

---

# A evolução do Direito Penal, a finalidade da pena e os direitos fundamentais do ser humano encarcerado

Eliara Bianospino Ferreira do Vale\*

## RESUMO

A liberdade pode ser considerada como o estado ou condição daquele que é livre ou isento de restrição externa, que é independente e autônomo em todos os atos. Juridicamente, o indivíduo privado de liberdade tem esse direito fundamental restringido por órgão estatal competente e passa a condição de recluso, ou seja, preso, detento ou prisioneiro, enquanto custodiado do Estado. Discute-se a todo instante se a pena de prisão cumpre sua dupla finalidade, ou seja, de reprimir e prevenir outras condutas delituosas e se, dentro da prevenção, há a efetiva ressocialização do indivíduo, bem como se o sistema penitenciário está apto a essa árdua tarefa.

**Palavras-Chave:** Evolução do Direito Penal. Pena. Finalidade.

\*Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Pós-graduação e Extensão e pós-graduanda em Direito Penal pela Universidade Paulista. Docente no campus Bauru da Universidade Paulista e advogada.

“Abandonais milhões de crianças aos estragos de uma educação viciosa e imoral. A corrupção emurchece, à vossa vista, essas jovens plantas que poderiam florescer para a virtude, e, vós as matais, quando, tornadas homens, cometem os crimes que germinavam desde o berço em suas almas. E, no entanto, que é que fabricais? Ladrões, para ter o prazer de enforcá-los”. (Thomas Morus, Utopia, Primeiro Livro)

## 1. INTRODUÇÃO

Para a maioria das pessoas o bem maior é a vida. Esta é o mais valioso direito da humanidade, mas há de se considerar que aqueles que marcaram a História, arriscaram as suas existências em lutas pela liberdade e igualdade, valores sociais igualmente inerentes à condição humana.

Neste texto serão realizadas reflexões acerca da pena privativa de liberdade e o papel do sistema carcerário, bem como a afirmação do Direito Penal como forma de controle legal da sociedade.

Para enfrentar o tema, bastante estudado pela academia, pretende-se tratar da Constituição Federal e da pessoa humana encarcerada, da substituição do Estado social pelo Estado penal, a evolução do Direito Penal e a pena privativa de liberdade e sua finalidade.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é ramo do direito público interno que se destina a definir infrações penais e suas penas correspondentes a fim de prevenir e reprimir o cometimento daquelas.

O período primitivo do Direito Penal se subdividiu em fases ou períodos de evolução denominados fase da vingança divina, da vingança privada, da vingança pública e o período humanitário.

Segundo Gianpaolo Smanio e Humberto Fabretti, na fase da vingança divina, o Direito Penal era cheio de crenças e misticismos. Eventos da natureza como ventos, chuvas e trovões, raios, secas ou inundações eram consideradas manifestações divinas que premiavam ou castigavam os homens. As principais codificações dessa época foram o Código de Manu (Índia), os Cinco Livros (Egito), o Livro das Cinco Penas (China), a Avesta (Pérsia), o Pentateuco (Hebreus):

Os totens eram, portanto, objeto de grande respeito e obrigações, sendo que violar esse respeito ou essas obrigações acarretava graves castigos. Assim, quando um dos integrantes do grupo social praticava alguma conduta proibida – “os tabus” – que acreditava ser capaz de ofender os “totens”, o próprio grupo, com medo de retaliação divina, punia o infrator, pensando que assim purificava aquele que havia “pecado” e agradava a divindade, amenizando, assim, sua ira e evitando efeitos. Tratava-se de um Direito Penal com enorme fundo religioso, teocrático e sacerdotal, onde a pena era aplicada pelos sacerdotes, por delegação divina, de forma cruel, desproporcional e degradante, com a finalidade principal de intimidar os outros membros do grupo. (SMANIO, 2012, p. 4)

### Magalhães Noronha preleciona sobre o período da vingança divina:

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime, pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. É o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, chamado de Manu (Mánava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da lama do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. (NORONHA, 2009, p. 21)

Na fase da vingança privada a pena passa a ter caráter pessoal, pois a própria vítima e/ou seus familiares realizavam a vingança contra o agressor ou contra o grupo social que este pertencia. As principais penas eram a “perda da paz” consistente no banimento do infrator da comunidade, deixando-o sem a proteção de seu grupo e vulnerável aos inimigos e a “vingança de sangue” que era aplicada quando o infrator pertencia a outro grupo social, permitindo ao grupo agredido vingar o crime cometido sem qualquer proporção ou limite, levando ao extermínio alguns grupos e famílias. As principais normas desse período foram o Código de Hammurabi (Babilônia), o Pentateuco (Hebreus) e a Lei das XII Tábuas (Romanos)

Como meio de se evitar essa situação de aniquilação ante as tribos surge no cenário Penal, uma das melhores conquistas, o Talião, representado pelo brocardo “olho por olho, dente por dente”!, Trouxe o critério da proporcionalidade entre o crime cometido e a reação da pena, não permitindo mais vinganças arbitrárias e desproporcionais. Entretanto, apesar da inovação trazida pelo critério da proporcionalidade, a adoção irrestrita do talião levou, com o passar do tempo, com que grande parte da população ficasse deformada pela perda do membro, sentido ou função (...). Aparece, então, o costume de substituir o ofensor por um escravo (somente possível, é claro, para aqueles que fossem proprietários de escravos), a fim de que a punição se fizesse na pessoa deste, poupando-se o corpo do verdadeiro ofensor. Evoluiu-se, assim, para o que se chamou de composição, sistema que permitia ao infrator “comprar” sua liberdade ao pagar um preço em moedas animais, ferramentas, armas etc. para a vítima ou sua família, que “vendiam” o direito de represália. (SMANIO, 2012, p. 5/6)

A fase da vingança pública é marcada pela organização social e fortalecimento do Estado, com a legítima intervenção deste nos conflitos e consequente aplicação da pena.

Magalhaes Noronha explica que nessa fase “o objetivo é a segurança do príncipe ou soberano, através da pena, também severa e cruel, visando a intimidação.” (2009, p.21)

Gianpaolo Smanio ensina que a pena pública tinha por função principal proteger a própria existência do Estado e do Soberano, tendo como delitos principais os de lesa-majestade e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens dos religiosos ou públicos, tais como homicídio, as lesões corporais, os crimes contra o honra, contra a propriedade etc. segundo o autor:

Nesse momento, a repressão penal busca manter a todo custo a paz pública, utilizando-se do terror e da intimidação na execução das penas. É nesta época que aparecem as leis mais severas e cruéis e que se castiga com maior dureza não só crimes mais graves, como também fatos como magia e feitiçaria. Na luta contra a criminalidade daqueles tempos, o Estado não vacilou em aplicar penas de morte acompanhadas de terríveis gravações, penas corporais consistentes em mutilações, penas infamantes, confiscações etc.; em alguns casos, a pena transcendia a pessoa do réu e atingia seus descendentes por diversas gerações, sendo que estes, sem nada terem feito, já nasciam sem diversos direitos. Nem os mortos eram respeitados, já que em alguns casos se desenterravam cadáveres e os processavam. Reinava a mais aviltante desigualdade, pois aos poderosos e nobres eram impostas as penas mais suaves, enquanto os plebeus e servos eram impostos os castigos mais pesados. Por fim, reinava a mais absoluta arbitrariamente, pois os juízes e tribunais podiam impor penas não previstas em lei e considerar fatos não apenados como criminosos. Esse foi o espírito do Direito Penal até quase o século XIX. (SMANIO, 2012, p. 6/7)

Na Idade Antiga, Grécia e Roma tiveram destaque na cultura ocidental e influenciaram muitos sistemas jurídicos, inclusive o nosso.

