



DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A MURALHA DE FERRO QUE ANULA A CIDADANIA DO
HOMEM COMO PRESO**

Tese apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, para obtenção do grau de Doutor em Direito na especialidade de Ciências Jurídicas.

Doutoranda: Ivana Silva de Santana

Orientador: Prof. Doutor João Batista Teixeira

Lisboa/Abril 2014



DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

A MURALHA DE FERRO QUE ANULA A CIDADANIA DO HOMEM COMO PRESO

Tese apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, para obtenção do grau de Doutor em Direito na especialidade de Ciências Jurídicas.

Doutoranda: Ivana Silva de Santana

Orientador: Prof. Doutor João Batista Teixeira

Lisboa/Abril 2014

FICHA CATALOGRÁFICA
Bibliotecária: Jacira Almeida Mendes – CRB: 5/592

Santana, Ivana Silva de

A muralha de ferro que anula a cidadania do homem como preso / Ivana Silva de Santana . – Lisboa, 2014.
292f.

Orientador: João Batista Teixeira.

Tese (Doutorado) – Universidade Autônoma de Lisboa. Departamento de Direito

Contém referências.

1. Prisões - Brasil. 2. Pena (Direito) - Brasil. 3. Prisioneiros - Brasil - Aspectos sociais. 4. Direitos humanos. I. Teixeira, João Batista. II. Universidade Autônoma de Lisboa, Departamento de Direito.

CDD: 345.81

“Nossa perfeição consiste em saber que não
somos perfeitos”.

Santo Agostinho

Aos meus amigos pelo apoio incondicional em todos os momentos, principalmente nos de incerteza, muito comuns para quem tenta trilhar novos caminhos.

Sem vocês nenhuma conquista valeria a pena.

Aos meus pais José (in memorian) e Adilza, que dignamente me apresentaram à importância da família e ao caminho da honestidade e persistência.

Aos meus avós Maria Alexandrina (in memorian), Marcelino (in memorian) e Maria Palma (in memorian), pelos primeiros ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

Aos Deuses Budistas por me presentear com a vida.

A realização de um trabalho de pesquisa como este só foi possível com o apoio de vários colaboradores.

Aos colegas de curso Roberto e Orlando.

Em especial, ao Professor Dr. José Alexandre que, direta ou indiretamente, contribuiu de alguma forma, o meu reconhecimento e gratidão.

À Cecília (UAL) pela solicitude, prontidão e suporte administrativo.

Aos amigos Josias, França, Eurides, Vivaldo, Amorim, Josinaldo, precursores de tudo, que exemplificam a ética e competência profissionais, a dedicação e o aprimoramento contínuos, pelo incentivo e oportunidade de convívio.

Ao Prof. João Batista, o meu reconhecimento pela oportunidade de realizar este trabalho ao lado de alguém que transpira sabedoria, respeito e dignidade; meu respeito e admiração pela sua serenidade, capacidade de análise do perfil de seus alunos, e pelo seu dom no ensino da Ciência do Direito, inibindo sempre a vaidade em prol da simplicidade e eficiência.

RESUMO

A pesquisa que ora se lhes apresenta possui relevância acadêmica e social sobre o tema ora discutido neste estudo ao apresentar as reais condições do Sistema Prisional Brasileiro e a violação dos Direitos Humanos dos Presos nos seus mais diversos aspectos. Este estudo pretende, desse modo, destacar o cenário das penitenciárias brasileiras frente aos Direitos Humanos e, em sentido lato, expor o caos em que vivem os presídios brasileiros, a violação frontal dos direitos dos presos, a verdadeira ineficácia da aplicação da lei penal que pune punindo e não reinsere o condenado. Em sentido estrito, este estudo mostrou que a pena privativa de liberdade perdeu há muito sua razão de ser, no instante em que só pune o preso, não proporcionando a ele outro mecanismo de reabilitação. A metodologia desse estudo consiste em uma abordagem qualitativa, de tipo bibliográfico e documental. Evidenciou-se, como conclusão do estudo, que os presos vivem em condições críticas, visto que os seus direitos de cidadão são negados, porquanto os presídios não apresentam a mínima condição para que um ser humano viva e se socialize. A ausência dos Direitos Humanos dentro do sistema penitenciário brasileiro provoca a revolta dos presos, considerados por muitos como escória da sociedade. Este estudo cumpre a função de registrar a pertinência do tema abordado em prol de um alerta sobre as condições de vida dos apenados no Brasil, destacando que a pena já não mais cumpre sua função e sim aumenta a complexidade da violência que se instalou nos grandes centros urbanos brasileiros, para onde voltam os apenados após cumprirem sua pena, sem a dignidade respeitada, sem um caminho para onde seguir e sem seus direitos mínimos respeitados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos humanos. Pena. Direito Penal.

ABSTRACT

The relevance and importance of academic and social research on the topic now discussed in this study is to present the real conditions of the Brazilian prison system and the violation of prisoners' human rights in its varied aspects. The purpose of this study is to highlight the actual condition of the Brazilian penitentiary system, making headway against the human rights violations that are occurring and, in a broad sense, to expose the chaos in which the Brazilian prisons are in flagrant violation of prisoners' rights. It also aims to show the true ineffectiveness of the criminal justice system, by punishing and not re-socializing the convicts. Strictly speaking, these studies then show that the custodial sentence (deprivation of liberty) has lost, for a long time, its reason of existing when it only punishes the offender without giving him(or her) another mechanism for rehabilitation. This study uses had as the methodology to approach in qualitative way, as of bibliographical and documented evidence. The conclusion of this study was that inmates in Brazilian penitentiaries are living in extremely poor/critical conditions and are deprived of the proper living conditions that are necessary for a human to live in let alone to experience reform. It was evident as the conclusion of study that inmates (prisoners) are living in critical conditions, since their rights as citizens are denied, because the prisons do not have the minimum condition for a human being to live and to socialize. The absence of human rights within the Brazilian penitentiary system leads to revolts/riots among prisoners who are considered by many to be the scum of society. This study fulfills the function of documenting this issue as well as serving as a warning for the need for change (both in living conditions and restoring other rights) in order to properly rehabilitate the inmates who are going through the Brazilian penitentiary system. If this change is not made, the currently cycle will continue – inmates released after spending time in the current system, will leave having learned nothing and lacking any skills, drive, or direction to contribute positively to society. Their only option is to return to crime and worsening the situation in the city centers that they return to. This process can only be broken when they are treated with respect and given the living conditions necessary to foster the positive rehabilitation of inmates prior to their release.

Keywords: Fundamental rights. Human rights. Punishment. Criminal Law.

RÉSUMÉ

La pertinence et l'importance de la recherche sociale et académique sur le sujet discuté aujourd'hui dans cette étude est de présenter les conditions réelles du système pénitentiaire brésilien et la violation des droits de l'homme des prisonniers dans ses aspects plus variés. Cette étude vise donc à mettre en évidence ce que les établissements de détention brésilien du scénario des droits humains front et au sens large, exposent le chaos dans lequel ils vivent les prisons brésiliennes, la violation des droits des prisonniers, l'inefficacité véritable de l'application du droit pénal punir et pas ressocializando condamné à l'avant. Au sens strict, cette étude a ensuite montré que la privation de liberté avait depuis longtemps perdu sa raison de "être, l'instant que le prisonnier, ne punit pas seulement lui donnant un autre mécanisme de réadaptation. Cette étude avait ensuite comme méthode d'approche qualitative, bibliographique et de type documentaire. Montre elle-même comme la conclusion de l'étude que les prisonniers vivant dans des conditions critiques, étant donné que leurs droits de citoyens sont refusées, parce que les prisons manquent la condition minimale pour un être humain vivant et si ressocialize. L'absence de droits de l'homme au sein de l'administration pénitentiaire brésilien provoque la révolte des prisonniers, considéré par beaucoup comme la racaille de la société. Cette étude doit enregistrer ensuite la fonction de la pertinence du thème discuté en faveur d'une alerte dans les conditions de vie d'apenados au Brésil, soulignant que worth remplit sa fonction n'est plus et Oui augmente la complexité de la violence qui se sont installés dans les grands centres urbains au Brésil, où le retour après avoir terminé leur peine apenadossans la dignité respectée, sans un chemin où se suivent et sans leurs droits minimums respectés.

Mots-clés: Droits fondamentaux. Droits de l'homme. Peine. Droit pénal.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Relevanz und Bedeutung des sozialen und wissenschaftlichen Forschung zum Thema, die jetzt diskutiert in dieser Studie ist die realen Bedingungen der brasilianischen Gefängnis-System und die Verletzung der Menschenrechte der Häftlinge in ihren unterschiedlichsten Aspekten vorzulegen. Diese Studie soll daher hervorheben, was die brasilianischen Gewahrsamseinrichtungen Szenario der Menschenrechte vorne und im weiteren Sinne, setzen das Chaos, in dem sie leben die brasilianischen Gefängnissen, die Verletzung der Rechte der Häftlinge, die wahre Ineffizienz der Anwendung des Strafrechts Bestrafung und nicht Ressocializando die Verurteilten vorne. Im engeren Sinne, dann zeigte, dass die Freiheitsentzug lange ihrer Daseinsberechtigung verloren hatte ' Être, im Augenblick, dass der Gefangenen nicht nur bestraft gibt es einen. Diese Studie hatte dann als Methoden zur qualitativen Ansatz, bibliographische und Dokumentarfilm-Typ. Zeigte sich als den Abschluss der Studie, die die Gefangenen unter kritischen Bedingungen leben, da ihre Bürgerrechte verweigert werden, weil die Gefängnisse die Mindestvoraussetzung für ein menschliches Wesen Leben fehlt, und wenn Ressocialize. Das Fehlen der Menschenrechte innerhalb des brasilianischen Strafvollzugs bewirkt, dass die Revolte der Gefangenen, von vielen als der Abschaum der Gesellschaft. Diese Studie muss dann registrieren, die Funktion der Relevanz des Themas diskutiert an eine Warnung unter den Bedingungen des Lebens von Apenados in Brasilien hervorheben, dass der Wert nicht mehr erfüllt seine Funktion und ja erhöht die Komplexität der Gewalt, die sich in den großen städtischen Zentren in Brasilien, wo die Rückkehr nach Abschluss.

Keywords: Grundrechte. Menschenrechte. Strafe. Strafrecht.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C. – antes de Cristo
AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas
AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
art. – artigo
cap. – capítulo
CDHM – Comissão de Direitos Humanos e Minorias
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF – Constituição Federal
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNPCCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP – Código Penal
CPB – Código Penal Brasileiro
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP – Código de Processo Penal
d.C. – depois de Cristo
DADDH – Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem
Dec. – Decreto
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional
DF – Distrito Federal
DNA – Ácido Desoxirribonucleico
DUDH – Declaração Universal do Direitos Humanos
ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
EUA – Estados Unidos da América
FEBEM – Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor
HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana
LCH – Lei de Crimes Hediondos
LEP – Lei de Execução Penal
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
MG – Minas Gerais
MJ – Ministério da Justiça
MP – Ministério Público
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OEA – Organização dos Estados Americanos
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
PCC – Primeiro Comando da Capital
PM – Polícia Militar
RDD – Regime Disciplinar Diferenciado
SC – Santa Catarina
séc. – Século
SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SESI – Serviço Social da Indústria
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

PRELÚDIO	14
CAPÍTULO I	
1 Histórico e evolução da pena	20
CAPÍTULO II	
2 Pena privativa de liberdade	43
CAPÍTULO III	
3 A execução da pena no sistema brasileiro e a dignidade do apenado	141
CAPÍTULO IV	
4 A execução da pena no sistema português e a dignidade do apenado	214
CAPÍTULO V	
5 Direitos fundamentais do apenado do Brasil e em Portugal	227
POSLÚDIO	305
BIBLIOGRAFIA	310

ÍNDICE

PRELÚDIO.....	14
CAPÍTULO I.....	20
1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PENA.....	20
1.1 Conceitos e primeiras análises	20
1.2 Evolução histórica.....	21
1.2.1 A pena como vingança da natureza	22
1.2.1.1 Fase da vingança penal	22
1.2.1.1.1 Vingança privada	23
1.2.1.1.2 Vingança divina	24
1.2.1.1.3 Vingança pública	25
1.3 Antiguidade e a privação de liberdade	26
1.4 Práticas penais da Idade Média.....	30
CAPÍTULO II.....	43
2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	43
2.1 Origem e evolução da pena de prisão: Renascimento e Reforma Religiosa.....	43
2.2 Idade Média e a privação da liberdade	53
2.3 O Absolutismo: época de mendigos e a pena de morte	57
2.4 A prisão e a ocultação da punição	74
2.5 O Iluminismo penal.....	85
2.6 Finalidades da pena privativa de liberdade.....	101
2.6.1 Teoria Monista	103
2.6.1.1 Teoria Absoluta ou Retributiva	104
2.6.1.2 Teoria da Prevenção Especial	110
2.6.1.3 Teoria da Prevenção Geral	116
2.6.2 Teorias mistas, ecléticas ou unificadoras	122
2.7 Tendências atuais.....	125
2.8 Posição adotada pelo Código Penal Brasileiro.....	134
2.9 Posição adotada pelo Código Penal Português	137
CAPÍTULO III.....	141
3 A EXECUÇÃO DA PENA NO SISTEMA BRASILEIRO E A DIGNIDADE DO APENADO.....	141
3.1 A dignidade humana	141
3.2 Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais.....	152
3.2.1 Relação intrínseca e núcleo essencial dos Direitos Fundamentais	154
3.2.2 Dignidade da pessoa humana e conflito de proteção	159
3.2.2.1 Ponderação de interesses	160
3.2.2.2 Caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana	162
3.3 Aplicabilidade prática da dignidade da pessoa humana	165
3.4 O corpo do condenado e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	167
3.5 O Estado Democrático de Direito no contexto penal	178

3.6	A proporcionalidade entre crime e sanção penal	185
3.6.1	Norma penal e sua fragmentariedade	185
3.6.2	Intervenção estatal	187
3.6.3	Da aplicação da pena	188
3.6.3.1	O sistema adotado pelo Código Penal	188
3.6.3.2	Forma de individualização da pena-base	190
3.6.3.3	Circunstâncias Legais – pena ambulatoria	193
3.6.3.4	Causas de aumento e diminuição de pena	194
3.6.4	A pena definitiva e o princípio da proporcionalidade	195
3.7	O sistema prisional do Brasil	196
3.7.1	Tipologias	197
3.7.2	Estrutura e forma do sistema prisional	198
3.7.3	Condições atuais das prisões brasileiras	204
CAPÍTULO IV		214
4 A EXECUÇÃO DA PENA NO SISTEMA PORTUGUÊS E A DIGNIDADE DO APENADO		214
4.1	Escorço histórico.....	214
4.2	O Sistema de Execução da Pena em Portugal após as Ordenações do Reino.....	219
4.3	Sistema de Execução Penal do Brasil e de Portugal: semelhanças diferenças	222
CAPÍTULO V		227
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO NO BRASIL E EM PORTUGAL		227
5.1	Considerações iniciais.....	227
5.2	A razão de ser dos direitos humanos: possíveis fundamentos....	228
5.3	Dimensões dos direitos humanos	242
5.4	A importância dos direitos sociais	249
5.5	Sistema Penal, Sistema Carcerário Brasileiro, Sistema Carcerário Português e os direitos humanos e fundamentais.....	257
5.5.1	Sistema Carcerário Brasileiro na atualidade	257
5.5.2	O desrespeito aos direitos fundamentais dos presos	272
5.5.3	O Sistema Carcerário Português e os direitos humanos fundamentais	283
5.5.4	Os direitos fundamentais dos presos na Constituição Federal de 1988	286
5.5.4.1	A presunção de inocência	289
5.5.4.2	A proibição da prática da tortura	292
5.6	Reinserção do preso ou reprodução da criminalidade	299
POSLÚDIO		305
6.1	Ilações genéricas.....	305
6.2	Ilações específicas	305
BIBLIOGRAFIA		310

PRELÚDIO

Beccaria,¹ na citação utilizada como título deste estudo (A muralha de ferro que anula a cidadania do homem como preso), ataca o arbítrio dos juízes ao interpretarem o “espírito da lei” e abre, com isso, espaço para toda sorte de subjetivismo. “Esse teórico combateu a prática da tortura e do tratamento cruel aos presos, além de propugnar por uma lei mais objetiva, voltada à proteção dos que não eram criminosos”.²

Assim, pressupõe-se, em torno do tema argumentado ao longo desta tese, que as leis sejam manifestações do pacto que todos firmaram em sociedade. No entanto, por mais tolerantes que sejam, jamais vêm a ter as leis, o poder de incutir moral a quem considera que tudo lhe é permitido. “O endurecimento da legislação penal serve, sem dúvida, à diminuição da impunidade, para o que devem concorrer também leis mais objetivas, com aplicação severa”.³

O tema desta tese, explicitado na metáfora do título, versa sobre o tratamento nos procedimentos para com os presos e de suas condições nos cárceres brasileiros. Portanto, essa proposta de investigação delimita o seu objeto no âmbito do direito penal, na execução da pena de prisão, como forma de reinserção do encarcerado.

Entende-se que os artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), voltados para o Estado Democrático de Direito e para as garantias fundamentais, constituem-se como suporte jurídico para a adoção respeitante aos Direitos Fundamentais.

Incidentalmente, são abordados temas outros que encontram pertinência com a problemática central, quais sejam: a falência da pena de prisão, a legitimação de um Direito Penal mínimo, o estrito respeito ao Estado Democrático e Social de Direito, a decadência da pena privativa de liberdade, e

¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 1ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 156.

² *Idem, Ibidem*, p. 156. Beccaria explicava por que: “Com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime. Gozará a segurança de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, porque é esse o fim da reunião de homens em sociedade”.

³ AZEVEDO, José Eduardo. *A Penitenciária do Estado - As relações de poder na prisão*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1997, p. 49.

o desrespeito generalizado à noção de cidadania e de justiça.

A Justiça Penal no Brasil, de acordo com Edmundo Oliveira,⁴ tem o retrato peculiar de anulação da cidadania do preso, haja vista que seus direitos nem sempre são respeitados, muitos estão presos sem o devido julgamento ágil e efetivo e outros são mantidos presos por muito mais tempo que o sentenciado. Considere-se que, conforme Oliveira,⁵ manter um preso atrás das grades, no Brasil, custa três vezes mais do que manter um aluno na escola pública do Ensino Fundamental.

Por outro lado, mesmo tendo altos valores investidos e gastos com o sistema penitenciário, o Brasil não atende ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ditado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, nem à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969.

Com relação ao tema desta tese, faz-se, a seguir, uma reflexão sobre a situação do preso e seus Direitos Humanos no Brasil. As condições de detenção e prisão no sistema carcerário brasileiro violam os Direitos Humanos, fomentando diversas situações de rebelião quando, na maioria das vezes, as autoridades agem com descaso, se não com excesso de violência, contra os presos. A Constituição Federal (CF) prevê, em seu artigo 5º, inciso XLIX, a salvaguarda da integridade física e moral dos presos, dispositivo raramente respeitado pelo sistema carcerário.⁶

A partir do exposto, muitos autores concluem que o sistema prisional brasileiro é precário. Demanda-se um estudo aprofundado dessa realidade, de forma a se analisar o cenário das penitenciárias brasileiras e das condições de vida dos presos, frente aos Direitos Humanos.

Assim, tem-se como enunciado do problema desta pesquisa: Qual o cenário das penitenciárias brasileiras na perspectiva dos Direitos Humanos? Desse modo, este estudo teve como objetivo geral: evidenciar o cenário das

⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *A prisão contemporânea. A prisão dos primórdios. Perfil*. Microsoft Power Point. [Consult. 23 Set. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.esmape.com.br/downloadsgeral/Globalização>.

⁵ *Idem*, *Ibidem*.

⁶ *Idem*.

penitenciárias brasileiras frente aos Direitos Humanos, levando em consideração a visão dos presos sobre sua vivência diária nas prisões brasileiras.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos:

1. Apresentar as principais teorias sobre direitos humanos;
2. Analisar a observância da dignidade humana no sistema prisional brasileiro à luz dos tratados e convenções internacionais;
3. Abordar, buscando oferecer alternativas, a incapacidade do sistema prisional brasileiro no processo de reintegração do preso na sociedade, durante o período de encarceramento, face à ruptura constante das normas jurídicas, com crescente aumento da carga repressiva penal;
4. Apresentar sugestões que sustentem a dogmática do Direito Penal com relação às fundamentações teórica e empírica desta tese.

Em se tratando de justificativa deste estudo, tem-se que esta pesquisa é importante e relevante para o conhecimento jurídico, já que envolve a discussão sobre os efeitos sobre a população carcerária que, em decorrência disso, tende à considerável ampliação, uma vez que as condições vigentes implicam intensificação do número de condenações judiciais, portanto, utilização, cada vez maior, das penas privativas de liberdade.

O poder punitivo é uma realidade social, um fato de poder. É uma forma de poder verticalizante das relações sociais, produtor e reproduzidor de desigualdades, e que é exercido em interação com outras formas de poder, as quais o condicionam. Pela sua potencialidade verticalizante das relações sociais, é poder deslegitimado no Estado Democrático de Direito, constitutivo da República Federativa do Brasil, a qual tem a dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Nesse contexto, o processo penal seria instrumento para a contenção da irracionalidade e violência do poder de punir, mediante a aplicação de uma pena, levando o homem ao cárcere.

Considera-se o ambiente carcerário, em virtude de sua antítese com a comunidade livre, um obstáculo natural à persecução de resultados positivos em relação ao condenado.

Por conseguinte, a aplicação das penas contribui para o aumento populacional nas penitenciárias e casas de detenção, enfatizando, dessa forma, a falência do sistema carcerário brasileiro e a dificuldade do Estado em

atingir as principais finalidades da pena, principalmente no que se refere à reinserção do preso no meio social. Nesse sentido, questiona-se: o sistema penitenciário brasileiro age de forma eficaz, a fim de reincorporar o detento na sociedade?

A Lei de Execução Penal no Brasil (Lei nº 7.210/1984/LEP) “regula os direitos e deveres dos detentos para com o Estado e a sociedade, estabelecendo normas fundamentais a serem aplicadas durante o período da prisão”.⁷ Por essa razão, recebe a alcunha de “Carta Magna dos detentos”, sendo considerada, atualmente, como uma das leis mais avançadas, por estabelecer normas e direitos eficientes, principalmente quanto à reinserção do detento.

A LEP estabelece brilhantemente, em seu artigo 1º, como um dos principais objetivos da pena, a oferta de condições que propiciem harmônica integração social do condenado ou internado. Assim, se cumprida integralmente, grande parcela da população penitenciária atual alcançaria êxito em sua reeducação e reinserção.

O termo reinserir denota tornar o ser humano, condenado, novamente capaz de viver pacificamente no meio social, de forma que seu comportamento seja harmonioso com as normas vigentes de conduta e convívio, revertidos, assim, os “valores”, de nocivos, em benéficos à sociedade.

O mesmo estatuto acima mencionado, em seu art. 3º, assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença. Mesmo privado de sua liberdade, asseguram-se ao preso determinadas prerrogativas dispostas, inclusive, em cláusulas da Constituição Federal, no art. 5º, incisos XLVIII e XLIX, bem como pela análise dos arts. 29 e 30 da Carta Magna Portuguesa, determinando que o respeito à integridade física e moral seja assegurada ao preso, e que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito. Assim, dá-se por garantido ao preso o mínimo de existência, personalidade, liberdade, intimidade e honra, imprescindíveis ao bom resultado do processo de reintegração.

⁷ RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *O preso-condenado e a vitimização pela norma*. [Consult. 2 Out. 2012]. Disponível em WWW: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5244.

Destarte, é preciso que o Estado resguarde um mínimo de liberdade e de privacidade do condenado, para que este disponha de condição para assimilar o processo de reinserção no convívio jurídico-social.

Ainda nesse sentido, prescreve a LEP em seu art. 10^o: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência social”.⁸

Também o art. 11 da LEP especifica a assistência pelo Estado, como devendo ser “material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde”.⁹ De acordo com o art. 22, “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”.¹⁰ Atentando a tais considerações, lançam-se como principais problemas do sistema carcerário as violências física, psicológica e sexual entre presos e agentes custodiadores, e entre os próprios presos; a superlotação penitenciária, obrigando detentos primários a conviver com reincidentes e praticantes de crimes hediondos; a falta de assistência médica efetiva, principalmente aos portadores de doenças contagiosas.

Esses fatos denunciam que, devido a não observância das normas de proteção aos detentos, ficam prejudicadas as ações de recuperação deles. Sabe-se que, atualmente, só uma pequena parte retorna recuperada para a sociedade. A maioria regressa ao cárcere em curto lapso de tempo, na condição de reincidentes e ainda mais perigosos. Assim, se uma parcela maior de sentenciados obtivesse auxílio satisfatório no processo de reeducação, durante o encarceramento, a sociedade seria beneficiada com a diminuição dos índices criminológicos e, ainda, os próprios apenados, pois retornariam ao seu espaço dentro do ambiente social, obedecendo às normas legais. Por outro lado, trata-se de um trabalho que tem a vocação segura de servir como referencial no plano do direito penal, tanto a se constituir, quanto ao constituído.

Dada a questão básica na qual está inserido o tema deste estudo, e tendo como objeto analisar o cenário das penitenciárias brasileiras frente aos

⁸ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. [Consult. 14 Out. 2012]. [Consult. 23 Set. 2012]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

⁹ *Idem, Ibidem*.

¹⁰ *Idem*.

direitos humanos, pressupõe-se, no cenário da metodologia a ser usada neste estudo, que:

1) A escolha da abordagem metodológica e do método de pesquisa tem como pano de fundo a linha dos pressupostos ontológicos, epistemológicos e teóricos do pesquisador. Esta opção é uma consequência da postura adotada pela autora, sua experiência e vivência no assunto.

2) Existe uma relação dialética entre a questão-problema e o método, sendo que o segundo deve ser consequência do primeiro.

3) A questão básica, ou questão investigativa, a ser examinada, se desdobra em mais questões: “como?”, “o que?”, “por quê?”, “quais?”, que serão utilizadas para conhecer o cenário das penitenciárias brasileiras, frente aos direitos humanos.

No tratamento dos dados, procedeu-se à análise de toda a documentação recolhida, desde a fase exploratória, sobre presídios e sobre o sistema penitenciário.

Colocaram-se em relevo, nessa fase, informações que situavam o ambiente carcerário, locus deste estudo, como uma problemática de investigação, e conectando esse quadro a autores e referências teórico-metodológicas.

Por fim, juntaram-se os textos e revisões bibliográficas estudadas, aliadas a uma análise pessoal dos cenários de pesquisa, de modo que se tenha uma visão mais ampla da temática e problemática deste estudo, alcançando-se, assim, o objetivo.

CAPÍTULO I

1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PENA

1.1 Conceitos e primeiras análises

Tendo em vista o objeto do estudo, convém verificar primeiramente o significado do termo 'pena'. Segundo Abbagnano,¹¹ “pena é a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”.

Considerando-se que a aplicação da pena compete a uma autoridade pública que a imponha, a partir de lei e julgamento, é certo que a pena, nesse contexto público, decorreu da evolução política da comunidade, que passou a se organizar em grupos, cidades e Estado.^{12, 13}

Na esfera do Direito Penal, a cada delito cometido é cominada uma pena, a qual pode ser definida como o castigo estatal ao autor de um ilícito. É a punição imposta ao criminoso.

Mirabete¹⁴ ensina que, “para as teorias absolutas (ou de retribuição), o objetivo da pena é o castigo, a retribuição ao mal praticado”. Para as teorias relativas (ou utilitárias), o fim da pena é a prevenção, seja ela geral (com relação a todos) ou especial (com relação ao acusado). Por seu turno, para as teorias mistas (ou ecléticas), a pena é tanto retributiva, quanto utilitária, sendo

¹¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 749. “O conceito de pena varia conforme as justificações que lhe forem dadas, e tais justificações variam segundo o objetivo que se tenha em mente: 1º ordem da justiça; 2º salvação do réu; 3º defesa dos cidadãos”.

¹² DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 156.

¹³ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999a, p. 253. Nesse sentido, vale a lição de ARENDT, acerca do perdão e da punição: “A punição é a alternativa do perdão, mas de modo algum seu oposto; ambos têm a sua interferência, poderia prosseguir indefinidamente. É, portanto, significativo – elemento estrutural na esfera dos negócios humanos – que os homens não possam perdoar aquilo que não podem punir, nem punir o que é imperdoável”.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

uma junção de educação e correção.¹⁵ Dessa forma, é possível verificar a finalidade dúplici da Pena: a retribuição ao mal cometido e a prevenção à prática de novos delitos.

Para Capez,¹⁶ “a pena é a resposta estatal”. Segundo Oliveira,¹⁷ a palavra ‘pena’ provém do “latim *poena*, com derivação do grego (*poiné*), significando dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa”.

O Código Penal Brasileiro (CPB) de 1984 adotou, conforme pontuado por Damásio de Jesus,¹⁸ “um sistema progressivo de execução da pena, tendo-se em vista a socialização do apenado”.

No entanto, nem sempre, ao longo da história, a aplicação e a execução da pena tiveram este caráter tanto de retribuição pelo mal praticado, quanto de recuperação do criminoso. As penas, historicamente, já foram extremamente cruéis, impingindo ao criminoso castigos bárbaros. Tais penas passavam ao largo da (re)inserção social do apenado, bem como do respeito a sua dignidade e seus direitos.

1.2 Evolução histórica

Segundo Mirabete,¹⁹ “a história da pena se confunde com a própria história do Direito Penal”. Entretanto, afirma que, “nos tempos primitivos, não havia um Direito Penal sistematizado, de forma que as penas eram ilimitadas, exageradas e cruéis”.

Ao longo da história, a pena foi sendo modificada, evoluiu e

¹⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal - Parte Geral*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1, p. 519. Damásio de Jesus preceitua pena, a partir da definição de Soler, como: A sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1, p. 357. “[...] ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na retribuição 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”.

¹⁷ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: UFSC/Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984, p. 2.

¹⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit., p. X.

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 74.

experimentou sucessivos abrandamentos e deixando de ser tão bárbara. Pouco a pouco, tornou-se proporcional ao delito cometido pelo autor do fato. Depois, gradativamente, foram deixadas de lado as penas corporais e mutiladoras, que impingiam ao apenado um sofrimento desnecessário.

Hoje, a pena privativa de liberdade, a partir de uma análise histórica, pode ser considerada uma conquista humana na luta constante pela concretização de seus direitos.

A evolução histórica da pena passou por diversas etapas. Dentre elas, registram-se: a pena como vingança da natureza, período da vingança divina, período da vingança pública e, finalmente, o período humanitário da pena.

1.2.1 A pena como vingança da natureza

Antigamente, os fenômenos naturais eram considerados resultado das forças divinas quando afrontadas pela prática de fatos diversos, exigindo reparação. Dessa forma, “para aplacar a ira destas forças divinas, a coletividade punia o infrator, o que gerou os conceitos de crime e de pena”.²⁰

Nota-se que a pena não tinha limitação ou proporção, constituía-se em um ato meramente punitivo e desprovido de qualquer caráter utilitário ou educativo. Não havia preocupação com a dignidade do apenado. Assim, a pena era mero ato de vingança por um mal praticado.

1.2.1.1 Fase da vingança penal

“As fases da Vingança Penal não ocorreram de forma sucessiva, com constantes entrelaçamentos entre elas”.²¹ Para fins deste trabalho, foi adotada a seguinte divisão: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 35. segundo este autor, “o castigo infligido era o sacrifício da própria vida do transgressor ou a ‘oferenda por este de objetos valiosos (animais, peles e frutas) à divindade, no altar montado em sua honra’. A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça”.

²¹ *Idem, Ibidem*, p. 46.

1.2.1.1.1 Vingança privada

Na fase da Vingança Privada, ao ser cometido um crime, ocorria uma reação da vítima, de seus parentes e até de sua tribo, que agiam sem limitação, atingindo não apenas o ofensor, mas também todo o seu grupo. Não havia proporcionalidade no revide à agressão. Tratava-se de “uma reação natural e instintiva, que poderia ser caracterizada como uma realidade sociológica e não uma instituição jurídica”.²²

Entretanto, no decorrer desta fase, surge a lei de talião, com a qual a reação a uma ofensa é a prática de um mal idêntico. O talião, embora considerado atualmente extremamente cruel, constituiu uma evolução histórica, pois, com ele, “o sistema punitivo conheceu um abrandamento significativo”,²³ uma vez que a retribuição a um mal passou a ser um mal de idênticas proporções.

O talião não representava exatamente uma pena, mas sim um moderador de pena, sendo claro o seu brocardo: “Olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”.²⁴ Constituiu um embrião dos futuros sistemas de retribuição penal.

“O talião passou a servir como base das principais legislações penais da época”.²⁵ Exemplos do talião também podem ser encontrados no Pentateuco (os cinco primeiros livros da Bíblia, séc. XIV a.C., atribuídos a Moisés). Quem ferir mortalmente um homem será condenado à morte. Quem ferir mortalmente um animal devolverá um semelhante: vida por vida. “Se alguém prejudicar a pessoa de seu compatriota, ser-lhe-á feito assim como ele fez. Fratura por fratura, olho por olho, dente por dente; como ele prejudicou a outrem, assim ser-lhe-á feito”.²⁶

²² MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

²³ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 69.

²⁴ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 25. O Código de Hamurabi, Babilônia (séc. XVIII a.C.), reproduz exatamente o talião: “§ 196. Se alguém tirar olho a outro, perderá o próprio olho. § 197. Se alguém quebrar um osso a outrem, parta-se-lhe um osso também. § 209. Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. § 210. Se essa mulher morre, então se deverá matar o filho dele. § 229 e 230. Se o mestre de obras não construiu solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto (...). E se for morto o filho do proprietário, será morto o filho do construtor”.

²⁵ *Idem, Ibidem*.

²⁶ BÍBLIA SAGRADA, Levíticos apud FERRI, Enrico. Op. cit., p. 156.

No mesmo sentido, a Lei das XII Tábuas, de Roma (séc. V a.C.): “Tábua VII, n. 11 – Se alguém fere alguém, que sofra a lei de Talião, salvo se houver composição”.²⁷

Posteriormente, surgiu a composição. Através dela, o agente criminoso poderia comprar a impunidade do ofendido, ou de seus parentes, com dinheiro, armas ou demais utensílios. “Deixava, com a composição, de existir sofrimento físico pessoal. Havia uma reparação material correspondente ao delito”.²⁸ A composição foi adotada pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo Pentateuco (Hebreus) e pelo Código de Manu (Índia), além de ter sido largamente aceita pelo Direito Germânico. Constituiu a origem remota das indenizações cíveis e das multas penais. Na fase da Vingança Privada, conforme visto, prevalecia a satisfação pessoal do ofendido ou de sua família, sempre baseada num espírito de vingança.

1.2.1.1.2 Vingança divina

Nesta fase, confundia-se o Direito com a Religião, a qual exercia influência decisiva na vida dos povos de então. Considerava-se o delito como sendo uma ofensa à divindade e que, conseqüentemente, atingia a sociedade inteira. Assim, “a aplicação da pena visava a aplacar a ira da divindade ofendida pelo crime, da mesma forma que procurava castigar o infrator”.²⁹

Como exemplo da crueldade das penas de então, é de se observar a punição imposta à infanticida: “era atirada na água, costurada dentro de um saco de couro, juntamente com um macaco, um galo, um cachorro e uma serpente”.³⁰

Outras penas desumanas eram as penas de morte, infligidas das mais diversas e bárbaras formas: “esquartejamento, crucificação, apedrejamento,

²⁷ SILVA, José Geraldo da. *Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, v. 1, p. 39.

²⁸ OLIVEIRA, Odete Maria de. Op. cit., p. 05.

²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. cit., p. 36. As penas eram muito cruéis. Sobre o tema, leciona Mirabete: “O castigo ou a oferenda, por delegação divina, era aplicado ou acolhida pelos sacerdotes que infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação. Legislação típica dessa fase é o Código de Manu; mas essas práticas foram adotadas na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livros das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel”.

³⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de. Op. cit., p. 14.

assamento em brasa, e outras, aplicadas com extrema crueldade, desconsiderando-se, totalmente, a dignidade humana e os princípios que lhe são correlatos”.³¹

Com o passar do tempo, a incriminação religiosa recua com o desenvolvimento da criminalização laica, e as penas deixam de ser aplicadas em nome do divino, passando a significar a proteção e reparação de toda a coletividade.

1.2.1.1.3 Vingança pública

Com o advento da etapa hoje denominada de Vingança Pública, a pena perde sua índole sacra para se transformar em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, representando os interesses da comunidade.

Ao tempo da vingança pública, era o soberano quem exercia sua autoridade, em nome de Deus e, dessa forma, cometia inúmeras arbitrariedades.

É nessa etapa que o Estado se torna forte e chama a si a responsabilidade de aplicar a retribuição devida aos delitos cometidos, de forma que tirou esta função das mãos do ofendido, bem como da vítima ou de sua família.^{32, 33} Portanto, observa-se que a pena perdeu seu caráter religioso, passando a apresentar uma conotação política, demonstrando a força do Estado.

As punições eram bárbaras e a pena de morte largamente difundida. Era usual a mutilação do condenado, o confisco de seus bens e a punição inclusive dos familiares do autor do crime.

Gradativamente, houve um abrandamento das penas. “Surgiram as penas pecuniárias para delitos privados, enquanto que os delitos de maior expressão eram resolvidos pelo povo, o que demonstra a conotação pública que as práticas penais adotaram”.³⁴

³¹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Op. cit.*, p. 26.

³² *Idem, Ibidem*, p. 15.

³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op. cit.* p. 36. “Libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato), positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais”.

³⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Op. cit.* p. 16.

Assim, os delitos passaram a ser classificados em delitos de caráter público e de caráter privado. Nota-se, assim, que “as penas foram se suavizando, afastando-se da crueldade exagerada que apresentavam até então”.³⁵

1.3 Antiguidade e a privação de liberdade

A vida humana em comum só se torna possível quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado, e que permanece unida contra todos os indivíduos nessa condição.

O poder dessa comunidade é, então, estabelecido como “direito”, em oposição ao poder do indivíduo, condenado como “força bruta”. “A substituição do poder individual pelo poder coletivo constitui o passo decisivo para a civilização”.³⁶

Com o desenvolvimento das sociedades primitivas, surge um poder social baseado nas religiões que, gradativamente, modifica a natureza da sanção penal. A vingança individual é substituída pela vingança dos deuses, que será aplacada com o castigo do infrator.

Tudo começa com os povos primitivos e é interessante observar que eles não tutelavam bens jurídicos, mas relações hipotéticas, tidas como verdadeiras e baseadas em totens e tabus. De acordo com Freud,³⁷ “os tabus são restrições sem fundamento racional, de origem desconhecida, mas que a todos obriga sob a ameaça de punição”.

A sociedade pune o atrevido para se proteger do perigo da infração. O perigo da quebra do tabu é a substituição dos desejos inconscientes por

³⁵ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 37. Sobre a separação feita entre os delitos de caráter público e os delitos de caráter privados, ensina Enrico Ferri: “Finalmente, então, foi estabelecida a distinção fundamental entre *delicta publica* e *delicta privata*, todos perseguidos e punidos, uns no interesse do Estado e por meio de seus representantes, e outros no interesse e por ação dos ofendidos. Eram *delicta publica* a deserção, a traição, o furto de gado, o furto sacrílego, a danificação das estradas e edifícios públicos. Duas grandes categorias dos crimes públicos se encontravam no *perduellio* e no *parricidium* (homicídio do homem livre etc.). Em seguida se passou – com o processo *extra-ordinem* – às penas públicas também para os crimes privados, afirmando-se com isso, de modo constante, que a justiça penal é uma função e garantia do Estado, para a tutela e a segurança da pública disciplina”.

³⁶ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. Tradução Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago 1999, p. 49.

