, devendo ser compreendido como mais uma forma de observar o detento que obteve direito a prisão domiciliar ou a saída temporária.

Analisando o parágrafo §2 do art.132, da Lei de Execuções Penais, hoje vetado, elenca: O condenado estivesse cumprindo o livramento condicional era obrigado a utilizar o equipamento de monitoração eletrônica.

Nas palavras de Gomes e Silva (2010, pp.716):

Se não tivesse sido vetada haveria um gasto financeiro com o preso solto, sem contar que a liberdade, ainda que condicionada, busca a autodisciplina e a responsabilidade do condenado.

Haveria um desperdício por parte da administração pública, visto que, cada preso com o direito da liberdade seria monitorado, incluindo nesses gastos não somente a manutenção, mas principalmente com agentes de fiscalização. Entretanto, conforme a execução, a liberdade ainda que condicionada, possui como fundamento a reintegração do condenado a sociedade, algo que não atingiria se estivesse sob custódia ainda que fora do cárcere, pois, seria impedido de agir com o livre arbítrio.

A partir do momento deste direito, cito: saída temporária e prisão domiciliar, cabe ao preso, observar o disposto do artigo 146-C, da Lei 12258/2010, descrito a diante:

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III - Vetado;

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I - a regressão do regime;

II - a revogação da autorização de saída temporária;

III ; IV ; V- Vetado;

VI - a revogação da prisão domiciliar;

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

Assim sendo, o membro do legislativo estipulou as precauções que deve ter o detento com a máquina do monitoramento eletrônico, o dever de atender as exigências do funcionário

publico, não podendo retirar, quebrar, ou qualquer outra hipótese, seja ele mesmo ou outro, com o intuito de burlar a fiscalização.

Como toda e qualquer violação a uma regra haverá sempre uma punição, nada difere do monitoramento eletrônico, no qual tem como sanção, a advertência ou cassação da prisão domiciliar e ou da saída temporária, conforme cada caso, devendo levar em consideração que também deve ser anulada, na hipótese de prática punível com falta grave, conforme descreve o Art. 146-D da Lei de Execuções Penais:

Art.146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I-Quando se tornar desnecessária ou inadequada ;

II- Se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

No tocante aos vetos ocorridos na Lei de Execuções Penais com o advento da norma legal de Nº 12.258/2010, Lei do Monitoramento Eletrônico, fundamenta-se na dissertação adiante.

Descreve Renato Marcão (2012, pp.260):

As razões do veto estão expostas na mensagem n.310, de 15 de junho de 2010, nos seguintes termos: A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal.

Por fim, esta Lei de nº 12.250/2010, trouxe ao ordenamento jurídico vigente, o monitoramento eletrônico, capaz de fornecer um suporte eficaz para não somente a fiscalização, mas principalmente das sentenças assim como inspecionar os detentos.

6.3.2 Lei 12403/2011

O surgimento da lei nº 12.250/2010, fundamentando o uso do monitoramento eletrônico nos casos de saída temporária no decorrer do regime semi aberto, assim como, na prisão domiciliar, emerge uma outra norma legal de nº 12.403/2011, que fornece uma outra forma de aplicação do monitoramento eletrônico, diferentemente da primeira, será na hipótese de uma medida cautelar.

Com o surgimento do maior tema da criminologia, o monitoramento eletrônico, sendo esse um meio pelo qual localizasse o delinquente ou seus objetos, demonstra-se ser uma alternativa para o controle estatal assim como uma forma de inibir o sujeito que permanece na prisão durante a execução da pena.

Para assegurar a devida formalidade das normas do monitoramento eletrônico, no Brasil, dois preceitos o enaltece, através de duas leis: nº 12.258/2010 e 12.403/2011.

Nestes termos, a lei 12.403/2011, ao atuar como uma segunda hipótese de monitoração, também assegura a reintegração dos presos na sociedade, evitando o aglomerado no sistema prisional. O incremento do monitoramento, conforme narrado anteriormente, inspeciona a completa execução da pena e das medidas imposta pelo judiciário, havendo a permuta da prisão propriamente física, nos sistemas prisionais.

É certo que este método aumenta a segurança e fiscaliza os presos em vários momentos, visto que em regra não está escoltado pelo estado. Entretanto com o precoce tempo na prisão durante a execução, evitaria todos aqueles efeitos maléficos causados pela sistemática prisional. Nesta hipótese, temos uma liberdade com vigilância estatal, em substituição do cumprimento da pena no cárcere, podendo atingir elevados níveis de eficácia no que tange a ressocialização.

No advento desta lei, alterou no código de processo penal, o artigo 319, incrementando as medidas cautelares, no qual possibilita a concessão do monitoramento não somente aos condenados, mas também aos indiciados. Dessa forma poderá ser consentido mesmo antes de uma sentença condenatória, desde que analisados as hipóteses legais.

Art. 319 do Código de Processo Penal: São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Conforme as inúmeras descrições a respeito das medidas cautelares, essas, tendem a proteger a liberdade dos indivíduos apresentando-se como uma permuta com a prisão preventiva, cabendo a autoridade judiciária antes de requerer a prisão preventiva, analisar as hipóteses de aplicação do monitoramento.

Em definitivo, o estado para assegurar uma resposta mais rápida para a superlotação dos presídios, apoia-se no monitoramento eletrônico como uma forma de amenizar as falhas das políticas criminais. Em consequência, diante da enorme quantidade de suspeitos nas ruas, pode acarretar um certo receio da população sabendo que convive com uma pessoa que está respondendo a um processo criminal. Ficará o delinquente em liberdade sem uma devida inspeção adequada, tornando a sociedade ainda mais inerte diante de atos criminosos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a época primitiva, a pena era atribuída como uma espécie de vingança seja ela privada, divina ou pública, não havia um processo legal, somente a sociedade expulsava determinadas pessoas que violasse a norma geral. Surge a lei de Talião que defendia a sociedade de forma individual em vez de proteger em caráter geral, acarretando o ideal do acesso à justiça.