O Direito grego antigo, influenciado por textos de filósofos como Platão (As leis) e Aristóteles (A Política e a Ética a Nicômaco) e orações de retóricos, dentre muitos outros pensadores, teve grande parte de suas fontes perdidas, o dificulta uma reconstrução completa e precisa a respeito de suas normas e instituições. A Grécia antiga também se destacou pela estrutura da “polis”, a Cidade-estado, que possuía autonomia administrativa, política e econômica, estabelecendo mediante legislação própria as relações jurídicas sobre interesses internos e externos, isto é, exercendo poderes autônomos e soberanos o que levou a redação de diversas legislações. Smanio traz as principais leis e comenta sobre crimes e sanções:

As mais notáveis foram as de Esparta, atribuídas a Licurgo (século IX ou VIII a. C.), a de Atenas, atribuídas a Draco (século VII a. C.) e Sólon (século VI a. C.). Porém, os textos de todas essas legislações estão destruídos quase por completo, sendo que o pouco que conhecemos se deve aos fragmentos e lembranças presentes nas obras de filósofos,

oradores e poetas. As leis consideradas mais importantes eram as atenienses, que não se baseavam nas ideias religiosas, mas sim no conceito de Estado. A pena fundamentava-se na vingança e intimidação e os delitos se diferenciam segundo lesionassem direitos coletivos ou individuais, sendo que para os primeiros reinava o arbítrio e a crueldade e para os outros, contrariamente, havia certa benevolência. O rol de crimes não era fechado, sendo que o juiz poderia castigar fatos não previstos como crime na lei, fixando-se na equidade. As leis espartanas, em virtude das peculiaridades daquele Estado extremamente disciplinado e militarizado, estavam cheias do espírito heroico e universalista, de maneira que castigavam especialmente o soldado covarde em combate, os jovens afeminados, os celibatários, e impunha-se a morte às crianças que nasciam com deformidade. (SMANIO, 2012, p. 14)

Sobre o Direito Penal Romano, destaca-se a distinção entre delitos públicos e privados, característica principal deste, cabendo esclarecer que os delitos públicos eram os crimes que violavam interesses coletivos, sendo que a pena aplicável visava à defesa da sociedade.

São exemplos desses crimes: os crimes de funcionários públicos, venda de emprego, alta traição, falsidades, sequestros, homicídios intencionais e os crimes sexuais. (SMANIO, 2012, p. 16/17).

Já os delitos privados referiam-se aos crimes que violavam somente interesses particulares, sendo que nessas situações a pena buscava apenas a satisfação da vítima do delito e a reparação do dano, que o ofendido buscava através da jurisdição civil.

René Ariel Dotti acrescenta e exemplifica com sua lição:

A pena pública, consistente predominantemente na morte do culpado (*supplicium*), é aplicada, em princípio, a dois tipos de delito: o *perduellio* (traição) que iria marcar o início da evolução dos crimes políticos e o *parricidium* (a morte dada ao pai, à mãe ou outro ascendente), ampliando-se a outros crimes como o incêndio doloso, o falso testemunho, o suborno do juiz, a sátira injuriosa, as assembleias noturnas e o sortilégio. Logo as primeiras figuras penais a serem introduzidas na legislação foram a traição e o parricídio, às quais se seguiram do homicídio voluntário, o incêndio, o falso testemunho, a prevaricação, o furto em flagrante e as reuniões noturnas. Os *delicta publica*, previstos em leis especiais, se distinguiam dos *delicta privata*, que se caracterizavam como ofensa aos particulares. Aos primeiros se deferia a legitimidade em favor de qualquer um do povo para promover a ação penal que tinha uma natureza popular, enquanto que aos segundos se previa a ação civil de indenização (*furtum, injuria*). Como figuras intermediárias surgem os *crimina extraordinária* que exigem a denúncia do ofendido perante o juiz criminal que aplica a pena conforme seu livre-arbítrio. Um grande repertório de ilícitos passou a integrar a legislação sob a classificação em referencia. (DOTTI, 2010, p. 210)

No que se refere a crueldade e tratamento diferenciado na aplicação das penas no Direito romano, Gianpaolo Smanio disserta:

(...) Roma adotou em grande escala as penas exterminadoras. Aos patrícios, a pena de morte era realizada por decapitação, aos plebeus, por meios degradantes e cruéis, como a crucificação. Outras sanções, embora não buscassem exatamente esse fim, muitas

vezes acabavam ocasionando a morte, tais como: trabalhos forçados nas galés e minas, mutilação e flagelação. Havia, ainda, execuções públicas espetaculosas, como a execução *ad bestiam*, em que o condenado era atirado às feras. Interessante, por fim, era a pena de precipitação do criminoso do alto da rocha Tarpeia e a pena aplicada à infanticida, que era atirada na água, costurada dentro de um saco de couro com um macaco, um galo, um cão e uma serpente. (SMANIO, 2012, p. 16/17).

Magalhães Noronha destaca a contribuição dos romanos para o Direito Penal e, sobretudo a finalidade maior da pena que é emendar o homem:

É inegável, então, que, apesar de não haverem os romanos atingido, no direito penal, as alturas a que se elevaram no civil, se avantajaram a outros povos, distinguiram no crime, o propósito, o ímpeto, o acaso, o erro, a culpa leve, a lata, o simples dolo e o *dolus malus*. Não esqueceram também o fim de correção da pena: “*Poena constituitur in emendationem hominum*” (Digesto, Tít. XLVIII, Paulo – XIX, 20). (NORONHA, 2009, p. 22)

Com a invasão dos Hunos, dos Visigodos e outros povos germânicos houve o declínio do Império romano. Os povos de ascendência germânica tinham apreço pelas tradições e costumes, bem como o sentimento coletivo e igualitário de proteção do grupo, por isso, a solução do conflito evitava retaliações ou vinganças entre clãs, condenando o ofensor a pagamento de multa ou reparação pecuniária o que foi um avanço.