³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 49.

impulsos conscientes. A ausência de punição aumenta a possibilidade de uma imitação que levaria à dissolução do grupo, além disso, aqueles que não reagem à falta cometida estariam confessando o desejo de praticar a mesma conduta. Na verdade, segundo a análise psicológica, quanto maior a reação, maior é o desejo ou o risco de imitação do comportamento.

A obrigatoriedade dos tabus tem origem religiosa ou intuitiva, são costumes herdados de várias gerações que descobriram a vantagem ou prejuízo de determinadas atitudes, e criaram regras de comportamento que persistem, independente de qualquer benefício ou prevenção de prejuízo social atual.

É interessante notar que, enquanto para o homem primitivo, há uma total confusão entre os mundos físico e normativo, entre as ordens moral, natural e religiosa, o homem civilizado afirma conseguir separar a razão e a moral, o mundo natural e o mundo normativo.

Outro ponto interessante é a questão da solidariedade na resposta penal. Quando um membro de certo grupo era atacado por um indivíduo adversário, toda a comunidade se sentia atingida e obrigada à vingança. O homem primitivo não pergunta “como isso ocorreu?”, pergunta apenas “quem fez?”.

A culpa do indivíduo assume caráter coletivo, pois acaba atingindo aqueles que vivem com o culpado ou com ele têm vínculos sociais. Nesse contexto da responsabilidade penal coletiva, também se explica o conformismo fatalista.

Há relatos históricos no sentido de que o silvícola brasileiro condenado à pena do canibalismo aceitava seu destino com base em forte misticismo, pois não convinha aborrecer ainda mais os poderes invisíveis, que poderiam vir a recair também sobre seus familiares e sua comunidade, atingindo terceiros inocentes. Na verdade, a consciência do risco da vingança coletiva fazia com que o prisioneiro, ainda que conseguisse escapar, jamais fosse aceito novamente em seu grupo de origem. Portanto, a regra era aguardar a morte com honra e respeito aos ritos canibais.

“Com a evolução social e diante da necessidade de evitar a dizimação das tribos com as vinganças coletivas, surgiu o talião que limita a reação à ofensa, a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho,

dente por dente)”.³⁸

As civilizações que viveram entre os rios Tigres e Eufrates, entre 3000 e 400 anos a.C., produziram códigos muito cedo. O mais conhecido deles é o Código de Hamurabi (1792-1750). Esses antigos códigos da Babilônia apresentavam uma série de punições, como variadas formas de execução da pena de morte e mutilação.

“As leis falam pouco sobre as prisões, mas por meio da literatura é possível afirmar que a prisão era utilizada nos casos de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e para estrangeiros cativos”.³⁹

O império assírio, por exemplo, submetia à prisão contrabandistas, ladrões, desertores do serviço estatal, sonegadores de impostos e estrangeiros cativos, impondo em larga escala o trabalho forçado. No antigo Egito, tem-se notícia da prisão, não apenas como custódia, mas como forma de punição por algum feito contrário ao indicado pelas autoridades.

O governo do faraó, comprometido com orientações divinas, evitava penas cruéis e arbitrárias. Quando suprimida a liberdade do indivíduo, os prisioneiros não eram classificados nem separados de acordo com sua situação. Conviviam presos, aguardando julgamento e, já condenados, aguardando execução; penalizados com prisão perpétua ou indefinida; desertores do Estado ou oficiais caídos em desgraça, suspeitos de espionagem: todos eram forçados ao trabalho.

Na antiga Grécia, as cidades-estados forneceram as primeiras evidências de punição pública semelhante à tradição ocidental, bem como influenciaram com ideias sobre a lei e a justiça. A prisão é mencionada na literatura grega e na filosofia. A tragédia de Ésquilo, *Prometeu Acorrentado*, narra Zeus aplicando a prisão para imposição de tortura em Prometeu. Mas é Platão quem fornece os principais delineamentos da prisão.

No diálogo de Górgias, tem-se um testemunho sobre a racionalidade da prisão na Grécia antiga; em “*As Leis*”, Platão é ainda mais claro ao expor suas

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. I, p. 36. “Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (narrativa bíblica da saída do Egito do povo hebreu) e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi a lei do talião um grande avanço na história do Direito Penal, por reduzir a abrangência da ação punitiva”.

³⁹ MORRIS, Norval; ROTHMAN, David. *The Oxford History of the prison. The practice of punishment in Western Society*. Oxford: Oxford USA Trade, 1997, p. 09.

ideias, chegando a mencionar, inclusive, uma prisão propriamente punitiva. “Haverá na cidade três prisões”: uma “situada na praça pública, comum à maioria dos delinquentes, que assegurará a guarda dessas pessoas”; outra “no lugar de reunião do conselho noturno, que se chamará casa de correção ou reformatório”; e outra “no centro do país, no lugar mais deserto e mais agreste possível, terá um sobrenome que indique seu caráter punitivo”.⁴⁰

Segundo Platão, a primeira prisão servia para guardar as pessoas, prevenindo outros delitos. A segunda, seria para aqueles criminosos recuperáveis e não teria função punitiva, mas, corretiva.

A prisão punitiva ficaria no local mais distante e seria destinada aos agentes dos crimes mais graves e incorrigíveis. Nessa terceira prisão, “existiria um total isolamento do criminoso com relação ao resto da sociedade, que não terminaria nem com a morte, pois seus restos seriam jogados, sem sepultura, fora das fronteiras do país”.⁴¹

Apesar dessas leituras racionais sobre crime como resultado da ignorância e prisão como recuperação, na verdade, a prisão mais conhecida e utilizada era aquela com função de mera custódia, para aguardar o julgamento ou a aplicação da sanção. Ela também funcionava como local de tortura e aplicação da pena de morte, além de reter devedores.

A prisão como pena não desempenhou um papel central na Grécia antiga, que conhecia com maior frequência as penas de morte, exílio e multa. Em Roma, por outro lado, os delitos são divididos em *crimina pública* (segurança da cidade), *parricidium* ou *crimina maiestatis* e *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, reprimidas por particulares).

Na República, os crimes privados diminuem e o Estado assume suas funções de jurisdição. Mais adiante, a pena de morte volta a ser aplicada aos delitos mais graves e existem penas de trabalhos forçados.

Para os devedores, existiu uma singela previsão de prisão, mas com fim de custódia. Fontes narrativas também noticiam que “o chefe da família (*pater familias*) romana tinha o direito de manter uma cela de prisão doméstica, a fim

⁴⁰ MESSUTI, Ana. Op. cit., p. 15.

⁴¹ DOTI, René Ariel. Op. cit., p. 156.

de disciplinar membros da família ou escravos rebeldes”.⁴²

1.4 Práticas penais da Idade Média

Esta parte do estudo começa na Alta Idade Média, quando ocorrem a queda do Império Romano (476 d.C.) e as invasões bárbaras. O fim da centralização política e a insegurança causada pelas constantes invasões inviabilizaram a continuidade da administração institucional da Justiça, de modo que os conflitos e a responsabilidade por suas soluções retornaram aos próprios interessados.

Contudo, assim que algum poder se organiza e certa estabilidade é conquistada pela comunidade, o confisco dos conflitos pelo Poder institucionalizado ocorre.

A administração da Justiça é uma fonte de renda e um instrumento de controle social, por isso jamais é desprezada pelo Poder constituído. Os estudos desses diferentes momentos da história, considerando a evolução jurídica, social e econômica, são capazes de revelar os dogmatismos convenientes, bem como apresentar a Justiça e a prática jurídica com um realismo instrutivo.

O Império Romano estendeu seu domínio sobre diferentes povos da Europa e da Ásia, mas, a partir do século III, sua parte ocidental começou a ser invadida por vários povos germanos, como os visigodos e os francos. As arbitrariedades e os excessos cometidos pelo Império, sobretudo na época de Justiniano, “fizeram com que muitos ‘cidadãos romanos’ manifestassem maior simpatia pelos Bárbaros invasores do que pelo seu próprio governo, apesar de toda a distância cultural”.⁴³

Em 476 d.C., a invasão e a conquista de Roma levou à queda do Império Romano do Ocidente. “Era o fim da centralização política, com o abandono das cidades e o início de um radical processo de ruralização da

⁴² MORRIS, Norval; ROTHMAN, David. Op. cit., p. 08.

⁴³ LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru: EDUSC, 2005, p. 39.

sociedade. Nascia o feudalismo”.⁴⁴

Apesar de certa cumplicidade de boa parcela da população, é preciso reconhecer que as migrações dos povos germânicos foram extremamente violentas e impuseram uma época de terror e grande transformação social.

Os “bárbaros” que invadiram a Europa encontravam seu prazer nos perigos e na guerra. Matar um homem era prova de heroísmo, assim como perder a vida no meio da luta era a felicidade suprema. “O mais glorioso troféu é a cabeleira de um inimigo escalpado, a qual é usada de enfeite nos cavalos de guerra”.^{45, 46}

As pessoas viviam em estado de terror, as cidades perderam o enorme destaque que tiveram durante o Império Romano, pois as inúmeras e destrutivas invasões bárbaras trouxeram insegurança e inviabilizaram a manutenção da vida urbana. Conquistas importantes da evolução social foram abandonadas e, em matéria de bem-estar social, o homem regrediu.

O sofisticado sistema de fornecimento de água limpa foi abandonado junto com muitas cidades, assim como as estradas passaram a ser temidas pelos constantes saques, tornando o comércio inviável.

Ocorreu um intenso processo de ruralização do modo de vida, o que resultou na formação de vários reinos independentes, dando início a um longo período de mil anos, que muitos historiadores chamam de Idade Média.

Os fatos que margeiam o período são a decadência do Império Romano com as invasões bárbaras, e a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos em 1453 d.C. Antes disso, se tem a Idade Antiga e depois a Idade Moderna.⁴⁷

Para remediar o problema da insegurança, os nobres, encarregados da defesa do território, construíram enormes castelos em torno dos quais passou a viver a maior parte da população européia. Aos poucos o poder do rei se

⁴⁴ BOULOS JÚNIOR, Alfredo. *Coleção história: sociedade & cidadania*. São Paulo: FTD, 2004, p. 147.

⁴⁵ LE GOFF, Jacques. Op. cit., p. 56.

⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 28. Para se ter noção da destruição sofrida pela Europa na época medieval, é interessante observar a exortação que a mãe de um rei bárbaro faz a seu filho: “Se queres realizar um grande feito e ganhar nome, deves destruir tudo o que os outros construíram, e massacrar o povo que venceres, pois não és capaz de construir um edifício superior aos que foram construídos por teus predecessores, e não há mais bela façanha com que possas engrandecer teu nome”.

⁴⁷ BOULOS JÚNIOR, Alfredo. Op. cit., p. 106.

fragmentou e cada nobre passou a ser a principal autoridade em seu feudo.

Assim, o espaço territorial foi dividido em unidades economicamente autônomas. O feudo vivia uma economia de autosuficiência, já que a insegurança causada pelas invasões bárbaras tornou o comércio extremamente limitado. Sem a segurança nas estradas construídas pelos romanos, os feudos acabaram isolados.

A nobreza fundiária dominava o campesinato, que eram os servos da gleba e tinham a posse das terras destinadas à agricultura, apropriando-se do excedente produzido. A sociedade feudal era basicamente agrária e a terra o principal meio de produção.

A servidão era uma instituição jurídica que garantia o modo de produção feudal e consistia na obrigação do camponês de satisfazer certas exigências econômicas do senhor, tais como prestar serviços e pagar taxas em dinheiro ou espécie, não sendo escravo, nem homem livre, mas “um trabalhador em situação de subordinação ao senhor feudal, que estava ligado à terra, de modo que a acompanhava quando eventualmente transferida a outro senhor”.⁴⁸

O senhor feudal, por sua vez, era vassalo do suserano, do qual recebia o feudo em troca de assistência militar. A terra não era recebida como propriedade, mas a título precário, podendo a concessão ser revogada por motivo justo, como, por exemplo, pelo descumprimento do dever de fornecer tropas ao monarca. Ele também podia fixar e arrecadar tributos de seus servos.

A propriedade era quase desconhecida na Idade Média como realidade material ou psicológica. Do camponês ao senhor, cada indivíduo tinha somente direitos mais ou menos estendidos de posse provisória, de usufruto.

Não somente cada um tinha acima de si um senhor ou um detentor de direitos mais poderoso que podia privá-lo de sua terra – tenência camponesa ou feudo senhorial – valendo-se da violência, mas, o próprio Direito reconhecia ao senhor a possibilidade legítima de tirar do servo ou do vassalo seu bem fundiário, desde que concedesse outro equivalente, às vezes muito afastado do primeiro.

⁴⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão & Sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 115.

É importante lembrar que o comércio, bastante prejudicado na época em que prevalecia uma economia de subsistência nos feudos, não era responsável pela circulação de riquezas. Na verdade, era a herança, a guerra, a rapina, a ocupação de terra, a tomada de um castelo ou de uma cidade que garantiam a circulação de bens na Idade Média.

Diante da ausência de um poder central, aquele que dispusesse de força suficiente para ocupar uma terra e seu castelo poderia fazer prevalecer seus direitos e até, mediante acordo com o lesado, exigir um pagamento para a devolução dos bens. “Não é por outro motivo que a nobreza se preocupava com a acumulação das armas, já que, com o poder das armas, era garantida a acumulação da riqueza”.⁴⁹

A sociedade feudal tinha como principais características: o predomínio da vida rural, o poder político descentralizado e a forte religiosidade. O feudo tinha uma economia de subsistência baseada na agricultura e no pastoreio. O comércio ficou restrito ao sal, para conservação da carne, e ao ferro, para a fabricação de armas e utensílios.

A posição social dependia do nascimento e era inalterável. Existiam três grupos bem definidos: o clero (que orava), a nobreza (que guerreava) e os camponeses (que trabalhavam). O trabalho dos camponeses sustentava a nobreza e o clero.

A maior parte do clero tinha origem nobre e possuía feudos, de forma que, em uma época em que a terra era a principal medida de riqueza, dois terços da Europa Ocidental pertenciam à Igreja.

“A nobreza usava o monopólio das armas para impor seu domínio. Os nobres viviam ociosos e consideravam o trabalho uma atividade indigna. Desde a infância, o nobre era preparado para a vida militar”.⁵⁰ A vida, definitivamente, não era fácil. Os humores da natureza determinavam a sobrevivência da maioria. O camponês era o responsável pela alimentação de toda sociedade, mas a produção era insuficiente, pois os instrumentos de trabalho eram pouco desenvolvidos. A fome era uma constante.

Eram os camponeses que faziam viver os outros, e que os alimentavam

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 31^a ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 109.

⁵⁰ BOULOS JÚNIOR, Alfredo. Op. cit., p. 159.

e sustentavam; eram eles que sofriam os mais graves tormentos, a neve, a chuva, o furacão. Rasgavam a terra com suas mãos, com grande sacrifício e muita fome. Levavam uma vida bastante rude, pobre, mendicante e miserável.

A classe senhorial consumia com despesas improdutivas os lucros retirados da massa camponesa que ficava limitada a, no máximo, satisfazer suas necessidades essenciais. De fato, em muitas localidades a exploração senhorial foi excessiva e o “Ocidente medieval foi em primeiro lugar o universo da fome”.⁵¹

A fragilidade da técnica e da economia medieval, bem como a impotência dos poderes públicos, deixaram o homem medieval à mercê dos caprichos da natureza.

Os produtos eram mal conservados e bastante vulneráveis às adversidades ambientais. Os rendimentos eram fracos e as técnicas de conservação tão insatisfatórias, que só era possível assegurar o abastecimento até uma nova colheita.

Agravavam a situação dos famintos, as inúmeras dificuldades de circulação de bens de consumo, diante da descentralização política do reino e da insegurança das estradas. Assim, ficava dificultada qualquer tentativa de abastecimento alimentar emergencial, vindo de fora do feudo.

“A água potável, antes viabilizada com engenhosidade pelo Império Romano, transformou-se em raridade. Sem uma adequada higiene geral, a penúria medieval foi agravada pelas epidemias e doenças”.⁵² Nesse cenário, ganhou “destaque a peste negra, que causou a morte de milhares de pessoas, inovando apenas o fato de que este flagelo afetou não apenas o camponês, mas todas as classes sociais, sem distinção”.⁵³

Com a descentralização do poder político, o sistema de punição estatal tornou-se impraticável, passando a existir a lei do feudo e a pena pecuniária. “A ausência de um poder central forte permitia que qualquer conflito de interesses ameaçasse a paz social, na medida em que parentes e súditos eram

⁵¹ LE GOFF, Jacques. Op. cit., p. 220.

⁵² RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 113.

⁵³ *Idem, Ibidem*.

automaticamente envolvidos nessas ocorrências”.⁵⁴

A preocupação básica do direito penal, portanto, passou a ser a preservação da paz, conseguida por meio da arbitragem privada e da imposição de fianças.

A composição pecuniária e a fiança foram os métodos de punição preferidos na Idade Média, mas, gradativamente substituídos pela punição corporal e pena de morte que, por sua vez, ao longo do século XVII, cederam espaço à prisão. Essas mudanças nos métodos punitivos têm relação direta com as diferentes fases do desenvolvimento econômico e social.

O valor da fiança variava de acordo com a classe social do malfeitor e do ofendido. Foi a impossibilidade financeira dos infratores das classes subalternas que levou à substituição da fiança por castigos corporais. Nessa época, “o aprisionamento também era visto como uma forma de castigo corporal”.⁵⁵

A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição por castigos corporais. O sistema penal tornou-se, portanto, progressivamente restrito a uma minoria da população. Esse processo pode ser mapeado em todos os países europeus.

Um estatuto de Sion, de 1338 d.C., previa uma fiança de vinte libras para os casos de assalto; “se o assaltante não pudesse pagar, devia receber um castigo corporal, como, por exemplo, ser jogado numa prisão e passar a pão e água, até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse”.⁵⁶

Segundo Le Goff, “a linguagem sem emoção dos códigos de leis da época impressiona”.⁵⁷ Contudo, é importante observar que o preço do resgate pago à vítima não tinha um caráter indenizatório ou reparatório. O agressor não pagava pelo prejuízo causado à vítima, mas sim, pela preservação de sua própria

⁵⁴ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 156. “A principal dissuasão para o crime era o medo da vingança pessoal da parte injuriada. O crime era visto como uma ação de guerra”.

⁵⁵ *Idem*, p. 116.

⁵⁶ *Idem*, *Ibidem*.

⁵⁷ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.* p. 159. Cita um trecho da Lei Sálica: “Ter arrancado uma mão de outrem, ou um pé, um olho, ou nariz: 100 soldos; mas apenas 63 soldos se a mão continuar presa ao pulso; ter arrancado o dedo polegar, 50 soldos, mas apenas 30 se permanecer pendente; ter arrancado o dedo indicador (aquele que serve para atirar com o arco): 35 soldos; um outro dedo, 30 soldos; dois dedos ao mesmo tempo: 35 soldos; três dedos ao mesmo tempo, 50 soldos”.

integridade, o agressor compensava a vítima pela renúncia ao seu direito de vingança. Direito de vingar-se que era tanto maior quanto maior o prejuízo sofrido.

Na ausência do Estado ou do poder político centralizado, o direito de fazer justiça com as próprias mãos era reconhecido, embora fosse inconveniente pela beligerância permanente que acarretava. A solução encontrada foi oferecer às partes uma alternativa mais vantajosa e racional do que a emocional vingança: o resgate.

Nesse contexto, o resgate não era um direito do ofensor ou da vítima, mas uma alternativa mais interessante que a vingança ou a guerra. Há, nesse momento, uma coincidência entre os interesses individuais (da vítima e do ofensor) e o interesse coletivo de manutenção da paz na comunidade. Quando há coincidência entre essas duas ordens de interesses, o poder público coercivo não é necessário.

O antigo direito germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há falta, mas unicamente dano e vingança.

Nesse procedimento do direito germânico, um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. “Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra. A interrupção da guerra é o terceiro ato ou ato terminal do drama judiciário do velho direito germânico”.⁵⁸

A diferença dos conceitos é importante na medida em que pode auxiliar no correto entendimento de institutos atuais, como a responsabilidade civil, o dano moral, a pena pecuniária, a reparação do dano, o confisco e a indenização.

O termo mais adequado para se referir ao resgate do direito germânico parece ser a composição ou a transação. A adesão das partes envolvidas é voluntária e não há propriamente uma reparação, mas uma compensação pelo

⁵⁸ MESSUTI, Ana. Op. cit., p. 109.

mal praticado.

O direito germânico resgatou a vítima como parte, sendo que a pena mais grave consistia na perda da paz (*Friedlosigkeit*), quando era retirado do ofensor a proteção da comunidade, deixando-o a mercê de quem quisesse matá-lo. A pena pública ficou reservada aos traidores, já que o comportamento lesivo afetava a segurança de toda a comunidade.

Nos demais conflitos, a ofensa se transformava em “*faida*” ou inimizade do ofensor e sua família com o ofendido e os seus parentes, pois a lesão de um membro sempre afetava a unidade econômica e bélica do clã a que ele pertencia.

Essa inimizade poderia ser resolvida com uma composição (*Wergeld*) por meio de uma reparação pecuniária ao ofendido ou à sua família. Outras possibilidades de solução eram o combate judicial, as ordálias ou o julgamento de Deus.

Caso o conflito não fosse solucionado pela composição, pelo combate ou duelo, a família ofendida teria o dever de levar adiante a vingança de sangue (*Blutrache*).

Nesse contexto, “o asilo eclesiástico era útil, pois propiciava proteção aos ofensores enquanto os ânimos vingativos se amainavam, permitindo que alternativas melhores que a vingança fossem encontradas pelas famílias envolvidas”.⁵⁹

O direito criminal também tinha o papel de preservar a hierarquia social, ao prevenir tensões sociais e prover coesão. As relações entre o senhor feudal e os servos tinham um caráter tradicional e estavam baseadas em institutos jurídicos que precisavam ser mantidos pela força, já que beneficiavam poucos em detrimento da maioria.

Em uma sociedade dominada pela força, pela guerra e pela alta religiosidade, a verdade não era um conceito relevante e, portanto, o sistema de inquérito não existia. Os conflitos entre as pessoas eram regulamentados pelo jogo da prova. A ação penal consistia em um duelo entre indivíduos, famílias ou grupos, sem intervenção de qualquer representante de autoridade. “O processo penal aparece, então, como essa guerra particular, oferecendo o

⁵⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro* – I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 201.

ritual para a luta entre os indivíduos”.⁶⁰

Conforme destacado, o antigo direito germânico, além de regulamentar a disputa entre os indivíduos, também previa a possibilidade de transação e acordo. Assim, a série de vinganças poderia ser interrompida com um pacto, onde aquele que causou a lesão se comprometia a resgatar sua paz por determinada quantia. Há, então, a presença de uma terceira pessoa: o árbitro, escolhido pelas partes e que determina o valor a ser resgatado.

Portanto, nesse primeiro momento da Idade Média, os conflitos são resolvidos pelas próprias partes, por meio da luta e pela transação. Na sequência de uma prova de força há possibilidade de uma transação econômica. Não há uma pesquisa sobre a verdade, mas, uma disputa de poder e prestígio.

No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema de prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e às quais os dois eram submetidos. “Esse sistema era uma maneira de provar, não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia”.⁶¹

Existiam, primeiramente, as provas sociais, que revelavam a importância social de cada um dos contendores. A inocência poderia ser auferida pela reunião de um maior número de testemunhas aptas a jurarem não ter o acusado praticado o fato. Esses juramentos não testemunhavam o fato causador do dano, mas revelavam a importância social do acusado através da solidariedade que ele possuía em seu meio.

Outro tipo de prova era a verbal. A acusação deveria ser respondida mediante o uso de determinadas fórmulas. A pronúncia correta das fórmulas determinava o fracasso ou o sucesso da defesa. Tratava-se de um jogo verbal, onde a substituição da parte era possível.

“É o nascimento da figura do advogado, pessoa responsável por

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 159. “O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra”.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 159.

pronunciar as fórmulas no lugar do acusado”.⁶²

Em terceiro lugar existiam as provas mágico-religiosas do juramento. O acusado devia prestar um juramento e, se se recusasse ou hesitasse, perdia o processo. Por fim, existiam as provas corporais chamadas ordálios, que expunham a inocência ou culpa pela resistência do corpo a diversos martírios.

Há notícia de uma prova física, na época do Império Carolíngio, que consistia em fazer o acusado andar sobre ferro em brasa, sendo que, se dois dias após o tormento ele ainda apresentasse cicatrizes, perdia o processo. Igualmente fazia-se o ordálio da água.

Por essa prova a pessoa tinha sua mão direita amarrada ao seu pé esquerdo e era atirada na água. Em caso de morte por afogamento o processo era ganho, pois a água não a teria rejeitado. “O acusado poderia dispor de substitutos para a realização dessas provas, desde que sua situação socioeconômica permitisse essa regalia”.⁶³

A fim de ilustrar o caráter do direito de guerra regulamentada, podem-se citar as lutas físicas entre os indivíduos, chamados de Julgamentos de Deus. Se os contendores aceitassem, poderiam lutar seguindo determinadas regras. Quem ganhasse a luta ganhava o processo, independentemente da verdade de sua pretensão. Aqui também era possível a substituição da parte por um súdito ou vassalo.

O sistema de prova judiciária feudal, portanto, não se preocupava com a pesquisa da verdade, tratava-se de um jogo de disputa de forças onde a solução era binária, impondo sempre ou a vitória ou a derrota. Era o mais forte quem tinha razão. Essa solução do conflito era automática, na medida em que não dependia de uma terceira pessoa para ocorrer. “O árbitro ou terceiro personagem apenas zelava pela regularidade do procedimento, mas não tinha poder de decisão”.⁶⁴

Três circunstâncias principais atuaram contra o caráter privado do direito penal, transformando-o paulatinamente em um instrumento de dominação: “o aumento da função disciplinar do senhor feudal em relação aos seus

⁶² FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 159.

⁶³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 150.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 162.

dependentes econômicos; o esforço das autoridades centrais em aumentar sua influência com a ampliação de seus direitos judiciais e o interesse fiscal”.⁶⁵

O interesse fiscal de todas as autoridades era bastante relevante, na medida em que a administração da Justiça se tornou efetivamente lucrativa mediante a prática de confiscos e imposição de fianças, em adendo às obrigações para com a vítima.

Na Toscana e na Alemanha do Norte, na Inglaterra e na França, o angariamento de recursos por intermédio da administração da Justiça criminal foi um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com a representatividade da autoridade pública apenas na posição de árbitro, para uma parte decisiva do Direito Público.

Na Idade Média, a fé religiosa foi fator de unidade e estabilidade entre os povos e a Igreja teve papel fundamental. Esse domínio religioso merece destaque no ano 800 d.C., quando Carlos Magno foi sagrado imperador pelo papa Leão III, passando a existir um poder teocrático.

O paganismo era infenso à unidade entre os povos, o que fez com que a heresia fosse considerada um dos crimes mais graves. “Qualquer ato de heresia era infração contra o próprio Estado. A justiça comum e a canônica trabalharam juntas para manter a fé, a ordem e a moralidade”.⁶⁶

Para o homem medieval o direito de punir era delegação divina, sendo que a pena tinha o fim de salvar a alma para a vida eterna. A privação da liberdade, viabilizada pela Igreja, era uma oportunidade que o condenado tinha de meditar sobre sua culpa e arrepender-se; não tinha caráter de pena. Os conceitos de crime e pecado se confundiam e o criminoso era visto como pecador, cuja salvação para a vida eterna dependia do castigo.

A Igreja procurou humanizar as penas, sob o argumento do homem enquanto imagem e semelhança de Deus, do amor a Deus e ao próximo. Assim, ela contribuiu para o declínio das ordálias e de outras práticas supersticiosas e cruéis, chegando a oferecer asilo para que os criminosos escapassem das torturas e da morte, apesar das perseguições perpetradas pela Inquisição. De qualquer modo, “a religião e o poder político eram ligados e

⁶⁵ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 69.

⁶⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 159.

o ato de heresia consistia em infração contra o próprio Estado”.⁶⁷

A filosofia cristã exerceu influência na época. Santo Agostinho (354-430 d.C) defendeu a retribuição divina e considerou a punição terrena uma penitência capaz de conduzir o pecador ao arrependimento, antes do juízo final.

A retribuição deveria ser proporcional ao mal praticado, de modo que o mal da ação fosse expiado pelo mal da pena. A pena também é vista como um ato de compaixão e caridade, na medida em que seu caráter medicinal viabiliza a salvação futura do criminoso.

Em sua obra ‘A Cidade de Deus’, Santo Agostinho⁶⁸ pregava a retribuição divina e afirmava que “a justiça da terra era uma parcela mínima da justiça absoluta”. Para esse pensador, existiam três tipos de penalidade: a condenação, a purgação e a correção. Todo homem já estaria condenado por causa do pecado original. A purgação seria temporária, nesta vida e depois da morte, enquanto a pena corretiva traria a emenda do transgressor.

Além de reconduzir o infrator ao comportamento desejável, a pena intimida o rebanho de fiéis, fortalecendo-lhes a fé. Tem ainda um caráter prático, na medida em que impede que o criminoso continue a disseminar o mal. A filosofia de Santo Agostinho, que serviu de base para a Inquisição, já trazia as finalidades da prevenção geral e especial.

Cumprir notar que Santo Agostinho era contrário à tortura, método que viria se firmar na Inquisição. Tendo em vista que na Idade Média o mundo era dominado pela cristandade, a Igreja passou a ser o denominador comum da sociedade feudal e foi a primeira a subtrair da vítima o direito de “fazer justiça” ou buscar uma compensação, na medida em que abstraiu o fato criminoso para transformá-lo em pecado, ou seja, em ofensa contra Deus e a Igreja.

A vítima começa a perder seus direitos com a retribuição penal canônica, e a resposta do crime passa a ser um castigo, um sofrimento. As partes do conflito são abstraídas, o pecado é mais importante que os sujeitos, seu conflito é confiscado para ser solucionado por um terceiro que apresenta uma resposta distante das necessidades e anseios dos envolvidos no fato. Esse processo de confisco do conflito penal se apresenta agravado no Absolutismo.

⁶⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 159.

⁶⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 126.

Recrudesce, na Alta Idade Média, um conceito de propriedade que era desconhecido. A circulação das riquezas se dava pela herança, guerra e rapina, sendo determinante, nesse processo, o poder das armas. A insegurança e a violência generalizada prejudicaram o comércio e impuseram uma economia de subsistência.

No Direito, prevalecia a lei do feudo e as penas pecuniárias. Era vigente uma espécie de arbitragem privada, com um sistema de fiança que, na carência financeira do infrator, poderia ser substituída por penas corporais. O crime era visto como uma ação de guerra e as penas pecuniárias não tinham um caráter reparatório ou indenizatório, mas consistiam em uma compensação pela renúncia ao direito de vingança.

A composição e a transação eram proveitosas para os interesses das partes e para a coletividade que conseguia manter a paz na comunidade, com o afastamento da vingança privada. A força e o prestígio determinavam o vencedor das disputas; vigia a lei do mais forte no embate judicial, nas ordálias e no julgamento de Deus.

A forte religiosidade ajudou na disseminação do poder da Igreja, que logo subtrai da vítima o direito de fazer justiça, e justificou o poder punitivo no direito divino. O espaço do homem da Idade Média era o campo, a natureza e seu tempo também era determinado pelas imposições climáticas, que condicionavam suas atividades e davam ritmo à vida natural.

Na economia de subsistência, a sobrevivência era a preocupação de todos diante de um contexto hostil, em que cultivam princípios de solidariedade e cooperação. O trabalho era valorizado como um fim em si mesmo, uma vocação divina, seu valor independia de sua produtividade. O tempo era de Deus. A vida e o corpo do homem tinham valor na luta pela sobrevivência, pois a natureza indomada já se encarregava de eliminar os mais frágeis.

Os direitos decorrentes do nascimento não eram questionados, pois na sociedade medieval havia um conformismo religioso de aceitar cada qual o seu destino e desempenhar sua específica função social. “A responsabilidade pela solução dos conflitos é dos interessados e diretamente envolvidos na questão”.⁶⁹

⁶⁹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

CAPÍTULO II

2 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

2.1 Origem e evolução da pena de prisão: Renascimento e Reforma Religiosa

Com o fim da Idade Média, a visão religiosa de mundo da nobreza e do clero é substituída pela visão da burguesia, o que coloca o homem no centro do universo (conceito antropocêntrico), com novas possibilidades para o pensamento político, religioso e para o desenvolvimento das ciências.

Contudo, a passagem do mundo medieval para o moderno é gradativa e baseada no lento processo de desintegração do sistema feudal, cujas bases econômicas foram abaladas pela expansão comercial ocorrida na Europa a partir do século XII. Chama-se de História Moderna o período entre a crise do feudalismo (século XV) e o capitalismo industrial (século XVIII).⁷⁰

O Renascimento trouxe uma ruptura com a tradição feudal teocêntrica e imobilista, e um retorno renovado da cultura greco-romana lapidado por perspectivas e estímulos sociais e políticos da burguesia, classe social emergente composta pelos habitantes das cidades.

Assim, a revolução comercial levou à transformação da economia semiestagnada e predominantemente de subsistência da Idade Média, para o regime capitalista dinâmico e de âmbito mundial, nos tempos modernos.

Uma grande mudança de valores ocorreu na sociedade, nesse período. Destaca-se que o teocentrismo foi substituído pelo antropocentrismo e trouxe consequências substanciais. Assim, se na Idade Média o tempo era de Deus, sendo considerado pecado a usura, agora, o tempo passa a ser do homem, cabendo-lhe usá-lo em seu proveito da melhor forma possível. A razão passa a ser tão importante quanto a fé, e a preocupação com o coletivo é substituída pelo individualismo crescente. “O corpo deixa de ser fonte do pecado para se tornar fonte de prazer e beleza”.⁷¹

⁷⁰ MOTA, Carlos Guilherme. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Ed. Moderna, 1986, p. 159.

⁷¹ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 159.

Merece destaque essa nova ideia de tempo que surge nesse período. Se o homem da Idade Média tinha sua rotina determinada pelos humores da natureza e, portanto, não se preocupava em medir o tempo; o crescimento do comércio e das cidades mudou essa situação.

O artesão passou a ter prazo certo para entregar seu produto e o preço era estabelecido dependendo do pagamento ser à vista ou a prazo, assim como os juros do empréstimo variavam de acordo com sua duração.

Portanto, “dividir e controlar o tempo se tornou uma necessidade do novo estilo de vida, e relógios públicos foram instalados nas cidades em pleno desenvolvimento”.⁷²

Essa transformação na concepção do tempo será decisiva para a instituição da pena de prisão, que retira do condenado a presença pública e a autonomia na administração de seu tempo.

Todavia, é preciso notar que, diante dos enormes relógios públicos controlando a dinâmica da vida, seguidos pelos relógios de bolso e finalmente pelos relógios de pulso, como algemas de uma vida que não espera a vontade, mas exige a todo momento a ação com finalidade produtiva, poucos são senhores de seu tempo e muitos são seus servos.

Desse modo, a prisão passou a ser um instrumento de coerção, condicionamento e educação para a vida cronometrada da sociedade capitalista. O sino da Igreja perdeu seus súditos para a precisão racional do relógio burguês. Afinal, tempo é dinheiro e se o infrator pobre não tem dinheiro, que perca seu tempo em benefício do desenvolvimento da nação.

Destaca-se que, com a reforma religiosa, outros valores importantes foram alterados e trouxeram consequências diretas ao Direito Penal. A caridade, tão cultivada pela Igreja como garantia dos favores divinos na vida eterna, perdeu espaço e a mendicância, ainda que pacífica, passou a ser vista como crime grave em uma sociedade ansiosa por braços produtivos.

Mas, não foi apenas a caridade que perdeu terreno, a preocupação com

⁷² BOULOS JÚNIOR, Alfredo. Op. cit., p. 109. “(...) surgiu na Europa um instrumento que representava muito bem o passar do dia: o relógio. (...). O crescimento das cidades e do comércio favoreceu a organização de uma vida ritmada, marcada pelas horas. O trabalho na cidade não precisava seguir o fluxo da natureza. (...). Ganhar ou perder tempo são expressões típicas da sociedade moderna”.

o coletivo e com o sofrimento alheio feneceram em proveito do individualismo e do culto ao ego, com a justificativa da ética protestante do merecimento.

Se no feudalismo era previsível que um nobre cedesse suas reservas de grãos aos seus camponeses famintos em uma ano de colheita difícil, com os novos valores, esse tipo de consciência social deixou de existir, pois o acúmulo de capital passou a ser imprescindível para o desenvolvimento econômico da nação.

As cidades do norte da Itália foram o berço do Renascimento,⁷³ em especial Veneza, Gênova, Nápoles e Pisa, que conquistaram suas riquezas por meio do comércio com o Oriente. Já Florença e Bolonha prosperaram com o comércio entre a Europa do sul e a do norte. Famílias milionárias governaram essas cidades.

Os principais autores que abordaram a filosofia do direito ou a punição nesse período foram: More (1478-1535), Campanella (1568-1639) e Maquiavel (1469-1527). Embora Hobbes (1588-1679) tenha nascido no século XVI, como pensador do absolutismo decorrente do contrato, se fez comprometido com o período absolutista onde foi pontuada sua obra.

Novas teorias econômicas e políticas surgiram com fundamentação racional e não mais teológica. Um exemplo claro disso é a obra *O Príncipe* de Maquiavel, escrita em 1513, segundo a qual a política e não a religião deveria subordinar a economia e a sociedade.

O pensador também fez uma vigorosa crítica sobre o uso de tropas mercenárias. Maquiavel previa um príncipe forte e hegemônico, apto a conduzir os negócios do Estado com resultados práticos. A obra foi considerada imoral e condenada pela Igreja Católica. Ele prevê a ideia de mutação de poder, sendo possível perdê-lo e reconquistá-lo, desde que se saiba lidar com os acontecimentos fortuitos.⁷⁴

Embora muito criticado e acusado de afirmar que os fins justificam os meios, na verdade, Maquiavel fundou a política como ciência ao registrar aquilo

⁷³ BOULOS JÚNIOR, Alfredo. Op. cit., p. 204. “Os pintores renascentistas italianos se destacaram, entre os maiores nomes estão Giotto (1267-1337), Sandro Botticelli (1444-15110), Leonardo Da Vinci (1452-1519), Rafael de Sanzio (1485-1520) e Michelangelo Buonarroti (1475-1564)”.

⁷⁴ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 106.

que aprendeu, observando e vivendo. Seu registro da natureza humana não é muito animador, mas parece mais fácil criticar Maquiavel do que verificar que suas observações continuam, em grande parte, a fornecer um retrato atual da política.⁷⁵

Maquiavel antecipa a teoria política absolutista e apresenta os castigos como forma de intimidação, de modo que a finalidade da pena é preservar a monarquia absoluta por meio do temor à punição.⁷⁶

O pensador florentino viveu em uma Itália carente de unificação e estabilidade política e escreveu um manual capaz de auxiliar o soberano a alcançar e manter o poder, fornecendo para a comunidade a segurança necessária. Ele retrata sua experiência da natureza humana na política sem se preocupar com juízos de valor, mas, sim, ansiando por uma solução imediata para a Itália então dividida.

A despeito das teorias morais, as políticas dos príncipes deveriam ser julgadas por seus resultados práticos, pois são esses que afetam realmente a vida das pessoas.