Durante a Idade Média, os julgadores possuíam um enorme poder, cabendo aplicar a pena de forma severa, não tinha preocupação com a dignidade do ser humano, imputando crimes a pessoas inocentes e absolvendo autores de delitos.

Tentando achar uma solução para as atrocidades do direito penal, surge as escolas penais com ideias e princípios capazes de responder a ineficácia dos métodos da criminologia. A escola Humanista, preservava o caráter ético do ser, a escola Clássica, trouxe consigo a responsabilidade penal com base na moral do ser através do livre arbítrio, a escola Positivista, examinou tanto o delinquente, como a defesa da sociedade, destaca-se Lombroso e seu ideal de criminoso nato, aquele que possuía aptidão orgânica, Garafolo, defendia a pena de morte, acreditando que determinados presos não poderiam ser ressocializados, Ferri, leva em consideração a sociedade e a pena pelo fato de nela viver o ser. Por fim, a escola Técnico Jurídica, implantou a responsabilidade moral, identificando os imputáveis dos inimputáveis, a pena retributiva, e a medida de segurança, assevera que a única forma de manter a ordem seria através do direito penal.

Diante dessas necessidades da sociedade, decorre as teorias da pena, sendo duas principais: Prevenções Geral, atuava para intimidar o criminoso através de uma sanção ; Prevenção Especial, evitaria a ocorrência de novos delitos, amendontrando a sociedade, obtendo como finalidade da pena a reestruturação do condenado.

Na Idade Moderna, começou a pensar no princípio da legalidade processual, impondo o contrato social, atribuindo as leis como meio regulador das condutas, punindo os infratores. Neste período a política criminal, adotou a ideia da ressocialização e a prática dos trabalhos sempre preservando a disciplina dos detentos, com a intenção de recupera-los e reintegra-los a sociedade.

Para chegarmos na padronização do sistema prisional atual, vários modelos foram tentados, o primeiro, Pensilvânico, no qual a única intenção do estado era deixar perpetuamente os delinquentes, abusando de seu poder de punir. Em segunda oportunidade criou-se o sistema Auburniano, permitindo os trabalhos nos presídios, em contrapartida, o

estado lucrava com esse baixo custo de mão de obra, expondo para a sociedade a imagem do preso como meio de produção. Por fim o sistema Progressivo, imputando ao preso relações de auto estima, gerando uma forma menos gravosa para o condenado no decorrer da execução da sentença, adotando definitivamente a ressocialização do condenado.

No tocante ao monitoramento eletrônico, através das leis 12.258/2010 e 12.403/2011, pode-se afirmar que é um método muito eficaz para fiscalizar os presos, assim como, assegura as determinações do judiciário, amenizando a superlotação nos presídios.

Narra Neemias Morete (2012, pp.158):

Se a medida será positiva ou negativa no Brasil, só o tempo dirá! , a melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal e, simultaneamente, mais inteligente e mais humano que ele.

Seria uma alternativa a ordem prisional estatal, sendo aplicada, nas hipóteses de prisão domiciliar, saída temporária no regime semi aberto e nas medidas cautelares. Sabe-se que a intenção dessa vigilância é para diminuir a quantidade de presos no cárcere assim como, possibilitar a reintegração dos valores moral perdido durante a pratica do ato, colocando próximo a sua família e na sociedade. Em contra partida, o estado tenta encobrir as falhas do sistema prisional, inércia das políticas criminais, buscando uma solução rápida e eficaz, podendo futuramente substituir as prisões clássicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8ªed. Saraiva, 2004.
- BRADÃO, Claudio., **Curso de direito penal**, Parte Geral. 1ªed. Forense , 2008.
- BRUNO, Aníbal., **Direito penal**, Parte Geral, Tomo I, 5ªed. Forense, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo., **Constituição Federal anotada**.10ªed. revista. atualizada e reformulada até a Emenda Constitucional nº70/2012.Saraiva: São Paulo, 2012.
- CAMARGO, Raimundo Gomes. *et all*, **Direito penal e processual penal**. Revista Síntese Nº65, V. 11, Sintese: Porto Alegre, 2011.
- CUNHA, Dirley Junior., **Curso de direito constitucional** ; 6ªed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 68 de 21 de dezembro de 2011, JusPODIVM: Salvador-Bahia, 2012.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Parte Geral, 2ªed. Forense, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**. Parte Geral, 16ªed. Forense, 2004.
- GOMES, R. A., SILVA, M. P., **Repertorio de Jurisprudencia IOB, 2º Quinzena de Novembro**, Nº 22, V. III, Civil, Processual, Penal e Comercial, 2010.
- MESTIERI, João.**Manual de direito penal**, Vol.1. Forense, 2002.
- NELLIS, Mike.**Repertorio de Jurisprudencia IOB, 2º Quinzena de Fevereiro**, Nº 4, V.III, Civil, Processual, Penal e Comercial, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais, PRUDENTE, Nemias Moretti.**Monitoramento eletrônico em debate**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto.**Tratado de direito penal**. Parte Especial. V.2. Saraiva,2012
- ALVES, Roque de Brito. **Direito penal**. Parte Geral,2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. 16ªed. V.1. Saraiva,2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 27ªed. Atlas, 2011.