Para o Direito germânico o crime é uma violação da paz e pela força se faz a prova judiciária. O Direito Penal germânico teve especial destaque por suas formas rudimentares de solução dos conflitos como aceitar a sorte da justiça divina mediante duelo judiciário ou uso de ordálias ou Juízos de Deus, mas ao lado do Direito grego e romano, construiu regras de transição entre o período antigo e o moderno do Direito Penal, sabendo aproveitar o espólio cultural de Roma.

Segundo Dotti:

Os pesquisadores encontram institutos típicos do sistema penal germânico, a saber: a) a vingança de sangue (*blutrache*), contra a qual mais influuiu o Direito Penal Canônico, substituindo-se o talião pelo direito de asilo; b) a *faida*, como extensão da vingança a toda estirpe do agressor (*sippe*), sofre também restrição pela chamada trégua de Deus; c) a perda da paz, i.e., a proscrição da comunidade; d) a composição, que consistia no pagamento ao ofendido ou seus herdeiros (*wergeld*) e na indenização paga pelos delitos menos graves (*busse*); e) a adoção da responsabilidade objetiva, a consideração exclusiva do dano provocado, ao contrário do Direito penal romano e Direito Penal Canônico que emprestavam relevo especial ao elemento subjetivo do delito (DOTTI, 2010, p. 212)

O Direito Canônico é aquele emanado do Poder pontifício. A ascensão da Igreja foi importante para do Direito Penal, pois representou o primeiro passo para

a humanização das penas, trazendo a ideia de pena como forma de redenção do infrator e por salientar o elemento subjetivo do delito, isto é, o dolo ou a culpa.

Difundia a igualdade entre os homens e submissão a Deus, o enfoque subjetivo do delito, a distinção entre dolo e culpa, como se o crime fosse uma fraqueza do ser humano e a pena uma oportunidade de expiação dos pecados.

As penas corporais foram substituídas por penas imateriais e a pena de morte, pela restrição da liberdade, que conservando a vida do criminoso tornava possível a sua correção. Foi por esse motivo que surgiram as primeiras penas restritivas de liberdade através das internações em mosteiros. Distinguiu, Direito Canônico, entre moral e direito e classificava os delitos em: *delicta ecclesiastica*, que ofendia o direito divino e era punida pela própria Igreja através dos Tribunais Eclesiásticos; *delicta secularia*, que ofendia somente o direito dos homens e era punida pela justiça pública; e *delicta mixta*, que ofendia ambos e podia se julgada tanto por uma quanto pela outra. Em relação ao delito, em clara oposição ao conceito germânico, privilegiava o elemento subjetivo do crime, exigindo para todo delito um “animus”, um motivo, importando-se, conseqüentemente, com a tentativa. (SMANIO, 2012, p. 20/21)

René Ariel Dotti sintetiza:

Outras características do Direito Penal Canônico são as seguintes: a) considerou o elemento subjetivo da conduta, opondo-se à perspectiva da responsabilidade objetiva do Direito germânico; b) opôs-se à prática de métodos supersticiosos para investigação dos crimes como as ordálias, c) repudiou a solução dos processos pela força como ocorria nos duelos judiciais; d) estabeleceu a influência do Direito da Igreja (...) A Igreja via no delito a expressão do pecado e para redimir a culpa o infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus: *quoties inter homines fui, minor homo redii*. Como consequência, o internamento deveria ser cumprido em prisão de conventos: *destrusio in monasterium*. (DOTTI, 2010, p. 213/214)

Portanto, durante a Idade Média houve uma fusão do Direito Penal romano, germânico e canônico, gerando muita instabilidade jurídica diante da variedade de interesses que se revelavam nas leis. Mesmo com o aumento de delitos e da contestação popular sobre o sistema penal e senso de Justiça, cresceu a aplicação de penas cruéis e de morte.

Nesse período predominava o arbítrio judicial, a desigualdade de classes e a desumanidade na aplicação das penas, onde a de morte era profusamente aplicada por meio cruel, fogueira, roda, arrastamento, esquartejamento, força e sepultamento em vida, bem como o açoite e a mutilação.

Foi nessa época que surgiram as prisões eclesiásticas que se destinavam aos clérigos rebeldes e tinham a ideia de caridade, fraternidade e redenção do infrator através da meditação e penitência. Ao mesmo tempo, o Estado recolhia os inimigos e os adversários políticos, enquanto esperavam a execução da pena a ser aplicada.

Magalhães Noronha ressalta as contribuições do Direito Canônico na seara penal.

Contra a vingança privada, criou o direito de asilo e as tréguas de Deus. (...) justo é também apontar-se, além do elemento voluntarístico do crime, já mencionado, a finalidade que empresta à pena, objetivando a regeneração ou emenda do criminoso, pelo arrependimento ou purgação da culpa. (...) Trouxe o grande benefício da consagração do princípio da ordem moral, ditado pelo Cristianismo, pois, até então, predominava o princípio social do direito romano ou o individual do germânico. (2009, p. 23)

Surge então, o período humanitário do Direito Penal, inspirado nas ideias de Cesare Beccaria, John Howard, Jeremy Bentham, dentre outros pensadores.

Na segunda metade do século XVIII, os filósofos, juristas e moralistas começam a censurar abertamente o modelo penal vigente, apontando os seus abusos e clamando pelos direitos do homem. (...) Esse motivo foi a injusta condenação à roda, em 1762, na cidade de Tolosa, do comerciante protestante Juan Calas, pela morte de seu filho. Voltaire, já velho, em um de seus mais ardentes escritos, acusou os tribunais franceses de homicídio judicial, jogando a opinião pública contra o Estado. Em seguida, no ano de 1764, Cesare Bonesana, o Marques de Beccaria, publicou sua obra-prima, o livro “Dos delitos e das Penas”, sendo que por medo da Inquisição a primeira edição foi distribuída na cidade de Livorno, sendo que residia em Milão, e de forma apócrifa. Os principais pensadores desse período e suas principais obras foram: Beccaria (“Dos delitos e das penas”); Jean Jacques Rousseau (“Do contrato Social”); Montesquieu (“O Espírito das Leis”); Voltaire (“O Preço da Justiça e da humanidade”); Jeremias Bentham (“Introdução aos Princípios Morais da Legislação”); Immanuel Kant (“Metafísica dos Costumes”); Friedrich Hegel (“Filosofia do Direito”); John Howard; Jean Paul Marat; entre outros. (SMANIO, 2012, p. 25/26)

Magalhães Noronha vai além e aponta período subsequente, que denomina de criminológico:

Após o período humanitário, novos rumos para o direito penal são traçados e se ocupam com o estudo do homem delincente e a explicação causal do delito. Quem primeiro os apontou foi um médico: César Lombroso. Em 1875, escreve seu livro “L'uomo delinquente”, que bastante repercussão tem até os dias atuais, granjeando adeptos e provocando opositores. (...) Ele e Beccaria, embora em rumos diversos, foram os dois césores no estudo do crime e da pena, na frase incisiva de Hafter, o marques de Milão proclamou ao mundo; “Homem, conheça a Justiça!” – O médico de Verona diria: “Justiça, conheça o Homem!”. (NORONHA, 2009, p. 26/27)

Sem dúvida a evolução deve continuar fundando-se no ideal do período humanitário e investigando o ser humano em conflito com a lei. O crime enquanto fenômeno multidisciplinar e o homem na condição de praticante de delitos devem ser o objeto de constante pesquisa nas mais diversas áreas do saber; para que se possa dissuadir a população da ideia da pena privada, aprimorar a legislação e tornar

eficiente o combate à criminalidade diante postura ativa do Estado, seus agentes e toda sociedade, sempre em cumprimento fiel dos mandamentos constitucionais.