Outro autor que merece destaque é Thomas More, com sua obra *Utopia*. Ele ressalta a importância do direito ao trabalho para todos e a distribuição da propriedade privada em benefício do coletivo. A solidariedade estaria presente na política externa.⁷⁷ Escritor e jurista, na obra mencionada, critica as violências e injustiças de seu tempo, descrevendo uma ilha imaginária, habitada por uma sociedade ideal: justa e fraterna. More oferece uma

⁷⁵ MAQUIAVEL. *O Príncipe*. 4ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100. Vale a pena conferir um trecho de seu texto: “Surge disso a seguinte discussão: é melhor ser amado que temido ou vice-versa. Responder-se-á que é melhor ser ambas as coisas, mas como é difícil reuni-las, ao mesmo tempo, é muito mais seguro ser temido que amado, quando se pode falhar em uma ou em outra, porque dos homens se pode dizer que, geralmente, são ingratos, volúveis, simulados e dissimulados, covardes e gananciosos de ganhos e, enquanto lhes fizeres benefícios, estão todos de teu lado, oferecendo-te o sangue, os bens, a vida, os filhos, como acima se disse quando a necessidade é dispensável. Quando, porém, a necessidade se avizinha, dirigem-se para outro lugar. E o príncipe, que se fiou apenas em palavras, não tendo tomado nenhum cuidado, arruína-se, porque as amizades que se adquirem por dinheiro e não por grandeza ou nobreza de alma, são compradas, com elas não se podendo contar no momento oportuno. E os homens têm menos respeito aos que se fazem amar do que aos que se fazem temidos, porque o amor é conservado por um vínculo de obrigação, o qual se rompe por serem os homens maldosos, em todo o momento que quiserem, ao passo que o temor é alimentado pelo medo do castigo que nunca te abandona”.

⁷⁶ *Idem, Ibidem*.

⁷⁷ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 109.

concepção da pena com finalidade reeducativa e se preocupa com as causas do crime que, se resolvidas, teriam uma eficácia preventiva maior que a punição, pois não há castigo que impeça a busca pela sobrevivência.

Com esse argumento, ele considera ineficaz até mesmo a pena de morte. Também defende que os criminosos não violentos prestem serviço à comunidade e que os condenados possam ser libertados por bom comportamento, como um estímulo à sua recuperação. Embora humanista, ele afasta o princípio da reserva legal e defende um direito penal de âmbito familiar.

Na proposta de More merece destaque sua pena principal: a escravidão. No seu entender, a escravidão era mais útil à sociedade que a morte. Normalmente, as faltas mais graves são punidas com a escravidão, pois consideram-na castigo não menos temível para os condenados que a morte e, além disso, bem mais útil à sociedade. “Rende mais proveito o seu trabalho do que a morte e, pelo seu exemplo vivo, inspiram durante mais tempo, horror ao cometimento de crimes semelhantes”.⁷⁸

Outro aspecto interessante do pensamento de More, que até hoje tem sido pouco explorado pelo sistema político criminal, é o direito premial. Segundo More, os cidadãos não devem apenas ser afastados do crime por meio dos castigos, mas devem ser convidados à virtude com recompensas.

Tommaso Campanella, em sua utópica obra *Cidade do sol*, se baseia na república de Platão, assim como More, para criar sua república imaginária. Para ele, o furto e a fraude decorrem das diferenças entre a pobreza e a riqueza; portanto, propõe a distribuição dos bens entre os cidadãos como forma de impedir a criminalidade, principalmente aquela voltada contra o patrimônio. Como punição, elege o exílio, a desonra, a proibição das mulheres e do templo, a privação da mesa comum, além de aplicar a Lei de Talião. Não há cárcere e a pena de morte é executada pelo próprio povo para evitar a contaminação da República. “As penas deveriam ser claras e públicas e teriam um caráter medicinal preponderante”.⁷⁹

A reforma religiosa e o Renascimento ocorreram na mesma época,

⁷⁸ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 107.

⁷⁹ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 107.

imbuídos do mesmo desejo de renovação de ideias e atitudes. Nessa época, a corrupção generalizada do clero abalou a credibilidade do catolicismo e a autoridade dos padres. Indulgências eram vendidas para abreviar a estada no purgatório e muitos clérigos eram libertinos, grosseiros e ignorantes. O voto de castidade não era respeitado e a venda dos sacramentos incomodava os fiéis. Os padres que pagavam por sua ordenação buscavam sua compensação econômica, cobrando altas somas dos paroquianos para a realização de um batismo ou casamento.

Uma jovem de 15 anos acusou o prior de Saint-André de Mirebau, Luis de Nesson, e o irmão Nicolas de Gironde de terem-na raptado e violentado durante cinco dias inteiros. A conduta das monjas enclausuradas também deixava a desejar. No começo do século XV, as religiosas de Montmartre adquiriram a vergonhosa reputação de vender seu corpo por uns poucos trocados.⁸⁰

A Reforma foi um movimento viabilizado por Lutero na Alemanha, que realizou uma profunda revisão religiosa e política. Muitas posições da Igreja prejudicavam o desenvolvimento da economia mercantil, como a condenação religiosa ao lucro e ao enriquecimento, além de abusos fiscais praticados pelo clero constantemente corrupto.

A Reforma Luterana se baseou na doutrina da salvação pela fé e na leitura direta e interpretação pessoal do evangelho. Mas, o mais importante foi a repercussão política, pois a ideia da superioridade da Igreja sobre o Estado foi abandonada.

Nota-se que a visão de Calvino da reforma protestante foi mais vigorosa e favoreceu os ideais da burguesia, pois o trabalho e a poupança foram exaltados em detrimento do lazer e da diversão. Os novos valores morais

⁸⁰ FARGETTE, Séverine. A crise da Igreja antes da Reforma. Os protestantes. *Revista História Viva*, grandes temas. Edição especial temática, nº 20, 2010, p. 03. "(...) O emprego abusivo da excomunhão para fins estritamente materiais desacreditava o papado. Inocêncio VIII (1484-1492) continuou as malversações de seus predecessores e ganhou uma soma colossal vendendo dezenas de postos de secretário apostólico. A simonia manchou até mesmo a eleição de um novo papa. Após longas pechinchas, o cardeal Rodrigo Borgia tornou-se papa sob o nome de Alexandre VI, em 11 de agosto de 1492. Mal foi nomeado, promoveu seus bastardos e transformou a corte pontifícia em um verdadeiro lupanar. Entre suas libertinagens, o "banquete das cortesãs" foi o ápice: um grupo de mulheres nuas dançando... plantando bananeira".

passaram a ser a usura, o trabalho, a poupança e o lucro.⁸¹

Os trabalhos da basílica de São Pedro de Roma foram financiados com a venda de indulgências, remissões da pena no purgatório, de forma que o acesso ao paraíso passou a ser uma questão monetária. “Em 1517, um monge alemão, Martinho Lutero, condenou essa prática estabelecendo que apenas a fé poderia salvar os homens”.⁸²

Lutero expressou sua oposição ao comércio da salvação, afixando na porta da catedral de Wittenberg noventa e cinco teses em latim que se

⁸¹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 150. Segundo Max Weber, Benjamin Franklin conseguiu sintetizar essa nova ética nos tópicos seguintes: “Lembra-te que tempo é dinheiro. Para aquele que pode ganhar dez xelins por dia pelo seu trabalho e vai passear, ou fica ocioso metade do dia, apesar de não gastar mais que seis pence em sua vadiagem ou diversão, não deve ser computada apenas essa despesa; ele gastou, ou melhor, jogou fora mais cinco xelins. Lembra-te que o crédito é dinheiro. Se um homem deixa seu dinheiro em minhas mãos por mais tempo que o devido, está me dando os juros, ou tudo o que eu possa fazer com ele durante esse tempo. Isto atinge somas consideráveis quando alguém goza de bom e amplo crédito, e faz dele bom uso. Lembra-te que o dinheiro é de natureza prolífica e geradora. O dinheiro pode gerar dinheiro, e o seu produto gerar mais e assim por diante. Cinco xelins circulando são seis; circulando de novo são sete e três pence, e assim por diante, até se tornarem cem libras. Quanto mais dele houver, mais produz a cada aplicação, de modo que seus juros aumentam cada vez mais rapidamente. Aquele que mata uma porca prenhe destrói sua descendência a te a milésima geração. Aquele que mata uma coroa destrói tudo aquilo que ela poderia ter produzido, até muitas libras. Lembra-te do ditado: O bom pagador é o dono da bolsa alheia. Aquele que é conhecido por pagar exata e pontualmente na data prometida pode, a qualquer momento e em qualquer ocasião, levantar todo o dinheiro de que seus amigos possam dispor. Isso, por vezes, é de grande utilidade. Além da industriabilidade e da frugalidade, nada contribui mais para a subida de um jovem na vida do que a pontualidade e a justiça em todos os seus negócios: por isso, nunca mantenha dinheiro emprestado uma hora sequer além do tempo prometido, para que o desapontamento não feche para sempre a bolsa de teus amigos. As menores ações que possam afetar o crédito de um homem devem ser levadas em conta. O som do teu martelo às cinco da manhã ou às oito da noite, ouvido por um credor, te o tornará favorável por mais seis meses, mas se te vir a mesa de bilhar, ou ouvir tua voz na taverna quando deverias estar no trabalho, cobrará o dinheiro dele no dia seguinte, de uma vez, antes do tempo. Isso mostra, entre outras coisas, que estás consciente do que tens; fará com que pareças um homem tão honesto quanto cuidadoso, e isso aumentará teu crédito. Não te permitas pensar que tens de fato tudo o que possuis, e viver de acordo com isso. Esse é um erro em que caem muitos dos que têm crédito. Para evitá-lo, mantém por algum tempo uma contabilidade exata de tuas despesas e tuas receitas. Se, de início, te deres ao trabalho de mencionar os detalhes, isso terá o seguinte bom efeito: descobrirás que mesmo pequenas e insignificantes despesas se acumulam em grandes somas, e discernirás o que poderia ter sido e o que poderá ser poupado para o futuro sem guardar grandes inconvenientes. Por seis libras anuais poderás desfrutar o uso de cem libras, desde que sejas um homem de reconhecida prudência e honestidade. Aquele que gasta um *groat* por dia inutilmente desperdiça mais de seis libras por ano, que seria o preço do uso de cem libras. Aquele que desperdiça o valor de um *groat* de seu tempo por dia, um dia após o outro, desperdiça o privilégio de usar cem libras a cada dia. Aquele que perde inutilmente o valor de cinco xelins de seu tempo perde cinco xelins, e poderia com a mesma prudência tê-los jogado ao mar. Aquele que perde cinco xelins não perde apenas essa soma, mas também todas as vantagens que poderia obter investindo-a em negócios, o que, durante o tempo em que um jovem se torna velho, integraria uma soma considerável”.

⁸² FARGETTE, Séverine. Op. cit., p. 56.

propunha defender em debate público contra qualquer um que se apresentasse para contestá-las. Era o início de uma grande reforma no mundo cristão. “Nenhum teólogo aceitou o desafio de Lutero e suas teses foram copiadas e divulgadas por toda parte, mostrando que a Alemanha era favorável a uma reforma da Igreja e desejava certa independência em relação à Roma”.⁸³

A doutrina de Lutero apresenta três postulados básicos: salvação do homem exclusivamente pela fé: a Escritura é a única fonte da verdade; o sacerdócio universal e o livre exame das Escrituras. Cada um desses postulados teve repercussões sociais importantes.

Ao estabelecer a salvação pela fé e não pelas obras, Lutero combateu diretamente a prática católica das indulgências, diminuindo o poder da Igreja que era dona da metade das terras na Alemanha. Com a importância da leitura das Escrituras, foi intensificado o processo de alfabetização e a impressão de livros e periódicos foi fomentada, merecendo destaque as traduções da Bíblia para o francês, o inglês e o alemão.

Finalmente, o sacerdócio universal fez de cada homem o seu próprio pastor, retirando a função de intermediária divina da Igreja e reduzindo seu poder. Contudo, segundo Max Weber, “foi João Calvino, um francês nascido em Noyon em 1509, quem desenvolveu, a partir da iniciativa de Lutero, a doutrina que mais favoreceu o capitalismo nascente”.⁸⁴

O movimento calvinista acabou sendo uma das principais religiões surgidas durante a Reforma Protestante. “A Suíça teve contato com as ideias de Lutero por meio da pregação do padre Ulrich Zwinglio, que desencadeou várias revoltas civis, questionadoras do poder vigente”.⁸⁵

“Perseguido em sua terra natal, o francês João Calvino refugiou-se na Suíça, visando disseminar suas concepções sobre as questões da fé levantadas por Lutero”.⁸⁶

Para Calvino, o princípio da predestinação absoluta seria o responsável

⁸³ CRÉTÉ, Liliane. Os homens que desafiaram o papa. Os protestantes. *Revista História Viva*, grandes temas. Edição especial temática, nº 20, 2010, p. 02.

⁸⁴ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1990, vol. III, p. 29.

⁸⁵ CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). 120f. São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo, 2009, p. 53.

⁸⁶ CHIAVERINI, Tatiana. Op. Cit., p. 29.

por explicar o destino dos homens na Terra. Segundo a vontade de Deus, alguns são escolhidos para a salvação eterna. Entre esses, estão aqueles que usufruem uma vida próspera, ocupada pelo trabalho e afastada das ostentações materiais. Essa ideologia coincidia com os anseios do capitalismo nascente, o que fez com que a doutrina calvinista se expandisse mais rapidamente do que o luteranismo.

“O calvinismo ganhou nomes diversos, de acordo com o país da Europa em que se desenvolveu. Na Escócia, eles ficaram conhecidos como presbiterianos, na França, como huguenotes e, na Inglaterra, como puritanos”.⁸⁷

Na Inglaterra, o rei Henrique VIII (1509-1547) foi excomungado pelo papa por contrair novas núpcias sem anulação do vínculo anterior. Com o apoio do parlamento inglês, o rei rompeu definitivamente com a Igreja e fundou a Igreja Anglicana, confiscando as terras e mosteiros da Igreja Católica Romana.

A filha de Henrique VIII, Elisabeth I (1558/1603), introduziu a doutrina calvinista em sua Igreja, conservando parte do cerimonial católico. A Contra Reforma da Igreja não tardou, sua intenção era recuperar o prestígio e divulgar o catolicismo. Impulsionaram essa reforma os jesuítas, a inquisição e o Concílio de Trento.

Contudo, o mundo cristão já estava definitivamente dividido. Diante de tantas transformações é interessante observar as relações entre a caridade, o direito penal e a estrutura social.

Segundo Max Weber,⁸⁸ “a ética medieval apoiava a mendicância, pois ela oferecia uma oportunidade às pessoas e recursos para fazer o bem”. Nesse contexto, havia lugar para o pobre e para o poderoso, nenhum deles vivendo de seu próprio trabalho, mas, sim, de acordo com os ensinamentos da Igreja, que se aproveitava do desejo dos ricos de obter favores divinos e administrava a assistência material aos pobres.

Essa administração da caridade viabilizava a acumulação de capital da Igreja, com a ressalva de que se tratava de propriedade dos pobres, doentes e

⁸⁷ *Idem, Ibidem.*

⁸⁸ WEBER, Max. Op. cit., p. 107.

velhos. Porém, as mudanças sociais ocorridas no século XVI impuseram uma mudança de mentalidade. A mendicância e a caridade se tornaram fatos inadmissíveis na medida em que afastavam uma importante força de trabalho.

O mendigo passa a ser visto como um vagabundo que atrapalha o enriquecimento da nação e seu comportamento, que antes ensejava assistência, passou a ser crime. Todos deviam trabalhar e produzir.

A ideologia da valorização do mérito individual se desenvolveu. A prosperidade deixou de ser pecado; portanto, o próspero não precisava mais ser generoso com a pobreza para garantir a aprovação divina, pelo contrário, sua própria prosperidade já era um atestado da aprovação de Deus.

A burguesia justificava sua vida confortável com sua boa conduta cotidiana, seu sucesso nesse mundo era sua própria justificativa. “Lutero ajuda a disseminar as ideias de que os pobres são displicentes com o trabalho, o qual possibilita múltiplas oportunidades para todos”.⁸⁹

O Calvinismo na Holanda e na Inglaterra, com sua atitude ascética e concepção de poupança, restringindo o consumo de supérfluos e favorecendo a balança comercial dos países, foi bastante conveniente à política mercantilista.

Weber⁹⁰ observa que a acumulação de capital nessa fase foi “abençoada por Deus”. A burguesia sentia-se tranquila com as diferenças sociais, pois acreditava nos desígnios da Providência. Com isso, o empregador podia colocar-se como juiz moral dos outros e impor hábitos de trabalho como regra geral de conduta. Estava desenvolvida a ideologia necessária para manter os lucros capitalistas. Pontuou-se, no tópico, que a expansão comercial desarticulou o mundo feudal, substituindo a visão religiosa do mundo pela visão da burguesia.

O antropocentrismo coordenou as preocupações do Renascimento e a recuperação do direito romano, sobretudo a propriedade privada e os regulamentos mercantis.

A degradação moral dos membros da Igreja, bem como o abuso na cobrança das indulgências, levaram à Reforma, iniciada na Alemanha por

⁸⁹ WEBER, Max. Op. cit., p. 09.

⁹⁰ *Idem, Ibidem.*

Lutero. Calvino deu ao movimento um novo vigor, calcando os valores do trabalho, poupança, ascetismo e desenvolvendo no princípio da predestinação, segundo o qual, de acordo com o merecimento de cada um, Deus abençoa alguns com o sucesso e a riqueza e a outros, destina a miséria. A pobreza passa a ser pecado, a mendicância, crime e o acúmulo de capital, abençoado por Deus.

2.2 Idade Média e a privação da liberdade

“Na Idade Média, prevaleceu o Direito Germânico e a Igreja se fortaleceu consolidando o Direito Canônico”.⁹¹ “A Igreja via o cárcere como instrumento espiritual do castigo, sustentando que pelo sofrimento e na solidão, a alma do homem se depura e purga o pecado”.⁹²

De fato, a prisão se aplicou com frequência no combate da heresia. Durante a inquisição de Toulouse (1246-1248), em 192 sentenças condenatórias, tem-se 149 impondo a pena de reclusão. Já na inquisição de Bernardo Rui (1308-1322), das 636 decisões, 300 impuseram a pena de prisão.

A privação da liberdade assumiu características de penitência, quando a doutrina da Igreja, nos fins do século XVI, registrou o movimento que mais tarde iria fecundar as bases da ciência penitenciária.

A obra do monge beneditino Mabilhon (*Reflexions sur lês prisons dês ordres religieux*), escrita quase um século mais tarde, reagia contra o isolamento absoluto, propondo notáveis reformas quanto ao trabalho, à higiene e à regulamentação de visitas. A obra impressionou vivamente a Europa e muitos Estados católicos procederam à construção de estabelecimentos-

⁹¹ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 179. No Direito Germânico praticamente não se tem notícia sobre a prisão, com exceção feita ao seguinte relato: “Cuello Calón indica o aparecimento efêmero da prisão: um édito de Luitprando, rei dos Longobardos (712-744), que dispunha tivesse cada juiz, em sua cidade, um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos”. Também uma capitular de Carlos Magno (813) ordenava que as pessoas *boni generis* que tivessem delinqüido poderiam ser recolhidas à prisão por determinação do Rei, até que se corrigissem. Mas, como adverte o mesmo escritor, os exemplos indicam o caráter raro da imposição do encarceramento como sanção autônoma, segundo a revelação das fontes oriundas dos séculos XI e XII.

⁹² *Idem, Ibidem*. Para redimir a culpa “o infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus: *quoties inter homines fui, minor homo reddi*. Daí, então, cumprir-se o internamento em prisão de conventos: *detrusio in monasterium*”.

modelo, seguindo o exemplo do Papa Clemente XI que, em 1703, fundara em Saint Michel uma casa de correção destinada aos jovens.

Nos anos de 1757 e 1759 foram edificadas em Turim e em Milão prisões celulares, com seções especiais para mulheres e jovens, numa tentativa de classificação dos internos. Em Veneza (1760), institutos análogos vieram a ser criados na proporção em que o movimento alcançava os Países Baixos, onde o magistrado Vilain XIV mandou erigir o celebre presídio de Gand, “para oferecer trabalho durante o dia e manter o isolamento a noite”.⁹³

Portanto, a prisão, como pena na Idade Moderna, é fruto de uma evolução e da somatória de várias influências históricas. Desde a antiguidade, as prisões de custódia, em sua maioria com trabalhos forçados, já estava presente no inconsciente coletivo do homem.

Mas foi a Igreja que revelou a possibilidade de prisão–penitência. Com efeito, o surgimento da prisão na Idade Moderna coincide com decisivas transformações sociais. Notar-se-á que as prisões modernas foram uma alternativa para coibir a vagabundagem e disciplinar o trabalhador no mundo industrial.

O discurso humanista que imperou após o absolutismo⁹⁴ e que combatia suas crueldades foi o principal responsável pela universalização da sanção penal e sua redução à pena de prisão, que até hoje é a base do sistema punitivo.

Hoje a pena de prisão é, em regra, a consequência prevista em lei, para o cumprimento da norma penal. Sua quantidade oferece uma suposta proporcionalidade entre o crime e a resposta penal. Mesmo quando substituída por outras medidas restritivas de direito, a prisão mantém sua posição de paradigma da estrutura de punição.

Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas, em que se graduassem desde a maior até a menos dura, aconselhava Beccaria. Não obstante, sucedeu o contrário: ante a grande variedade de atos que podem constituir um delito, a resposta foi se uniformizando pouco a pouco, até

⁹³ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 179.

⁹⁴ Nos fins do século XVIII até meados do século XIX.

converter-se praticamente em uma só reprimenda.

O estudo sobre a origem da prisão com a explicitação de suas determinantes sociais e econômicas requer uma definição objetiva, com a qual se possa trabalhar e enfocar criticamente a evolução histórica do direito penal. Diante dessa necessidade, será evitada a utilização do termo 'pena privativa de liberdade', por ser muito abstrato e pouco objetivo, preferindo-se o termo pena de prisão.⁹⁵

O conceito proposto é o seguinte: prisão é a contenção do homem em um espaço delimitado, durante um lapso de tempo. De fato, a prisão se caracteriza pela somatória dessas duas restrições impostas ao homem: tempo e espaço.⁹⁶

A limitação temporal e a espacial são somadas para garantir o completo isolamento do condenado do ambiente social. Por meio da prisão o delinquente é excluído da comunidade e perde o direito de vivenciar o espaço e o tempo vivido pela sociedade em que se insere.

O espaço da pena de prisão representa a reprovação social em relação ao comportamento praticado. O infrator é afastado, expulso do convívio social porque sua atitude não corresponde às expectativas e necessidades da manutenção da vida em sociedade.

Portanto, resta explicada a imposição de alteração do espaço vivido pelo condenado. Porém, a maior ou menor subtração de seu tempo só é compreendida pelo caráter principal da pena: o sofrimento. A pena se destina a causar sofrimento, independente do fato de resultar, eventualmente, algum benefício desse sofrimento ao infrator ou à sociedade (mediante a recuperação do infrator, por exemplo).

Portanto, o cálculo da punição pelo tempo de encarceramento só pode

⁹⁵ MESSUTI, Ana. Op. cit., p. 106. "(...). De maneira que se eu tiver traído o meu país, vou para a prisão; se matei meu pai, vou para a prisão; todos os delitos imagináveis são castigados do modo mais uniforme. Parece-me ver um médico que para todos os males emprega o mesmo remédio. Produz-se um fenômeno semelhante à aparição da moeda nas relações comerciais. Nesse sentido Foucault faz notar que a prisão oferece uma certa clareza jurídica, pois permite quantificar exatamente a pena em função do tempo".

⁹⁶ Pena Privativa de Liberdade (PPL) ou Pena de Prisão: imposição coercitiva da perda, restrição ou diminuição de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, a liberdade, decorrente da prática de um crime, imposta pelo Estado por intermédio do Poder Judiciário que orienta e fiscaliza a execução que se procede pelo Poder Executivo, ao autor de fato típico e antijurídico, sendo ele culpável, com a finalidade de punir o agente e de prevenir a ocorrência de novos delitos e ainda recuperar o criminoso para restituí-lo a sociedade.

ser plenamente justificado na retribuição e na ideia de vingança. Isto porque a gravidade do crime ou da lesão não tem qualquer relação com a maior ou menor duração do ato proibido. Aliás, tanto a pena quanto o delito mais grave podem ser aplicados em apenas um instante, basta citar o crime contra a vida e a pena de morte.

Em princípio, a duração da pena não significa sua gravidade, embora o castigo não tenha inaugurado essa ideia. As penas cruéis do absolutismo, que prolongavam mais ou menos a vida em dor diante da sentença de morte, já mostravam claramente essa relação da pena com seu tempo, sua duração. A pena de morte era a regra, variando apenas o tempo do sofrimento até a extinção definitiva da vida. Portanto, a duração da pena de prisão tem um inegável e predominante caráter de vingança e imposição de um sofrimento.

A preocupação com a recuperação do infrator estava em segundo plano, ou as penas não teriam suas durações fixadas pela lei segundo um suposto critério de proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a maior ou menor duração da reprimenda.

Uma verdadeira e prioritária preocupação com a individualização da pena e com a reintegração social do infrator colocaria o sofrimento e a retribuição pelo mal em segundo plano, reservando o mais alto patamar à realidade humana das circunstâncias, com crescente adaptação do tempo mínimo de prisão a cada caso concreto.

Portanto, o tempo que garante a proporcionalidade da pena é o tempo do sofrimento, da vingança pública. Diante disso, percebe-se que “a sistemática penal não é racional, mas emotiva, vingativa. Tese, aliás, que já foi bem demonstrada e tem servido de inspiração a muitas outras”.⁹⁷

Ao longo da história, a cultura humana vivenciou conceitos diferentes de tempo e espaço. Na Idade Média, o homem vivia no tempo e no espaço da natureza. Predominava a vida no campo e as atividades humanas eram determinadas pelas alterações naturais: primavera, verão, outono e inverno; dia e noite. O homem moderno vive no espaço e tempo construídos artificialmente. Seu ambiente é a cidade e seu tempo é determinado pela sua produção.

⁹⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 159.

2.3 O Absolutismo: época de mendigos e a pena de morte

Os séculos XIV e XV retrataram o final da Idade Média e do modo de produção feudal e vivenciaram uma profunda crise econômica e social que teve como consequência o nascimento do Estado absolutista no Ocidente.

Contudo, séculos de história feudal não são apagados imediatamente, de modo que esse foi um processo lento. Essas transformações também não ocorreram da mesma forma em toda a Europa Ocidental, basta lembrar-se das diferenças entre o absolutismo inglês e o francês, além do progresso urbano da Holanda.

Assim, na França, predominou a força do poder central, sobrepondo-se à burguesia e controlando fortemente a nobreza, resultando no Estado absolutista dos Luíses. Na Inglaterra, onde o poder central já vinha temperado pela Magna Carta (1215), no século XVII o Estado passa a ser controlado pela burguesia, fortalecendo-se o Parlamento.

Já nas Repúblicas das Províncias Unidas do Norte (Holanda), “prevaleceu a força das cidades; ou seja, os particularismos urbanos bloquearam a centralização do poder. A Holanda viveu, já no século, grande liberdade comercial e de pensamento”.⁹⁸

Independentemente dessa ou daquela perspectiva, importa notar que o Estado absolutista foi um Estado de transição entre o feudalismo e o Estado liberal burguês, tendo preservado, durante esse período, a maioria dos privilégios da nobreza, apesar das radicais transformações na estrutura da sociedade.

Ao mesmo tempo, durante esse período, a projeção econômica da burguesia tornou-se necessária ao monarca, de modo que sua participação política estava consolidada, ainda que precisasse suportar os privilégios parasitários da nobreza.

A transformação gradual da servidão em trabalho livre colocou em risco o poder da nobreza, que se viu obrigada a ceder ao poder de “coerção político legal”, palco próprio para a centralização de poder militarizado de abrangência nacional: o Estado Absolutista.

⁹⁸ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 103.

A repressão e a manutenção das massas camponesas e plebéias na base da hierarquia social, passou a ser função do rei. A burguesia e a nobreza favoreceram-se com a centralização do poder político, que lhes garantiu uma dominação mais eficiente sobre o campesinato.

Nesse sentido, o Estado absolutista foi um instrumento de manutenção do domínio da nobreza sobre as massas rurais. Isso fica claro quando percebe-se a manutenção dos privilégios da aristocracia, como de isenção ao pagamento de impostos, acompanhada pela liberação do dever da guerra.^{99, 100}

Essas novas estruturas legais, conforme se observa mais adiante, importavam necessariamente no enfraquecimento do direito consuetudinário e no aumento do prestígio da lei escrita como fonte, por excelência, do direito.

Assim, com a comutação generalizada das obrigações transformadas em rendas monetárias, a unidade celular de opressão política e econômica do campesinato foi gravemente debilitada e ameaçada de dissociação (o final desse processo foi o trabalho livre de contrato salarial). O poder de classe de senhores feudais estava, assim, diretamente em risco com o desaparecimento gradual da servidão. O resultado disso foi um deslocamento da coerção político-legal no sentido ascendente, em direção a uma cúpula centralizada e militarizada – o Estado absolutista. Diluída do nível da aldeia, ela tornou-se concentrada no nível nacional. O resultado foi um aparelho reforçado de poder, cuja função política permanente era a repressão das massas camponesas e plebeias na base hierárquica social.

A burguesia e os camponeses arcavam com o financiamento dos exércitos do rei, enquanto a nobreza, “além de transferir essa obrigação ao

⁹⁹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 159. Para Freitas: “Essas novas estruturas legais, conforme observamos mais adiante, importavam necessariamente no enfraquecimento do direito consuetudinário e no aumento do prestígio da lei escrita como fonte, por excelência, do direito”.

¹⁰⁰ ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. Tradução João Roberto Martins Filho. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 19. Assim, “com a comutação generalizada das obrigações, transformadas em rendas monetárias, a unidade celular de opressão política e econômica do campesinato foi gravemente debilitada e ameaçada de dissociação (o final desse processo foi o trabalho livre e o contrato salarial). O poder de classe de senhores feudais estava assim diretamente em risco com o desaparecimento gradual da servidão. O resultado disso foi um deslocamento da coerção político-legal no sentido ascendente, em direção a uma cúpula centralizada e militarizada – o Estado absolutista. Diluída do nível da aldeia, ela tornou-se concentrada no nível ‘nacional’. O resultado foi um aparelho reforçado de poder real, cuja função política permanente era a repressão das massas camponesas e plebéias na base da hierarquia social”.

Estado, usufruía da segurança e das benesses do novo Estado, sem contribuir com coisa alguma”.¹⁰¹

Portanto, apesar das transformações radicais na sociedade, a situação da nobreza no absolutismo ainda era mais favorável que a da burguesia. Aliás, foi justamente a manutenção das regalias da nobreza, com caráter eminentemente parasitário, que ensejou as revoluções liberais burguesas posteriores.

Nessa mesma época, a autoridade e as unidades políticas foram restauradas e as novas monarquias surgiram na França (Luis XI), na Espanha (Fernando e Isabel), na Inglaterra (Henrique VI) e na Áustria (Maximiliano).

“Durante o Absolutismo, a aristocracia rural não teve apenas que se adaptar às transformações das obrigações servis em contrato de trabalho livre, mas também ao surgimento da burguesia mercantil”, pois “a descentralização do poder, típica do feudalismo, possibilitou o desenvolvimento das economias urbanas sem a dominação direta da classe dirigente rural”.¹⁰²

Foi justamente a vitalidade e certa autonomia econômica dessa classe urbana que impediu o massacre do campesinato ao modo oriental, interferindo positivamente na luta de classes centrada na terra.

Cumprir notar que a crise da economia feudal, que disseminou a fome, foi superada com a incorporação, pelo campo, dos avanços tecnológicos auferidos na cidade e, portanto, viabilizados pela burguesia.

Assim, a disseminação do comércio e o aumento da produtividade da agricultura proporcionaram um aumento da população, cujas consequências foram agravadas pelos cercamentos e expulsões do campo, na medida em que a migração para as cidades em busca da sobrevivência tornou-se impositiva.

“A população cresceu muito, mas a manufatura incipiente ainda não

¹⁰¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 73. “A aliança entre o rei e a nobreza feudal, conforme observa-se anteriormente, teve um visível caráter militar, pois eram os senhores feudais que forneciam o exército ao monarca. Com o advento do Estado monárquico absolutista, essa situação alterou-se profundamente passando os exércitos a serem constituídos a partir da utilização de soldados mercenários pagos pelo rei e sob as suas ordens, pois havia um temor por parte das classes dominantes em armar os camponeses para a defesa do país. Assim, por volta do século XV, tanto na França como em outros Estados europeus, o serviço dos senhores feudais havia sido dispensado, deixando a guerra de ser uma de suas atribuições”.

¹⁰² ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 19.

conseguia garantir oportunidade de trabalho para todos”.¹⁰³ A vadiagem e os crimes contra a propriedade se tornaram uma constante. A miséria era tanta, que Leo Huberman denominou essa época como a “Idade dos Mendigos”.

A Idade dos Fugger foi também a Idade dos Mendigos. Os dados sobre o número de mendigos nos séculos XVI e XVII são surpreendentes. Um quarto da população de Paris, na década de 1630, era constituído de mendigos e, nos distritos rurais, seu número era igualmente grande. Na Inglaterra, as condições não eram melhores.

A Holanda estava cheia deles e na Suíça, no século XVI, quando não havia outra forma de se livrar dos mendigos que sitiavam suas casas ou vagavam em bando pelas estradas e florestas, os homens de bem organizavam expedições contra esses desgraçados *heimatlosen* (desabrigados).¹⁰⁴

Ao contrário da Idade Média, em que o crime mais combatido era a heresia, na medida em que ameaçava a unidade dos povos propiciada pela Igreja, com o mercantilismo, o principal crime combatido é contra a propriedade, o que vai repercutir em uma política criminal dura contra os pobres ou carentes de propriedade.

Outro fator importante a considerar é a condensação jurídica única ocorrida neste período, com a recuperação do Direito Romano. Concomitante ao Absolutismo, foi no Renascimento que o Direito Romano triunfou.

A concepção característica do direito romano da propriedade privada, absoluta e incondicional, naturalmente interessava à classe dominante. “Um direito comercial avançado também estava presente nas cidades, atendendo às necessidades da burguesia mercantil”.¹⁰⁵

A modernização jurídica, por meio do direito romano, fortaleceu os nobres na medida em que transformou a posse das terras em propriedade privada e retirou do campesinato sua tradição milenar de ligação com o meio natural de sobrevivência. Esse processo só pode ser corretamente entendido dentro do contexto econômico em que o camponês foi expulso da terra.

¹⁰³ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 16.

¹⁰⁴ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21^a ed. revista. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 106.

¹⁰⁵ ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 125.

“A agricultura científica determinou a necessidade do cercamento das terras porque o proprietário “progressista” precisava de flexibilidade para realizar as experiências que desejasse”.¹⁰⁶

Com isso, muitos camponeses foram expulsos da terra, mas a produtividade cresceu vertiginosamente. Em suma, a maior abundância e concentração de riqueza, trazidas pela revolução agrícola e pelo cercamento dos campos, foram pré-requisitos necessários para a Revolução Industrial que começou na Inglaterra por volta de 1780.

Com a descoberta das colônias e fundação dos Impérios coloniais, houve um enorme influxo de metais preciosos para a Europa, sobretudo através da Espanha, gerando um aumento no total de dinheiro em circulação e provocando um aumento sensacional nos preços de todas as mercadorias.

Com o aumento dos preços, uma parcela da população se beneficiou bastante e outra padeceu misérias. Os beneficiados foram os mercadores e aquelas pessoas que conseguiam manter despesas fixas e aumentar o preço de seus produtos ao sabor das circunstâncias, lucrando bastante. Esses seriam aqueles que tinham um arrendamento a longo prazo, com valor fixo e que podiam vender sua mercadoria por um valor bem mais alto.

A alta de preços prejudicou os trabalhadores, cujos salários não acompanhavam a elevação dos preços. “Prejudicou também o grupo que vivia de rendas fixas, como a classe dos nobres proprietários, que viviam de anuidades”.¹⁰⁷

O pagamento dos arrendamentos em dinheiro substituiu o costume da prestação de serviços. Isso foi interessante para a nobreza latifundiária até que ocorreu a revolução nos preços. A partir de então, os donos de terra

¹⁰⁶ BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. Tradução de Donaldson M. Garschagen. 43ª ed. São Paulo: Globo, 2005, vol. 2, p. 419. “(...) Com isso, muitos camponeses foram expulsos da terra, mas a produtividade cresceu vertiginosamente. (...) Em suma, a maior abundância e concentração de riqueza, trazidas pela revolução agrícola e pelo cercamento dos campos, foram pré-requisitos necessários para a Revolução Industrial que começou na Inglaterra por volta de 1780”.

¹⁰⁷ HUBERMAN, Leo. Op. cit., p. 102. “(...) o pagamento dos arrendamentos em dinheiro substituiu o costume da prestação de serviços. Isso foi interessante para a nobreza latifundiária até que ocorreu a revolução nos preços. A partir de então, os donos de terra continuavam a receber os mesmos arrendamentos baixos, embora tivessem os novos preços altos. Sentiam que era necessário arrancar mais dinheiro da terra. Mas como? Havia duas formas – o fechamento das terras e a elevação dos arrendamentos”.

continuavam a receber os mesmos arrendamentos baixos, embora tivessem os novos preços altos. Sentiam que era necessário arrancar mais dinheiro da terra. Havia duas formas: o fechamento das terras e a elevação dos arrendamentos.

O fechamento das terras, também chamado de cercamento, visava aumentar a produtividade agrícola com a implantação de técnicas mais modernas. Mas, um cercamento em especial foi bastante prejudicial ao camponês, por importar em sua imediata expulsão do campo: os cercamentos para criação de ovinos, empreendimento rendoso em virtude da alta do preço da lã, e que necessitava de poucos trabalhadores. Além disso, quando um arrendamento terminava, o senhor elevava seu preço de tal forma, que o camponês não tinha condições de renová-lo e acabava sendo obrigado a abandonar as terras.

Mudou o espaço do homem e mudou seu tempo; seu trabalho e sua produção passaram a ser contados. O relógio mecânico surgiu no final do século XIV e representou a evolução tecnológica da revolução industrial medieval. O tempo que antes era de Deus e infinito como Ele, cedeu essa característica ao dinheiro e à acumulação de capital. “O tempo do homem agora era finito e seu uso disciplinado passou a significar dinheiro. Assim nasceu a sociedade de vigilância denunciada por Foucault”.¹⁰⁸

Esse relógio mecânico passou a ser parte da paisagem urbana quando colocado nas torres ligadas aos centros de comércio (como em Bruges, hoje pertencente à Bélgica, por exemplo), construídas pelas associações comerciais e com o apoio dos mestres principais das cidades; ou então, foram sendo colocados nas torres das igrejas com o apoio dos clérigos que se integravam politicamente aos poderes locais.

Tais relógios representavam o conhecimento do tempo e sua importância para a cidade: muito menos para saber-se a hora correta da missa, marcada pelos sinos, mas muito mais para saber-se o horário de entrada e saída do trabalho. Afinal, com o relógio na praça principal da cidade, todos sabiam quem estava atrasado para chegar ao trabalho – a comunidade vigiando as idas e vindas dos que tinham algum horário. Isso resultou em

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 29.

incômodos e até revoltas. Por fim, “o uso acumulado do tempo do trabalho significa uma alteração na forma da exploração do trabalho. O saber da hora de quem trabalha passou a ser um uso mantido até hoje”.¹⁰⁹

As monarquias absolutistas também trouxeram inovações institucionais, entre as quais se podem destacar: o exército, a burocracia, a tributação, o comércio e a diplomacia.

O Estado Absolutista se destacou pelo seu exército profissional. Não se tratava de uma força nacional, mas de um grupo heterogêneo em que predominavam os mercenários estrangeiros.

A presença dos mercenários pode ser explicada pelo medo da nobreza em armar seus próprios camponeses. “Era preferível para o ofício eliminar eventuais rebeliões sociais, em razão dos mercenários estrangeiros, que, muitas vezes, sequer dominavam o idioma local”.¹¹⁰

Destaca-se que, no feudalismo, a guerra era o modo mais racional e rápido de transferência e acúmulo de riqueza e território. Por isso, “a classe dominante feudal era basicamente militar. A profissão dos nobres e proprietários de terras era a guerra e os Estados absolutistas mantiveram essa racionalidade arcaica”.¹¹¹

As guerras eram frequentes e seus custos consumiam a maior parte das riquezas dos Estados, em franca contradição com a necessidade de acúmulo de capital defendida na época.