## 2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

A evolução das penas no Brasil teve muita influência da legislação portuguesa que foi imposta aos nativos e exploradores daquela época.

Imprescindível a lição de Magalhães Noronha:

Verdadeiramente, foi o livro das Ordenações do Rei Filipe II (compiladas, aliás, por Felipe I, e que aquele, em 11.1.1603, mandava que fossem observadas) o nosso primeiro código penal. São as Ordenações Filipinas. É o código filipino. Certo é que, na época em que o Brasil foi descoberto, vigoravam as Ordenações Afonsinas, logo substituídas pelas manuelinas (1512), que, não obstante grande prestígio que tiveram, eram revogadas em 14 de setembro de 1569 pelo código de D. Sebastião. (2009, p. 54)

Raúl Zaffaroni esclarece:

As Ordenações Afonsinas, em cuja vigência (1447-1521) se deu a descoberta do Brasil, não tiveram qualquer influência na nova colônia. (...) A matéria criminal se compendia, ainda que não exclusivamente, no livro V; além da influência canônica (o título I trata dos hereges, e diversos títulos criminalizavam a sexualidade segundo padrões canônicos) e romana (nas “forças novas demandadas antes do ano e dia” do Título LXVIII ressoa o *interdictum unde vi*), estão presentes traços germânicos (como os gritos nas ruas que habilitavam a mulher forçada a querelar, no título VI), provenientes do processo histórico inaugurado com o reino visigótico. A combinação abusiva da pena de morte e das penas corporais, o emprego por arbítrio judicial da tortura (V, LXXXVII, 4), a ampla criminalização das crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas respondem à conjuntura na qual se inscreve tal compilação. (2011, p. 413)

Mais adiante o mesmo autor adverte para o equívoco de se afirmar que as Ordenações Afonsinas foram as primeiras normas a serem aplicadas no Brasil no período colonial:

Consta-se, pois que, que até a expedição pioneira de Martin Afonso de Souza, nenhum provimento legislativo aplicável a conflitos criminalizados porventura ocorrentes na colônia foi expedido (...). Regiam então, já havia uma década, as Manuelinas, razão pela qual constitui um equívoco a recorrente afirmação de que as Ordenações Afonsinas foram as primeiras leis vigentes no Brasil colonial. (...) Em 1591, um senhor confessa ao visitador do santo ofício na Bahia ter ordenado que uma negra fosse lançada na fôrnalha do engenho. Em 1700, o jesuíta Jorge Benci publicou na Bahia um livro no qual, omitindo ‘outros castigos ainda mais inumanos que os ciúmes do senhor ou da senhora fazem executar nos escravos’, indagava se seria “castigo razoável queimar ou atazanar com lacre aos servos; cortar-lhes as orelhas ou os narizes; marcá-los nos peitos e ainda na cara; abrasar-lhes os beiços e a boca com tições ardentes” (2011, p. 414/415)

Explica Roberto Porto que por toda a metade do século XIII até o século XV, importantes leis foram editadas em Portugal, visando o banimento da punição como forma de vingança, vindo a atingir o território brasileiro:

Mas é (sic) nas Ordenações Filipinas, promulgadas no reinado de Felipe II, em janeiro de 1603, e que vigoraram no Brasil quanto à parte criminal por mais de dois séculos (apenas se encerando com o advento do Código Criminal do Império em 1830), que encontraremos com maior nitidez a luta contra a justiça privada e a vingança. (...) As Ordenações Filipinas admitiam, em duas hipóteses, a vingança como forma de punição: em caso de adultério, cuja pena aplicada era de morte, e na denominada perda da paz, que consistia no direito de matar o inimigo no período de tréguas, estando ele onde estivesse (era admitida a morte do inimigo até mesmo em igrejas e assembleias). A pena de morte era cominada para a maior parte dos delitos nas Ordenações Filipinas, podendo ela ser executada de quatro formas, estabelecendo assim uma variação de sofrimento ao sentenciado. A primeira delas, a morte cruel, era destinada ao sofrimento intenso do sentenciado, de forma que sua vida fosse tirada da maneira mais lenta possível. A segunda modalidade era a morte atroz, em que além de sofrimento intenso ao sentenciado eram aplicadas medidas agravantes, como o confisco de bens e a queima do cadáver. A simples perda da vida era denominada morte simples, executada geralmente através da degolação e enforcamento. Por último, a morte civil eliminava a vida e os direitos civis do sentenciado. (PORTO, 2007, p. 7/8)

Sobre as penas previstas nas Ordenações Filipinas, considerado o Código Penal de maior vigência entre nós (1603 a 1830), merece transcrição trecho da obra de Magalhães Noronha, segundo o qual:

Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó. Cominados também eram os açoites, com ou sem baração e pregão, o degredo para as galés ou para a África e outros lugares, mutilação das mãos, língua etc., queimaduras com tenazes ardentes, capela de chifres na cabeça para os maridos tolerantes, polaina ou enxarvia vermelha na cabeça para os alcoviteiros, o confisco, a infâmia, a multa etc. (2009, p. 54)

Para Dotti o Brasil-colônia sofreu as consequências graves de regimes de terror punitivo, onde sobre o corpo dos acusados e condenados se infligiam crueldades impostas pelos homens e oriundas da ira divina, o que o autor denominou de “face negra do Direito Penal”.

As Ordenações Filipinas – assim como as anteriores – desvendaram durante dois séculos a face negra do Direito Penal. Contra os hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e demais bichos, sem autorização do rei, e muitos outros tipos pitorescos de autores, eram impostas as mais variadas formas de suplicios com a execução das penas de morte, mutilação e da perda da liberdade, além de outras medidas infamantes. Mas, em contraste com uma tipologia de agentes marcada por ferro em brasa. E existiam as

categorias privilegiadas de sujeitos que gozavam de imunidade ou especial tratamento punitivo: fidalgos, cavaleiros, desembargadores, escudeiros etc. (DOTTI, 2010, p. 260)

Proclamada a independência do Brasil em 1822 e promulgada a Constituição em 1824, tornou-se necessária a edição de um Código Penal. René Ariel Dotti relaciona as espécies de penas previstas no Código do Império, aprovado em 1830, sancionado por Dom Pedro I no mesmo ano e com entrada em vigor em janeiro do ano seguinte:

O Código imperial previu onze classes de penas: a) morte (arts. 38 a 43); b) galés (arts. 44 e 45, §§ 1º e 2º); c) prisão com trabalho (art. 46); d) prisão simples (art. 47); e) banimento (art. 50); f) degredo (art. 51); g) desterro (art. 52); h) multa (art. 55); i) suspensão do emprego (art. 58); j) perda do emprego (art. 59) e k) açoites (art. 60). Esta última sanção foi abolida pela Lei de 15.10.1886 (...). A prisão como autêntica pena ingressava nos costumes brasileiros não como um simples instrumento de proteção da classe dominante, mas também passaria a ser vista como “fonte de emenda e de reforma moral para o condenado”. (DOTTI, 2010, p. 268/269)

O primeiro Código Penal republicano, de 1890, influenciado pelo período de transição política e social, especialmente pela abolição da escravatura estabeleceu, relativamente às penas, as seguintes espécies privativas de liberdade: a) prisão celular, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida “em estabelecimento especial” (art. 45); b) reclusão, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47); c) prisão com trabalho obrigatório, cominada para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares (art. 48); d) prisão disciplinar, destinada aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais (art. 49). O elenco das sanções abrangia também o banimento (abolido pela CF de 1891, art. 72, § 20), a interdição, a suspensão e perda de emprego público, com ou sem inabilitação para o exercício de outro, e a multa (art. 43, b, f, g e h combinados com os arts. 46, 56, 57 e 58). (DOTTI, 2010, p. 271).

Porto ressalta que “com o advento do Código Penal de 1890, aboliu-se a pena de morte e criou-se o regime penitenciário de caráter correccional, com a finalidade de ressocializar e reeducar o preso” (PORTO, 2007, p. 14).

Quer por seus defeitos, quer pelo tempo que vigorou esse estatuto, numerosas foram as leis extravagantes que o completaram, tornando, às vezes, aos homes de direito, embaraçosa a consulta e árdua a pesquisa. Foi o Des. Vicente Piragibe

encarregado então, de reunir em um só corpo o Código e as disposições complementares, daí resultando a Consolidação das Leis Penais, que se tornou oficial pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, e cuja vigência findou com o advento do atual diploma, com redação original de 1940. (NORONHA, 2009, p. 59) Basileu Garcia ressalta a importância dessa compilação de leis penais:

A consolidação das leis penais passou a ser o novo estatuto penal brasileiro: eram assim enfeixados em um só corpo o código de 1890 e as disposições extravagantes. (...) Teve grande utilidade esse empreendimento de metodização e síntese. Mas prosseguiu a faina legislativa, e muitos decretos-leis, em matéria criminal, continuaram sendo publicado. As últimas edições da consolidação Piragibe inseriam, em adendo, esses textos subsidiários. (GARCIA, p. 183)

O Código Penal de 1940 previa inicialmente a pena privativa de liberdade de reclusão de no máximo trinta anos e de detenção cominada até três anos e a pena de multa. Estabelecia ainda penas acessórias como perda de função pública, interdições de direitos e publicação da sentença. O texto original trazia duas espécies de medidas de segurança a patrimonial e a pessoal, sendo essas últimas detentivas e não detentivas ou preventivas.

Atualmente e depois de muitas reformas, o Código de 1940, recepcionado pela Constituição de 1988 prevê, além das medidas de segurança como forma de sanção penal, três espécies de penas estabelecidas no Título V, denominado “Das penas”, no Capítulo I “Das espécies de pena”, em seu artigo 32 que possui a seguinte redação:

Art. 32 - As penas são:  
I - privativas de liberdade;  
II - restritivas de direitos;  
III - de multa.

A evolução do Direito Penal e a finalidade da pena são assuntos que demandam cada vez mais atenção. Repensar o Direito Penal, suas instituições e a pena como principal consequência jurídica do delito é refletir sobre o progresso da humanidade, a liberdade, sua restrição e a concepção de Justiça em um Estado Democrático de Direito.

### 3. DA PENA E SUA FINALIDADE

A doutrina prega que sanção penal é gênero onde a pena e a medida de segurança são suas espécies, então, pena é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação

penal, ao autor de uma infração penal, como retribuição ao ato ilícito perpetrado e prevenção a novos crimes.

Raúl Zaffaroni demonstra a dificuldade na conceituação da pena:

A partir de sua denominação mais usual, verifica-se que a pena delimita o horizonte de projeção do Direito Penal. Mas a pena está muito longe de ser um conceito dotado de certa precisão. Pelo contrário, pareceria que a sociedade industrial ocultou-lhe até a própria etimologia, pois pena provém da latina *poena*, que tem por origem a voz grega *poné*, que corresponde a vingança, sentido que lentamente se foi acercando ao de dor, do *pain* inglês, através da dupla valência (ativa: castigar; passiva: sofrer), até que, em alemão, abandonou-se *Pein*, e com isso a denominação *peinliches recht*, e passou-se a *strafe* e a *Strfrecht*, para mencionar a pena e o direito penal respectivamente. *Strafe* apareceu apenas com a pena pública, ao redor do século XIII, e essa mudança não obsta a que em alemão sigam tendo um som quase idêntico vingado e justo (*gerächt y gerecht*). Embora mais distantemente, não pode ignorar-se a cercania com a palavra pluma, através da raiz sânscrita *pet-*, que sugere a ideia de voar, mas também de precipitar-se. Parece que os gregos chamavam de *pharmakos* as vítimas humanas que eram sacrificadas – precipitadas – em momentos de crises para absorver as impurezas do ambiente, o que provocava um efeito farmacêutico; a metáfora do *pharmakon* emprega-se em termos dialéticos para assinalar a ambivalência do veneno e do antídoto. (2011, p. 91)

Segundo Luiz Regis Prado “a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”. (PRADO, 2014, p. 225)

Para Fernando Capez a pena é:

Sanção penal de caráter aflagante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2012, p. 385/386).

Júlio Fabbrini Mirabete classifica doutrinariamente as penas em corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos.