Os Estados absolutistas mantiveram esta racionalidade arcaica em sua mais íntima estrutura. Eram máquinas construídas predominantemente para o campo de batalha. É significativo que o primeiro imposto nacional e regular a ser instituído na França, a *taille royale*, tenha sido criado para financiar as primeiras unidades militares regulares da Europa – as *compagnies d'ordonnance* de meados do século XV, cuja primeira unidade foi constituída por aventureiros escoceses. “Por volta da metade do século XVI, 80% das

¹⁰⁹ PISTORI, Gerson Lacerda. *História do direito do trabalho*. Um breve olhar sobre a Idade Média. São Paulo: Ltr, 2007, p. 106.

¹¹⁰ ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 53. Bodin já atestava essa situação ao afirmar: “É praticamente impossível treinar todos os súditos de uma comunidade nas artes da guerra e ao mesmo tempo mantê-los obedientes às leis e aos magistrados”.

¹¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 55.

rendas do Estado espanhol destinava-se às despesas militares”.¹¹²

O Estado absolutista também apresentava um sistema burocrático e fiscal contraditório. A nobreza feudal ingressava no Estado absolutista Ocidental adquirindo “cargos”. “Com um caráter fortemente parasitário, o nobre poderia adquirir um cargo e depois recuperar com vantagens o investimento, abusando dos privilégios e da corrupção viabilizados pelo cargo público”.¹¹³

Nesse contexto, francamente parasitário, quem pagava a conta eram os camponeses que, cada vez e mais penosamente suportavam os encargos de guerra e os impostos remotos.

Não existia a ideia do cidadão nacional, sujeito ao fisco. Os nobres, simplesmente estavam isentos dos impostos diretos, enquanto “os pobres sofriam um sistema de dupla exação que resultava em uma epidemia de rebeliões, pois, além dos coletores reais, tinham que suportar os tributos locais”.¹¹⁴

Enquanto doutrina econômica e política, o mercantilismo foi uma face importante do absolutismo. Tinha por objetivo a criação de um mercado interno para a produção e circulação de mercadorias, aliado ao fomento das exportações, com exceção do ouro e da prata.

O objetivo de uma economia forte era o sucesso de uma política externa voltada para a conquista. Contudo, o comércio e a guerra não eram as únicas atividades externas do Estado absolutista, pois uma das grandes invenções institucionais da época foi a diplomacia, embora definitivamente marcada pelo egoísmo político, já que o dever do embaixador era aconselhar e pensar

¹¹² ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 34. “(...) Um século mais tarde, nas vésperas pacíficas de 1789, dois terços dos gastos do Estado francês eram ainda, segundo Necker, distribuídos para o sistema militar. Parece evidente que esta morfologia do Estado não corresponde à racionalidade capitalista: representa uma reminiscência formidável das funções medievais da guerra. (...). Calculado que, em todo o século XVI, houve apenas 25 anos sem operações militares de larga escala, na Europa; no século XVII, passaram-se apenas sete anos sem guerras importantes entre os Estados”.

¹¹³ *Idem, Ibidem*. “A expansão da venda de cargos foi, naturalmente, um dos subprodutos mais surpreendentes da crescente monetarização das primeiras economias modernas e da ascensão relativa no seio destas, da burguesia mercantil e manufatureira. (...) A burocracia absolutista tanto registrou a ascensão do capital mercantil como a impediu”.

¹¹⁴ MOTA, Carlos Guilherme. Op. cit., p. 49. “A nobreza e o clero eram ordens privilegiadas, com posses de terras e isenção de impostos. A alta burguesia (parte do terceiro estado) vivia da expansão dos negócios e comprava cargos públicos (tornando-se ‘noblesse de robe’, ou seja, nobreza togada, de nível mais baixo). Os camponeses e a pequena burguesia urbana pagavam, com seu trabalho e impostos, os gastos do estado absolutista”.

apenas o mais conveniente para o fortalecimento de seu próprio Estado.

A expansão da venda de cargos foi, naturalmente, “um dos subprodutos mais surpreendentes da crescente monetarização das primeiras economias modernas e da ascensão relativa no seio destas, da burguesia mercantil e manufatureira”.¹¹⁵

A melhor estratégia da diplomacia era o casamento, na medida em que era uma alternativa mais econômica do que a guerra armada, para o objetivo de expansão territorial. Porém, “a imprevisibilidade da natureza humana, muitas vezes, fazia com que o casamento terminasse em guerra”.¹¹⁶

É possível sintetizar as contradições do absolutismo da Europa pela constatação de que tal regime foi um instrumento para a preservação da propriedade e dos privilégios aristocráticos, ao mesmo tempo em que forneceu os meios para, simultaneamente, assegurar os interesses básicos das classes mercantis e manufatureiras emergentes.

O absolutismo encontrou justificativa nas ideias de vários filósofos da época. Jean Bodin (1530-1596) foi um dos primeiros. Para ele, os governantes estavam submetidos à lei divina e tinham a obrigação moral de respeitar os tratados assinados; porém, Bodin negava aos súditos o direito de rebelião e considerava o parlamento dispensável. Segundo sua “doutrina da soberania”, o poder do príncipe não poderia ser limitado pelas leis, a fim de garantir o poder absoluto sobre os súditos.¹¹⁷

O holandês Hugo Grotius (1583-1645) alertou sobre a necessidade de um conjunto de regras racionais capazes de colocar em ordem as relações entre os governos. Por isso, é conhecido como um dos principais fundadores do direito internacional. Ele também defendeu o governo absoluto como forma de evitar as turbulências políticas. Sustentava que “o governante deveria ter

¹¹⁵ ANDERSON, Perry. Op. cit., p. 34.

¹¹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 39. “Em vista disso, a longa variante do casamento muitas vezes levava diretamente ao curto atalho da guerra. A história do absolutismo está repleta de tais conflitos, cujos nomes o testificam: Guerras da Sucessão da Espanha, Áustria ou da Baviera. (...) Também na diplomacia, o índice de dominação feudal no Estado absolutista é evidente”.

¹¹⁷ BURNS, Edward McNall. Op. cit., p. 449.

autoridade ilimitada e que o povo devia obedecer-lhe sem contestação”.¹¹⁸

Contudo, o mais famoso defensor do Absolutismo foi o inglês Thomas Hobbes (1588-1679), que vivenciou a Inglaterra com profundos problemas sociais. Em sua famosa obra *Leviatã*, desenvolveu um absolutismo racional, justificado, sem necessitar da religião. Sua formulação de um tipo de contrato social substituiu, com vantagens para a burguesia, o dogma religioso de delegação divina.

Para Hobbes, que tem uma visão competitiva da vida, a inclinação natural do homem é o egoísmo.¹¹⁹ Duas frases suas nesse sentido são famosas: “o homem é o lobo do homem” e “guerra de todos contra todos”. Mas como os homens são naturalmente iguais, ou seja, têm todos o mesmo instinto de autoconservação, esse estado natural egoísta em que impera a guerra destrutiva exige uma saída: um acordo forçado para garantir a paz e a sobrevivência. Contudo, uma vez que o pacto social é artificial e precário, há necessidade de um poder despótico que o garanta.

Hobbes é partidário de um poder absoluto, embora admita o pacto social. Diferente de Bodin, Hobbes é absolutista sem ser teólogo, pois entende

¹¹⁸ FROM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. 10^a ed. Tradução L.A. Bahia e Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1983, pp. 82-85. “Contrasta com esse ponto de vista o que vai desde Hobbes até Freud, e que supõe uma contradição fundamental e constante entre a natureza humana e a sociedade, contradição essa que é consequência da suposta natureza associal do homem”. (...) “Conquanto siga Rousseau na ideia do ‘selvagem feliz’, segue Hobbes na suposição da hostilidade fundamental entre os homens”. (...) “O conceito que Freud tem da natureza humana como essencialmente competitiva (e associal) é o mesmo que encontra-se na maioria dos autores que acreditam que as características do homem no capitalismo moderno são suas características naturais. (...) Não pode-se deixar de ver que toda a teoria de Freud sobre o sexo se baseia na premissa antropológica de que a competição e a hostilidade mútuas são inerentes à natureza humana”. (...) “Darwin deu expressão a esse princípio na esfera da Biologia com sua teoria da ‘luta pela sobrevivência’. Economistas como Ricardo e os da escola de Manchester transferiram no para a esfera da Economia. Posteriormente, Freud, sob a influência da mesma premissa antropológica, aplicou o conceito à esfera dos desejos sexuais. Seu conceito fundamental é o de um homo sexualis, como o dos economistas foi o do homo oeconomicus. Tanto o homem ‘econômico’ como o homem ‘sexual’ são criações úteis cuja suposta natureza – isolada, associal, insaciável e competitiva – faz com que o capitalismo pareça ser o regime que corresponde perfeitamente à natureza humana e o coloque fora do alcance da crítica. Ambas as posições – o ‘ponto de vista da adaptação’ e o ponto de vista hobbesiano-freudiano do conflito necessário entre a natureza humana e a sociedade – implicam da defesa da sociedade contemporânea, e ambas são deformações unilaterais. Mais ainda, as duas ignoram o fato de a sociedade não só estar em conflito com os aspectos associais do homem, mas também muitas vezes com suas qualidades humanas mais valiosas, que ela mais reprime do que incentiva”.

¹¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2^a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 106.

que o pacto bem entendido levaria ao absolutismo. Hobbes não deriva o absolutismo de um Direito Divino, mas do pacto.

O contrato é firmado entre os membros do grupo que renunciam ao seu direito a tudo, e o entregam ao soberano encarregado de promover a paz. O soberano não está submetido à lei, pois ele é a própria fonte legisladora, que concentra todos os poderes em suas mãos e a quem se deve obediência total. “Os pactos sem a espada não passam de palavras”.¹²⁰

Para Hobbes, a religião implica em um poder diferente da soberania civil e causa conflitos. Segundo ele, todos os dogmas divinos trazem divergências entre os homens e são causas de guerras, pois um quer impor ao outro sua crença.

A solução apontada pelo filósofo é a entrega de toda autoridade religiosa ao soberano absoluto, ou a religião ameaçaria a paz civil. O soberano não permitiria o ensino de ideias que significassem sua condenação eterna. Na Inglaterra da época, reis católicos governavam súditos protestantes. Hobbes faz uma clara crítica ao papel da Igreja.

É importante contextualizar o pensamento de Hobbes. “A Inglaterra foi o primeiro país da Europa a vivenciar a revolução comercial, que justamente apresentou ao mundo a ideia da competição de todos contra todos pelo mercado e acúmulo de capital”.¹²¹

Apesar desse racionalismo de Hobbes que fundamenta o poder absoluto

¹²⁰ HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 106.

¹²¹ FROM, Erich. Op. cit., p. 95. “(...) o funcionamento econômico do mercado repousa sobre a competição de muitos indivíduos que querem vender suas mercadorias no mercado correspondente, assim como o seu trabalho ou os seus serviços no mercado de trabalho e de personalidade. Esta necessidade econômica de competição conduziu, especialmente na segunda metade do século XIX, a uma atitude cada vez mais competitiva, caracterologicamente falando. O indivíduo se sentia compelido pelo desejo de ultrapassar o seu competidor, com o que ficou totalmente invertida a atitude característica da época feudal, segundo a qual cada um tinha na ordem social o seu lugar tradicional com o qual devia contentar-se. Produziu-se em oposição à estabilidade social do regime feudal, uma mobilidade social inaudita, na qual todos lutavam para ocupar os melhores lugares, embora fossem poucos os escolhidos para ocupá-los. Nessa luta pelo sucesso ruíram as normas sociais e morais de solidariedade humana; a importância da vida consistia em ser o primeiro em uma corrida competitiva. (...) Outro fator que constitui o modo capitalista de produção é que neste sistema a finalidade de toda a atividade econômica consiste no lucro. (...) a atividade econômica só tem sentido se a sua consequência é o lucro, isto é, se ganha-se mais do que gasta-se no ato de produzir.(...)O nosso problema está no fato de o nosso motivo para produzir não ser a utilidade social, não ser a satisfação produzida pelo trabalho de produzir em si, mas o lucro resultante do investimento. Não há razão alguma para que interesse ao capitalista individual a utilidade do seu produto para o consumidor”.

na necessidade de um acordo entre os homens, prevaleceram na Europa as monarquias absolutas de direito divino, cujo exemplo mais claro ocorreu na França sob o reinado de Luis XIV.

Jacques Bossuet (1624-1704) foi um ardoroso defensor desse absolutismo e sustentou que todo o poder deriva de Deus, de modo que revoltar-se contra o governo estabelecido configura crime de sacrilégio a ser punido com a morte. Segundo Bossuet, “o homem é um ser social que necessita da autoridade do divino soberano para frear suas paixões e evitar a violência”. E continua: “O rei é o Estado. É ele quem administra, julga e faz as leis. Enquanto divina, sua autoridade é absoluta, legítima e incontestável”.¹²²

Com a centralização do poder, o Estado conseguiu o monopólio da criação do direito e o juiz passou a julgar com base no direito autorizado pelo Estado, e não mais nas máximas de direito natural e na equidade. O direito positivado passou então a ser reconhecido e aplicado. Cumpre notar que, nesta seara, “a aristocracia também obteve privilégios do Estado absolutista com regras jurídicas próprias e tribunais especiais”.¹²³

O direito penal não escapou da centralização do poder e deixou, definitivamente, a órbita do poder local para se tornar uma necessidade do Estado, um instrumento de preservação e reprodução da ordem política e social. Se o direito penal feudal teve como missão política manter as relações sociais feudais, o direito penal absolutista reprimia as forças sociais garantindo a expansão da política mercantilista.

Nessa retomada do poder punitivo pelo Estado, o conceito de crime passa a se distanciar da ideia de pecado, pois o direito penal não está mais a serviço da fé religiosa e sim, do Estado e seu sistema político.

Um importante documento jurídico do período, elaborado no contexto do direito medieval alemão, foi a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que expressa o triunfo da concepção pública da pena, ou seja, a sanção penal

¹²² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 148.

¹²³ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 30. “Um dos mais importantes privilégios concedidos pela França absolutista à nobreza, foi a criação de regras jurídicas específicas e tribunais especiais para a aristocracia e o clero julgarem os seus próprios membros. Outro, o privilégio da imunidade tributária conferido também à nobreza e ao clero desobrigando-os do desagradável dever de pagar impostos. Segundo os historiadores, na França pré-revolucionária os nobres perfaziam 400.000 pessoas, numa população total de 23.000.000 de franceses”.

decorre do Estado e não mais da vontade de particulares. Esse documento provocou o desenvolvimento do processo inquisitivo e estabeleceu requisitos legais para a tortura e o arbítrio das decisões judiciais. “As penas corporais eram abundantes e a pena de morte aplicada de forma cruel. As penas de prisão tinham uso bastante restrito”.¹²⁴

De um modo geral, os diplomas penais da época se dedicavam mais a organização judiciária do que a definição dos crimes em espécie. As decisões judiciais não precisavam ser fundamentadas, a tortura tinha destaque nas provas e as penas eram severas e cruéis. A pena de morte era aplicada a um grande número de crimes. A privação da liberdade não tinha caráter de sanção penal, mas cumpria finalidades administrativas nem sempre relacionadas com o processo penal. Além disso, “o segredo instituído como regra em todas as fases do processo deixava o acusado praticamente sem defesa”.¹²⁵

A justiça penal se transformou em um meio de explicitar o poder do soberano sobre a comunidade. As penas cruéis eram executadas em praça pública para que todos pudessem testemunhar os sofrimentos do contestador da autoridade divina do soberano.

Esse espetáculo sádico tinha a função de intimidar a população e reafirmar o poder do rei. Não existia qualquer preocupação com a correção do condenado, já que a regra era a imposição da morte. As penas também não conheciam o princípio da legalidade e seu caráter era meramente vindicativo e intimidativo, visando dar exemplo aos demais por meio do temor.

No absolutismo, as penas se caracterizavam por castigar o corpo do condenado, por causar dor e sofrimento explícitos. Na aplicação da pena de morte, o suplício era a arte de reter a vida no sofrimento, quantificando-o e dando prova da manifestação do poder que pune. “O direito penal era um espetáculo que tinha como sede o corpo do condenado. A dor do executado servia à intimidação dos expectadores”.¹²⁶

Noticiam-se inúmeras execuções longas, terríveis e cruéis. A de Damiens, relatada por Foucault, talvez seja a mais famosa delas. O infeliz foi atezado, retalhado e desmembrado em vida.

¹²⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 31.

¹²⁵ *Idem*, *Ibidem*.

¹²⁶ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 33.

Enfim, foi uma época em que a crueldade e a criatividade humana andavam juntas. A gravidade dos suplícios, em nome da vingança pública, fez-se sentir em vários países.¹²⁷

Chama a atenção o nascimento do Poder Judiciário. A justiça deixa de ser um ajuste regrado entre os indivíduos envolvidos na contenda, para ser um poder exterior que submete as partes, confiscando o direito de vítima e vingador. Surge o procurador: representante do rei e de seu poder lesado, cuja função é substituir a vítima. “É no absolutismo que o poder político se apossa definitivamente dos procedimentos judiciários, utilizando o confisco de bens e a aplicação de multas para enriquecer”.¹²⁸

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada, para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres.

O crime deixa de ser apenas uma questão entre dois indivíduos para ser uma ofensa ao Estado e à sua lei. A lesão se transforma em infração penal. O dano cometido por um indivíduo contra outro perde espaço para a lesão à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade.

Essa apropriação da justiça pelo Estado cria a sanção penal. Se na Idade Média o culpado resgatava sua paz satisfazendo a vítima com uma compensação, com a elaboração do Estado, a obrigação do condenado para com a vítima é alterada, pois não é mais o ofendido quem tem o direito de decidir sobre a paz e a segurança do ofensor. Esse arbítrio agora pertence ao Estado.

À vítima restou um suposto direito de indenização pelos prejuízos causados, mas como a maioria dos crimes é patrimonial e praticada por pobres, na prática, a vítima ficou sem nada. A pena estatal se torna primordial

¹²⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Op. cit., p. 115. Como relata João Bernardino Gonzaga, na Itália “chegou-se a criar uma forma de execução que durava o número simbólico de quarenta dias. Dia após dia, tudo meticulosamente estudado, cortava-se um pedaço do corpo do paciente, de modo a que somente no quadragésimo dia ele afinal expirasse. As execuções se faziam em praça pública, aos olhos do povo. Para lá transportava-se o sentenciado em carroça, o que constituía, tradicionalmente, sinal de ignomínia. Era proclamado ao público o crime cometido e, a seguir, passava-se à longa imposição de tormentos”.

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 106.

e a reparação do dano causado à vítima perde espaço, ficando em segundo plano, quando possível.

O enfoque do problema deve ser invertido: não é a atenção dada ao delinquente e à pena a causa do preterimento da vítima, mas o contrário. Ao substituir o indivíduo-vítima pela comunidade-vítima, e relegar a vítima individual a um segundo plano, alterou-se profundamente os termos reais do conflito e, conseqüentemente, alterou-se também a resposta a este.

Ao inexistir uma proporção adequada entre o delito e sua resposta, o destinatário dessa proporção inadequada converte-se no centro da atenção, converte-se em vítima do sistema penal. E o direito penal se ocupa de sua própria possível vítima.

Das observações de Messuti, percebe-se algo muito relevante: no absolutismo, o sistema penal destaca a punição, a sanção penal concretamente aplicada. O ato de punir é o espetáculo.

Assim, diante do criminoso, surge um segundo credor, uma ficção jurídica: o Estado. Mas este credor domina a cena na medida em que é ele quem determina a vida e a morte do acusado.

O critério na resposta penal não é mais a satisfação da vítima do crime, mas o fortalecimento do poder do Estado, enfraquecido com a ofensa à lei. Se o criminoso tem recursos financeiros, eles serão capazes de satisfazer o Estado e resolver a “dívida”, mas se o criminoso tem apenas sua vida, seu corpo e a vida, serão usados mediante o sofrimento em espetáculo para reafirmar o poder do soberano.

Como o preço da mão de obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor. A luta renhida pela sobrevivência moldou o sistema penal de tal forma, que este passou a se constituir um dos eficientes meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais.

“Von Hentig corretamente aplica a ideia de seleção para o sistema penal, mostrando que o sistema agia como um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes altas consideravam inadequados para a sociedade”.¹²⁹

Importa salientar a enorme mudança cultural imposta na época. O camponês, que vivia no ritmo da natureza e na dependência de sua íntima

¹²⁹ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 123.

relação com ela, conhecia família numerosa como vantagem no trabalho na terra, enquanto na cidade, na economia manufatureira, a situação era totalmente diferente.

A família numerosa significava mais pessoas a serem alimentadas, sem a correspondente oferta de trabalho produtivo para todos. A sobrevivência, nesse contexto, só se fazia possível mediante a prática da mendicância ou de delitos patrimoniais. Essas pessoas que sobravam à margem da paisagem orgulhosa das cidades, não tinham função e eram uma constante ameaça ao sistema político e econômico que estava criando raízes. Sua eliminação era uma questão de política pública, função que ficou a cargo do direito penal.

O protestantismo também interage nesse contexto. Enquanto a valorização do dogma do mérito individual e da crença de que o sucesso reflete a escolha divina, revela sua benção sobre uma vida supostamente regrada e ponderada, a carência absoluta marginal demonstra o contrário: que o pobre não é merecedor de bem-estar, segundo a ordem divina.

O mesmo Deus que seleciona seus filhos, privilegiando uns em detrimento de outros, é aquele que pune e dilacera os corpos sem função sistêmica. Primordial é perceber, com a análise desse momento histórico, que o Estado é fundado sobre um paradoxo: o discurso é de valorização do trabalho, do esforço pessoal e do merecimento; mas a realidade premia, com a garantia dos privilégios decorrentes do nascimento, quem não trabalha, pune, com a miséria, quem trabalha e, com repressão cruel, quem nem isso consegue.

No sistema atual, a renda pode ser totalmente independente do esforço ou do serviço pessoal. O dono de capital pode ganhar sem trabalhar. “A função humana essencial da troca de esforço por dinheiro, pode converter-se na manipulação abstrata do dinheiro para obter mais dinheiro”.¹³⁰

O que caracteriza a distribuição de renda no capitalismo é a falta de proporção equilibrada entre o esforço e o trabalho de um indivíduo e a consideração social que se lhe concede, sob a forma de compensação financeira. Em uma sociedade mais pobre, essa desproporção teria por consequência extremos de luxo e de pobreza, maiores do que poderiam tolerar

¹³⁰ FROM, Erich. Op. cit., p. 106.

as normas morais. Porém, neste ponto, o desejo não é acentuar os efeitos materiais dessa desproporção, mas seus efeitos morais e psicológicos.

Um dos efeitos é a desvalorização do trabalho, dos esforços e habilidades do homem. O outro está em que, enquanto o seu ganho estiver limitado pelo esforço por ele desenvolvido, o seu desejo também o estará. Por outro lado, se sua renda não é proporcional ao seu esforço, não haverá limitações para os seus desejos, pois sua satisfação depende das oportunidades oferecidas por determinadas situações do mercado e não de minhas próprias capacidades.

O discurso retórico é pela valorização do trabalho, mas a imposição política e econômica determina sua desvalorização constante. Vítima desse processo, o trabalhador, expulso do campo e ainda desnecessário à cidade, perde seu lugar entre o discurso e a realidade e precisa ser eliminado, pois sua presença maciça em estado de miséria e abandono denuncia a hipocrisia do sistema que surge com força suficiente para prevalecer. Os elimináveis não têm nem espaço nem tempo, se perderam na velocidade das transformações sociais.

É importante observar-se que o espaço da pena era público, pois a prática penal era um espetáculo. Além da punição sangrenta e dramática, o infrator, pouco antes dos tormentos, exteriorizava seu arrependimento e costumava pedir perdão pela falta cometida.

Embora não houvesse uma proporcionalidade entre os delitos e a pena aplicada, pois o mal da punição excedia em muito a eventual gravidade do ato praticado, não parece correto afirmar que inexistia qualquer preocupação com a proporcionalidade, pois o maior tempo do suplício costumava gravar os piores crimes.

A pena de morte, no Absolutismo apresenta, então, as seguintes características, considerando o espaço e o tempo: pena pública explícita, no espaço da comunidade, e o tempo do suplício determinava a gravidade da infração cometida pelo condenado à morte. A atenção dos expectadores e do sistema está voltada para a punição exemplar do criminoso.

Assim, destaca-se que uma somatória de circunstâncias do absolutismo levou uma enorme quantidade de pessoas à miséria absoluta: revolução dos preços, cercamento dos campos, ausência de trabalho, excesso de oferta de

mão de obra, baixo preço dos salários, aumento de impostos para custear guerras.

O surgimento de uma horda de mendigos exigiu uma centralização do poder punitivo e medidas radicais de contenção da animosidade crescente. Em função disso, a sanção penal tornou-se pública e a pena de morte foi aplicada, de forma cruel e com frequência, no intuito de eliminar pessoas que perderam seu tempo e espaço e não conseguiram se incorporar ao novo modelo social com a rapidez imprescindível à sobrevivência.

2.4 A prisão e a ocultação da punição

O sistema penal, baseado no espetáculo do sofrimento do criminoso e da pena de morte, começou a entrar em decadência junto com a superação do absolutismo. Alguns fatores favoreceram essa mudança: a ineficácia do sistema punitivo que, embora cruel e vigoroso, não conseguia conter a criminalidade que se multiplicava; a necessidade de trabalhadores para as indústrias; a economia que exigia uma maior liberdade para o desenvolvimento do capitalismo; a superação da política de manutenção parasitária dos privilégios de nascimento da nobreza e do próprio rei.

O autor Dotti destaca que, na segunda metade do século XVIII, como observa Von Hentig, “o arco da pena de morte estava excessivamente tenso”.¹³¹ O seu largo emprego redundava em estatísticas frustrantes, pois o aumento da criminalidade e das tensões sociais exigiam novas formas de reação para proporcionar segurança às classes dominantes.

O desterro das cidades e a inflicção de penas corporais haviam contribuído para o êxito de uma delinquência extremamente perigosa e que se expandia com grande rapidez, pois as guerras e as revoluções desacreditavam os velhos poderes.

Nas palavras do mesmo escritor, a pena privativa de liberdade foi o novo e grande invento social, intimidando sempre, corrigindo frequentemente e que deveria imprimir um retrocesso ao crime e, se não pudesse derrotá-lo, pelo menos deveria manter o fenômeno encerrado entre muros.

¹³¹ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 68.

A pena de morte, assim, agonizava como instituição de grande prestígio.^{132, 133}

No fim do século XVIII e começo do século XIX, o espetáculo da punição, gradativamente, vai desaparecendo. A identificação entre o criminoso e o carrasco, entre o Estado e a violência, passam a ser criticadas e se tornam um inconveniente a ser superado.

A discricção que, no Absolutismo, estava no processo penal, no inquérito, na investigação do crime com tortura, é transferida para a aplicação da sanção penal. Descobrir e analisar a verdade do fato punitivo é louvável, mas aplicar a sanção penal é vergonhoso.

“Como se fosse possível separar a responsabilidade por um ato da responsabilidade por sua consequência, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício”.¹³⁴

A punição que antes acontecia no espaço público, sob o testemunho e a garantia da população, passa a ser discreta, velada. É indecoroso ser passível

¹³² DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 68.

¹³³ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 156. Foucault relata um episódio ocorrido no fim do século XVII, em Avignon, que retrata bem os problemas que o bárbaro sistema punitivo do Absolutismo começava a enfrentar: “Pierre du Fort, assassino, estava para ser enforcado. Contrariando a vontade de seu carrasco, contudo, o condenado prendia os pés no degrau e evitava ficar suspenso no vazio. Vendo isso, o carrasco lhe cobriu o rosto com seu gibão e lhe batia por baixo do joelho, sobre o estômago e a barriga. Vendo o povo que ele o fazia sofrer demais e pensando mesmo que o degolava com sua baioneta – tomado de compaixão pelo paciente e de fúria contra o carrasco, jogou pedras contra ele; enquanto isso, o carrasco abriu as duas escadas e jogou a vítima para baixo, saltando-lhe sobre os ombros e pisando-a enquanto a mulher do dito carrasco o puxava pelos pés por baixo da forca. Fizeram-lhe sair sangue da boca. Mas a chuva de pedras contra ele aumentou, houve até algumas que atingiram o enforcado na testa, o que obrigou o carrasco a subir a escada, de onde desceu com tanta precipitação que caiu no meio dela, e deu com a cabeça no chão. E a multidão se lançou sobre ele. Este se levantou com uma baioneta na mão, ameaçando matar quem se aproximasse; mas, depois de cair e se levantar várias vezes, apanhou muito do povo que o emporcalhou e o afogou no riacho, arrastando-o em seguida com grande paixão e fúria até a universidade e de lá até o cemitério dos Cordeliers. Seu criado, igualmente surrado, com a cabeça e o corpo machucados, foi levado ao hospital onde morreu alguns dias depois. Entretanto, alguns forasteiros e desconhecidos subiram a escada e cortaram a corda do enforcado, enquanto outros o recebiam por baixo depois de ter ficado pendurado o tempo maior que um grande Misere. E, ao mesmo tempo, quebraram a forca, e o povo fez em pedaços a escada do carrasco...As crianças atiraram a forca com grande precipitação no Ródano. Quanto ao supliciado, foi transportado para um cemitério, para não ser apanhado pela justiça e de lá para a Igreja de Saint-Antoine. O arcebispo lhe concedeu o perdão, mandou transportá-lo para o hospital e recomendou aos oficiais que tomassem com ele cuidado todo especial. Enfim, manda-se fazer uma roupa nova, dois pares de meias, sapatos, vestímo-lo de novo da cabeça aos pés. Os nossos confrades lhe deram camisas, calções, luvas e uma peruca”.

¹³⁴ *Idem, Ibidem*, p. 10. “O sigilo e o espetáculo trocam de lugar. A apuração do crime que antes era sigilosa passa a ser notícia domina a cena e antecipa a execração social do suspeito”.

de punição, mas pouco glorioso punir. A justiça tem a nobre tarefa de revelar a verdade, mas não gosta de assumir sua responsabilidade pela punição.

“A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena”.¹³⁵

Essa intenção, algumas vezes declarada, de retirar da justiça a responsabilidade pela administração da pena, é acompanhada pela alteração da retórica que justifica a punição. A finalidade declarada da pena não é mais a vingança pública, o fazer sofrer, o castigar. A finalidade declarada da pena é a reinserção social, a recuperação do criminoso. O juiz não é um carrasco, é um educador. Eventual sofrimento imposto pelo Estado é apenas aquele essencial e imprescindível à cura do delinquente.

Ao mesmo tempo em que ocorria o desgaste do absolutismo e de seu sistema de punição, começa a surgir um interesse econômico em explorar o trabalho do condenado. As punições mais comuns passaram a ser: escravidão nas galés, deportação e trabalhos forçados.

A conquista das colônias aumentou a demanda por bens de consumo e trouxe prosperidade e desenvolvimento aos centros urbanos, que passaram a oferecer variadas oportunidades de trabalho. Porém, nessa época a Europa vivia uma queda em seu crescimento demográfico em função das guerras religiosas e outros problemas internos. “A França, após a Guerra dos Cem Anos, experimentou uma queda de cerca de sete milhões de pessoas”.¹³⁶

“A Alemanha, após a Guerra dos Trinta Anos, enfrentou um decréscimo populacional ainda mais dramático, existindo autores que estimam uma queda, de dezoito para sete milhões de pessoas”.¹³⁷

Diante da diminuição da população e do aumento da oferta de trabalho, os salários subiram. Na Holanda, a falta de força de trabalho era tão dramática que os proprietários pagavam salários mais altos que seus próprios lucros. A Europa, em geral, presenciou uma significativa melhora nas condições de vida

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 13.

¹³⁶ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 44. “a população da França no tempo de Henrique III não chegou a mais do que 14 milhões, enquanto antes do estopim da Guerra dos Cem Anos chegou a somar entre 20 e 22 milhões”.

¹³⁷ HUBERMAN, Leo. Op. cit., p. 106.

dos trabalhadores urbanos e rurais.

Outro fator determinante para essa situação foram as leis contra a imigração, que “obrigavam os pobres a retornarem a suas casas mesmo quando não havia trabalho. Essa política impedia uma distribuição racional da força de trabalho”.¹³⁸

Os proprietários dos meios de produção enfrentavam um duro revés. Ao mesmo tempo em que a demanda pelos bens de consumo aumentava exigindo grandes investimentos e acúmulo de capital para expansão do comércio e das manufaturas, o trabalho passou a ser um bem escasso só acessível mediante o pagamento de altos salários e oferta de condições favoráveis de trabalho.

Os empreendedores apelaram ao governo e várias medidas foram adotadas para resolver o problema da falta de mão de obra. Em toda a Europa passou a ocorrer um estímulo às taxas de natalidade e a ideia de que a riqueza, saúde e segurança de um país, dependiam de um grande número de habitantes.

Os criminosos passaram a ver no exército uma alternativa às punições bem mais severas como de galés. Era comum o recrutamento e posterior deserção. A execução de um soldado treinado era evitada e muitos crimes eram perdoados, na expectativa de que tais homens ocupassem posições de alto risco nas batalhas. Essa tolerância influenciou negativamente a moralidade militar e trouxe insegurança para a vida e para a propriedade, em geral.

Todavia, a principal preocupação continuava a ser a necessidade de uma grande reserva de força de trabalho para o crescimento continuado da indústria. Era interesse comum do governo e dos donos dos meios de produção, a existência de força de trabalho a baixo custo e uma legislação definindo regras para o trabalho nas fábricas. Por esse motivo, o Estado passou a proibir com vigor a emigração de trabalhadores e tabelou salários máximos para conter a alta nos preços da mão de obra.

Nesse contexto, surge a ideologia segundo a qual o homem teria inclinação natural para o ócio e o prazer, e que se não houvesse necessidade ele não trabalharia; assim, “a riqueza de um país dependia da existência de uma grande quantidade de habitantes empobrecidos, forçados a trabalhar para

¹³⁸ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 46.

sobreviver”.¹³⁹

O trabalho infantil era incentivado de todo modo e, esporadicamente, “o Estado criava seus próprios estabelecimentos para empregar os órfãos. Isso afetava diretamente a educação, cujo principal objetivo passou a ser treinar as crianças para a indústria”.¹⁴⁰

A Inglaterra foi o primeiro país que vivenciou a revolução industrial e a decadência do absolutismo, de modo que seu capitalismo nascente detinha mais poderes para influir nas decisões políticas e econômicas. Durante um bom tempo, o açoite, o desterro e a pena de morte foram os principais instrumentos que a política social inglesa utilizou para coibir a mendicância e a vadiagem, mas a ideia do trabalho obrigatório e da disciplina logo combinou com os interesses da época em que imperava a falta de mão de obra.

Por solicitação de alguns expoentes do clero inglês, alarmados com proporções alcançadas pela mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro, era transformar os internos por meio do trabalho obrigatório e da disciplina.

Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio autosustento por meio do trabalho, a sua principal meta, o qual era feito, em grande parte, no ramo têxtil, como se exigia à época. A experiência deve ter sido coroada de sucesso, pois, em pouco tempo, *‘houses of correction’*, chamadas indistintamente de *‘bridewells’*, surgiram em diversas partes da Inglaterra.

Na Inglaterra, portanto, o problema acabou sendo enfrentado com as casas de correção, que ofereciam trabalho aos desempregados ou obrigava a trabalhar aqueles que se recusassem a fazê-lo. Eram instituições inspiradas na primitiva Bridewell e que atendiam ao espírito de considerar criminosa a recusa ao trabalho. “Na história do cárcere, esse tipo de instituição foi o primeiro

¹³⁹ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 48.

¹⁴⁰ HUBERMAN, Leo. Op. cit., p. 16.

exemplo de detenção laica sem a finalidade de custódia”.¹⁴¹

Nessa época, era frequente na Europa a existência de estatutos estabelecendo um limite máximo de salário, de modo que estava proibido, sob pena de sanção penal, pagar mais do que o estabelecido. O trabalho era oferecido em condições difíceis, com o claro objetivo de explorar ao máximo aqueles que o realizavam. As “*houses of correction*” ou “*workhouses*”, com seu trabalho forçado, eram uma forma bastante contundente de forçar o trabalhador a aceitar as cruéis condições de trabalho existentes na época.

Em 1547, na Inglaterra, os vagabundos que se recusassem a trabalhar, ou que fugissem, seriam entregues aos senhores como escravos por dois anos. “A reincidência ensejava escravidão pelo resto da vida e na terceira vez era aplicada a pena morte. A França procurou ocupá-los em obras públicas, na construção de fortalezas, estradas e na limpeza pública”.¹⁴²

Apesar dos esforços, o problema da mendicância persistiu na Europa. Muitas vezes os trabalhadores se tornavam mendigos para terem férias ou procurar emprego melhor. Mas a política do século XVI procurava impedir que os pobres se recusassem a oferecer seu trabalho por baixos salários, preferindo mendigar.

Um decreto de Bruxelas de 1599 estabelecia penalidades para mendigos aptos, serviçais domésticos que abandonassem seus senhores, e trabalhadores que deixassem seus empregos para se tornarem mendigos.

Um decreto francês de 1724 justificava a punição à mendicância apta com base na ideia de que eles, de fato, privavam os pobres de pão, pois privavam as cidades e vilas de seu potencial de trabalho.

As definições de arruaceiro, vagabundo e mendigo inveterado num estatuto inglês de 1597, constituem evidência maior de mudança na atitude, pois “tais definições abrangiam todos os trabalhadores que se recusassem a trabalhar”.¹⁴³

A casa de correção foi criada justamente para resolver a questão,

¹⁴¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e a fábrica*. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 106.

¹⁴² RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 19.

¹⁴³ *Idem, Ibidem*.

quando a primeira surgiu em Londres, no ano de 1555. Mas, seu desenvolvimento máximo ocorreu na Holanda, no final do século XVI, pois foi nesse país que o sistema capitalista estava mais desenvolvido numa Europa sem a adequada reserva de força de trabalho.

As casas de correção não foram lançadas sozinhas para realizar a função de domesticar a força de trabalho disponível. Outras medidas políticas e paralelas a elas foram tomadas pelo governo: a limitação, por lei, do teto salarial; o prolongamento das jornadas de trabalho; a proibição da livre associação do trabalhador; e, assim por diante.

Na Holanda, os salários eram altos e a jornada de trabalho pequena, mas não era bom para a indústria que as pessoas se contentassem com os ganhos de uma semana de quatro dias de trabalho, preferindo passar o resto do tempo descansando. Além disso, a redução do custo da produção era uma necessidade econômica real.

Por intermédio do Calvinismo os trabalhadores foram instados a acreditar que o dever para com o trabalho era a essência da vida e, portanto, espontaneamente deviam trabalhar mais por menos. “Todavia, nem mesmo a disciplina do catecismo conseguiu resolver os problemas sociais e medidas mais radicais, como as casas de correção, tiveram que ser usadas para conter os mais relutantes”.¹⁴⁴

É interessante observar a tese principal sobre a vagabundagem, de um autor holandês chamado D.V. Coornhert, conforme texto datado de 1567. Ele afirma que se:

“[...] na Espanha os escravos valem de cem a duzentos florins; os homens livres holandeses, a maior parte dos quais conhecia um ofício, deviam valer mais vivos do que mortos, e, portanto, o mais conveniente seria fazê-los trabalhar quando cometessem um delito”.¹⁴⁵

Parece que seus argumentos foram ouvidos, porque em julho de 1589 os magistrados da cidade de Amsterdã decidiram construir uma casa com esse objetivo. O novo estabelecimento foi inaugurado em um antigo convento, em 1596.

¹⁴⁴ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 20.

¹⁴⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 52.

A criação dessa nova e original modalidade de segregação punitiva responde mais a uma exigência conexa ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista, do que a genialidade individual de algum reformador – como frequentemente uma história jurídica, entendida como história das ideias ou ‘história do espírito’, tenta convencer. Isso fica evidente no fato de que, ao que parece, nenhuma influência direta foi passada das experiências inglesas anteriores (*bridewells*) para os holandeses do século XVII. “A criação holandesa do *Tuchthuis* corresponde ao mais alto grau de desenvolvimento atingido pelo capitalismo neste período”.¹⁴⁶

A casa de correção é essencialmente uma casa de assistência aos pobres, uma oficina de trabalho e uma instituição penal. Seu principal objetivo é transformar a força de trabalho do indesejável em utilidade. A correção ocorreria se, quando em liberdade, o interno procurasse o mercado de trabalho espontaneamente.

O público das casas de correção eram os mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões. No começo, apenas agentes de pequenos delitos eram recebidos, depois foram também inseridos nesse sistema os flagelados, marginalizados e sentenciados com penas longas. “Com a boa reputação da instituição, os cidadãos começaram a internar nas casas suas crianças rebeldes e seus dependentes dispendiosos”.¹⁴⁷

O interesse econômico envolvido garantia a queda nas condições de vida dos prisioneiros aos níveis mais baixos possíveis. Contra as acusações de concorrência desleal com empresas privadas, a casa de correção ocasionalmente aceitava encomendas ou emprestava o trabalho forçado.

A capacidade de trabalho dos internos era utilizada de duas maneiras: as próprias autoridades administravam as instituições, ou os reclusos eram entregues a um empregador privado. Ocasionalmente, toda a instituição era entregue a um contratante.

Os internos do sexo masculino eram utilizados, principalmente, no trabalho de raspar as madeiras duras, destinadas à tintura de tecidos, uma prática primeiramente introduzida em Amsterdã. Tratava-se de um

¹⁴⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 55.

¹⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 56.

trabalho especialmente difícil, que requeria força e resistência física consideráveis.

Os prisioneiros trabalhavam em pares com uma serra e a produção semanal normal de dois homens era de 300 libras de madeira. Cem libras deviam ser despachadas todos os dias. “No século XVIII, os holandeses consideravam a manufatura de lã mais promissora e a introduziram em várias casas de correção. As internas, geralmente prostitutas e mendigas, eram empregadas nos teares”.¹⁴⁸

Convém observar que, enquanto os portugueses desbravavam o Brasil implantando o trabalho escravo na colônia, na Holanda, o pau-brasil era matéria-prima para o trabalho forçado nas Casas de Correção.

Tendo em vista que os ricos pagavam os custos e recolhiam impostos destinados a essas casas de correção, existem dúvidas sobre a real lucratividade dessas instituições. Todavia, é certo que a possibilidade de lucros era um fator decisivo para a instituição desses estabelecimentos. Era comum o argumento de que a pena de morte poderia ser mais barata imediatamente, mas, a longo prazo, ela se tornaria mais cara, pois “a nova forma de punição faria com que os delinquentes trabalhassem para o Estado. Restava claro que o confinamento sem trabalho não seria punição”.¹⁴⁹

Importa observar, contudo, que essas instituições foram mais lucrativas naqueles locais em que havia efetivamente, e por mais tempo, falta de trabalhadores, como na Holanda e na Alemanha. Nesses países o precoce desenvolvimento do capitalismo e o predomínio da ideologia calvinista de valorização do trabalho também eram maiores. Assim, na França, onde a influência católica era preponderante, essas instituições tiveram um caráter mais assistencial e acumularam prejuízos. Da mesma forma, em Portugal e na Espanha, essa experiência não foi relevante.

O exemplo da casa de trabalho de Amsterdã foi seguido em muitas outras cidades europeias, especialmente de língua alemã. Também aqui a expansão da experiência advém, não por acaso, daquelas regiões onde já havia um grande desenvolvimento de tipo mercantil-capitalista, ou seja, nas

¹⁴⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 56.

¹⁴⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 103.

idades da Liga-Hanseática (as *Zuchthäuse*), em Lubeck e Bremen (1613), Hamburgo (1622) e Dantzig (1630).¹⁵⁰

Outra região, na qual a casa de trabalho se difundiu bastante, poucos anos após a experiência holandesa, foi a Suíça, em Berna (1614), na Basileia (1616) e em Freiburg (1617). Diferentemente da relação entre as casas de correção inglesas e as de Amsterdã, entre as quais se pode apenas avançar uma influência indireta, a '*rap-huis*' holandesa foi visitada muitas vezes por enviados das diversas cidades em que seriam implantadas instituições semelhantes. Também, neste ponto, é inegável que "o mesmo tecido conectivo econômico e religioso, em especial calvinista, que ligava estas diversas regiões, exerceu um peso notável no favorecimento da expansão da experiência".¹⁵¹

Além disso, as casas de correção viabilizavam a produção de bens a baixos custos, com mão de obra barata, de modo que o treinamento de trabalhadores não qualificados e seus baixos salários foram fatores importantes para o desenvolvimento do capitalismo.

Destacou-se ainda o trabalho compulsório nas galés, pois havia a necessidade de remadores, e o trabalhador livre não aceitava o ofício. A deportação de trabalhadores para as colônias cessou com a escravidão negra nas últimas décadas do século XVII.

Uma tal oferta de trabalhadores aliviou consideravelmente a "fome de trabalho" nas colônias, e a deportação de condenados deixou de ser vantajosa, pois "a escravidão negra tendeu a manter um lucro maior que o trabalho dos criminosos, disponíveis por um período limitado de tempo".¹⁵²

Na Inglaterra, a casa de correção concorreu com uma série de medidas assistenciais que transformaram a caridade privada em pública, organizando os benefícios sociais.

A chamada *Old Poor Law* recebeu duras críticas, pois "enfraquecia o poder de intimidação das *workhouses*, a demonstrar a necessidade de manter a vida no cárcere em condições bem mais difíceis que a carente sobrevivência

¹⁵⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 103.

¹⁵¹ *Idem, Ibidem.*

¹⁵² RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 112.

fora dele”.¹⁵³

O mesmo motivo levou as *rap-huis* holandesas a diminuírem gradativamente as lâminas utilizadas no penoso trabalho manual de raspagem do pau-brasil. Com a volta da ampla oferta de mão de obra, as casas de correção perderam sua possibilidade de produzir lucro direto e passaram apenas a exercer a função de punição e intimidação e condicionamento para o trabalho.¹⁵⁴

“É certo que o uso da religião como meio de inculcar a disciplina e a disposição para o trabalho duro foi essencial nessas instituições, mas, a motivação econômica foi determinante”.¹⁵⁵

Escrevendo na primeira metade do século XIX, Füsslin deu aos produtores dos Países Baixos o crédito de haverem introduzido as casas de correção no início do século XVI, embora as motivações tivessem sido menos éticas que materiais. Causava-lhe pesar, ele pensava, mas era muito comum ao longo da história o fato de que o progresso de uma nação, ou mesmo de toda a humanidade, em geral não se impulsiona sem o estímulo de alguma vantagem.

A barbaridade do sistema penal tornara-se mais e mais odiosa para a civilização avançada, mas o que a filantropia e a difusão da Ilustração não puderam implantar, foi conseguido, num dado momento, por meio de investimentos financeiros nas casas de correção.

O escólio de Füsslin merece uma reflexão especial, pois leva a concluir que as penas corporais e as inúmeras penas de morte foram abolidas, de fato, pelo interesse econômico em preservar a força de trabalho necessária ao desenvolvimento do capitalismo. Sem esse interesse econômico determinante, os humanistas não teriam encontrado espaço para seus argumentos. A vida humana, efetivamente, passou a ter um valor: o econômico.

Passado o momento de falta de mão de obra suficiente para a revolução comercial, as casas de correção, que já tinham se tornado verdadeiras

¹⁵³ MELOSSI, Dario.; PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 103.

¹⁵⁴ *Idem, Ibidem.*

¹⁵⁵ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 71. “O decreto de 1687, que fundou a casa de correção de Spandau, anunciava abertamente que o objetivo da instituição era promover a produção têxtil e combater a falta de tecelões no país”.

prisões, perderam sua função relacionada ao trabalho forçado e passaram a desenvolver atividades inúteis.

O proletariado, inclusive, protestava sustentando que, além de tirar trabalho dos homens livres, as prisões, muitas vezes, ofereciam condições de sobrevivência melhor do que a usufruída pelo pobre honesto mais carente.

“Essa situação gerou o endurecimento do tratamento carcerário e aumentou o número de mortes entre os internos. Contudo, a pena de prisão estava consolidada”.¹⁵⁶

Cumpre, antes de encerrar este capítulo, destacar que, na transformação dos métodos de punição do absolutismo para o capitalismo, foram determinantes os interesses econômicos da elite da sociedade que estabeleceram uma mudança fundamental na política criminal. O crime e o criminoso passaram a ser destacados, analisados em todos os seus detalhes e expostos, enquanto a punição é a mais discreta possível.

É melhor que o povo tenha alguma sensação de impunidade e, constantemente, exija mais controle social do Estado e mais rigor nas punições, do que perceba que seus membros são gravemente punidos por esse controle. A insegurança em que vive a sociedade é divulgada, mas seus atores são trocados na propaganda ideológica.

O perigo não está mais no uso arbitrário da máquina estatal, está no criminoso, no indisciplinado, no desempregado, no vadio, no inútil, naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que, supostamente, usufrui com a vida em sociedade. “A violência vem daquele que rompeu com o contrato social que o favorecia”.¹⁵⁷

2.5 O Iluminismo penal

O movimento iluminista teve sua maior expressão na França no século XVIII, em função do acirramento das contradições do antigo regime naquele

¹⁵⁶ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 71.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 12. Acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: “O essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores”.

país. Também conhecido como Ilustração ou Época das Luzes, esse movimento intelectual defendeu o predomínio da razão sobre o teocentrismo que dominava a Europa desde a Idade Média. Os iluministas acreditavam que seu pensamento seria capaz de iluminar as trevas em que vivia a sociedade. Segundo eles, o pensamento racional deveria substituir as crenças religiosas e o misticismo, que impediam a evolução do homem que, por sua vez, deveria encontrar respostas lógicas para as questões que, até então, apenas a fé solucionava.

A Revolução Francesa proclamou seu lema: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo certo que o movimento também influenciou a Revolução Americana e a Inconfidência Mineira no Brasil.¹⁵⁸

O Iluminismo foi um movimento da burguesia que, carente de garantias e liberdades, desejava impor limites ao Estado e eliminar as regalias da nobreza. “Seriam proclamados os direitos naturais do indivíduo e a igualdade entre todos os homens perante a lei. O súdito seria substituído pelo cidadão, titular de direitos diante do Estado e contra ele”.¹⁵⁹

A não ser Montesquieu, que era aristocrata, o movimento se expressou por meio do pensamento de filósofos burgueses, cujas críticas às instituições existentes “prepararam o caminho para a onda revolucionária que destruiu o Antigo Regime”.¹⁶⁰

Os iluministas eram otimistas, acreditavam no progresso constante do homem e defendiam uma sociedade justa e com direitos iguais para todos. “Eles criticavam a intolerância religiosa, as práticas mercantis, o absolutismo e os privilégios da nobreza, favorecendo assim os interesses burgueses que desejavam maior participação política e liberdade econômica”.¹⁶¹

Como movimento burguês, o iluminismo ressaltou a proteção à

¹⁵⁸ A história anglo-saxônica nos forneceu marcos importantes. Na Inglaterra tem-se as célebres cartas ou pactos limitando o poder do soberano e protegendo os súditos: a Carta Magna (1215), o Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights (1689). Nos Estados Unidos diversas declarações antecederam a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹⁵⁹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Op. cit., p. 125.

¹⁶⁰ AQUINO, Rubim Santos Leão de; ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1983, p. 58.

¹⁶¹ BURNS, Edward McNall. Op. cit., pp. 460-469.

propriedade privada, tornando-a um direito sagrado e inviolável e, defendendo a liberdade mercantil de contratar, acabou por encontrar seu fundamento para o novo Estado: o contrato social. A justificativa para o exercício do poder deixou de ser o direito divino e passou a ser o contrato social.

Esse processo adquire consistência a partir do século XVII, por obra de filósofos como Thomas Hobbes (dito filósofo do absolutismo, entendimento que foi revisado magistralmente por Hans Welzel), John Locke, Samuel Puffendorf, Charles Secondat de Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, dentre outros. Na concepção desses pensadores, ditos genericamente iluministas, embora pesem diferenciais, o homem deixa de ser súdito e passa a ser cidadão. É agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. “Revivendo a teoria do contrato social, mas dando-lhe uma feição heurística, estes autores entendem que o Estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato”.¹⁶² Neste ponto, fica o registro da transformação do fundamento do Estado: o direito divino de governar é substituído pelo contrato burguês.

Essa transformação trará consequências na justificativa do direito de punir, em prejuízo das classes mais baixas da população. No direito penal, o iluminismo se destacou pelo seu humanitarismo, propondo a revisão dos Códigos Criminais, caracterizados pela crueldade, e um tratamento mais generoso aos prisioneiros.

Em nome da igualdade e contra os privilégios de nascimento, “os iluministas criticaram o julgamento dos homens de acordo com sua condição social e se posicionaram contra a escravidão. Enfim, surgiu uma preocupação com os direitos e garantias do indivíduo frente ao Estado”.¹⁶³

No Iluminismo há uma redefinição das relações entre os indivíduos e o Estado, que pode ser sintetizada em quatro vetores principais: “o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; a fundamentação racional da pena que exige proporcionalidade com o fato cometido; a diferenciação entre delito e pecado, levando a um tratamento diferenciado dos crimes contra a religião e a moral e, finalmente, a humanização das penas, com a preponderância da pena

¹⁶² BURNS, Edward McNall. Op. cit., p. 57.

¹⁶³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 116.

privativa de liberdade”.¹⁶⁴

Muitos filósofos, hoje consagrados, participaram desse movimento, mas serão abordados apenas os mais relevantes para o estudo da prisão e da justificativa do direito de punir: Cesare Beccaria (1736-1774), John Howard (1725-1790), Jeremy Bentham (1748-1832) e Immanuel Kant (1724-1804).

Pelas datas de nascimento dos intelectuais e diante do estudo já realizado sobre as primeiras casas de correção, percebe-se que os autores do Iluminismo penal citados, defensores do direito penal moderno e da fundação do Estado em novas bases, surgiram quando as casas de correção já estavam consolidadas. Assim, a primeira casa de correção surgiu na Inglaterra no ano de 1555 e seu desenvolvimento máximo ocorreu pouco depois, na Holanda, no final do século XVI.

Isso demonstra que não foi o iluminismo o responsável pela criação das prisões modernas, mas, o enfraquecimento da questão econômica envolvendo esses estabelecimentos. A renovada oferta de mão de obra, com períodos, inclusive, de escassez de empregos, fez com que a prisão precisasse de um apoio para persistir, ou a economia poderia impor imediatamente o retorno às penas capitais e às penas cruéis. Foi o iluminismo que, ao combater as penas cruéis, conseguiu encerrar, ao menos formalmente, esse capítulo da história.

A realidade da prática penal mostra que os direitos garantidos em lei nem sempre são cumpridos, mas é inegável que as garantias penais constitucionais são uma conquista e um avanço que os estudiosos, políticos/governantes/tribunais, precisam manter, ainda que o poder econômico deseje o contrário.

Nesse ponto, também é mais que provável que a experiência da igreja católica, com suas penas privativas de liberdade, tenha influenciado positivamente os reformadores, embora essa mesma experiência não tenha participado das primeiras casas de correção, pois elas ocorreram em países protestantes, em sintonia com os ideais calvinistas. Assim, o ideal de penitência da Igreja, com o arrependimento e a recuperação do criminoso, coincide com as novas teorias mais humanitárias que criticavam abertamente o sadismo do direito penal do Absolutismo.

¹⁶⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Op. cit., p. 116.

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Sobre a influência do Direito Canônico nos princípios que orientaram a prisão moderna, afirma-se que as ideias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram transladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinquente. Os mais entusiastas manifestam que, nesse sentido, as conquistas alcançadas em plena Idade Média não têm logrado solidificar-se, ainda hoje, de forma definitiva, no direito secular. Entre elas, menciona-se a individualização da pena, conforme o caráter e temperamento do réu.

Seguindo a tradição canônica, na qual se fazia distinção entre pena vindicativa e pena medicinal, pode-se encontrar as iniciativas penitenciárias de Filippo Franci e as reflexões de Mabillon durante o século XVII, as realizações dos Papas Clemente XI e Clemente XII.¹⁶⁵

O trabalho realizado por John Howard foi de extrema importância para a melhora das condições das prisões na Europa. Sendo que as prisões começaram a piorar suas condições de dignidade humana assim que o desenvolvimento do capitalismo conseguiu dominar a economia e impor suas condições para o proletariado. Se a vida fora do cárcere era difícil, a intimidação dos trabalhadores só ocorreria se no cárcere as condições de sobrevivência fossem ainda piores. Os relatos de Howard sobre as condições das prisões revelaram essa situação permitindo sua crítica construtiva.

Seu interesse pelo cárcere foi despertado por uma dramática experiência pessoal. Em 1765, Howard deixava a Inglaterra para socorrer vítimas de um terremoto em Lisboa, quando seu barco foi retido por corsários e os passageiros encaminhados ao fétido calabouço. “Ao regressar à Inglaterra foi eleito *sheriff* do condado de Bedford e passou a ocupar-se das reformas do

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106.

estado das prisões”.¹⁶⁶

Para o bom encaminhamento dos trabalhos, o humanista visitou inúmeras instituições penais em vários países, sendo que, em 1777, revelou os valiosos resultados de suas pesquisas. Howard constatou que, em função das prisões terem perdido sua relevância econômica com o trabalho dos presos, a maioria das instituições penais se apresentava decadente e oferecia péssimas condições de vida e até de sobrevivência para os presos.

Seus alertas procuravam conscientizar sobre a importância da fiscalização da vida carcerária por magistrados, além da necessidade de humanização das prisões, com alimentação, saúde e higiene viáveis. Ele também destacou a prioridade de reforma do delinquente em detrimento da retribuição. Embora não tenha conseguido alterações substanciais na reforma dos estabelecimentos de seu país, conseguiu influenciar positivamente mudanças desejadas.

Um acontecimento importante para o progresso do sistema penitenciário resultou na criação do Conselho Superior das Prisões, por ato de Luiz XVIII, em 1819. Muitos inquéritos foram instaurados para averiguar as misérias dos cárceres e outros estabelecimentos destinados a recolher réus acusados ou condenados, ou pessoas mentalmente enfermas.

“Em 1828, surgiu a obra de Charles Lucas (*La reforme pénitentiaire em France*) que tanto contribuiu para a revisão e a estrutura dos estabelecimentos penais”.¹⁶⁷

Immanuel Kant e Jeremy Bentham merecem uma atenção especial, pois suas reflexões originaram as duas principais teorias da pena: retribuição e prevenção. As teorias da pena pretendem justificar o direito de punir do Estado e dessa forma podem legitimar ou não o sistema punitivo.

Destaca-se que, se durante o absolutismo os pensadores aceitavam e defendiam o direito divino dos reis como fundamento do exercício, por vezes arbitrário, de seu poder, a decadência desse regime tornou imprescindível uma construção racional, capaz de substituir o argumento religioso que justificava os atos do soberano. Nessa busca por respostas, Bentham e Kant escolheram

¹⁶⁶ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 112.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem.*

caminhos opostos, mas a correta compreensão de seus argumentos exige uma contextualização histórica e espacial de cada pensador.

Bentham nasceu em 1748, em Londres, na Inglaterra e isso já diz muita coisa. A Inglaterra foi o país que primeiro vivenciou a revolução industrial e a decadência do absolutismo, antes de 1789, graças à política, à economia e à religião.

Na Idade Média, o Parlamento atuava como barreira aos excessos do monarca. “Quando, em 1215, o rei João-Sem-Terra (1119-1216), já desgastado pelas guerras, pretendeu a elevação dos impostos e a tributação das propriedades eclesiásticas, a nobreza se organizou em protesto e exigiu a assinatura do rei em um documento: a Magna Carta”.¹⁶⁸ Esse documento remodelou o papel do rei. Entre outras disposições, a lei vedava a criação de impostos sem a consulta ao Grande Conselho (formado pelo clero e a nobreza, futuro Parlamento) e nenhum súdito poderia ser condenado à prisão sem antes passar por um processo judicial.

A religião foi a principal causa da revolta contra o absolutismo inglês. Os radicais protestantes não toleraram a política religiosa do rei e transformaram essa oposição em causa para a guerra civil. A crise se iniciou com a dinastia Stuart, segunda e última dinastia absolutista da Inglaterra. Imprudentemente, o monarca impôs a seus súditos a doutrina francesa do direito divino dos reis e, em sua alocução de 1609, declarou que “os reis são com justiça chamados deuses, pois exercem na terra uma espécie de poder divino”.¹⁶⁹

A oposição do povo diante dessa ridícula pretensão de autoridade divina era previsível, pois a Inglaterra já contava com tradições de liberdade que não seriam superadas.

De 1611 a 1621, Jaime I governou praticamente sem Parlamento, mas, em 1613, Edward Coke foi nomeado presidente do Supremo Tribunal e se

¹⁶⁸ HOWARD, A. E. Dick. *Magna Carta: text and commentary*. Virginia: Virginia University, 1997, p. 148. A Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra impedindo o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses sobre as prerrogativas do soberano.

¹⁶⁹ BURNS, Edward McNall. Op. cit., p. 428.

tornou o paladino dos direitos do povo, pois era defensor do direito consuetudinário aplicado pelos juristas, bem como defensor das liberdades básicas inferidas na Magna Carta. Jaime morreu em 1625 e foi substituído por seu filho Carlos I, que alimentava as mesmas ideias tirânicas de seu pai.

Carlos I entrou em conflitos políticos e religiosos e, quando precisou de recursos financeiros, em função de uma guerra travada com a França, desrespeitou decisão do Parlamento e instituiu empréstimos compulsórios, punindo a oposição com a invasão de suas residências com soldados e a imposição de prisão sem processo. “O Parlamento se organizou e exigiu a assinatura do rei na Petição de Direitos de 1628”.¹⁷⁰

Contudo, Carlos não aprendeu com o ocorrido e continuou desrespeitando seus súditos. Sem nenhuma sensibilidade política ou religiosa, seus atos arbitrários acabaram por desagradar os calvinistas, que organizaram uma rebelião armada, iniciando uma guerra civil generalizada. A guerra durou de 1642 a 1649 e terminou sob o comando de Oliver Cromwell, que assumiu o poder depois de eliminar a monarquia. Julgado pela Alta Corte de Justiça Especial, Carlos foi decapitado em 30 de janeiro de 1649. Pouco depois, foi abolida a Câmara de Lordes e a Inglaterra tornou-se uma república oligárquica.

A Revolução puritana completava sua primeira fase. No entanto, a Inglaterra ainda estava longe de vivenciar tranquilidade política e religiosa, que só foi alcançada com a Revolução Gloriosa (1688-1689), quando o trono inglês foi declarado vago e oferecido ao príncipe Guilherme de Orange e sua esposa.

Em 1689, o Parlamento aprovou inúmeras leis para proteger os direitos dos ingleses e proteger seu próprio poder contra intromissões da coroa. A primeira lei aprovada determinava que as verbas do tesouro fossem fixadas para o período de um ano. Em seguida, foi publicada a Lei de Tolerância que estabelecia liberdade religiosa a todos os cidadãos, menos aos católicos e unitários.

A importância da Revolução Gloriosa foi enorme, pois terminou

¹⁷⁰ BURNS, Edward McNall. Op. cit., p. 430. “O fruto dessa tirania foi a petição de direitos que os líderes do Parlamento obrigaram Carlos a assinar em 1628. Esse documento declarava ilegais todos os impostos não aprovados pelo Parlamento. Condenava também o abotamento de soldados em casa particulares e proibia as prisões arbitrárias e a aplicação da lei marcial em tempo de paz”.

definitivamente a monarquia absoluta na Inglaterra e estabeleceu o governo do Parlamento. Igualmente contribuiu para as revoluções americana e francesa nos fins do século XVIII, bem como uma parte considerável da *Bill of Rights* foi incorporada à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, na França, e às primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos.

Quando Jeremy Bentham¹⁷¹ nasceu, em 1748, na Inglaterra, o Parlamento, e não o rei comandava o país. Os ingleses desfrutavam de inúmeras cartas de direitos e a burguesia não ansiava tantas mudanças estruturais, pois de certa forma já as tinha conquistado. O poder do rei já tinha sido recusado pelo Parlamento de forma consistente, sem necessidade de quaisquer outros argumentos além daqueles expressos e impostos pelas cartas que garantiam direitos e liberdades individuais aos ingleses.

Certamente, tantas circunstâncias políticas favoráveis deram condições a Bentham para criticar os contratualistas¹⁷² e desenvolver sua teoria da pena, com base em uma máxima hedonista e consequencialista.

Como princípio orientador para a política pública, Bentham assumiu uma máxima que surgiu no início do século XVIII por intermédio de um filósofo escocês-irlandês chamado Francis Hutcheson: “A melhor ação é a que proporciona a maior felicidade ao maior número de pessoas”.¹⁷³ Helvetius, pensador francês, também teve influência decisiva em seu pensamento.¹⁷⁴

Segundo Bentham, o destino e o anseio do homem é ser feliz. Para atingir tal objetivo, os homens agem buscando o prazer e evitando a dor. Bentham, como um verdadeiro empirista, constata isso e faz dessa experiência um princípio de sua ética utilitarista. A dor e o prazer são os fatores que estão sempre ligados ao certo e ao errado e às causas e aos efeitos. O pensamento de Bentham, portanto, é hedonista (busca o prazer e evita a dor) e

¹⁷¹ BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 106.

¹⁷² Pensadores que fundamentam o Estado em um pacto social, como Hobbes ou em um contrato social com Rousseau e Kant.

¹⁷³ BENTHAM, Jeremy. Op. cit., p. 76.

¹⁷⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 93. “(...) ligar o interesse geral com o pessoal. Essa união é o princípio fundamental que os moralistas devem propor a si mesmos. Se os cidadãos não pudessem buscar sua própria felicidade individual sem promover a felicidade pública, não haveriam de existir indivíduos maldosos, mas sim tolos; portanto, toda arte do legislador consiste em forçar (os homens) por meio do amor próprio, a serem sempre justos uns com os outros”.

consequencialista (considera a consequência dos atos para reprová-los ou não) e “tem seu fundamento no princípio da utilidade ou princípio da maior felicidade para o maior número, sistema que coloca a felicidade nas mãos da razão e da lei”.¹⁷⁵

Com o princípio da utilidade, aprova-se ou desaprova-se qualquer ação, de acordo com a tendência que ela tem de aumentar ou diminuir a felicidade dos envolvidos. Determinado comportamento será certo ou errado, tendo em vista as consequências boas ou ruins que ele pode trazer às pessoas. Se no resultado do cálculo das consequências ele aumentar o prazer ou a felicidade, ou diminuir o sofrimento, então é o comportamento certo a ser realizado, caso contrário, deve ser evitado. Por utilidade, Bentham entende a capacidade de qualquer objeto de produzir prazer, felicidade ou prevenir dor ou sofrimento.

O princípio da maior felicidade para o maior número deve ser aplicado ao comportamento individual e aos atos do governo, pois o interesse da comunidade é a soma dos interesses de seus vários membros.

De acordo com Bentham, a conduta estará correta ou errada conforme tenha como consequência o sofrimento ou o prazer das pessoas envolvidas. É uma construção racional extremamente vigorosa para a superação de valores culturais e preconceitos. Isso talvez explique o fato de Bentham ter defendido o voto das mulheres e os direitos dos homossexuais já naquela época.¹⁷⁶

Segundo seu raciocínio, não existia justificativa racional para considerar crime a homossexualidade. Assim, enquanto em toda Europa a sodomia era punida com a morte, Bentham conseguia defender racionalmente essa liberdade. A importância disso, na teoria da pena, é enorme, pois limita a atuação punitiva do Estado laico. Só pode ser considerado crime aquilo que efetivamente causa lesão a bem jurídico indispensável para a manutenção da vida em sociedade. Tudo o mais é arbítrio, excesso de poder e desrespeito às liberdades e às garantias individuais.

Essa limitação de conteúdo do direito penal, a teoria retributiva de Kant não consegue oferecer. Diferente de Bentham que é um empirista, Kant é um idealista e sua teoria da pena tem fundamento em uma ética deontológica

¹⁷⁵ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 93.

¹⁷⁶ *Idem, Ibidem.*

(ética do dever), onde a liberdade é o agir moral, agir de acordo com o dever. Quem realiza a conduta ética não está buscando prazer, felicidade ou qualquer outro interesse. Trata-se do cumprimento do dever pelo dever. Quem não cumpre seu dever merece sua pena. Não dar a pena a quem merece é desrespeitá-lo como agente racional.¹⁷⁷

A teoria da retribuição compensa a culpabilidade do autor com a imposição de um mal. A pena aqui não tem nenhuma finalidade que ultrapasse a realização da ideia de justiça. A pena não serve para nada, pois é um fim em si mesma. É famoso o exemplo da ilha de Kant onde, mesmo diante da inutilidade da punição, o ideal de justiça deve ser preservado. A fórmula dialética de Hegel também é consagrada e propõe a pena como a negação da negação do direito. A negação do crime pelo sofrimento restabelece o direito lesado, assim como na teologia cristã.

A coincidência entre o idealismo filosófico e a tradição cristã garante a esta corrente o maior número de seguidores na Alemanha. Porém, a teoria da retribuição não esclarece quando se deve punir; ela deixa sem resposta a questão: “Sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar?”. Assim, ela não estabelece um limite quanto ao conteúdo do poder punitivo estatal, concedendo, de certo modo, um cheque em branco ao legislador. Não surpreende que tenha sido aplicada desde o absolutismo até hoje, configurando um evidente perigo prático.

Segundo Kant, a finalidade da pena é o restabelecimento da justiça e isso é conseguido impondo ao infrator um mal. Nenhum outro objetivo existe além deste: o império da justiça. Portanto, “a finalidade da teoria da retribuição é teórica, e não prática. Trata-se de um ideal a ser preservado”.¹⁷⁸ Aliás, essa é uma das críticas que o sistema kantiano recebe, sua abstração excessiva, distante das necessidades práticas do cotidiano, principalmente quanto à pena.

¹⁷⁷ LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Tradução de Luís Alberto Peluso. Campinas: Papirus, 1990, p. 106. Essa singela descrição da ética kantiana já revela o quanto ela está próxima da ética calvinista presente na Alemanha: “a ética do dever, a ética do trabalho e da sobriedade”. Kant baseia sua ética em seu imperativo categórico: age segundo uma máxima tal que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne lei universal. Estaríamos assim comprometidos com a universalização de nossas ações, de modo que os outros podem nos tratar como nós os tratamos. Isso explicaria a ideia retributivista de que o infrator “deseja sua própria punição” ou que ele “impingiu uma punição a si próprio”.

¹⁷⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 109.

A teologia segue pelo mesmo caminho, considerando a justiça uma ordem divina e a pena uma execução da função judicial divina. Por conseguinte, na teoria retributiva tem-se a tradição filosófica do idealismo e a tradição religiosa, que penetram de inúmeras maneiras na cultura burguesa ocidental.

Kant defende que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, jamais um meio. Enquanto a coerção que impede o crime é justa, a pena posterior não pode ter qualquer outro fim que a transcenda ou torne-se imoral, pois usa o homem como meio, ainda que seja para melhoramento próprio. “Com sua teoria dedutiva, Kant pretende legitimar a pena sem mediatizar o ser humano, usando o talião para encontrar o seu limite”.¹⁷⁹

Assim, com o confisco dos conflitos pelo Estado, o crime não é uma lesão apenas à vítima, mas também à sociedade, de modo que ele traz um desequilíbrio no plano individual e social. A reparação visa o plano individual e a retribuição, o social. Portanto, a pena não é a reparação dos danos causados pelo delito, já que o crime deflagra duas ideias diferentes: reparação e retribuição.

Nietzsche questiona, como pode o fazer sofrer ser uma reparação, e os adeptos da teoria retributiva respondem que o fazer sofrer da pena não visa reparar, mas castigar. Não é razoável pagar um mal cometido com um segundo mal, a pena. “A única justificativa é a vingança humana ou um ato de fé, e nenhum dos dois pode ser imposto pelo Estado”.¹⁸⁰ Logo, a retribuição, na verdade, recorda o arcaico princípio de talião e não basta para justificar a pena.

A teoria do contrato social tem papel central na teoria da pena retributiva, sendo certo que Rousseau exerceu profunda influência em Kant. Assim, o contrato social substitui racionalmente a justificativa divina do Estado absolutista, dando fundamento para o Estado da era da revolução industrial. Muda o poder dominante, mas a necessidade de conformismo continua a mesma. A fé cede lugar à razão, mas a abstração é tanta que o dogma parece continuar a reinar.

Se antes os miseráveis precisavam se conformar com a desgraça

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 109.

¹⁸⁰ *Idem, Ibidem.*

terrena para garantir um lugar no paraíso celeste e evitar o inferno, agora, tendo feito um contrato hipotético, ainda que desvantajoso, devem cumpri-lo por dever, sem nenhum interesse além deste: o dever cumprido. Por pior que seja a situação, o homem deve conformar-se, pois a aceitou por contrato e se quebrar as regras merecerá sua pena. Fica a questão: se o contrato inicial é injusto, como a pena pelo descumprimento do contrato pode ser justa?¹⁸¹

Kant considera o ser humano um ser racional, capaz de responder pelos próprios atos, sendo que “a ideia de liberdade está diretamente ligada à de autonomia e, a este, o princípio universal da moralidade, o qual está na base de todas as ações de seres racionais, como a lei natural está na base de todos os fenômenos”.¹⁸²

Contudo, a liberdade humana pressupõe liberdade de vontade ou livre arbítrio, e sua existência é indemonstrável. Ainda que se pudesse afirmar, a liberdade de vontade não seria garantia de que determinado homem poderia ter atuado de outra maneira em uma dada situação concreta. Portanto, meras suposições não podem justificar intervenções tão graves nos direitos individuais.

Enfim, a influência religiosa no pensamento de Kant sobre a teoria retributiva da pena deixa o ser humano à mercê de regimes totalitários e não ajuda a diminuição da crueldade nem humaniza o cárcere.

Tem-se que Kant viveu praticamente na mesma época que Bentham. Veja-se, agora, a posição de Kant quanto à homossexualidade e o crime de sodomia, diante da aplicação da teoria retributiva da pena.

A retribuição não se sustenta racionalmente e, principalmente, não oferece as garantias necessárias ao indivíduo frente ao Estado punitivo. A retribuição endossa a vingança e não limita o conteúdo material do direito penal, sendo realmente perigosa e útil aos Estados totalitários. Vale mencionar que “Bentham, ao contrário de Kant, não era religioso, mas ateu; um autêntico radical reformador”.¹⁸³

Ao criticar o princípio do ascetismo, Bentham menciona um

¹⁸¹ CHIAVERINI, Tatiana. Apontamentos sobre a pena em Immanuel Kant. In: *Phrónesis, Revista de Ética*, Campinas: PUC, nº 2, v. 8, jul./dez., 2006, p. 156.

¹⁸² ROXIN, Claus. Op. cit., p. 159.

¹⁸³ BENTHAM, Jeremy. Op. cit., p. 75.

procedimento punitivo como o kantiano e afirma sarcasticamente que, nesse caso, a proporcionalidade é aplicada quando estabelecidas quais condutas desagradam. A punição dos infratores será proporcional ao grau de desagrado. Se uma conduta for muito odiada será punida com severidade, se pouco odiada, com menos severidade, pouco importando a utilidade da punição.¹⁸⁴

A definição do eminente utilitarista apresenta dois elementos importantes: a imposição de um mal intencional direto e o motivo, que é um anterior comportamento impróprio do castigado. Portanto, para que a noção de castigo se apresente, precisa-se ter obrigatoriamente um comportamento inadequado por parte daquele que será punido, lembrando que esse comportamento pode ser comissivo ou omissivo; além de um mal imposto intencionalmente em decorrência da falta praticada.

Pode parecer redundante esclarecer que “não se tem castigo sem a imposição de mal intencional ligado a uma falta anterior, mas, esse pormenor tem sua serventia”.¹⁸⁵ Bentham, com esses elementos do conceito, consegue seu intento de diferenciar a ação de castigar de outras ideias próximas.

Nos casos acima citados, percebe-se que a falha está no motivo, pois só se pode falar em castigo quando existe efetivamente um comportamento anterior reprovável, danoso, ou formalmente impróprio. A ausência do motivo (pura hostilidade) ou sua deturpação (vingança ou antipatia) fazem desaparecer a noção de castigo.

Enfim, embora a ética utilitarista de Bentham possa trazer inúmeras garantias ao direito penal, as críticas radicais e o desconhecimento do autor têm privado a muitos desse benefício. Hoje, ainda prevalece a maior aceitação da teoria retributiva da pena.

Contudo, a obra mais conhecida de Bentham é o *Panóptico*,¹⁸⁶ divulgada pelas críticas de Foucault em seu *Vigiar e Punir*. No *Panóptico*, Bentham sustenta uma arquitetura penitenciária capaz de viabilizar uma vigilância

¹⁸⁴ BENTHAM, Jeremy. Op. cit., p. 75. Ironias à parte, segundo Bentham castigar é “impor o mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação que parece que se fez ou deixou de fazer”.

¹⁸⁵ *Idem, Ibidem*, p. 75.

¹⁸⁶ O panóptico foi escrito em 1787 quando Bentham estava na Rússia, em companhia de seu irmão menor Samuel, arquiteto e parceiro no Panóptico, que estava a serviço de Catarina, a Grande. A obra é um conjunto de cartas enviadas por Bentham à Inglaterra, descrevendo a arquitetura da prisão ideal, suas vantagens e possibilidades de aplicação.

constante, embora oculta de todos os detidos. Foucault o acusa de ser o mentor intelectual da sociedade de vigilância que se dissemina a cada dia.

Especialmente importante é mencionar o *Panóptico* de Bentham porque ele comprova tudo o que se tem falado até aqui a respeito da origem das prisões. Ou seja, os métodos punitivos vão sendo desenvolvidos em busca da maneira mais econômica de controlar os menos favorecidos, sejam eles criminosos ou simplesmente pobres.

O sistema parece aplicável, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter, sob inspeção, um certo número de pessoas.

Não importa quão diferentes ou até mesmo quão opostos sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar.

A arquitetura do panóptico permite que o condenado, doente, operário, louco ou escolar, esteja perfeitamente individualizado e constantemente visível. O princípio da masmorra que tranca, priva de luz e esconde, é invertido. “Só o trancar permanece, pois agora há plena luz e a suposição de um olhar constante do vigia. A visibilidade é uma armadilha”.¹⁸⁷

Os detentos não têm possibilidade de contato entre si, são vistos, mas não vêem. São objeto de uma informação, nunca sujeito de uma comunicação. Com isso, não há violências recíprocas, más influências, planos de fuga, “cola”, contágio. A multidão, onde as trocas acontecem, é substituída por várias individualidades separadas. Aos detentos, resta uma “solidão seqüestrada e olhada”.¹⁸⁸

O poder se torna visível e inverificável. A relação de poder se mantém, ainda que, na realidade, ela não esteja ocorrendo naquele momento. “Não é preciso que o preso esteja efetivamente sendo vigiado, mas apenas que ele

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 159.

¹⁸⁸ *Idem, Ibidem*. O efeito mais importante do panóptico é “induzir ao detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder”.

pense que está”.¹⁸⁹

Não é mais necessário recorrer à força para conseguir o comportamento desejado dos detentos. É o fim das grades, das correntes, das fechaduras pesadas; o vigiado incorpora as limitações do poder e as faz funcionar espontaneamente sobre si mesmo. Com o poder interno sendo o princípio de sua própria sujeição, o poder externo pode aliviar-se.