As penas corporais, em sentido estrito, atingem a própria integridade física do criminoso. São açoitadas, as mutilações e a morte (...) As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do consenso da falência do sistema prisional. Pode ser dividida em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada em dispositivo constitucional brasileiro (art. 5º, XLVII, 'b'). Originaram-se as penas privativas de liberdade de outras penas: enquanto aguardavam a execução (pena de morte, desterro, galés etc.), os sentenciados ficavam privados da liberdade de locomoção, passando a ser a prisão, depois, a própria sanção penal. Tem sido bastante combatida, afirmando-se

ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral. (...) As penas restritivas de liberdade limitam em parte o poder de locomoção do condenado, embora não sejam eles recolhidos à prisão. Exemplos são o banimento (perda dos direitos políticos e de habitar no país), degredo ou confinamento (residência em local determinado pela sentença), desterro (saída obrigatória do território da comarca e do domicílio da vítima) etc. (...) As penas pecuniárias são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente, sendo duas modalidades a multa e o confisco. (...) As penas privativas e restritivas de direito retiram ou diminuem direitos dos condenados. São sanções que guardam atualidade e necessidade e mereceram do legislador da reforma penal grande destaque, divididas em prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. (MIRABETE, 1994, p. 237/239)

Uma vez condenado o indivíduo e executada sua pena, espera-se que se desaconselhe a todos à prática delitiva, trazendo também e de alguma forma, recompensa à vítima, protegendo a sociedade do criminoso ao retirá-lo de circulação e ao mesmo tempo reeducá-lo, impondo-lhe pena proporcional ao delito cometido.

Malgrado exista quem negue a justificação ou legitimação do Direito Penal e, por conseguinte de suas instituições e a própria pena, como os defensores da Teoria negativa ou abolicionista, sob o argumento de que o Direito Penal é arbitrário, iníquo, seletivo, instrumento de poder político e especialmente porque o poder punitivo estatal traz vantagens inferiores aos custos econômicos e sociais despendidos com a violência legitimada e programada pelo Estado, a fundamentação e a finalidade da pena é objeto de muito estudo e pode ser explicada por quatro teorias, a absoluta, a relativa, a mista e a dialética.

A teoria absoluta ou da retribuição preconiza que a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal, sendo esta considerada uma retribuição ao mal injusto praticado pelo criminoso. A pena é um fim em si mesmo, desprovida de finalidade ou qualquer utilidade e não é uma entidade independente, podendo ser incriminada qualquer conduta desde que presente a culpabilidade do agente. Esta Teoria se mostra totalmente incompatível com os valores constitucionais nacionais.

Já a teoria relativa, também chamada de finalista, utilitária ou da prevenção prega que a pena tem um fim prático e imediato que se fundamenta na sobrevivência da sociedade, através da prevenção geral ou especial do crime. Esse caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral (sobre a sociedade) e especial (sobre o infrator), que se subdividem em positivo ou negativo.

O aspecto preventivo é geral negativo porque a pena é tida como um instrumento político-criminal e representa o poder de intimidação exercido sobre toda a sociedade, destinatária da norma penal e de caráter geral positivo porque

infundi na consciência coletiva o exercício da integral social, demonstrando a eficiência e reafirmando a existência do Direito Penal.

Possui aspecto preventivo especial negativo ao intimidar o autor do delito a não mais delinquir e incapacitá-lo temporariamente da prática criminosa, segregando-o no cárcere. É especial positivo, pois visa que o autor desista da prática de novo delito, bem como a reintegração ou ressocialização do autor do delito para que retorne ao convívio social.

A teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória prevê a dupla finalidade da pena, consistente em punir o criminoso e prevenir a prática de novas infrações, através da reeducação e intimidação coletiva.

Sintetiza Magalhaes Noronha:

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quiaq peccatum est*). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. (...) As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*) (...) As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária. (2009, p. 223)

Há ainda a teoria dialética ou unificadora que considera as três fases da pena, isto é, a cominação, a imposição e a execução. Na cominação a função da pena é de prevenção geral, na segunda a prevenção geral e a especial e na fase de execução a ressocialização dentro dos limites das fases anteriores.

Arrisca-se dizer que no sistema normativo brasileiro adota a Teoria mista, já que a pena possui nuances de castigo, intimidação e reafirmação do Direito Penal, além de buscar a ressocialização do condenado. Afinal, o Direito Penal brasileiro aceita a retribuição e a culpabilidade como limites do poder punitivo estatal que busca a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

Prova disso é a redação do artigo 59 do Código Penal que prevê que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Veja como o Poder Judiciário está atento para a dupla finalidade da pena:

As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso. (STJ, REsp. 662807/MG, Min. Nilson Naves, 6ª T., DJ 19.03.2007, p.398)

Quanto ao fim da pena Cesare Beccaria (2005, p.57) ressalta:

Da simples consideração das verdades até aqui expostas é evidente que o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido (...) o fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo. Aquelas penas, portanto, e aquele método de infligi-las, deve ser eleito de tal forma que, observada a proporção, causará uma impressão mais eficaz e mais durável sobre os ânimos dos homens, e a menos tormentosa sobre o corpo do réu.

E no que diz respeito à justiça na aplicação e extensão das penas o mesmo autor afirma:

E por justiça não entendo senão o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que sem isso, se dissolvem no antigo estado de insociabilidade; todas as penas que ultrapassem a necessidade de conservar este vínculo são injustas por natureza (2005, p.41).

Francesco Carnelutti diz que a pena é a mesma para o inocente ou culpado e leciona sobre a finalidade da pena e a relação entre a intimidação ou satisfação coletiva e o grau de civilidade:

Com leviandade é dito que a pena não serve só para redimir o culpado; serve também para alertar e intimidar os demais a não delinquirem, quando tentados. (...) De qualquer maneira, a pena que deve servir para admoestar e alertar os membros da sociedade deve servir também para redimir o acusado que a ela for condenado, isto é, para curar sua enfermidade. (...) É preciso essa vivência com os condenados, para entender que o comportamento das pessoas diante deles é a indicação mais segura do grau da nossa civilidade. (CARNELUTTI, 2012, p. 105 e 109)

Importante lembrar que a educação e o trabalho ainda são os meios mais eficazes de promoção da ressocialização e Cesare Beccaria, no século XVII, já assim vislumbrava (2005, p. 122):

Finalmente, o mais seguro, mas o mais difícil meio de prevenir os delitos,

é aperfeiçoar a educação, objeto muito vasto e que excede os limites que me sugeri; objeto, ousado também dizê-lo, que tem muito intrinsecamente da natureza do governo, para que não seja sempre, até os mais remotos séculos da felicidade pública, um campo estéril, e só cultivado cá e lá por poucos sábios.

Raúl Zaffaroni alerta sobre a necessidade de se olhar para o sistema penal para promover a transformação social e não somente para a pena em si:

Pretende isolar as funções reais da pena do poder punitivo é uma formalização jurídica artificial: o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle etc. se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo. (2011, p. 98).

Rogério Grecco diz que, embora sejam relevantes os raciocínios sobre a finalidade das penas, especialmente quanto à prevenção geral positiva e negativa; no Brasil e em outros países são puramente teóricos e dissociados da realidade, pois a certeza da impunidade traz insegurança coletiva, mesmo com a existência de tipos penais coibindo condutas consideradas graves. (2011, p. 296/297)

Assim se pronunciou o Poder judiciário sobre a finalidade da pena e sua relação com o Princípio da dignidade da pessoa humana:

É certo, ainda, que o caráter retributivo da pena, como uma forma de exemplo social, não deve ser esquecido. Deve, entretanto, ser mitigado pela necessidade de reintegração social do condenado e respeito à dignidade da pessoa humana e, até porque, não há em nosso país, em tempos de paz, penas perpétuas ou capitais do que se infere a certeza do retorno do condenado ao seio social, situação para a qual deve ser preparado da melhor forma possível (TRF 3ª Região, HC 26.552-SP, 5ª T., Rel. Ramza Tartuce, 20.08.2007, v.u.)

Sobre a finalidade da pena Magalhães Noronha pontua:

Esta é dupla, como já se viu. Cifra-se na prevenção geral e especial. A primeira dirige-se à sociedade, tem por escopo intimidar os propensos a delinquir, os que tangenciam o código penal, o destituído de freios inibitórios seguros, advertindo-os de não transgredirem o mínimo ético. Além dessa finalidade de caráter geral, há a especial. Com efeito, o delito é resultado de condições endógenas, próprias do criminoso, e exógenas, isto é, do meio circundante. A pena não deve ignorar, então, a influência daquelas, e justo é assinalar que, nesse terreno, se tem avançado bastante. Já não se admite exclusivamente a sanção

retributiva – o mal da pena ao mal do crime – mas tem-se em vista a finalidade utilitária da pena, que é a reeducação do indivíduo e sua recuperação. (2009, p. 224)

A evolução do Direito Penal e da imposição e execução da pena, sua finalidade e os sistemas penais servem de base para novas reflexões e alteração do imaginário coletivo que vê a violência como fenômeno alheio ao ser humano e desacredita da ressocialização como aspecto especial positivo da prevenção do crime.

#### **4. A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE E O INDIVÍDUO PRIVADO DE LIBERDADE**

A fraternidade está prevista no preâmbulo da atual Constituição, onde o constituinte acena para uma sociedade que respeita a diversidade, exercita a tolerância e preza pela união de seus membros:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art.1º, II, CF), deve compreender a preservação do direito à vida, à liberdade e à igualdade e se concretiza com a plena efetividade dos direitos sociais previstos no artigo 6º do texto constitucional, especialmente a educação e o trabalho que são instrumentos eficazes de inclusão social, pois propiciam a ascensão social, o desenvolvimento completo, a existência digna do indivíduo, bem como fortalece a cidadania.

Quanto à definição de dignidade humana Rogério Grecco (2011, p. 99) elucida:

Contudo, embora de difícil tradução, podemos nos esforçar para tentar construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida como uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerada ainda, irrenunciável e inalienável. É algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. Até o mais vil, o homem mais detestável, o criminoso mais frio e cruel é portador desse valor.

A República Federativa do Brasil tem como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a

redução de desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar de todos, proibindo qualquer forma de discriminação (art. 3º, I, III e IV, CF).

No que diz respeito aos direitos individuais e fundamentais, a liberdade e a promoção da igualdade são direitos fundamentais de qualquer cidadão (art. 5º, caput da CF).

O texto constitucional, nos incisos do referido art.5º assegura ao indivíduo privado de liberdade a vedação de tratamento desumano e degradante (inciso III), de pena de morte, salvo excepcionalmente, de pena perpétua, de trabalho forçado, de banimento ou cruel (XLXII), direito de cumprir a pena em estabelecimento diferenciado de acordo com a natureza do delito, idade e sexo (XLVIII), direito de permanecer com o filho durante amamentação (L), o direito a integridade física e moral (XLIX), dentre outros.

Há também no mesmo artigo as garantias ligadas ao processo e julgamento do cidadão, como a do julgamento por juiz natural (LIII), a garantia do devido processo legal para privação da liberdade (LVI), a do contraditório e da ampla defesa (LV) e a vedação do uso de provas ilícitas (LVI).

O legislador constituinte estabeleceu ainda nos incisos do citado art. 5º, a prisão como exceção ao direito natural e fundamental da liberdade (LXI), admitindo-a somente quando for incabível prisão provisória com ou sem fiança (LXVI). Prevê a necessidade de comunicação imediata da prisão ao juízo, à família ou pessoa indicada pelo preso (LXII), o direito à informação sobre os direitos, da assistência de família e de advogado e de identificação da autoridade responsável pela prisão e interrogatório (LXIII e LXIV), o relaxamento da prisão ilegal (LXV) e a indenização do Estado ao condenado por erro judiciário ou se preso além do tempo fixado na sentença (LXXV).

A Carta Magna traz ainda alguns princípios penais e processuais de relevo como o da anterioridade e legalidade (XXXIX), da retroatividade benéfica da norma penal (XL), da pessoalidade (XLV), da individualização da pena (XLVI), da humanidade (XLXII) e da inocência (LVII) como se vê abaixo:

Segundo o princípio da pessoalidade da pena ou da responsabilidade pessoal a pena é personalíssima, isto é somente a ele pode ser imposta. Está expressamente previsto no art. 5º, XLV, CF que prevê, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Guilherme de Souza Nucci explana:

Na órbita penal, a sanção converge para um único ponto: a pessoa do condenado. As penas aplicadas devem respeitar, na absoluta precisão do termo, a individualidade humana. Portanto, ao autor do crime destina-se a medida repressiva e preventiva do Estado, fundando-se em fatores variados. Preserva-se a família e a todos os demais, que possuam algum vínculo com o acusado. (NUCCI, 2010, p.169)

O princípio da legalidade exige que toda infração penal deva ser prevista em lei. Dele se desdobra a Garantia penal que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (5º, XXXIX, CF e art. 1º CP) e que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (5º LIV,CF), bem como a Garantia jurisdicional que disciplina: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (5º, LIII, CF), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (5º, LVII, CF) e inclui a Garantia penitenciária ou de execução que dispõe “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (5º, XLVIII,CF) e “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (5º, XLIX,CF).

O Princípio da proporcionalidade da pena prega que a pena deve ser proporcional ao crime, devendo guardar justo equilíbrio abstrato (legislador) e concreto (juiz) entre a infração praticada e a sanção imposta (5º, XLVI, CF)

Importante Princípio é o da individualização da pena que obriga o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e determinar sua forma de execução, “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade, b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (5º, XLVI)

Já o Princípio da humanidade norteia todo o sistema penal brasileiro, proibindo penas que ofendam a dignidade da pessoa humana, ou seja, em um Estado Democrático de Direito veda-se a criação, a aplicação ou a execução de pena ou outra medida que atente contra a dignidade humana do condenado (1º, III,CF), “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (5º, XLVII, CF), devendo ainda ser respeitada a integridade física e moral do condenado (5º, XLIX).

Acerca da concretude desse Princípio Guilherme Nucci assevera:

Em suma, não basta apregoar a humanidade; essencial fazê-la valer. Para tanto, a vedação às penas cruéis precisa tornar-se realidade no Brasil, essa sanções podem inexistir em tese, mas, na prática, são encontradas amiúde. Fechar os olhos a tal situação é o mesmo que

ignorar o princípio constitucional em questão, expressamente previsto dentre os direitos e garantias fundamentais.

No cenário das penas privativas de liberdade, impõe-se o regime fechado para delitos graves, moldado por várias regras mínimas a serem observadas, como objetivo de assegurar a humanização de seu cumprimento. Portanto, torna-se óbvio e evidente que celas, em presídios, não podem ultrapassar a sua capacidade máxima, transformando-se em depósitos de seres humanos, em lugar de regime fechado, destinado à ressocialização de alguém. Não se reeduca sem respeito às próprias leis vigentes. Se o estado, por seus agentes, fere a norma, como se pode esperar que o preso assimile as regras reputadas civilizadas para a convivência em sociedade? Em qualquer processo educacional (reeducacional) a presença efetiva do exemplo é fundamental (NUCCI, 2010, p.163/164)

Quando o texto constitucional dispõe sobre a Ordem Social, a qual tem como base o primado do trabalho e como objeto o bem-estar e a justiça social (art.193, CF), prevê um conjunto de ações da seguridade social que compreende três institutos, a saúde, a previdência e a assistência social.

A seguridade social prevê o benefício previdenciário denominado auxílio-reclusão aos dependentes de segurado/preso de baixa renda recolhido à prisão, enquanto esta durar (art. 80, Lei nº 8213/91). (art. 201, IV, CF). Já a Assistência Social deverá ser prestada a quem dela necessitar, devendo promover a integração ao mercado de trabalho (art. 203, III).

Quando trata da Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, o legislador revela como um de seus Princípios a redução da desigualdade social e regional, bem como a busca do pleno emprego (art.170, VII e VIII).

Segundo a Constituição vigente é de competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios proporcionarem os meios de acesso à cultura, educação e ciência e combater as causas da pobreza e fatores de marginalização (art. 23, V e X, CF), competindo privativamente à União legislar sobre Direito Penal e Processual Penal (art.22, I) e concorrentemente a ela, ao Estado e ao Distrito Federal legislar sobre Direito Penitenciário, educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, I e IX).

Portanto, há vasto número de normas assegurando direitos daqueles que por algum motivo são acusados, processados, julgados ou encontrem-se em cumprimento de pena decorrentes de infração penal. É expressa a preocupação do legislador constitucional com o respeito à implementação efetiva do Princípio da igualdade e com o combate aos fatores de marginalização, por isso a pena não pode ser vista como simples instrumento de vingança ou castigo legitimado pelo Estado.

No que diz respeito ao indivíduo custodiado pelo Estado, percebe-se que a mensagem legislativa é no sentido de preservação da sua integridade física e moral,

na excepcionalidade da pena de prisão em detrimento do direito à liberdade, na liberdade provisória como regra, na inocência como valor, na individualização da pena, entre outras regras ligadas à prisão, ao processo e ao cumprimento da pena.

## 5. CONCLUSÃO

Propugna-se por uma proposta de reflexão para questões complexas e atemporais, que a princípio parecem utópicas, mas sempre idealizadas por legisladores, juristas e sociólogos como, por exemplo, saber transformar as instituições prisionais em centros educacionais e de recuperação social, através de um sistema prisional que atenda a dupla finalidade da pena, ou seja, a de repressão e prevenção do crime e ao mesmo tempo consiga conter a criminalidade.

Há de se repensar as sanções formais realizadas pelo Estado e refletir sobre o processo de ressocialização do indivíduo custodiado por este. Detentor do direito de punir deve permanecer com dever de reintegrar o condenado ao convívio social; encargo compartilhado com toda sociedade.

A violência precisa ser contida, mas antes entendida como algo inerente ao comportamento humano para que se possa, a partir de então, buscar meios de evitá-la ou minimizá-la, bem como afirmar a humanidade do condenado e buscar o resgate moral, social e jurídico deste.

Penas desproporcionais ou antecipadas, bem como as mal executadas pela deficiência do sistema penal devem ser vistas como forma de violência aos Direitos Humanos, já que impostas e executadas pelo Poder Público.

Tornar efetivo o cumprimento da pena em seu duplo efeito (repressivo e preventivo) ou triplo para alguns, não é tarefa simples, especialmente no que diz respeito à efetivação da prevenção.

Quanto à prevenção geral positiva, isto é, a finalidade que a pena tem de afirmar do Direito Penal e suas instituições a ponto que a sociedade civil organizada participe do processo de reinserção social da massa carcerária, é dificultoso porque o cidadão não tem conhecimento ou interesse nos assuntos carcerários, não sente a proteção do Estado na área da segurança pública e acredita na resolução de todas as mazelas sociais através do sistema penal, fazendo com que seja muito difícil alterar o imaginário coletivo acerca do que representa o ex-infrator.

A prevenção especial positiva é a possibilidade de ressocialização do delinquente durante a execução da pena e, se arrisca dizer, também após sua liberação. Igualmente

trabalhosa, pois depende muito do esforço do próprio infrator em conjunto com políticas públicas de amparo e inclusão do condenado como dever do Estado, somadas às das iniciativas privadas. É um propósito válido para fins de redução dos índices de reincidência e quiçá da criminalidade.

Com efeito, o País que conseguir realmente aplicar a finalidade maior da pena que é a ressocialização, primando pela formação do cidadão e homenageando o Princípio da dignidade da pessoa humana, terá ganho em capital social e fortalecerá o Estado Democrático de Direito, reduzindo os fatores de marginalização e velando pela igualdade material entre os cidadãos oriundos ou não do sistema penitenciário.

A Constituição Federal, ao trazer direitos e garantias individuais específicos para a pessoa humana reclusa, como limitações ao direito de punir estatal e à pena privativa de liberdade, veio reclamar uma postura ativa do Estado no sentido de garantir que as sanções penais busquem maior utilidade e que resultem no mínimo sofrimento para o ser humano. O Estado, então, deve cumprir as normas e Princípios constitucionais e Tratados internacionais aos quais é signatário, bem como a Lei de Execução Penal para poder servir de exemplo ao infrator e à sociedade, favorecendo a prevenção geral e especial positiva; consolidando o Direito Penal, suas instituições e propiciando verdadeira (res)socialização do infrator.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Alexis Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda, 2012.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal* (Volume I, Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECCO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1994.

NORONHA, E. Magalhaes. *Direito Penal: Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTO, Roberto. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Fabretti, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. Batista, Nilo. *Direito Penal brasileiro: Teoria Geral do direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.