Foucault sugere que Bentham talvez tenha se inspirado no zoológico construído por Le Vaux em Versalhes, que tinha uma arquitetura parecida com o panóptico. O Panóptico é um zoológico real; o animal é substituído pelo homem, a distribuição individual pelo grupamento específico e o rei pela maquinaria de um poder furtivo. Além disso, permite fazer diferenças e classificações: nos estudantes, distinguir o que é “preguiça e teimosia” da “imbecilidade incurável”, nos operários constatar o tempo que cada um leva para fazer um serviço e calcular seu salário em função disso.

Cesare Beccaria (1738-1794), profundamente influenciado pelas obras dos racionalistas franceses, publicou, em 1764, seu famoso tratado *Dos delitos e das penas*. Beccaria condenou as penas severas para dissuadir criminosos e ponderou que a intimidação seria melhor garantida pela certeza de punição. Recomendou a abolição da tortura e condenou a pena capital, que, segundo ele, não poderia ser revogada em caso de erro judiciário. Ele defendeu ainda a legalidade, a proporcionalidade da pena e sua humanização. “O livro de Beccaria foi traduzido para várias línguas e influenciou positivamente diversas legislações, tendo importância vital na reforma penal dos últimos séculos”.¹⁹⁰

Beccaria lançou as bases do direito penal moderno e, talvez, seu principal mérito ainda não tenha sido bem compreendido: sua teoria da pena. Beccaria era contratualista e utilitarista. A aparente contradição em unir dois sistemas opostos funciona perfeitamente na teoria da pena de Beccaria.

Por conseguinte, Beccaria asseverou que “somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que, cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção

¹⁸⁹ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 159. “O panóptico é uma máquina de dissociar o par ver/ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto”.

¹⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 126.

possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante".¹⁹¹ A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. "As penas que vão além da necessidade de manter o propósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e a maior liberdade que o soberano propiciar aos súditos".¹⁹²

Como se percebe, Beccaria, como Bentham, foi influenciado por Helvetius, não é retribucionista, é utilitarista e contratualista. "Com o contrato ele consegue remediar a ausência de uma teoria da justiça no utilitarismo, e, com ele, limita o direito penal justificado pelo contrato. Uma opção teórica a merecer maiores estudos em outra oportunidade".¹⁹³

Importa observar que o prevalecimento das teorias contratualistas e retributivas impõe um fundamento para o Estado e seu direito de punir irracional e dogmático, baseado na imposição de vingança coletiva e no sofrimento.

Eventuais paradoxismos do sistema podem ser explicados porque as reformas burguesas foram feitas quando ela se via na situação de oprimida, e não de titular do poder político e econômico. Agora, há notícias que assustam, demonstrando o interesse em voltar atrás em direitos que já foram formalmente garantidos a todos os homens.

"Para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis por meio de injúrias".¹⁹⁴

2.6 Finalidades da pena privativa de liberdade

A imposição de uma pena criminal, mormente a pena privativa de

¹⁹¹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 19.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 123.

¹⁹³ *Idem, ibidem*.

¹⁹⁴ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 45.

liberdade, constitui o mecanismo mais avassalador de que lança mão o Estado para impor o respeito às normas jurídicas.

As teorias sobre as finalidades da pena é tema de permanente atualidade prática, pois buscam fundamentos para legitimar (e em um Estado Democrático de Direito, sobretudo para limitar) a privação da liberdade de um indivíduo (ou mesmo outra forma de intervenção, que lhe diminua a capacidade de autodeterminação) via intervenção estatal.¹⁹⁵

Segundo Figueiredo Dias, o estudo das finalidades da pena está ontologicamente ligado ao próprio *destino do direito penal*, pois irá determinar a maneira de atuar da pena, para cumprir a função discursiva do direito penal, influenciando, portanto, a própria concepção material de crime.¹⁹⁶

De fato, o ideal seria o compartilhamento de um projeto comum entre o direito penal e a pena – e, diga-se, este é o discurso oficial que busca legitimar pelo menos as funções aparentes, declaradas ou manifestas – retribuição e prevenção geral/especial da criminalidade –, não as reais ou latentes funções da pena (capazes de explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas).¹⁹⁷

Em suma, procura replicar à seguinte indagação: qual o sentido, as finalidades e os limites da atuação estatal nessa esfera? Obviamente, a resposta não é simples, nem pode estar desconectada das contínuas

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 114-115. Zaffaroni denomina tais teorias de modelos de discursos legitimantes do poder punitivo, nos quais sempre estaria presente (ainda que por via indireta) a função geral de defesa social, subdividindo-os em dois grandes grupos: “(...) a) o que pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram, das chamadas teorias da prevenção geral, as quais se subdividem em negativas (dissuasórias) e positivas (reforçadoras); e b) o que afirma que o referido valor atua sobre os que delinquiram, das chamadas teorias da prevenção especial, as quais se subdividem em negativas (neutralizantes) e positivas (ideologias: reproduzem um valor positivo na pessoa)”.

¹⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 89-90.

¹⁹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 111-112. Neste sentido aguçadamente observa Batista: “quando se fala nos fins (ou ‘missão’) do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso *antes do crime*; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso *depois do crime*/pena/sociedade. Ao direito penal cumpre funções nobres – sinal social positivo – enquanto à pena é atribuído um sinal social negativo, que fica claro em todos os núcleos que informam as mais variadas teorias: retribuir o mal com o mal, intimidar etc. Um iniciante estaria tentado a considerar, até, que os fins do direito penal e os fins da pena habitam a mesma casa, porém os primeiros na sala de visitas e os segundos na cozinha”.

transformações da vida em sociedade ao longo do tempo, cujas aspirações essenciais busca, em determinado momento histórico, ver refletidas no modelo de Estado por esta sociedade adotado.

Logo, as funções da pena estão indissoluvelmente ligadas à finalidade que se atribua ao Estado, existindo entre aquelas e esta uma “vinculação axiológica”.¹⁹⁸

Esta percepção de que a missão da pena repousa sobre uma premissa política permite, ao relativizar a problemática, chegar a uma concepção minimamente aceitável sobre o tema.

E onde vem condensada a função do Estado? Na fórmula política por ele adotada, que, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, recebeu guarida expressa no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal: Estado Democrático de Direito, o qual, portanto, há de ser alçado “como princípio valorativo supremo que deve orientar toda elaboração dogmática do Direito Penal”.^{199, 200} Assim, a pena há de buscar sua finalidade e seus limites neste fundamento constitucional da ordem jurídica.

2.6.1 Teoria Monista

As posições fundamentais a respeito da matéria podem ser resumidas em três supostas respostas, quando isoladamente consideradas (daí a designação monistas): teoria absoluta ou da retribuição, teoria relativa ou da prevenção e teoria unificadora, eclética ou mista.

“A primeira se insere na teoria absoluta (absoluta = desligada), enquanto

¹⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social e Democrático de Derecho*. 2ª ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982, p. 15.

¹⁹⁹ *Idem, Ibidem*, p. 17. Consigna ainda o autor que “não somente a pena, mas também o delito hão de encontrar, pois, seu fundamento na concepção do Estado Social e Democrático de Direito, que se converte assim no suporte (valorativo) dos dois pilares sobre os quais gravita todo o sistema (teleológico) da Parte Geral do Direito penal”.

²⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 74. Zaffaroni e Pierangeli sustentam não ser possível erigir o componente Estado de Direito, no sentido de submissão de todos ao direito, como princípio geral orientador, face à constatação de que na realidade nem todos se encontram igualmente vulneráveis ao sistema penal, que é seletivo na sua incidência, existindo, assim, graus diferentes de realização do Estado de Direito, o que “nos conscientizará da necessidade de tê-lo como farol na tormenta e esforçarmo-nos continuamente para a sua realização ideal, propugnando uma integração comunitária organizada que diminua o grau de marginalização inevitável em toda a sociedade”.

as demais se encaixam na teoria relativa (relativa = referir-se a)”.²⁰¹

2.6.1.1 Teoria Absoluta ou Retributiva

De acordo com a teoria retributiva, a legitimação da pena repousa unicamente na compensação da culpabilidade do autor da infração com a imposição de um mal penal.

Com esta compensação, estaria realizada a ideia de justiça e é o que basta, não vislumbrando na pena qualquer finalidade (a pena não serve para nada, sendo um fim em si mesma, assim como o homem, que por isso não pode ser utilizado como instrumento em benefício da sociedade).

Como o crime não pode ficar sem castigo, ele há de ser aplicado sempre, ainda que não tenha qualquer utilidade social.

A medida concreta da pena há de corresponder, portanto, à “justa paga do mal que com o crime se realizou”,²⁰² o que evidencia sua fundamentação filosófica, originariamente, no princípio do talião (*olho por olho, dente por dente*).²⁰³

Em Kant, a pena é decorrência de uma exigência ética profundamente arraigada na consciência humana: que o bem seja recompensado com o bem, o mal com o mal; em Hegel, a razão de existir da pena está no seio do próprio ordenamento jurídico: ela se presta para reafirmar a autoridade da lei posta em xeque pelo delito praticado. Ainda que por fundamentos diversos, em ambas, o réu é apenado porque delinuiu (*punitur quia peccatum est et ne peccetur* – está sendo punido porque pecou e para que não mais peque).

Immanuel Kant (1724-1804) desenvolveu os fundamentos da sua

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 74.

²⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 91.

²⁰³ *Idem, Ibidem*. No decorrer da Idade Média, a teoria permeou-se de racionalizações religiosas, ancorando-se basicamente na seguinte ideia: “(...) a realização da justiça no mundo, como mandamento de Deus, conduz à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da justiça divina”.

concepção retributiva na obra *A Metafísica dos Costumes*²⁰⁴ (1797), mais especificamente na parte intitulada Doutrina do Direito.

Partindo de duas premissas – o livre-arbítrio²⁰⁵ dos seres humanos e a lei da punição (lei penal) como um imperativo categórico²⁰⁶ – apresenta a pena como um castigo pelo fato passado, como retribuição pelo crime praticado, destituída de qualquer finalidade.²⁰⁷

Para harmonizar a qualidade e quantidade de pena ao crime, Kant socorre-se da lei de talião (*ius talionis*), única forma de devolver ao criminoso, com a mesma intensidade (e, portanto, de forma justa), o mal por ele causado à sociedade com a prática do delito (equivalência entre o crime e o direito de

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992, pp. 49-53. Para Kant, apenas a parte não-empírica ou racional do conhecimento pode ser chamada de metafísica. Assim, o saber metafísico é um saber a priori, puro, isto é, que dispensa experimentação. Já com relação aos costumes, são entendidos por Kant como o conjunto de regras de conduta que disciplinam a ação do homem como ser livre e inteligível, que, portanto, adequa suas ações não às leis naturais, mas sim à legislação moral. Logo, metafísica dos costumes constitui a parte da filosofia moral que estuda as leis que regulam a conduta humana sob uma perspectiva exclusivamente racional (ou não-empírica).

²⁰⁵ GUARAGNI, Fábio André. Anotações de aula ministrada no curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania. UNIPAR-Umuarama (PR). Jun. 2005. A nota distintiva entre os homens e os demais seres vivos é a capacidade de atuar de acordo com o seu livre arbítrio. Esta capacidade de autodeterminação dota os seres humanos de dignidade, o que impede que sejam usados como objeto, como instrumento para alguma coisa. Assim, o ponto de partida de Kant residia no livre arbítrio, que não é passível de demonstração científica. O livre arbítrio de Kant era aquele destituído de qualquer influência externa, portanto, um imperativo categórico. Em verdade, livre arbítrio destituído da ambientalidade social não existe.

²⁰⁶ Todo imperativo traduz a ideia de um dever, de um comando, que quando categórico, é incondicional, ou seja, não funciona como meio para atingir qualquer fim. Os imperativos categóricos traduzem leis (morais) universais.

²⁰⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2003, (Série Clássicos Edipro), p. 174-175. “A punição imposta por um tribunal (*poena forenses*) (...) jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque *ele cometeu um crime*, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. (...) A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz daquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade pela vantagem que promete (...). Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra”.

retaliação).^{208, 209}

É com base no *ius talionis* que Kant sustenta, inclusive, a legitimidade da pena de morte para o homicídio (ou mesmo para crime contra o Estado que só possa ser punido com a pena capital), como única forma de satisfazer a justiça, porquanto responderia proporcionalmente à perversidade interior do criminoso, *in verbis*:

“Inexiste similaridade entre a vida, por mais desgraçada que possa ser, e a morte, e, conseqüentemente, nenhuma igualdade ou analogia entre crime e retaliação, a menos que a morte seja judicialmente aplicada ao criminoso, ainda que tenha que estar isenta de qualquer maltrato que pudesse tornar abominável a humanidade na pessoa que a sofre”.²¹⁰

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguínea não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça.^{211, 212}

²⁰⁸ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 175. “(...) que tipo e que quantidade de punição correspondem ao princípio e medida da justiça pública? Nada além do princípio de igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclinar-se não mais para um lado do que para o outro. Em conformidade com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. Se o insultas, insultas a ti mesmo; se furtas dele, furtas de ti mesmo; se o feres, feres a ti mesmo; se o matas, matas a ti mesmo. Mas somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas”.

²⁰⁹ *Idem, Ibidem*, p. 206. Mais adiante, o autor reafirma o direito de retaliação como único princípio seguro para o direito de punir, porque “determina essa ideia a priori (não derivado da experiência de quais medidas seriam mais eficazes para a erradicação do crime)”.

²¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 175.

²¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 178. Contesta inclusive Beccaria, para quem a pena de morte era um erro, por não estar contemplada dentre as cláusulas do contrato civil original, pois isto pressuporia que todos os componentes da sociedade tivessem consentido em perder a vida na hipótese de matar um outro integrante do povo. A esta assertiva, que Kant atribui a “sentimentos compassivos de afetada humanidade”, ele rebate no sentido de que “ninguém é objeto de punição porque a quis, mas porque quis uma ação punível [...]. Dizer que quero ser punido se assassino alguém é dizer nada mais do que me submeto, juntamente com todos os outros, às leis, que naturalmente também serão leis penais se houver quaisquer criminosos em meio ao povo”.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) construiu uma filosofia que elimina a distinção tradicional entre a ideia e o real, uma vez que ambas seriam aspectos de uma mesma coisa: o que é real é racional e o que é racional é real.

A realidade seria um processo lógico de evolução, que parte de um processo espiritual e somente pode ser compreendido quando se vivencia tal processo em si mesmo. A razão para Hegel não é uma faculdade da alma, mas sim a essência e norma do pensamento do homem.

Como consectário lógico desta proposição hegeliana, a razão do direito e das leis do Estado somente se realiza “numa sociedade em que os indivíduos livres reconhecem nas leis sua própria vontade e em si mesmos”.²¹³

O jusfilósofo nascido em Stuttgart justifica a pena como uma retribuição jurídica, assunto a que se dedica na primeira parte dos *Princípios da filosofia do direito* (1821), consagrada ao direito abstrato, mais especificamente no sub-tema violência e crime (§§ 90 a 104).

Embora a coação (esta exercida pelo direito abstrato), quando concebida abstratamente, seja injusta, porque “é uma violência contra a existência da minha liberdade numa coisa exterior”,²¹⁴ torna-se jurídica e necessária a partir do momento que dela se lança mão para proteger esta mesma existência contra uma violência anterior, pois então a segunda violência se justifica como forma de suprimir a primeira.^{215, 216}

Assim, enquanto a liberdade abstratamente considerada é ilimitada, a convivência social (a existência real) traz consigo a necessidade de restringir esta liberdade mediante concessões recíprocas que permitam a sobrevivência

²¹² KANT, Immanuel. Op. cit., p. 206. Em suma, para Kant a justiça punitiva estará resguardada sempre que a sentença do juiz fizer recair sobre o criminoso um mal em igual quilate àquele produzido pelo delito, pois a “única vez que um criminoso não pode se queixar que um mal lhe é feito é quando faz retornar sua má ação sobre si mesmo, e o que é feito a ele de acordo com o direito penal é o que ele cometeu aos outros”.

²¹³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997. (Coleção Fundamentos do Direito).

²¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 102.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 101. Isto porque “o princípio conceitual de que toda violência se destrói a si mesma possui a sua verdadeira expressão no fato de uma violência anular-se com outra violência”.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 179. Esta primeira violência é o crime: “a primeira coação, exercida como violência pelo ser livre que viola a existência da liberdade no seu sentido concreto, que viola o direito como tal, constitui o crime”.

do todo, daí o direito atuar “na base de proibições e negações (não fazer, deixar de fazer, controlar o fazer)”.²¹⁷ Violado o direito, surge a necessidade de suprimir o evento causador da afronta mediante a oposição de uma força que o aniquile.^{218, 219}

Desse modo, o crime é apresentado por Hegel como “uma manifestação contrária à ordem implantada racionalmente pelo sistema jurídico, representativa da vontade geral”.²²⁰ Nessa perspectiva, “o crime é a negação do direito (porquanto a vontade especial do criminoso negou a vontade geral), e este” será restabelecido apenas “enquanto valor mediante a imposição ao autor do delito de uma violência em sentido oposto, a pena, capaz de negar aquela negação”.²²¹

Por esta fórmula dialética, enquanto o crime é a negação do direito, a pena, pelo sofrimento que acarreta, é a negação do crime, ou a negação da negação do direito (isto é, a sua afirmação), restabelecendo a vontade geral.

Interessante assinalar que a concepção contrafáctica de Jakobs tem ligação nesta ideia, mas, enquanto em Hegel ela se volta para o passado, sendo despida de qualquer finalidade, em Jakobs, esta concepção se volta

²¹⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 286.

²¹⁸ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 122. Entra então em cena o castigo, a pena: “a supressão do crime é o castigo, porque, segundo o conceito, é uma violência contra outra violência, segundo a existência”.

²¹⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit. pp. 97-108. Hegel chega a esta conclusão através do seguinte raciocínio: “Como evento que é, a violação do direito como tal constitui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, que contém em si uma negação. A manifestação dessa negatividade é a negação dessa violação que, por sua vez, entra na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (...) a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar essa vontade como vontade existente é suprimir o crime que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também o restabelecimento do direito. (...) A pena que afeta o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira de a sua liberdade existir, o seu direito. Necessário ainda acrescentar que, com relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito: está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Este ato, porque vem de um ser de razão, implica na universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve sujeitar como ao seu próprio direito. (...) Admitindo-se, assim, que a pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional. Essa dignificação não existirá se o conceito e a extensão da pena forem determinados pela natureza do ato criminoso, o que também ocorre quando ele é considerado como um animal perigoso que se tenta intimidar ou corrigir ou que é preciso suprimir. (...) a vontade que em si existe a si mesmo [a vontade do criminoso] regressa ao suprimir aquela oposição [através da pena], e assim ela mesma se torna para si e real [restabelecimento da vontade geral]. Desta maneira, o direito se assegura e afirma válido, como real por sua necessidade, em face da vontade individual que só existe para si”.

²²⁰ *Idem, Ibidem*.

²²¹ *Idem*.

para o futuro, com a finalidade de reafirmar, nas pessoas, a confiança no sistema jurídico: prevenção geral positiva, tratada mais adiante.

A compensação perseguida por esta teoria absoluta é em função da culpabilidade do agente, e nisto residiria o seu mérito, de acordo com Figueiredo Dias, pois, segundo o princípio da culpabilidade, “não há pena sem culpabilidade e a medida da pena não pode, em caso algum, ultrapassar a medida da culpabilidade”.²²²

Roxin, além de consignar a impossibilidade de a teoria isoladamente justificar a pena estatal, apresenta três críticas à teoria retributiva:

“1^a) a teoria parte do pressuposto de que a pena é a única forma de compensação pela culpa humana, deixando, assim, assente a necessidade da pena, mas sem apresentar seus fundamentos. Ora, se a culpa humana apresenta gradações em sua essência e em suas consequências, caberia à teoria estabelecer quais as situações de culpa que legitimariam a atuação do poder punitivo estatal, e isto ela não faz, abrindo ao legislador um perigoso espaço para a penalização desmedida;

2^a) ainda que, generalizadamente, se concorde com a competência do Estado para punir formas de conduta realizadas com culpa, carece de justificação a sanção penal como compensação da culpa, na medida em que se revela impossível demonstrar cientificamente, diante de uma situação concreta, se aquele homem poderia ter atuado de forma diversa, e, portanto, se agira com culpa ou não. Logo, a culpa acaba derivando de uma mera suposição – se o homem é dotado de livre arbítrio, tem sempre a possibilidade de optar entre o agir conforme o direito ou contrariamente a ele –, insuficiente para justificar o direito estatal a intervir de forma tão drástica;

3^a) mesmo superadas as objeções anteriores, persiste a irracionalidade de se pretender pagar um mal cometido com um segundo mal, que é a inflicção de uma pena, porquanto esta ideia de retribuição compensadora, ainda que parta do Estado, não se diferencia em sua essência da vingança humana, e,

²²² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. pp. 93-95. Embora o autor negue a retribuição como uma teoria dos fins da pena, já que ela mesma se pretende dissociada de quaisquer fins. Tal assertiva, no entanto, não significa que a toda culpabilidade há de corresponder uma pena, “mas só aquela culpabilidade que simultaneamente acarrete a necessidade ou carência de pena”.

portanto, só encontra guarida caso encarada como um ato de fé, inconcebível na atualidade, em que todo o poder estatal – de que as sentenças penais são um exemplo – deriva do povo, não de poderes transcendentais, até porque é impossível se conhecer o juízo divino sobre a culpa humana e poder executá-lo”.²²³

2.6.1.2 Teoria da Prevenção Especial

“As teorias preventivas surgem na metade final do século XIX e início do século XX, com acentuado caráter positivista, apresentando como ponto de contato a atribuição de uma finalidade utilitarista para a pena”.²²⁴

Enquanto a teoria retributiva volta-se para o passado, “a teoria da prevenção especial (ou individual) visa a evitar a prática de novos delitos pelo infrator (finalidade de prevenção da reincidência), por meio de três possíveis mecanismos”.²²⁵

“Não se preocupa muito com os fatos, mas sim, com seus autores”.²²⁶ Figueiredo Dias é ainda mais detalhista ao desmembrar as vertentes negativa (ou de inculpação) e positiva (ou de socialização) do preventivismo especial: na primeira, “a pena se destinaria à intimidação individual, por meio da atemorização do infrator até um ponto em que ele não tornaria a praticar crimes”, ou, de outro modo, “caberia à pena a função exclusiva de defesa social, por intermédio da separação ou segregação do delinquente, porque esta seria a única forma de neutralizar a sua perigosidade social”.²²⁷

Por outro lado, os adeptos da vertente positiva defendem que “a prática de novos delitos pelo infrator poderá ser evitada de duas maneiras: ou mediante sua reforma moral interior”, ao fazer com que o delinquente interiorize “os valores que compõem a ordem jurídica”, ou, “por meio de um verdadeiro

²²³ ROXIN, Claus. Op. cit. pp. 17-20.

²²⁴ GUARAGNI, Fábio André. *O sistema prescricional brasileiro como fator de impunidade*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1997, cap. III, 3.1, p. 29.

²²⁵ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 20. Conforme esclarece Roxin: “corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chama-se de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis”.

²²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. p. 103.

²²⁷ *Idem*.

tratamento das tendências individuais que conduzem o delinquente ao crime”.²²⁸

Sua formulação remonta ao Iluminismo e deve a sua força ao penalista Franz Von Liszt (1851-1919), um dos fundadores da Escola de Política Criminal (1888), por meio da qual pretendeu, sobretudo, demonstrar, na prática, os pontos de contato, na luta contra o delito, entre a Escola Clássica e a Escola Positivista.²²⁹

No seu Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I, mais especificamente no capítulo destinado aos Lineamentos de Política Criminal (cap. II), Von Liszt desenvolve os fundamentos de sua teoria.²³⁰

Para ele, a razão de existir do direito reside na proteção de interesses da vida humana, sejam individuais, sejam da coletividade, os quais, sob esta tutela jurídica, adquirem o *status* de bem jurídico.

Mas estes interesses, por resultarem de relações humanas, sofrem vários pontos de atrito no seu atuar, fazendo-se necessário, para manter a paz social, estabelecer limites aos “círculos da vontade humana”, circunscrevendo a esfera “da eficiência de cada um” (destes círculos), por meio da seleção de interesses merecedores da proteção do Direito, papel que somente pode ser desempenhado por uma vontade superior à vontade individual, no caso, a vontade do Estado concretizada na ordem jurídica.²³¹

O Direito extrema os círculos da eficiência de cada um; determina até onde a vontade pode manifestar-se livremente e, sobretudo, até onde, exigindo uma ação ou inação alheia, pode penetrar na esfera da atividade de outras pessoas; garante a liberdade, o poder autorizado de querer, e proíbe o arbítrio;

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 127. Zaffaroni é implacável na crítica à prevenção especial negativa, até porque, na prática, a vertente positiva com a qual costuma ser conjugada, ou não é implementada, ou se revela fracassada: “Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de *um mal para a pessoa*, que ao mesmo tempo é um *bem para o corpo social*. Em geral, ela não se enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação com a anterior [prevenção especial positiva]: quando as *ideologias re* fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação. Na *realidade social*, como as *ideologias re* sempre fracassam, a neutralização é somente uma pena atroz imposta por seleção arbitrária. Sem dúvida alguma, tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito”.

²²⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 157.

²³⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, cap. II, p. 139-165.

²³¹ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 59.

converte as relações da vida em relações jurídicas, os interesses em bens jurídicos; ligando direitos e deveres a determinados pressupostos, faz do comércio da vida um comércio segundo o direito.

Assim, ordenando e proibindo, prescrevendo uma determinada ação ou inação, sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A proteção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é proteção segundo normas. O bem jurídico e a norma são, pois, as duas ideias fundamentais do direito.²³²

Para tornar realidade, porém, a obediência de todos às normas, e assim ver protegidos os bens jurídicos eleitos pelo Direito, este também traz em si uma “ordem de combate”, uma ideia de força, necessária para submeter as vontades individuais relutantes às normas, daí surgindo a coação, que, no caso específico do Direito Penal, se expressa mediante “punição do desobediente”.²³³

Seria, então, exatamente a intensidade do efeito jurídico da coação – pena – pela prática de ato contrário aos seus preceitos, que diferenciaria este ramo do Direito, cuja missão específica é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso.²³⁴

Embora Liszt admita que, tanto a cominação da pena (pela qual o Estado mostraria aos cidadãos os valores que informam seus preceitos, ameaçando com um mal os que os descumprirem), quanto a sua execução, que se prestaria a atuar sobre a coletividade em geral, sobre o ofendido e sobre o próprio delinquente²³⁵, desempenham papel relevante nesta reforçada proteção de bens jurídicos, situa o ápice deste cinturão de força de que é revestido particularmente o Direito Penal, na fase da execução da pena (pois é aí que a vontade da ordem jurídica, através da pena, se confirma e se

²³² LISZT, Franz von. Op. cit., p. 141.

²³³ *Idem*, *Ibidem*, p. 143.

²³⁴ *Ibidem*, p. 149.

²³⁵ 1º - sobre a coletividade em geral, quer contendo eventuais tendências criminosas através da intimidação – prevenção geral negativa –, quer animando o sentimento jurídico de todos, ao manter o direito – prevenção geral positiva; 2º - sobre o ofendido, que, com a concretização da pena, desfrutaria a satisfação de não ver impune a ameaça ou lesão a bem jurídico seu, e 3º - sobre o próprio delinquente).

concretiza) e no efeito que ela pode exercer sobre o delinquente.²³⁶

Destarte, é a execução penal que determinará a natureza e a extensão da pena, de acordo com os efeitos que pretenda sejam exercidos sobre o delinquente, os quais poderão ser de duas ordens, nas palavras do próprio Liszt.²³⁷

“a) a pena pode ter como fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Pode-se designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente;

b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade, a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregando-o da sociedade (seleção artificial)”.

Costuma-se dizer que, nesse caso, o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade. Uma ou outra dessas finalidades dependerá do tipo de delinquente individualmente considerado, com o qual deve a Política Criminal se ocupar.²³⁸

Para chegar a este perfil, Liszt analisa dois grupos de circunstâncias que estariam na origem de todo crime: “de um lado, a natureza individual do delinquente e, de outro, as relações exteriores, sociais e especialmente as relações econômicas que o cercam”,²³⁹ de cujo entrelaçamento resultam dois tipos principais de delinquentes:

a) criminoso de ocasião, quando os fatores externos desempenham papel determinante na motivação do crime, ensejando uma criminalidade aguda. Nesta situação, arrebatado por uma excitação repentina e apaixonada, ou sob a influência de uma opressiva necessidade, o agente, até então irrepreensível, comete o crime que, alheio à sua índole, se apresenta como um episódio isolado na sua vida e amargamente lamentado;

b) criminoso por estado (que comporta graduações), é aquele em que o crime resulta da propensão natural do agente ao crime, porquanto, aqui, os

²³⁶ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 86.

²³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 143-144.

²³⁸ *Ibidem*. p. 153. “A Política Criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (...) isto é, seja determinada quanto ao gênero e à medida segundo a natureza do delinqüente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos a vida, a liberdade, a honra e o patriotismo), para impedir que no futuro ele cometa novos crimes”.

²³⁹ *Ibidem*, p. 149.

fatores externos desempenham função completamente secundária no desencadear criminoso (é o que Liszt chama de “ocasião externa fútil”), dando lugar à chamada criminalidade crônica.²⁴⁰

Feita esta dicotomia, como vai, então, atuar a Política Criminal no sentido de adequar a pena frente ao delinquente, com a finalidade de evitar que venha ele a cometer novos delitos?

De três maneiras distintas. Para o criminoso de ocasião, é suficiente que a pena exerça uma finalidade intimidativa, fixando-se-lhe “profundamente na consciência a ideia dos preceitos proibitivos e imperativos do Estado”.²⁴¹

Refere-se àquela primeira possibilidade de adaptação artificial mencionada anteriormente. Com relação ao criminoso por estado, Liszt dispensa finalidades distintas à pena, de acordo com o grau de tendência para o crime já desenvolvido pelo agente. Se esta tendência ainda não se encontra arraigada “(estreia do criminoso por estado), deve-se tentar corrigir a disposição criminosa por meio de uma pena duradoura e enérgica (correção, não necessariamente moral)”,²⁴² que constitui a segunda faceta da adaptação artificial (emenda), atribuindo, então, à pena a missão de modificar o caráter do delinquente.

Entretanto, se o ato revelar uma índole criminosa já enraizada no delinquente (categoria que bem pode ser denominada de criminoso por estado convicto), passível de ficar evidenciada até mesmo na prática do primeiro crime (sendo desnecessárias repetidas reincidências), Liszt é incisivo: só resta à pena, desempenhar a finalidade de colocar o delinquente em situação que o torne inofensivo (estado de inocuidade), mediante a sua retirada do convívio social, evitando, desta forma, que venha novamente a praticar crimes. Aqui incide o que Liszt chama de seleção artificial.²⁴³

Importa, finalmente, destacar que Liszt não fundamenta a pena finalística na sua mera conveniência, mas sim sobre a sua necessidade “para a manutenção da ordem jurídica e conseqüentemente para a manutenção do Estado”.²⁴⁴

²⁴⁰ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 149.

²⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 420.

²⁴² *Ibidem*, p. 429.

²⁴³ *Ibidem*, p. 492.

²⁴⁴ LISZT, Franz von. Op. cit., p. 492.

Embora clara quanto às suas finalidades, esta teoria (mesmo na sua moldura positiva), assim como a anterior, não fornece padrões seguros para delimitar quem seriam os socialmente inadaptados, os excluídos de sempre.

Em sendo afirmativa a resposta, a teoria abre as portas escancaradamente para o direito penal do autor, pois, pregando o tratamento como forma de correção, não tem como conviver com penas limitadas temporalmente, já que pode perdurar indefinidamente – e restará autorizada a atuação do poder punitivo pelo Estado.

“Atribuindo à pena a finalidade única de tratamento (voltado para a defesa social, não para a pessoa do réu), esta teoria tende a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal”.²⁴⁵

Como se não bastasse, a teoria da prevenção especial não fornece fundamentos para a necessidade da pena para crimes que, embora graves, não apresentem perigo de reiteração, nem necessitem seus autores de qualquer processo socializador.

Finalmente, a teoria da prevenção especial não oferece legitimação jurídica para forçar, por intermédio da pena, uma alteração da personalidade do agente, a sua revelia.

Mesmo reconhecendo que a prevenção especial não pode ser erigida como finalidade única da pena, Figueiredo Dias consigna que dela não se pode prescindir quanto ao seu aspecto positivo, mas, numa concepção bem mais restrita: o Estado tem o dever de propiciar – e não obrigar – os meios necessários à (re)inserção do delinquente, e nisto reside o conteúdo mínimo da socialização (a prevenção da reincidência). Qualquer outra iniciativa estatal que represente uma socialização forçada – quer através de sua emenda moral, quer por meio de tratamento coativo – é carente de legitimação, porquanto flagrantemente “violadora da liberdade de autodeterminação do delinquente e, por conseguinte, de princípios jurídico – constitucionais imperativos, como o da preservação da eminente dignidade pessoal”.²⁴⁶

Focando precisamente a finalidade preventivo-especial positiva (socialização), há de se ressaltar que o ambiente penitenciário em que se

²⁴⁵ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 21.

²⁴⁶ *Idem*, *Ibidem*, p. 105.

cumpra a pena privativa de liberdade no Brasil – superlotado, em condições sub-humanas, indivíduos primários misturados com reincidentes, ociosidade – evidencia que o objetivo traçado pelo artigo 1º da Lei de Execução Penal, “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, é muito mais um ideal a ser alcançado em futuro ainda distante, do que uma realidade palpável.²⁴⁷ Sempre lhes faltou o que Dimenstein denomina ‘sentido de pertencimento’, de não ser invisível perante seus semelhantes.²⁴⁸

2.6.1.3 Teoria da Prevenção Geral

As teorias até agora examinadas centram-se no próprio agente (naquilo que ele fez, ou naquilo que ele é), por meio de uma compensação, correção ou proteção. A teoria preventivo-geral, como a própria designação sinaliza, foca a generalidade das pessoas e concebe a pena como forma de evitar que surjam criminosos na sociedade, “através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade de sua execução”.²⁴⁹

Esta teoria preventiva comporta um modelo híbrido, no qual se fundam as finalidades: a primeira finalidade é a chamada prevenção geral positiva (ou de integração), pela qual “se atribui à pena uma função de integração social, derivada de um reforço de fidelidade ao Estado”,²⁵⁰ já a prevenção geral negativa vê na pena um sentido e uma finalidade intimidativas, ou, em outras palavras, parte do pressuposto de que, “com a ajuda do Código Penal, se pode

²⁴⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 161. Ademais, como bem acentua Boschi, a própria ideia de socialização (cujo prefixo –re– traz consigo a concepção de que, anteriormente à prisão-pena, o indivíduo fazia parte da vida social) é errônea, vez que “os condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em sua imensa maioria, já não integravam a sociedade, vivendo à margem do consumo, da saúde, do emprego, da educação, do lazer (...).

²⁴⁸ DIMENSTEIN, Gilberto. *O mistério das bolas de gude: histórias de humanos quase invisíveis*. Campinas, São Paulo: Papirus, 2006, p. 153. Em outra passagem o autor retoma o tema, para concluir pela inexistência de uma relação direta entre pobreza e violência, mas sim entre esta e “a sensação crônica de marginalidade – ou seja, de invisibilidade”.

²⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 100. Ressalta o jurista português que “o ponto de partida das doutrinas da prevenção geral é prezável, logo porque (...) ele se liga direta e imediatamente à assinalada função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos”.

²⁵⁰ GARCIA, Gilberto Leme Marcos. *A pena como resposta ao delito. Algumas considerações a respeito do tema*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 60, nov. 1997, pp. 11-12.

motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com as leis”,²⁵¹ concepção que remonta ao princípio do século XIX.

Feuerbach (1775-1833) é o representante mais importante da dimensão negativa da pena, com a sua teoria da coação psicológica ou da coação psíquica.

Situando a causa psicológica de todas as infrações nos sentidos, o indivíduo é encorajado “à prática do crime pelo prazer que o ato causa ou que do ato resulta”,²⁵² donde ser necessário, para impossibilitar as ofensas ao direito, que se firme e se generalize nos indivíduos a convicção de que o mal decorrente da prática de um delito é seguramente maior que o prazer impulsionador do ato criminoso, o que somente seria alcançado pela conjugação da coação física (execução da pena) com a psíquica (cominação da pena).

Antes dele, Beccaria, ao abordar a questão da moderação das penas, já sustentava que seria suficiente, para o castigo surtir o efeito esperado, “que o mal que provoque vá além do bem que o réu retirou do crime”, ali incluídos “os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir”.^{253, 254}

Está posto o cerne do utilitarismo como princípio ético apto a sustentar um sistema de controle do comportamento humano: o grau de utilidade é que mensura o valor de uma ideia, de um método, de um conceito (assevera coerentemente com a sua teoria que a justificativa do castigo “é a sua maior utilidade, ou para melhor dizer, a sua necessidade. Todo delinquente é inimigo público”).²⁵⁵

²⁵¹ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 23.

²⁵² LISZT, Franz von. Op. cit., p. 145.

²⁵³ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 50.

²⁵⁴ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação* – Capítulo I. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262. Outro ideólogo de destaque da teoria preventivo-geral da pena foi o inglês Jeremy Bentham (1748-1832), patrono do utilitarismo, movimento filosófico que apresenta como ponto de partida, o próprio nome o sinaliza, o princípio de utilidade: “[...] Por princípio de utilidade se quer dizer o princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão [...]. Digo de toda e qualquer ação; e, por conseguinte, não apenas de toda ação de um indivíduo particular, mas de todas as medidas do governo”.

²⁵⁵ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais*. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2002, pp. 20-21.

A utilidade será tanto maior, quanto mais elevado o grau de satisfação que proporcionar, porque é da natureza humana buscar o prazer, a satisfação, e fugir da dor, conforme acentua Bentham ao trabalhar o significado de utilidade.

Por utilidade entende-se a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, é a mesma coisa) ou (o que de novo é a mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado; se essa parte for a comunidade em geral, então a felicidade da comunidade; se um indivíduo particular, então a felicidade desse indivíduo.²⁵⁶

O interesse da comunidade, por sua vez, é para Bentham “a soma dos interesses dos vários membros que a compõem”,²⁵⁷ o que lhe permite repartir o prazer entre os homens.

Ainda na mesma obra *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, mas, no capítulo destinado ao valor de uma porção de prazer ou dor, como medir, Bentham²⁵⁸ apresenta uma fórmula matemática para se saber se determinado ato apresenta uma boa ou má tendência geral, isto tomando por base a relação prazer-dor individual, para, num segundo momento, incluir no cálculo uma estimativa “do número de pessoas cujos interesses pareçam estar envolvidos”, com relação às quais será repetido o processo.

Ao final da operação, duas opções podem se apresentar: se a dicotomia prazer-dor geral revelar-se “favorável ao prazer, indicará a boa tendência geral do ato com relação à comunidade de indivíduos envolvidos; se for favorável à dor, a má tendência geral com relação à mesma comunidade”.²⁵⁹

Partindo, então, do princípio de utilidade, Bentham assenta os fundamentos de sua teoria da pena: se um ato merece aprovação ou repulsa na proporção direta de sua capacidade em aumentar ou diminuir a felicidade da comunidade, a pena se justifica como um mal necessário para prevenir a prática de novos crimes, já que estes diminuem a soma da satisfação pública,

²⁵⁶ BENTHAM, Jeremy, 2002. Op. cit. p. 262.

²⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p. 159.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 265.

tanto que define penas (ou castigos) legais nos seguintes moldes: segundo o princípio de utilidade, as penas legais são males, que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro.²⁶⁰

A concepção preventivo-geral de Bentham fica ainda mais clarificada ao situar a distinção primordial entre os delitos e as penas nos seus efeitos, pois enquanto os crimes somente acarretam um mal (tanto da primeira ordem, a recair diretamente sobre a vítima, quanto um mal da segunda ordem, decorrente do da primeira ordem e consistente no medo que se espalha no seio da comunidade, no sentido de cada indivíduo se sentir uma vítima em potencial), as penas trazem um mal exclusivamente num primeiro momento (ao infligir ao criminoso um sofrimento), porquanto, em etapa posterior e reflexo direto da anterior, produz um bem, na medida em que a imposição da pena “amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade”.²⁶¹

Bitencourt²⁶² salienta, que apesar de o pai do utilitarismo não se descuidar da finalidade preventivo-especial da pena, tanto que se preocupou com casas de correção e plano de assistência pós-penitenciária,²⁶³ colocava em primeiro plano o objetivo preventivo-geral, em sintonia, aliás, com a ideia-

²⁶⁰ BENTHAM, Jeremy, 2002. Op. cit. p. 20.

²⁶¹ *Idem, Ibidem*, p. 22.

²⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 47-48.

²⁶³ BENTHAM, Jeremy. Op. cit., pp. 24-25. Contudo, não se esgotam aí suas elocubrações acerca da prevenção especial. O juriconsulto inglês afirma textualmente existirem dois modos de expurgar o perigo causado pela prática de um delito: “um particular, que se aplica ao réu [porque é dele que advém o perigo mais imediato - prevenção especial]; e outro geral, que se aplica a todos os membros da sociedade sem exceção [a fim de evitar que qualquer outro membro da sociedade venha igualmente a praticar um delito semelhante - prevenção geral]”. A prevenção especial pode se operar por três meios: tirando do réu o poder físico de fazer mal (inabilitação), arrefecendo-lhe o desejo de praticar o mal (reforma) ou lhe amedrontando com a força da lei (intimidação), todos partindo do pressuposto de que o *valor total da pena* (integrado por quatro circunstâncias, que são a intensidade, a proximidade, a certeza e a duração da pena) seja superior ao *valor total do prazer* proporcionado pelo crime.

base de sua filosofia.²⁶⁴

Portanto, para Bentham a pena declarada pelo legislador e executada no caso concreto não é um fim em si mesma, mas sim um mal necessário (e portanto útil) para preservar o todo (a sociedade) e somente se justifica na medida em que cumprir este papel preventivo-geral, que é o decisivo: servir de exemplo e desestimular os membros da comunidade a perpetrarem delitos.²⁶⁵

Se a finalidade preventivo-geral for alcançada e se fizer acompanhar do menor sofrimento possível por parte do réu, o Estado contará com um saldo positivo entre a despesa, representada pelo mal produzido com o castigo real, e o lucro pretendido com a prevenção de crimes, isto é, quanto maior a margem de lucro obtida com a prevenção geral, mais a pena tenderá para a utilidade geral.

Esta, por seu turno, será maior, quanto menor for o mal real (ou pena real, computada como despesa e traduzida no mal vivenciado diretamente por quem a sofre) e quanto maior for o castigo aparente (constituído pelo mal provável que acompanha a cominação da pena, ou quando se assiste a sua execução; é computado como receita), pois é este que exerce influência sobre a moral da coletividade.

A pena que consegue conciliar os termos desta equação é denominada por Bentham de pena econômica (atinge o efeito que dela se espera e, simultaneamente, inflige o menor sofrimento possível ao réu), pois o bem

²⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., pp. 47-48. “Bentham não via na crueldade da pena um fim em si mesmo, iniciando um progressivo abandono do conceito tradicional, que considerava que a pena devia causar profunda dor e sofrimento. (...) Admitia a necessidade de que o castigo seja um mal [mas que não deve ultrapassar o mal causado pelo delito, aqui residindo o sentido retributivo da pena], mas como meio para prevenir danos maiores à sociedade. Já não se tratava de constituir a pena um mal desprovido de finalidades. Foi um avanço importante na racionalização da doutrina penal o fato de Bentham insistir que a função da pena não era a vingança do fato criminoso praticado, mas a prevenção da prática de novos fatos”.

²⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 25. Confira-se a respeito: “(...) O castigo que o réu padece é um painel em que todo o homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime. Este é o fim principal das penas, é o escudo com que elas se defendem. Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna a aparecer, a pena teria sido inútil; seria ajuntar um mal a outro mal; mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se abalancarem ao crime, logo se conhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia; a pena que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando se pode encará-la, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado, que se rendeu a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos”.

(prevenir os crimes) se sobreleva ao mal.²⁶⁶

As penas reais são, assim, necessárias, sobretudo para servir de exemplo, pois sem esta realidade não se pode ter a aparência, que na imposição das penas deve ser o fim essencial: todo o mal que não aparece, fica perdido; logo, é preciso que o mal real seja o menor, e o mal aparente o maior possível, o que exige, segundo Bentham, que o castigo real seja público.²⁶⁷

Esta teoria (na sua vertente negativa), igualmente, não esclarece perante quais comportamentos estaria o Estado legitimado a intimidar, sem falar na tendência a um sucessivo recrudescimento da resposta penal, pois se a anterior não foi suficiente para evitar a prática de crimes, faz-se necessária uma resposta ainda mais contundente, o que tangencia um verdadeiro direito penal do terror.²⁶⁸

Ressalte-se que, cada novo crime, pela sua simples ocorrência, já é uma prova viva da ineficácia da intimidação, como bem lembra Roxin. Ademais, não se conseguiu provar o efeito intimidante da ameaça da pena precisamente com relação aos seus destinatários primordiais – os delinquentes profissionais e os impulsivos ocasionais – o que soa no mínimo paradoxal.²⁶⁹

Reserva o penalista alemão a crítica mais contundente para o fato de utilizar-se um indivíduo como exemplo (e, portanto, como instrumento) para os demais integrantes da sociedade, porque atentatório à dignidade da pessoa humana.²⁷⁰

A rápida análise das três teorias permite afirmar que, isoladamente,

²⁶⁶ BENTHAM, Jeremy. Op. cit., pp. 27-28. Embora sustente que os interesses do réu possam ser sacrificados em prol do interesse geral, Bentham restringe este poder de barganha quando claro o ganho (castigo aparente) a ser obtido com o castigo real: “pode-se arriscar uma grande pena com os olhos num grande bem, que daí pode resultar; mas por uma troca simplesmente.

²⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 28.

²⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 101.

²⁶⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 24.

²⁷⁰ *Idem, Ibidem*. (...) Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal. Já Kant o criticou por atentar contra a dignidade humana, tendo afirmado que o indivíduo não pode ‘nunca ser utilizado como meio para as intenções de outrem (...)’. E, efetivamente, para um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objeto à mercê do poder do Estado nem como material humano que possa ser utilizado, mas sim como portador, plenamente equiparado a todos os outros, de um valor como pessoa, valor esse que é prévio ao Estado e que deve ser protegido por este, tem de ser inadmissível tal instrumentalização do homem”. Mormente na concepção de Estado à época – Estado liberal –, criado para os indivíduos, e não o contrário. Roxin reequaciona esta questão mais adiante, quando da construção de sua teoria mista.

cada qual possui méritos e defeitos: a retributiva vem assentada na culpabilidade do agente; o castiga pelo que ele fez, não pelo que ele é, o que acarreta um quantum punitivo necessariamente proporcional ao seu poder agir de outro modo, embora este livre-arbítrio seja de impossível mensuração, ainda mais quando abstraído de sua ambientalidade. Logo, a medida da culpabilidade é muito mais uma suposição, do que uma realidade.

As teorias preventivas, por partirem do pressuposto que todos os delinquentes são perigosos (determinismo), enxergam a pena como tratamento e punem o agente pelo que ele é, não pelo que ele fez, daí não terem qualquer compromisso com a limitação temporal da pena; no entanto, “são claras em suas finalidades e passíveis de reafirmar nas pessoas a confiança no sistema jurídico”.²⁷¹

2.6.2 Teorias mistas, ecléticas ou unificadoras

Trata-se aqui do “movimento próprio da primeira metade do século XX, que buscou superar as divergências entre a Escola Clássica (primeira metade do século XIX) e a Positivista (final do século XIX)”.²⁷²

Em verdade, o nome “escola clássica” (que abrigava várias tendências) foi um “eufemismo negativo superado, dado precisamente por Ferri para designar o conjunto de autores que não partilhavam das mesmas ideias da escola científica por ele capitaneada (escola positivista)”.²⁷³

Como nenhuma teoria isoladamente explica o porquê da pena, optou-se, não pela superação dos pontos frágeis de cada teoria, mas, sim, pela adoção de variadas combinações das teorias absoluta e relativa já existentes, objetivando alcançar uma síntese dos diversos fundamentos da pena criminal,

²⁷¹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 43. A própria história da justiça penal bem demonstra os resultados desalentadores alcançados pelas teorias monistas, assim resumidos por Roxin: “(...) a intimidação unilateral, o tratamento do delinquente sem restrições no sentido da adaptação social e a ampla retribuição da culpa, obedecendo a um mandato metafísico, convertem o direito penal, em lugar de uma força protetora e construtiva, num instrumento de opressão que escraviza a mentalidade”.

²⁷² SILVA, Evandro Lins e. História das penas. *Consulex*. Brasília, DF, ano V, n. 104, maio 2001, p. 17.

²⁷³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais/IELF, 2004, v. 1, p. 31.

daí surgindo as chamadas teorias mistas ou ecléticas.^{274, 275, 276}

Dentre estas teorias mistas, exerceu acentuada influência a teoria unificadora cumulativa (ou teoria unificadora aditiva, ou ainda teoria da adição), a qual, percebendo que cada uma das teorias possui aspectos positivos, se limita a justapor as três concepções (retributiva, preventivo-especial e preventivo-geral), cada qual incidindo de acordo com o momento em que o direito penal enfrenta o indivíduo: no da cominação da pena, a preventivo-geral; no da aplicação em concreto da sanção, a retribuição; e, na fase executória, a preventivo-especial, concepção que leva à hipertrofia da esfera de atuação da pena, “a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização”.²⁷⁷

²⁷⁴ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 31. A preocupação em se alcançar uma interatividade entre as teorias da pena tem-se mostrado presente, conforme esclarece o professor Guaragni, tanto “(...) na dogmática penal de forma majoritária, bem como nos sistemas de penas ditos pluralistas adotados na maior parte dos códigos, combinando as penas (derivadas em sentido puro das teorias absolutas) com as medidas de segurança (inequivocamente ligadas às teorias relativas)”.

²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 114. Zaffaroni rechaça com veemência estas teorias combinatórias, porque inconciliáveis os fundamentos que informam cada uma das concepções: “(...) de sua visão conjunta, resulta uma clara disparidade – que nunca é de detalhe, mas dos próprios fundamentos – razão pela qual dá lugar a construções diversas e completamente incompatíveis. Isso evidencia escassa solidez fundamentadora e crise permanente no discurso. Na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem “racionalizar” qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que são apresentados. Um direito penal elaborado dogmaticamente, mas que termina em uma prática tópica (porque permite que o operador escolha primeiro a decisão e, depois, procure o fundamento), exhibe o descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade”.

²⁷⁶ *Idem, Ibidem*, p. 136. O jurista argentino complementa sua crítica mais adiante: “(...) Aqueles que postulam um direito penal de culpabilidade (do ato ou de autor) e os que postulam outro de periculosidade (de autor) não podem compatibilizar seus pontos de vista, porque se baseiam em duas antropologias inconciliáveis. Os culpabilistas sempre respondem com penas retributivas ao uso que o ser humano faz de sua autodeterminação, ao passo que os perigosistas mudam o nome da pena (medidas ou sanções) e a reduzem a uma coerção direta administrativa que busca neutralizar (positiva ou negativamente) a determinação do ser humano para o delito, ou seja, sua periculosidade. (...) O resultado foi um discurso que pretende orientar as agências jurídicas no sentido de considerar o homem um ente que produziu um mal atribuível a sua autodeterminação e, ao mesmo tempo, considerá-lo um ente causante de mal que deve ser neutralizado: tocaria assim ao juiz considerar o homem como pessoa dotada de consciência moral e ao mesmo tempo como um animal perigoso”.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 26.

Figueiredo Dias²⁷⁸ denomina esta concepção de doutrina diacrônica dos fins da pena e a repele, como qualquer outra doutrina que incorpore a ideia de retribuição.²⁷⁹

Jakobs, ainda que por motivos diversos, também tece duras críticas à teoria da união, porque seus representantes não conseguiram identificar um princípio capaz de cancelar a harmonia pretendida entre fins diversos da pena, acabando, assim, por comprometer, ou a pretensão à reforma, ou a retribuição de culpabilidade.²⁸⁰

Embora cada uma das finalidades possa sobrelevar-se nos momentos supra-apontados, elas não são exclusivas em nenhuma fase, pois em cada uma se intercompenetram as demais funções.

Logo, as teorias são sempre “intercomplementares, e não

²⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. p. 110. O artigo 59 do Código Penal brasileiro, que enumera as circunstâncias a serem sopesadas pelo juiz para a fixação da pena-base, é um claro exemplo desta perigosa mistura, pois trabalha tanto com a teoria retributiva (ao contemplar a culpabilidade e seus quatro desdobramentos: motivos, conseqüências e circunstâncias do crime, além do comportamento da vítima – direito penal de ato), como com a preventiva (ao considerar como relevante a periculosidade, desdobrada nos antecedentes, personalidade e conduta social – direito penal de autor).

²⁷⁹ *Idem, Ibidem*, p. 110. Dias apresenta em abono de seu posicionamento: “(...) fazendo entrar na composição desejada, como quer que ela concretamente se estabeleça, a ideia retributiva, está a chamar para o problema das finalidades da pena um vetor que, como procurei mostrar, não pode, pura e simplesmente, ser tomado em consideração neste contexto: a retribuição ou compensação da culpabilidade não é nem pode constituir uma finalidade da pena [mas sim o seu pressuposto e seu limite máximo e inultrapassável]. (...) Até porque, entrando na fórmula combinada (...) a ideia de retribuição, então esta, como ideia absoluta que se pretende, não pode deixar de ganhar total predominância sobre as ideias de prevenção. (...) quando se misturam doutrinas absolutas com doutrinas relativas fica definitivamente por saber qual o fundamento teórico e a razão de legitimação da intervenção penal. Tanto aquele como esta, na verdade, são jirremediavelmente diversos e provenientes de concepções diferentes, quando não antagônicas, sobre o fundamento do direito de punir e a consequente legitimação estatal da intervenção penal (...). a pena é uma instituição unitária em qualquer um dos momentos temporais da sua existência e como tal deve ser perspectivada, mesmo no que respeita ao problema das suas finalidades”.

²⁸⁰ JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, v. 3, pp. 5-6. (Coleção Estudos de direito penal). Conclusão verificável pelo seguinte exemplo: “(...) se se pune um assassino para convertê-lo em uma pessoa pacífica – se é que isso é possível –, o trato com ele – dizendo coloquialmente – não pode interpretar-se de um só traço, também como retribuição de culpabilidade; pois a culpabilidade se atribui a um responsável, enquanto se reforma o objeto de necessidades preventivas. Portanto, a união paralisa ou bem o direito à reforma ou bem o sentido do ato enquanto retribuição de culpabilidade. A consideração que acaba de ser exposta também se dirige contra aquela variante da teoria conforme a qual a pena adequada à culpabilidade tão-somente há de ter o efeito de limitar, porém não de legitimar. A culpabilidade somente pode limitar aquilo que se adapta a seu conceito, e, por conseguinte, não pode limitar a educação, a intimidação ou elementos similares. Dizendo de outro modo: se se leva a sério a ideia da limitação por meio da culpabilidade, isso significa que deve-se tratar o autor como responsável, não como objeto, de modo que qualquer reação preventiva deve limitar-se a zero”.

reciprocamente excludentes”,²⁸¹ advertência que vale para os três estágios de realização do Direito Penal: cominação, aplicação e execução da pena.

A teoria da finalidade da pena de Roxin, examinada dentro das tendências atuais e adotada como marco teórico para os fins pretendidos no presente trabalho, parte deste princípio de complementaridade.

2.7 Tendências atuais

A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora sustenta que a missão mais relevante do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos (concepção de um Direito Penal calcado no desvalor do resultado) – pois se fosse esta, estaria sempre fracassando, porque somente intervém quando já lesado o bem jurídico – mas, sim, fazer respeitar determinados valores tidos como essenciais por determinada sociedade, alcançando tal objetivo por meio da proibição e castigo à violação destes valores.

Assim, mediante a pena, o Direito Penal reafirma de maneira incisiva a vigência desses valores.²⁸² Hans Welzel (1904-1977) foi um dos expoentes dessa teoria, que tem por modelo um Direito Penal centrado no desvalor da ação, já que foca na demonstração da intenção do agente em romper com o acordo coletivo que está na base da vida em sociedade.

Trata-se de uma concepção autoritária, porquanto se revela extremamente perigoso deixar para o Estado estabelecer quais os acordos coletivos que devem ser resguardados.

Jakobs, embora também busque na coletividade a exigência de manter-se fiel aos preceitos do Direito, mas não por meio da intimidação (daí integrar o rol dos teóricos da prevenção geral positiva), entende que o Direito Penal, que há de desempenhar uma função útil à sociedade, não se presta a tutelar certos valores, mas, sim, funciona como instrumento para atender às expectativas criadas e mantidas pelas pessoas que interagem na vida em sociedade.

Essas expectativas sociais são exteriorizadas nas normas, porquanto estas é que exprimem os comportamentos tidos por padrão e que devem ser

²⁸¹ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 31.

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 49.

seguidos. Importante a essa altura apresentar as concepções de sociedade e pessoas defendidas pelo autor: só existe sociedade onde “existem normas reais, é dizer, quando e na medida em que o discurso de comunicação se determina em atenção às normas”.

Na mesma linha de raciocínio, essa comunicação somente tem lugar entre pessoas, aqui entendidas como cidadãos que se pautam pelo respeito às normas, ao Direito, que atuam “conforme há um esquema de dever e espaço de liberdade,” e não de acordo com um “esquema individual de satisfação e insatisfação”.²⁸³

Fica evidente a supremacia da norma no desenvolvimento de sua teoria da Pena. Dessa forma, afirma Jakobs, quando a conduta individual segue o padrão esperado pelos demais, diz-se que o indivíduo cumpriu o seu papel social; quando seu comportamento entra em rota de colisão com as expectativas sociais, diz-se que ocorreu uma disfunção,²⁸⁴ legitimando, então, a intervenção de um subsistema – o Direito, mais especificamente, o *jus puniendi* – para restabelecer a estabilidade da norma (responsável pela condensação das expectativas sociais).²⁸⁵

Porém, seu entendimento individual não é o decisivo, mas o entendimento geral.²⁸⁶ Em seguida, Jakobs justifica o emprego da pena enquanto violência (ao

²⁸³ JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 09.

²⁸⁴ *Idem, Ibidem*, p. 11. “O comportamento contrário à norma (...) perturba a orientação [da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais, orientação esta fornecida pelas normas jurídicas], posto que põe em dúvida o caráter de real da sociedade: trata-se de dever ou de um espaço de liberdade?”

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 09. Recorrendo textualmente ao autor: “Uma violação da norma se encontra num mundo equivocado porque nega as condições do comum. Seu significado é: não esta sociedade! (...). Se o infrator da norma (...) é tratado como uma pessoa normal, o significado de sua conduta se define como um significado normal; a norma é violada. Se se pretende evitar essa erosão, há de anular-se uma conduta de tal modo que fique clara a impossibilidade de chegar ao comum por meio da violação da norma. Priva-se o infrator da norma da possibilidade de comportar-se no plano físico, como única condição em comum com ele, e que é acessível à sociedade; se lhe retiram de modo mais ou menos radical seus meios de integração: pena, desde a constatação – contida em toda decisão de culpabilidade – de que é incorreto unir à sua conduta em ter-se de confirmação, passando pela pena de multa e pela pena privativa de liberdade até a pena de morte. (...) pode dizer-se que o infrator da norma afeta por igual aos demais e a si mesmo enquanto pessoa; (...) Por conseguinte – trata-se do plano da pessoa –, a pena não se dirige a ele nem em maior, nem em menor medida que a todos os demais. Depois, pode ser que compreenda sua personalidade, é dizer, que conceba a si mesmo como sujeito; em tal caso, compreenderá também a necessidade e o significado da sanção. Também pode acontecer que persista em manter-se em sua pura individualidade; então, a sanção, a partir de sua perspectiva, somente poderá ser vista como violência”.

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 14-17.

privar o infrator da norma dos meios de interação com a sociedade real), com a finalidade de resguardar a inteireza da sociedade real (isto é, da realidade normativa) citando que o infrator da norma, por meio de sua conduta, não somente significou algo, mas, também o configurou. Exemplificando, não somente afirmou que não se deve respeito à vida alheia, mas a destruiu, ou, ao menos – no caso da tentativa –, dispôs-se a isso. Portanto, o significado dessa conduta não somente é objetivado por ele no plano simbólico, mas mediante o mundo externo das pessoas, que é configurado já depois da afirmação.

Desse modo, a declaração isolada de que não se deve juntar ao ato infracional, estaria objetivada em menor medida de que está o ato mesmo. Assim como o ato configura de modo definitivo o mundo externo das pessoas (ou se dispõe a isso), também a reação diante do ato deve supor-se uma configuração definitiva, o que significa que deve tornar impossível, de modo efetivo, que se junte uma conduta a este, convertendo-se dessa maneira em permanente no mundo externo. Isso nada tem que ver com a intimidação ou educação do infrator da norma ou de outras pessoas.

Trata-se apenas de contrapor à realidade da pessoa meramente formal da ação, isto é, à violação da norma, uma situação materialmente pessoal, isto é, a realidade da norma (e não somente sua possibilidade).²⁸⁷ Logo, a pena serve para estabilizar as relações de conduta contrafaticamente: o delito viola a estabilidade normativa (porque vai ao encontro do previsto no tipo penal e se choca com o previsto na norma); a imposição de uma pena, em virtude de um fato que se pôs acima da norma, reafirmará a vigência da norma violada (ao enviar ao infrator uma forte mensagem no sentido de que a norma continua existindo, apesar de ele a ter infringido), restaurando a confiança das pessoas na norma. Assim, enquanto o delito tem um cunho negativo, a pena é positiva.

Entretanto, esclarece Jakobs²⁸⁸ que a sua teoria não se encaixa dentre aquelas nominadas teorias absolutas da pena, porquanto à violação da norma

²⁸⁷ JAKOBS, Günther. Op. cit., pp. 17-18.

²⁸⁸ *Idem, Ibidem*, p. 20. “Se essa realidade permanece completamente incólume, por exemplo, porque o ato manifesta desespero ou miopia ou outra forma de incompetência para administrar até os assuntos próprios, de modo que não existe na realidade o risco de que se juntem condutas ao conteúdo material da violação da norma, diante da ausência de uma perturbação de vigência da norma além do ato, não é necessária uma sanção, e esta pode ser leve enquanto o risco de que se anulem condutas seja reduzido”.

não tem que se seguir necessariamente a imposição de uma pena, desde que o ato não provoque uma perturbação da vigência da norma, a ponto de abalar a realidade social.

Bitencourt, após apresentar críticas de vários autores à concepção preventivo-geral positiva fundamentadora (ou preventivo-integradora) de Jakobs,²⁸⁹ resume suas inquietações nos seguintes moldes:

“[...] a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do jus puniendi, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e ao desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática”.

Ao buscar a obediência incondicional à norma, ao que ela ordena, sem questionar o seu conteúdo (se efetivamente traduz as expectativas daquela sociedade e naquele momento histórico, se ela, naquele caso concreto, merece preservação) ou a legitimidade de sua elaboração, Jakobs, em última análise, defende que o único fim do Direito Penal (e, portanto, da pena) é confirmar a confiança depositada nas normas penais e, por via de consequência, proteger a si mesmo. Isto, mantendo o *status quo*, construção dogmática que se presta para fundamentar Estados totalitários, já que a norma se pressupõe sempre justificada (o que abre as portas para legitimar a tendência atual de expandir e intensificar a resposta penal frente aos problemas sociais a qualquer custo, como se o Direito Penal fosse a salvação para todos os males), mas não um Estado Democrático de Direito (que não pode barganhar com uma série de garantias e limites próprios do Direito Penal, responsáveis pela delimitação formal entre esta modalidade de controle social e outras menos traumáticas e estigmatizantes).

É com a compreensão de que as teorias da pena são intercomplementares, em cada fase de manifestação do Direito Penal, que Roxin inicia a construção de sua teoria unificadora dialético-preventiva, buscando, em cada uma das formas de manifestação do poder penal, uma

²⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 149.

legitimação prévia que justifique as etapas seguintes (que se auto-limitem reciprocamente), porquanto estruturadas umas sobre as outras, como também porque cada uma delas afeta, de forma específica, a liberdade do indivíduo.²⁹⁰

A sua teoria está assentada sobre dois pilares: a dignidade humana do infrator e sua corresponsabilidade pelo bem-estar da comunidade. Dessa forma, na fase da cominação das penas (individualização legislativa), há de se delimitar o âmbito do proibido, o que merece ser tutelado pelo Estado por intermédio do direito penal.

Como a tarefa do Estado moderno consiste em criar e garantir aos seus membros “as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais”,²⁹¹ o que para o direito penal traduz-se no dever de “garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos”,²⁹² incumbe àquele uma dupla função: proteger uma série de valores tidos por fundamentais para a existência social em comum – os bens jurídicos –, além de assegurar o cumprimento das prestações públicas necessárias para a existência.

Dessa dupla função do Direito Penal advêm duas importantes limitações ao poder punitivo estatal:

a) somente se pode recorrer ao Direito Penal, quando todos os outros meios de controle social tenham-se revelado insuficientes para garantir a preservação de bens jurídicos essenciais e para assegurar as finalidades das prestações necessárias para a existência comum (subsidiariedade do Direito Penal, Direito Penal como *ultima ratio*), porque a legitimidade da sua intervenção decorre única e precisamente da necessidade social.

A utilização do Direito Penal como resposta estatal para todos os males sociais, como lucidamente alerta Roxin,²⁹³ acarreta exatamente as situações que pretende evitar, pois “nada favorece tanto a criminalidade, como a penalização de qualquer bagatela”.²⁹⁴

b) fogem ao âmbito do Direito Penal, condutas meramente imorais. Tendo em mente essa dupla restrição quanto à fase da cominação das penas,

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 49.

²⁹¹ *Idem, Ibidem*, p. 27.

²⁹² *Ibidem*, p. 29.

²⁹³ *Ibidem*, p. 28.

²⁹⁴ *Ibidem*.

Roxin lhe atribui a finalidade preventivo-geral, até porque, no mundo do ser, a previsão em abstrato das penalidades antecede no tempo “o sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial”,²⁹⁵ sem olvidar que aquela finalidade não se esgota na intimidação, pois também lhe interessa informar sobre o âmbito do proibido para quem não precisa de intimidação, como decorrência incontornável do Estado do Direito, para o qual vigora o princípio *nulla poena sine lege*.²⁹⁶

Na segunda etapa de eficácia do Direito Penal – aplicação e graduação da pena –, a cargo do julgador, são introduzidos os fins preventivo-geral e preventivo-especial.

O ponto de partida de toda teoria, hoje defendida, deve basear-se no entendimento de que o fim da pena somente pode ser de tipo preventivo. Uma vez que as normas penais somente estão justificadas quando tendem à proteção da liberdade individual e a uma ordem social que está a seu serviço, também a pena concreta somente pode perseguir isto, é dizer, um fim preventivo ao delito. Disso resulta, ademais, que a prevenção especial e a prevenção geral devem figurar conjuntamente como fins da pena, haja vista que os fatos delitivos podem ser evitados, tanto por meio da influência sobre o particular, como sobre a coletividade.²⁹⁷

Isso não significa que ambos os pontos de vista preventivos hão de estar sempre presentes na sentença condenatória, como é o caso da pena que se baseia apenas na prevenção geral, em razão de, no caso concreto, inexistir qualquer perigo de reincidência pelo condenado (prevenção especial).

Igual raciocínio é válido para a fase da execução da sentença, quando o condenado recusa a contribuir para a sua socialização – que Roxin entende nunca poder ser forçada, quer pela falta de perspectiva de êxito, quer por afrontar a dignidade da pessoa humana –; neste caso a pena será executada, residindo sua justificação somente no atendimento à necessidade de prevenção geral (já que a prevenção especial positiva restou prejudicada por opção do condenado).²⁹⁸

²⁹⁵ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 31.

²⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 32. Em suma, “as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações”.

²⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 95.

²⁹⁸ *Idem, Ibidem*.

Quando as finalidades preventivas se fazem necessárias, no caso concreto, demandando, porém, diferentes quantidades de pena, Roxin resolve o conflito dando prevalência à prevenção especial (socialização), mas somente até onde seja possível resguardar o mínimo de exemplaridade requerido pela prevenção geral, a fim de se manter a confiança no ordenamento jurídico e evitar a reprodução de fatos criminosos semelhantes.²⁹⁹

Roxin³⁰⁰ repudia a retribuição como finalidade da aplicação da pena, entendendo mais eficaz o fim preventivo-geral concretizado na realidade da sentença para, inclusive, justificar a necessidade de se punir aquelas pessoas que já não apresentam perigo para a sociedade (e, portanto, desnecessária qualquer finalidade preventivo-especial, como no caso dos carrascos nazistas), não como uma simples intimidação, mas, sim, com uma “significação mais ampla de salvaguarda da ordem jurídica na consciência da comunidade”,³⁰¹ que nada mais é do que a prevenção geral positiva, raciocínio igualmente válido para os crimes usuais.

Como, então, conciliar esta necessidade de salvaguardar a ordem da comunidade (concepção que isoladamente permite a fixação de penas cada vez mais rigorosas, na proporção direta da pretensão de manter inviolável o ordenamento jurídico) com a autonomia da personalidade do delinquente, a qual impede que o Estado o use para alcançar aquela finalidade?³⁰² Em outras palavras, até onde o Estado de Direito permite que vá o sacrifício do particular em prol do interesse da sociedade, sem lhe afrontar a dignidade humana?

²⁹⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 96. “(...) em primeiro lugar, a ressocialização é um imperativo constitucional, que não pode ser desobedecido onde seja possível seu cumprimento. E em segundo lugar há que ter em conta que, no caso de conflito, uma primazia da prevenção geral ameaça frustrar o fim preventivo-especial, enquanto que, ao contrário, a preferência pela prevenção especial não exclui os efeitos preventivo-gerais da pena, senão que, em suma, os debilita de forma dificilmente mensurável; pois também uma pena atenuada atua de forma preventivo-geral. Por outra parte, corresponde à preferência das necessidades preventivo-especiais somente até onde a necessidade mínima preventivo-geral todavia o permita (...). É dizer, em decorrência dos efeitos preventivo-especiais, a pena não pode ser reduzida até tal ponto que a sanção já não seja levada a sério na comunidade; pois isto quebraria a confiança no ordenamento jurídico e através disso se estimularia a imitação”.

³⁰⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 90.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 32.

³⁰² *Ibidem*, p. 34. Roxin bem lembra que a finalidade da prevenção especial da sentença penal tem por fim último, em realidade, a prevenção geral, na medida em que “a primeira coisa que a condenação em si mesma torna efetiva é uma dura restrição da liberdade do delinquente, restrição essa que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros e não a ele”.

Roxin sustenta que esta harmonização se faz possível na aplicação da pena, mediante duas ideias básicas: como membro da comunidade, o delinquente é corresponsável pela integridade dos bens jurídicos assegurados pelo Estado, devendo, por conseguinte, suportar a pena necessária para a manutenção do ordenamento; entretanto, esta pena jamais pode ultrapassar a medida da culpa individual (a culpa é o limite da pena), aqui entendida como grau de liberdade e responsabilidade no seu atuar em sociedade.³⁰³

A culpa, assim concebida, é incompatível com a teoria da retribuição, pois, enquanto nesta a ideia de culpa é usada para colocar o particular à mercê do poder estatal, o conceito de culpa de Roxin preserva o indivíduo do abuso desse poder, na medida em que a sua função é justamente garantir que o Estado não estenda o seu poder penal, no interesse da prevenção geral ou especial, para além do correspondente à responsabilidade de um homem concebido como livre e suscetível de culpa, não estando vedada, porém, a aplicação de uma pena inferior à culpa (prevenção especial) sempre que, no caso concreto, for possível restaurar a paz jurídica com sanções menos graves (como a suspensão condicional da pena, substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou multa etc).³⁰⁴

Deste modo, o delinquente não é utilizado como meio para os fins dos outros, mas, ao coassumir a responsabilidade pelo destino, confirma-se a sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações.³⁰⁵

Preserva-se, enfim, a sua dignidade humana. Quanto à execução da pena, ela somente se justifica caso procure, na medida do possível, alcançar o objetivo mesmo do direito penal, qual seja, garantir a vida em comunidade e sem perigos, o que nesta fase traduz-se na reintegração do delinquente (a prevenção especial assume função de primazia), mas, desde que respeitadas as limitações impostas nas etapas da cominação e da aplicação das penas.

Assim, não é lícito socializar com a ajuda de sanções jurídico-penais pessoas que não são culpadas de agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que elas sejam, sendo igualmente vedado qualquer tratamento coativo que interfira com a estrutura da

³⁰³ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 34.

³⁰⁴ *Idem, Ibidem.*

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 36.

personalidade, mesmo que possua eficaz reinserção, porque é violador da autonomia da personalidade do condenado.³⁰⁶

Ainda que em segundo plano, Roxin³⁰⁷ não nega a existência da finalidade da prevenção geral neste último estágio de manifestação do direito penal, já que o cumprimento da pena privativa de liberdade traz graves limitações ao poder de autodeterminação do delinquente, mas, destas limitações, não se pode abrir mão nos crimes graves, ainda que a renúncia a uma pena privativa de liberdade se revelasse mais eficiente para a reinserção.

A pena e, por via de consequência, o seu cumprimento, hão de adquirir um sentido construtivo, oferecendo (e não forçando) ao condenado oportunidades para que desenvolva a consciência da responsabilidade e suas aptidões pessoais, inclusive para que os resultados desses esforços cheguem à vítima ou aos seus herdeiros, por meio da reparação do dano.

Tal desiderato não é de fácil concreção, porque a execução prática da pena tem sido relegada pelo próprio Estado a um plano secundário, porquanto prioriza a criação de novos tipos penais ou exacerba as cominações sobre tipos já existentes, sempre com o discurso de garantir a defesa social.

É certo que a criminalidade jamais será totalmente eliminada, mas quiçá apenas minorada e controlada, como também sempre existirão aqueles que voltarão a delinquir. Porém, tais constatações não retiram da sociedade a sua corresponsabilidade para com o destino do delinquente, da mesma forma que este é corresponsável pelo bem-estar geral.

Roxin³⁰⁸ resume, dessa forma, o sentido e limites do direito penal (e assim também os da pena) afirmando que: “proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual”,³⁰⁹ o que demanda que as três etapas da eficácia do direito penal – cominação, aplicação e execução da pena – sejam sempre levadas conjuntamente em consideração.

A integração de todos os pontos de vista defendidos pela teoria monista

³⁰⁶ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 36.

³⁰⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 36.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 43.

recebe, na teoria unificadora dialético-preventiva, restrições recíprocas, com a finalidade de construir uma teoria da pena, a mais próxima possível da realidade.

Em suma, para Roxin³¹⁰ as finalidades da pena são exclusivamente de prevenção geral e especial. Embora recuse a ideia de retribuição dentre as finalidades da pena, ele confere ao princípio da culpabilidade a real relevância que ocupa na construção do fato punível e na legitimação da intervenção penal, porquanto coloca a culpabilidade como o pressuposto da pena e seu limite máximo e inultrapassável (será dentro desta moldura da culpa que o juiz fixará a pena em concreto).

Assim, as finalidades preventivas não poderão jamais ultrapassar o limite da culpabilidade – ainda que interesses de tratamento, segurança ou intimidação indiquem ser desejável uma pena mais prolongada -, mas, a medida da pena pode ficar abaixo desse limite máximo (indicado pela culpabilidade), caso isto se faça necessário frente às exigências da prevenção especial, desde que, com relação à prevenção geral, se observe um mínimo necessário para a exemplaridade (tutela do ordenamento jurídico).

2.8 Posição adotada pelo Código Penal Brasileiro

O Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84, pela primeira vez, atribui expressamente à pena dupla finalidade, prevenir e reprimir as condutas ilícitas e culpáveis, ao preceituar que a pena fixada em concreto, sua substituição por outra espécie de pena, caso cabível, bem como o regime inicial para a sua execução serão estabelecidas em função da análise dos parâmetros do artigo 59, *caput*, conforme seja necessário e suficiente para reprovação (finalidade retributiva) e prevenção (funções preventivo-especial e preventivo-geral).³¹¹

Desta forma, caberá ao juiz, mediante sentença condenatória, implementar a concepção político-criminal fundamental do Direito Penal

³¹⁰ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 43.

³¹¹ LUISI, Luiz. Op. cit., p. 39. É o que Luisi chama de “polifuncionalidade’ da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social”.

brasileiro expressa naquele dispositivo, sendo-lhe vedado especular sobre finalidades outras da pena.

Os objetivos de reprovar e de prevenir o crime são realizados pelas funções de retribuição da culpabilidade e de prevenção da criminalidade atribuídas à pena criminal – logo, especulações judiciais sobre teorias penais estão excluídas da sentença criminal: a lei penal assume explicitamente as teorias unificadas da pena criminal, porque a reprovação seria medida pela retribuição, por um lado, e a prevenção abrangeria a prevenção especial, nas dimensões de reinserção e de neutralização do condenado, além da prevenção geral, nas dimensões de intimidação e de reforço da ordem jurídica, por outro lado.³¹²

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) também se volta para o tema logo no seu início, com ênfase na pretensão socializadora, dispondo no artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Cernicchiaro repudia a ideia de conferir à pena a finalidade de socialização (ajustamento forçado do condenado às regras de comportamento que o Estado considere ideal ou razoável; em outras palavras, uma lavagem cerebral) lançada pela Escola Positiva, por entendê-la inconstitucional num Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal em seu art. 5º, caput, promulgou, que o “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” é intangível, sendo assegurado a todos o direito de livre opinião e manifestação de convicções, o que impede que o legislador infraconstitucional restrinja este direito de liberdade no ser (esta liberdade nada mais é do que a consagração do princípio da secularização). Assim, não é lícito, nem mesmo ao Estado, impor orientação de vida a ninguém.

O condenado, para conquistar o retorno à liberdade ou ser beneficiado por outra causa de extinção da punibilidade, pode continuar a mesma pessoa do dia da prática do delito ou ficar ainda mais indisciplinado socialmente

³¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 106. Põe em xeque a legitimação das finalidades da pena frente aos malefícios da prisão: “afinal, a compensação da culpabilidade e o discurso de prevenção da criminalidade justificariam os efeitos desintegradores da prisão?”.

(hipótese em que se operara a reprovação, mas fracassara a prevenção).³¹³

Sustenta-se, nessa oportunidade, que, apesar da ideologia penal oficial abraçar tanto a finalidade retributiva, quanto as preventivo-geral e especial, incumbe ao juiz refletir, em primeiro lugar, se todas elas são compatíveis na mesma medida com os valores constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no respeito incondicional aos direitos fundamentais, aí incluído o direito à diferença.

Vê-se, de pronto, que a função retributiva (pena limitada no seu máximo pela culpabilidade, nos moldes propostos por Roxin) se coaduna com o Estado Democrático, pois, como bem demonstrado pelo magistrado italiano Ferrajoli, por meio da pena se castiga o criminoso para evitar que a sociedade o faça diretamente, restaurando a justiça privada: a pena é, então, vista como prevenção da violência na sociedade (tanto dos delitos, quanto das penas informais), dentro de uma concepção de Direito Penal que impõe o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e de outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade.³¹⁴

Os objetivos preventivos merecem um cuidado bem maior: a prevenção especial (a sua vertente socializadora, hoje, somente se legitima se proporcionar ao condenado condições efetivas para, querendo, introjetar novos valores)^{315, 316} tem maior peso que a geral, incumbindo a esta somente guardar

³¹³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Parte I, pp. 126-127.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 267-272.

³¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Parte general. Tradução de Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2^a. ed. alemã.. Madrid: Civitas, 1997, tomo I, p. 96. Ao abordar os limites a que se sujeita a socialização, tidos como indispensáveis para compatibilizá-la com o respeito pelos direitos, liberdades e garantias do indivíduo, Anabela Rodrigues é categórica: “ela se faz radicar no dever que ao Estado incumbe – e que entronca na sua vertente social – de ajuda e de solidariedade para com os membros da comunidade que se encontrem em especial estado de necessidade, como é o caso do recluso. Dever que se traduz em oferecer-lhe o máximo de condições para prosseguir a vida sem que pratique crimes, por essa forma prevenindo a reincidência. Só nisto se exprime a exigência de socialização. Não em qualquer imposição coactiva de valores, a dar cobertura a um modelo médico de tratamento ou à negação do direito à diferença”.

um mínimo de exemplaridade e sempre em caráter subsidiário, salvo se atuar em benefício do sentenciado, nos termos da teoria unificadora dialético-preventiva de Roxin. Estabelece-se, dessa forma e sem agredir o ordenamento jurídico, uma escala axiológica decrescente entre as finalidades da pena.

2.9 Posição adotada pelo Código Penal Português

Neste ponto, introduz-se o Direito português como um dos grandes pilares do Direito brasileiro, tendo, nesse sentido, amplo significado analisar em conjunto também o Direito português no cenário deste estudo.

Do Direito Penal português vigente, deriva a ideia de que só as finalidades da prevenção, geral e especial, justificam essa intervenção, conferindo sentido às sanções criminais, consoante se tira da exigência constitucional da intervenção jurídica penal.

A Constituição portuguesa de 1976 situa, no art. 24º, 2º, que, em nenhum caso, haverá pena de morte, sendo que a pena de morte é injustificada à luz dos fins das penas do Direito Penal português, visando um princípio de humanidade no tocante à matéria político-criminal.³¹⁶

Por seu turno, no art. 30, 1º, proíbem-se penas privativas ou restritivas da liberdade com caráter perene ou de duração ilimitada/indefinida. Assim, a prisão perpétua, além de ser uma pena considerada cruel e desnecessária, é considerada, em Portugal, como uma pena contraditória com o princípio das relações humanas abarcadas pelo Direito Penal, uma vez que vai de encontro ao caráter de reinserção da pena.

A pena privativa de liberdade, no Código Penal português, tem balizas no princípio de que tal reprimenda estabeleça a última *ratio* da política criminal, focando a proteção de bens jurídicos e a reintegração do recluso à sociedade, de forma que se torna possível que este lado da pena seja minorado por meio

³¹⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38. Roxin manifesta-se no mesmo sentido: “O proibido é unicamente a educação forçada de adultos; não obstante, o condenado tem direito a que o Estado o ajude na reinserção social a que ele mesmo aspira”.

³¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 159.

de sua correta execução, com foco na reintegração social do recluso, devido ao estatuído no art. 43º, 1º, do Código Penal.³¹⁸

Atendendo à recomendação do Conselho da Europa nesse sentido, o Código Penal português, notadamente após a sua reforma de 1995, estabelece a aplicação de medidas alternativas nas penas curtas de prisão, com destaque particular para o trabalho a favor da comunidade e a pena de multa, art. 3º, do preâmbulo do mencionado Decreto-Lei nº 48/95.

Destaca-se que as penas de prisão de duração curta são criticadas por não aprovarem uma atuação eficaz sobre a pessoa do delinquente, ou seja, por não ensejarem o caráter socializador, sem exercer, perante a comunidade, a função de segurança relevante.

Visando aos efeitos negativos das penas de prisão, a política criminal passou a adotar a sua substituição por medidas alternativas à prisão. Por esse motivo, surgiram as penas de substituição, que não se confundem com a pena alternativa à prisão, cujo tratamento é unicamente dirigido à pena de multa, no Código Penal português.³¹⁹

Com o alvo de limitar os efeitos maléficos das penas de prisão curtas de cumprimento continuado, o Código Penal (art. 45.º e 46.º) conjectura o cumprimento de prisão, não superior a três meses por dias livres e em regime de semidetenção.³²⁰

A vantagem destas penas consiste no fato de, por um lado, liberar o delinquente da contaminação do meio prisional e, por outro, impedir que a privação da liberdade obstrua as suas relações sociais e profissionais.

Tem-se o instituto que a lei chama “suspensão da execução de pena de prisão”, uma vez que essa suspensão não representa uma modificação simples na execução da pena, contudo, uma pena que goza de autonomia.

A interrupção da execução da pena de prisão pode ser dependente do

³¹⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 127.

³¹⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais - Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 106.

³²⁰ GUERRA, Ronaldo José. *Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Dissertação de mestrado. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2009, p. 141. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3575/1/ulfd112286_tese.pdf. Acesso em 2012. “Consistindo numa privação de liberdade que permite ao condenado prosseguir a sua atividade profissional normal, a sua formação profissional ou os seus estudos, por força de saídas do estabelecimento prisional estritamente limitadas ao cumprimento das suas obrigações, a depender da anuência do próprio interessado”.

cumprimento de deveres impostos ao condenado e designados a reparar o mal do crime (art. 51º do Código Penal), podendo, ainda, o tribunal, impor ao condenado o cumprimento, no decorrer da duração da suspensão, regras de conduta destinadas a promover a sua reintegração à sociedade (art. 52º, do mesmo Código). Pode-se ter um alcance maior, visando-se à socialização do delinquente por meio da suspensão com regime de prova (art. 53º).

Além do tratamento proposto pelo Código Penal à execução penal, tem-se o Decreto 265/79 que, nos artigos 2º, 3º e 4º, comprova como deverá ser orientada a execução da pena, de forma a respeitar e preservar os direitos e interesses dos reclusos, estatuidos a conservação da titularidade dos direitos fundamentais do homem, à ressalva daqueles que foram abordados pela sentença judicial condenatória, além das impostas, objetivando a ordem e a segurança do estabelecimento prisional.³²¹

É com essa ansiedade que os especialistas do Direito Penitenciário, em Portugal, se dedicam a vários estudos em foco do aperfeiçoamento do sistema, sendo que uma ampla reforma prisional foi averiguada no século passado, em 1936.

Naquela altura, a legislação carregava, ainda, em seu bojo, o caráter da periculosidade do agente, da prorrogação da pena, do regime de medidas relativas aos alcoólicos e assemelhados, sem prestigiar a preocupação mais incisiva com a socialização do infrator. Diversas medidas de proteção dos direitos dos reclusos e da sua social reinserção são fruto do 25 de abril (1974).³²²

Uma prova disso, conforme o Decreto-Lei nº 265/79 de 01 de agosto,³²³

³²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 106.

³²² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório final da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*. Portugal, 2004. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comissao-de-estudo-e/downloadFile/attachedFile_f0/RelatorioCEDERSP.pdf?nocache=1205856345.98>. Acesso em: 29 out. 2012. “Com o 25 de Abril de 1974, entra-se num novo período da história portuguesa, caracterizado pela profundidade das transformações políticas, económicas e sociais ocorridas, que se revela também num labor legislativo implicando intensas alterações na execução das sanções criminais. O grande passo nesta matéria foi dado com a Reforma Penitenciária de 1979, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 49/80, de 22 de Março, e pelo Decreto-Lei nº 414/85, de 18 de Outubro”.

³²³ PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 265/79 de 01 de agosto*. Diário da República eletrônico. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/1979/08/17601/00050036.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

é o regime das chamadas licenças de saída (art. 49º e ss.), os planos de tratamento a preocupação com a defesa dos reclusos (art. 138º), as visitas e correspondência (art. 29º e ss.), a terapia ocupacional por meio do trabalho (art. 63º e ss.), a formação e aperfeiçoamento profissionais (art. 79º), o ensino (art. 80º e ss.) e o vestuário e cuidados pessoais (art. 20º e ss.), a assistência moral e espiritual (art. 89º e ss.), médico-sanitária (art. 95º e ss.), alimentação adequada (art. 24º e ss.), tempo livre para frequência à biblioteca (art. 83º e ss.), acesso a jornais, revistas, rádio e televisão entre outras, observando sempre a separação de estabelecimentos e reclusos, tendo como norteamento o sexo, a idade, o grau de periculosidade de cada um, a proximidade com a residência familiar (art. 11º e ss.), entre outros.

A legislação portuguesa garante aos reclusos extensa possibilidade de apresentarem queixa, exposição e recurso ao juiz do Tribunal de Execução das Penas, sempre que forem aviltados em seus direitos durante o cumprimento da reprimenda penal.³²⁴ Assim, é imperativo notar os propósitos da Lei lusitana de regência da execução penal, podendo-se concluir que oferece dois objetivos: o caráter socializador para com o recluso, e o pedagógico que se destina não somente ao recluso, mas à sociedade.

³²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 205.

CAPITULO III

3 A EXECUÇÃO DA PENA NO SISTEMA BRASILEIRO E A DIGNIDADE DO APENADO

3.1 A dignidade humana

Necessário se faz abordar algumas concepções importantes sobre o papel reservado aos princípios no constitucionalismo contemporâneo e sua diferenciação com as regras atuais, para uma melhor compreensão da positivação da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, e o cenário da execução da pena no sistema legal brasileiro.

Sarmiento³²⁵ assevera que a ascensão dos princípios vive hoje a sua “idade de ouro”, ao atravessar um período pós-positivista, caracterizado pelo reconhecimento da plena eficácia jurídica dos princípios.

Esta fase marca a superação de uma visão formalista, que atribuía aos princípios um caráter meramente supletivo das regras legais, cingindo a sua incidência às hipóteses de lacuna.

Assim, pode-se afirmar que a importância central atribuída aos princípios torna-se uma das características do Direito Constitucional contemporâneo, com o reconhecimento da sua força normativa.

Nesse sentido, Sarmiento³²⁶ acrescenta que os princípios representam as linhas-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o conjunto do ordenamento em que radicam.

Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem uma sinergia axiológica mais acentuada do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que o condensam.

A superioridade dos princípios na Constituição é defendida por

³²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 42.

³²⁶ *Idem, Ibidem.*

Dantas,³²⁷ quando afirma que a existência de Princípios Fundamentais representa uma hierarquia interna na própria Constituição.

Tais princípios encontram-se acima das demais matérias que compõem o próprio texto constitucional, exercendo sobre elas uma força vinculante, sobretudo, no instante do exercício interpretativo.

No mesmo sentido, destaca Bulos³²⁸ que os Princípios Fundamentais, além de assegurarem a “unidade sistemática da Constituição, atuam como vetores para soluções interpretativas e, por isso, dirigem-se ao Poder Público por intermédio de seus Órgãos: Legislativo, Executivo e Judiciário”. Além do mais, acrescenta que, pelo fato dos princípios conterem em si uma “força expansiva, agregam também direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis, sendo por isso, na medida do possível, de aplicação imediata”.

Em razão do princípio da unidade da Constituição, tem-se também o entendimento de que todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano, o que não impede que normas de mesma hierarquia tenham funções distintas.

Ademais, aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto constitucional.

A ação imediata dos princípios, segundo Miranda,³²⁹ consiste "em funcionar como critérios de acepção e de adaptação, pois são esses critérios que transferem a conexão geral do sistema". Dessa forma, o sentido dos preceitos constitucionais é extraído da conjugação com os princípios, e a integração é feita tornando explícitas normas que porventura não foi possível ao constituinte expressar claramente.

Portanto, como ensina Carrazza,³³⁰ os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam,

³²⁷ DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 381.

³²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 71-72.

³²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, T. II, pp. 226- 227.

³³⁰ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 38-39.

condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais.

A aplicação destes mandamentos deve dar-se de modo consentâneo com as diretrizes fixadas nos princípios. Em suma, os princípios são normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante: indicam como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas.

As normas jurídicas, para a maioria dos doutrinadores, assim como as normas constitucionais, podem assumir duas configurações básicas quanto à sua estrutura: disposições ou regras e princípios. Existe ainda o consenso de que, assim como as regras, os princípios são normas que possuem imperatividade, figurando, dessa forma, como espécies do gênero norma jurídica. Entre os doutrinadores brasileiros, a concepção mais aceita é a que faz diferenciação entre princípios e regras, cuja combinação das ideias de Dworkin³³¹ e Alexy³³² tornou-se uma doutrina majoritária.

Essa diferenciação entre princípios e regras acarreta importante repercussão para a existência da norma, principalmente quanto à sua interpretação, para o papel que desempenha no ordenamento, bem como para sua eficácia jurídica.

Nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, essa diferenciação vem sendo tema de constante relevo, levando a doutrina constitucional a vivenciar a euforia do “Estado Principiológico”,³³³ que muitas vezes, se traduz em alguns exageros e problemas teóricos, os quais inibem a efetividade do ordenamento jurídico.

Para melhor entendimento quanto à diferenciação entre princípios e regras, abordar-se-á a doutrina mais difundida sobre o tema, que é a de Robert Alexy, a qual apresenta fortes influências de Ronald Dworkin.

A definição dos princípios e, conseqüentemente, a diferenciação das

³³¹ DWORKIN, Ronald. *Es el derecho um sistema de normas? Filosofía del derecho*. Tradução de Javier Sainz de los Terreros. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 12.

³³² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

³³³ ÁVILA, Humberto. *A teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 125.

regras recebeu, na verdade, uma grande contribuição de Ronald Dworkin.³³⁴ Para o referido autor, as regras são aplicadas ao extremo, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra válida e a consequência normativa devem ser aceitas, ou ela não é considerada válida.

Os princípios, de forma contrária, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios. Extrai-se daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que é demonstrável na colisão entre os princípios, nos casos em que um princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, que não perde, entretanto, sua validade.

A distinção apresentada por Dworkin refere-se à estrutura lógica dos princípios e das regras, e se baseia em critérios de classificação, ao invés de estabelecer um grau de comparação como em Alexy.³³⁵

Como registrado por Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla, de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Assim, os princípios seriam apenas uma espécie de norma jurídica por meio da qual são fixados deveres de otimização, aplicados em vários graus, atendendo às possibilidades normativas e reais.

Por sua vez, Canotilho,³³⁶ que, por intermédio de sua obra, divulgou a doutrina de diferenciação entre princípios e regras no Brasil, classifica os princípios constitucionais basicamente em duas categorias, que são os princípios jurídico-constitucionais e os princípios político-constitucionais. Segundo Canotilho, eles:

"[...] decorreriam de certas normas constitucionais e, não raramente, constituiriam desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da Constituição e o consequente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, entre outros que, *mutatis mutandis*, figurariam nos incisos XXXVIII a LX do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira".³³⁷

³³⁴ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 16.

³³⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 86.

³³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 171.

³³⁷ *Idem, Ibidem*.

Complementando, Canotilho³³⁸ ensina, ainda, que os princípios político-constitucionais também poderiam ser chamados de Princípios Constitucionais Fundamentais, ou Princípios Fundamentais, ou, ainda, Princípios Estruturantes do Estado Constitucional.

Para o aludido autor, os princípios seriam constituídos pelas decisões políticas fundamentais, representadas por normas conformadoras do sistema constitucional positivo e seriam normas-princípio, ou seja, derivam logicamente as normas particulares, regulando de forma imediata relações específicas da vida social e traduzindo as opções políticas fundamentais configuradas na Constituição.³³⁹ Para ele, esses princípios fundamentais constituiriam a matéria dos artigos 1º a 4º da Carta Magna, entre os quais figura a dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Canotilho,³⁴⁰ os princípios fundamentais constituiriam os princípios definidores: da forma de Estado, da estrutura do Estado, do regime político, da forma de governo e da organização política em geral. Desse modo, o ideal de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana é um princípio estruturante do Estado brasileiro, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, ideal que se apresenta, ainda, em outros dispositivos desse diploma legal, tais como: no artigo 5º, incisos XLII, XLIII, XLVIII, XLIX, L; no artigo 34, VII, b, no artigo 226, §7º; no artigo 227, no artigo 230.

Como visto, encontra-se, dentre os escopos da Constituição de 1988, a preservação da dignidade da pessoa humana, eleita como um princípio estruturante do atual Estado brasileiro (artigo 1º, inciso III, CF), princípio esse sobre o qual se deve edificar materialmente esse Estado Constitucional de aspiração social e democrática.

Como consequência prática desse reconhecimento, tem-se que a proteção da dignidade humana deixa de ser mera sugestão filosófico-axiológica para se tornar um dos imperativos fáticos, em toda a amplitude do Direito projetado na sociedade.

Outrossim, caracterizada como princípio estruturante, como classifica

³³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 171.

³³⁹ *Idem, Ibidem.*

³⁴⁰ *Idem.*

Canotilho,³⁴¹ a proteção da dignidade da pessoa humana transcende as generalidades teórico-políticas e projeta-se para o campo jurídico-político-pragmático de realização, assumindo tanto – nesse plano geral – seu papel de conformação política *lato sensu*, quanto – num plano específico – seu papel casuístico na promoção de justiça e na defesa do homem.

Existem muitos critérios, propostos doutrinariamente, que tratam da distinção entre princípios e regras. Barcellos³⁴² destaca que alguns deles se apresentam mais consistentes do que outros, mas, no conjunto, todos contribuem para o entendimento da distinção entre princípios e regras.

Os critérios elencados se estabelecem em relação ao conteúdo, origem e validade, compromisso histórico, função no ordenamento, estrutura linguística, esforço interpretativo exigido e aplicação.

Assim, torna-se importante citar algumas considerações sobre cada um dos critérios. Quanto ao conteúdo, os princípios estão mais próximos da ideia de valor e direito e consistem numa exigência da Justiça, da equidade ou da moralidade, enquanto que as regras têm um conteúdo diversificado.

No que concerne à origem e validade, para os princípios, a origem decorre de seu próprio conteúdo, enquanto que, para as regras, derivam de outras regras ou dos princípios.

No tocante à validade, é possível identificar quando e como uma regra tornou-se norma jurídica, o que não faz sentido em relação aos princípios. No critério de compromisso histórico, os princípios são considerados, não pela maioria dos teóricos, universais, absolutos, objetivos e permanentes, enquanto as regras caracterizam-se pela relatividade dos seus conteúdos, variando de acordo com o tempo e lugar.

Tem-se, ainda, o critério da função exercida no ordenamento. Os princípios exercem uma função explicadora e justificadora no que tange as regras, pois guardam grande quantidade de informação de todo o ordenamento jurídico, e que lhe confere unidade e ordenação.

Quanto à estrutura linguística, os princípios são mais abstratos que as regras e, em geral, não descrevem as condições necessárias para sua

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 171.

³⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 46-57.

aplicação, por isso são aplicáveis a diversas situações, ao passo que, para as regras, é possível identificar suas hipóteses de aplicação.

Existe também o esforço interpretativo exigido, pois, para os princípios, a atividade argumentativa é muito mais intensa, ao passo que, para as regras, apenas requerem uma aplicabilidade.

Outro critério importante de diferenciação diz respeito à aplicação dos princípios e regras. Como já exposto anteriormente, as regras, baseadas nas ideias de Dworkin, têm estrutura biunívoca, ou seja, só admitem duas espécies de situação: uma regra vale ou não vale juridicamente, não são aceitas gradações. Ao contrário das regras, os princípios, como defende Alexy,³⁴³ determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla, de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes.

Acrescenta Barcellos³⁴⁴ mais duas diferenças que podem ser apontadas em relação aos princípios e regras. A primeira delas é relativa à indeterminação dos efeitos, em que, ao contrário das regras, são relativamente indeterminados.

Para melhor entendimento, tem-se o exemplo da regra que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos, o qual produz um efeito específico, ou seja, a proibição de menor de 18 anos realizar trabalho noturno perigoso ou insalubre.

Mas quando se analisa um princípio, não se verifica o mesmo efeito específico, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se pode dizer, de imediato, quais são os efeitos que ele pretende produzir e o seu real significado, uma vez que existem muitas concepções diferentes do que seja dignidade humana.

Assim, as conclusões que Barcellos³⁴⁵ apresenta, quanto aos efeitos que um princípio pretende produzir, é que se irradiam a partir de um núcleo básico determinado, semelhante às regras. A partir do núcleo referenciado, esses efeitos vão-se tornando indeterminados, porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, dentre outras, ou ainda porque surgem situações indetermináveis não previstas, em que o efeito básico do

³⁴³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 493.

³⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., pp. 51-57.

³⁴⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 52.

princípio poderá ser aplicado.

A outra diferença apontada em relação aos princípios e regras trata da multiplicidade de meios para atingir os efeitos pretendidos por uma norma. Aqui tem-se, ainda, que o efeito pretendido pela norma seja determinado, pois os meios para atingir tal efeito são múltiplos.

Por sua vez, Barroso³⁴⁶ assinala que os princípios constitucionais compõem o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Dessa forma, pode-se afirmar que os princípios se irradiam por todo o sistema jurídico constitucional, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. As regras, por sua vez, indicam consequências jurídicas quando aplicadas aos casos concretos.

Apesar das inúmeras concepções existentes acerca da diferenciação entre princípios e regras, registra-se que existe um consenso geral de que eles possuem o *status* de norma jurídica e integram o sistema de interpretação sem hierarquia.³⁴⁷

Para tanto, o autor apresenta quatro critérios de distinção entre princípios e regras, fazendo comentários sobre eles. Em primeiro lugar, apresenta o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, as quais são aplicadas ao modo 'se, então', enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra para o caso concreto.

Em segundo lugar, apresenta o critério do modo final de aplicação, que

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 27. Entretanto, inovando sobre o tema, Ávila assegura que "o critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa".

se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo-ou-nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos.

Em terceiro lugar, apresenta o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras, ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante uma ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

Em quarto lugar, apresenta o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Ávila,³⁴⁸ utilizando esses critérios de diferenciação, apresenta proposta de conceito para as regras e para os princípios, dizendo que as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³⁴⁹

Além do esclarecimento conceitual das espécies de norma, Ávila³⁵⁰ apresenta as diretrizes para a análise dos princípios e sua eficácia, que são primordiais para o entendimento da posição ocupada pela dignidade da pessoa humana na Constituição Federal.

Partindo da conceituação dos princípios como normas finalísticas, ou seja, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por

³⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 29.

³⁴⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 31-69.

³⁵⁰ *Ibidem*, p.35.

meio de comportamentos necessários a essa realização, Ávila³⁵¹ propõe passos para a análise dos princípios, examinando, inclusive, como eles devem ser aplicados.

Para a análise apresentada, o autor considera os princípios como normas importantes para a compreensão do sentido das regras, que serão adequadamente compreendidas, se interpretadas de acordo com os princípios que lhe são sobrejacentes.

Logo, verificando os princípios, considera-se, inicialmente, a disciplina constitucional, com a atenção voltada para os dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise; cumpre relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais e restringir os aspectos dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, delimitar o âmbito de aplicação do princípio.

O segundo passo é a investigação da jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, visando encontrar casos, cuja solução possa servir de exemplo para o caso em tela. Esses passos mostram o caminho a ser percorrido e o esforço exigido nesse percurso, que, para Humberto Ávila,³⁵² tem uma finalidade de “superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal”.

Fazendo uma adaptação da teoria das funções dos princípios defendida pelo referido autor, pode-se exemplificar a função rearticuladora do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal.³⁵³ O aludido sobreprincípio permite o relacionamento entre o subprincípio da liberdade com as regras da liberdade de imprensa, acesso às

³⁵¹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 49.

³⁵² *Idem*, *Ibidem*, p. 65.

³⁵³ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 79-80. Teorizando a respeito das funções dos Princípios, temos de Humberto Ávila a seguinte citação: “Os sobreprincípios, como, por exemplo, os Princípios do estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem, importantes funções, mesmo na hipótese de os subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como Princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas daqueles (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem “sobre” outros não exercem a função integrativa (porque essa função pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função rearticuladora, já que eles permitem a interação entre vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado”.

informações, inviolabilidade da intimidade, vida privada e imagem das pessoas, de maneira que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais, em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado separadamente.

Encerrando a análise da teoria dos princípios e regras, pode-se dizer que, em relação à dignidade da pessoa humana, sendo este princípio previsto no texto constitucional, dentro da esfera de outras ordens constitucionais, nem sempre houve clareza quanto ao seu enquadramento, diversamente do que ocorreu na Constituição brasileira.

O enquadramento escolhido pelo constituinte brasileiro foi não incluir a dignidade da pessoa humana na relação dos direitos e garantias fundamentais, preferindo destacá-la como princípio fundamental, espelhando-se no constitucionalismo e na doutrina portuguesa e espanhola.

Neste contexto, Sarlet³⁵⁴ ressalta que o dispositivo que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não-violação da dignidade), mas que também impõem condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo.

Assim, verifica-se que o constituinte de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, expressando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo principal da ordem jurídica. Sendo fundamental, o princípio traduz a repulsa constitucional às práticas imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem expor o ser humano em plano de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou a privá-lo dos meios necessários à sua autossustentação.

Para Barroso,³⁵⁵ o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 69-70.

³⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.128.

só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito, como com as condições materiais de subsistência.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana foi expressamente positivada pelo Constituinte de 1988 numa fórmula principiológica. Não se trata de uma criação constitucional, mas de um valor ao qual foi atribuída máxima relevância jurídica e expressa incorporação ao sistema jurídico constitucional.

Configura-se, portanto, como um princípio fundamental que tem a pretensão de plena normatividade, caracterizado como princípio constitucional fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira, incluso na Constituição numa posição de destaque, como já referenciado.

3.2 Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais

Para melhor entendimento da relação existente entre a dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais, far-se-á uma breve explanação histórica do surgimento e da previsão desses direitos nas Constituições. Nesse contexto, será feita, também, uma abordagem sobre a conceituação dos Direitos Fundamentais, apresentando o pensamento expressivo doutrinário sobre o assunto.

A doutrina dos Direitos do Homem, que tem grande influência no constitucionalismo atual, surgiu desde a Antiguidade, quando se fazia referência a um direito superior estabelecido pelos deuses. Essa concepção de direito permaneceu por toda a Idade Média, quando surgiram os primeiros registros escritos de direitos, com destaque especial para a Magna Carta de 1215, que consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia (inglesa). Esse reconhecimento de direitos representa a limitação do poder, prevendo inclusive garantias específicas nos casos de ocorrência de violação desses direitos.

Assim, o conceito de direitos fundamentais tem uma vinculação com a imposição de limites aos poderes dos governantes e de seus agentes, visando resguardar os Direitos dos seres humanos individualmente considerados. No século XVIII, foram publicados os primeiros direitos individuais por meio das

Declarações da Virgínia, em 1776, que estabelecia, entre outros princípios fundamentais, a igualdade de direitos, a divisão de poderes, a liberdade de imprensa, liberdade religiosa e o direito de defesa.

Outros enunciados de Direitos que merecem destaque são os previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (Paris), que possuíam caráter de universalidade considerada extensiva à toda humanidade. Registra-se também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que foi editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 (Paris), a qual afirmou a preocupação com os direitos humanos em todos os países do mundo. A partir dessa Declaração é que as Constituições passaram a prever, em seus textos normativos, os direitos fundamentais.³⁵⁶

Ao tratar de tais direitos, outros autores, como Stern,³⁵⁷ fazem distinção entre as expressões ‘Direitos Humanos’ e ‘Direitos Fundamentais’. No entendimento de Stern, "os Direitos Fundamentais seriam os Direitos Humanos positivados nas Constituições, nas leis ou nos tratados internacionais, e reconhecidos pela autoridade competente para editar normas no interior dos Estados, ou no plano internacional".

Embora existam, na doutrina, conceitos, distinções e enfoques diversos sobre direitos fundamentais e direitos humanos, nesse tópico, mais relevante do que isso, "é a afirmação da imperativa necessidade de que esses direitos fundamentais positivados sejam realmente a concretização das garantias da dignidade humana e de que, por isso, esses Direitos Fundamentais positivados sejam realmente verdadeiros Direitos Humanos Fundamentais", ou seja, expressões positivas dos direitos humanos.³⁵⁸

³⁵⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 162. Como registra Moraes, esses Direitos representam o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

³⁵⁷ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 23.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.73. Nesse sentido, conclui Sarlet: “Assim, quando se fala em direito à dignidade, se está, na verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana”.

Por esta razão, considera-se que, nesse sentido estrito – de um Direito à Dignidade como reconhecimento –, efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e não poderá ser, ela própria, um direito fundamental ('positivado'), pois a dignidade humana, a personalidade, é anterior a qualquer direito positivo (civil, canônico, militar, ou outro).

3.2.1 Relação intrínseca e núcleo essencial dos Direitos Fundamentais

O reconhecimento do valor distinto da pessoa humana, previsto em inúmeras legislações ao longo da história, teve como consequência o surgimento e afirmação de direitos específicos do homem, expressos nas cartas Constitucionais como direitos fundamentais.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada a base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Os pontos de contato da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais são tão intensos que o Direito Constitucional contemporâneo se assenta na íntima e indissociável vinculação entre eles, mesmo nas ordens constitucionais em que a dignidade ainda não foi reconhecida expressamente no âmbito do direito positivo.

Dentre as vinculações existentes, tem-se que a dignidade da pessoa humana é considerada o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, bem como a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática a esse sistema e, ainda, o valor que atrai a realização desses direitos.

Como destaca Miranda,³⁵⁹ a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção de que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Por esse motivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por expressiva parcela dos

³⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, T. IV, p. 180.

doutrinadores como o ponto de equilíbrio dos direitos fundamentais.

Existe também a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, da qual seriam formas de concretizações. Essa afirmação acarreta uma discussão interessante, pois, apesar de existir a vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, observa-se que o grau de intensidade dessa vinculação é diferenciado.

Além da atuação do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais, ressalta Sarlet³⁶⁰ sua função “instrumental integradora e hermenêutica”, quando serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, bem como de todo o ordenamento jurídico.

Após analisar as funções da dignidade da pessoa humana citadas, verifica-se que a relação entre esta e os direitos fundamentais é interdependente. Possuem também características comuns, além da convivência e da atuação de ambos, espalhada por todo o ordenamento jurídico considerado democrático.

Em cada direito fundamental, se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Acrescenta-se, ainda, que, na condição de valor fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais em todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos que lhe são inerentes, em verdade se lhe estará negando a própria dignidade.

Observa-se que o catálogo de direitos fundamentais existentes na Constituição Brasileira de 1988 e a definição dos objetivos fundamentais do Estado têm como finalidade a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, tome-se o direito à igualdade, que apresenta vinculação direta com a dignidade da pessoa humana.

Como pressuposto para o respeito à dignidade da pessoa humana, tem-se a garantia da isonomia entre todos os seres humanos, aos quais é

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 83.

resguardada a garantia de tratamento não discriminatório, não sendo admitidas a escravidão e a discriminação racial, dentre as que vierem a ferir o princípio da igualdade.

Entre tantas outras correlações que se podem apresentar dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, tem-se que ela engloba também o respeito e proteção da integridade física e emocional da pessoa, o direito à vida, o direito à intimidade, o direito à propriedade, assim como todos os direitos sociais, econômicos e culturais.

Outra função importante da dignidade da pessoa humana em sua conexão com os direitos fundamentais é a contribuição para o conceito de abertura material do catálogo constitucional desses direitos, que, sem aprofundar sobre o assunto, cita-se aqui dada a sua relevância.

Essa abertura material dos direitos constitucionais vem sendo registrada na evolução constitucional desde a Proclamação da República e a Constituição Brasileira de 1988, se espelhando na Constituição norte-americana, que a consagrou em seu texto.

Nesse sentido, observa-se que, segundo Sarlet,³⁶¹ a Constituição Brasileira de 1988 consagrou a ideia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pela Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), acolhendo, também, os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Além dessa previsão, no artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, também são previstas a existência de direitos não-escritos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição Brasileira, bem como a revelação de direitos fundamentais implícitos naqueles expressamente positivados.

Devido ao grau de indeterminação do conceito de “princípio da dignidade da pessoa humana”, deveria ser entendido que todo o texto constitucional seria direcionado ao valor da dignidade da pessoa. Entretanto, não é nesse sentido que doutrinadores defendem a relação do princípio como

³⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 83.

elemento integrante da concepção material de direitos fundamentais.³⁶²

Embora não haja um direito fundamental à dignidade, como já abordado anteriormente, não existe impedimento de que do Princípio da Dignidade da pessoa humana se possa deduzir autonomamente, ou seja, sem ser vinculado a qualquer direito fundamental, “posições jurídico-subjetivas fundamentais”.³⁶³

Ainda assim, verifica-se que a maioria dos autores, bem como as decisões judiciais, não se referem à dignidade da pessoa humana como fundamento isolado, mas sempre vinculada à determinada norma de direito fundamental, como será exemplificado posteriormente.

Essa constatação reforça o entendimento, como ressalta Sarlet,³⁶⁴ de que os Direitos Fundamentais são “exigências e concretizações em maior ou menor grau de dignidade da pessoa”, ou ainda de que “os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento”.

O sentido aqui referenciado não trata a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como de aplicação meramente subsidiária. Isto porque a dignidade assume, simultaneamente, a função de “elemento e medida” dos direitos fundamentais, de forma que, em regra, a violação de um desses direitos estará sempre vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa humana.³⁶⁵

Em resumo, destacam-se alguns pontos de contato entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais encontrados na doutrina que, na verdade, trata de uma relação intrínseca e interdependente. Inicialmente, tem-se que a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais.

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 101. Sobre essa questão, alerta Sarlet que “se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (...) seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental”. E acrescenta que “a dignidade não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, sob pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada”. Sendo assim, para o autor “o que se pretende demonstrar é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (...) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição”.

³⁶³ *Idem*, *Ibidem*. p. 105.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 106.

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 106.

Nesse aspecto, a dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter “axiológico-constitucional”, funcionando como um paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como elemento de “integração e de hierarquização hermenêutico-sistemática” de todo o ordenamento jurídico.

Num segundo aspecto, como elementos de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustentam e aferem legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamento máximo. Aqui, a dignidade assumiria o papel de “critério para verificação do sentido de uma ordem estabelecida”, sentido esse que não pode ser outro se não aquele baseado na unidade de valor da dignidade da pessoa humana.

Num terceiro aspecto, a que se chamaria de aspecto pragmático-constitucional, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma relação de *praxis* no interior teórico da ordem constitucional. Nesse caso, os direitos fundamentais seriam a concretização da diretriz da dignidade da pessoa humana em substância constitucional, que é informadora de toda a ordem jurídica.

Em verdade, trata-se de um processo de derivação, por meio do qual todos os direitos constitucionais frutificam a partir do núcleo original da dignidade. Podem-se abordar, ainda, outros dois aspectos. O primeiro seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria em um direito fundamental, na medida em que se manifestasse *stricto sensu*.

O outro aspecto seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como baliza à função do Estado e da sociedade,³⁶⁶ na dupla vertente de que, tanto um quanto a outra devem respeitar a dignidade (limite – ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional), respeito e promoção que se manifestariam por meio do respeito e da promoção de todos os direitos constitucionais da pessoa e do cidadão.

Por fim, verifica-se que, dotada de caráter universal, a dignidade da pessoa humana é o fundamento e o fim dos direitos fundamentais, para os

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 119.

quais funciona como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente, mostrando assim a relação *sui generis* existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Nesse sentido, ou seja, devido à relação intrínseca existente entre o princípio da dignidade e os direitos fundamentais, importa ainda uma abordagem acerca da possibilidade de se estabelecerem limites à dignidade da pessoa humana, o que será tratado a seguir.

3.2.2 Dignidade da pessoa humana e conflito de proteção

A expressão “proteção pela dignidade”³⁶⁷ é utilizada quando se refere à função do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto abrangente dos direitos fundamentais. Sendo assim, ao ser admitida a possibilidade de limites a tais direitos, é pacífico o entendimento de que inexiste direito absoluto, o que é corroborado por Andrade,³⁶⁸ ao comentar sobre o direito à liberdade, expresso pelo artigo 4º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.³⁶⁹

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites se não que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Mas, só por lei estes limites podem ser determinados.

Existe, na doutrina,³⁷⁰ um consenso admitindo-se que, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição.³⁷¹ Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se destaca, pois fica identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou, ainda, considera-se que o conteúdo em dignidade da pessoa, em cada direito fundamental, se encontra

³⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 119.

³⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 159.

³⁶⁹ AIMBERE, Francisco Torres. *Direito e valor. o valor da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1083930&dou=1>. Acesso em: dez. 2011.

³⁷⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. X.

³⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

imune a restrições.

Além do mais, surge o questionamento sobre quais direitos fundamentais possuem efetivamente um conteúdo em dignidade da pessoa humana.

Mesmo se fosse admitido que todos os direitos fundamentais possuíssem pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade, não se pode definir com certeza qual é exatamente esse conteúdo e se ele ainda poderá coincidir com o núcleo essencial do direito fundamental. Apenas analisando os casos concretos é que poderia ser fornecida uma solução adequada.

Percebe-se que o problema é complexo. Para Sarlet,³⁷² sendo todas as pessoas iguais em dignidade e existindo um dever de respeito recíproco à dignidade alheia, poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se o estabelecimento de uma concordância prática, que necessariamente implica a hierarquização ou a ponderação dos bens em rota conflitiva.

No mesmo sentido, Azevedo³⁷³ entende que, para o princípio da dignidade da pessoa humana se concretizar, exige-se um trabalho de modelação para se adaptar ao concreto. A exigência desse trabalho se dá porque é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra, pois alguma coisa da dignidade de uma pessoa poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra. Para a realização da compatibilização referida, é utilizada, pela doutrina e jurisprudência, a técnica da ponderação que será enfocada no próximo tópico.

3.2.2.1 Ponderação de interesses

A ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se estabelece o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não há um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, devem-se fazer concessões recíprocas, produzindo um resultado desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 119.

³⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, jan/mar 2002, p. 3.

fundamentais em oposição.

Os princípios contêm uma maior carga valorativa, uma decisão política relevante e indicam uma direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, há outros princípios que protegem decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. Assim, a colisão de princípios, desta forma, faz parte da lógica do sistema, que é dialético. E devido a isso a sua incidência não pode ser posta em termos de validade ou invalidade. Deve-se, assim, reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.

Para Alexy,³⁷⁴ à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios ocorre, predominantemente, mediante ponderação.

A forma de ponderação apresentada por Alexy³⁷⁵ é conhecida entre os doutrinadores brasileiros, mas existe uma particularidade que se refere à obrigatoriedade da ponderação entre princípios devido à normatividade que possuem. Essa normatividade se explica, pois o princípio veicula, de início, uma norma *prima facie*, indicando um fim genérico a alcançar ou um valor a proteger, sem indicar, entretanto, qual a extensão desse fim, quais metas deverão ser alcançadas e quais meios serão empregados para realizar o objetivo da norma.

Sendo o princípio submetido à técnica da ponderação, as possibilidades de escolha serão reduzidas e será eleita aquela que, quando realizada, não desconsidere totalmente as demais, mas as otimize de alguma forma e transforme, assim, o princípio em regra diretamente aplicável. Para o referido autor, por meio da regra da ponderação proposta, pode-se afirmar que o mínimo existencial constitui uma regra constitucional, que é resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, das noções de separação dos poderes e de competência do legislador democrático, bem como do limite imposto pelos direitos de terceiros.

³⁷⁴ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 493.

³⁷⁵ *Idem*, *Ibidem*, p. 493.

Como assinala Barroso,³⁷⁶ o embasamento para a nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação do fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais à normatividade dos princípios.

E ainda complementa o autor, destacando que Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética.

Para Sarmento,³⁷⁷ o método de ponderação de interesses incorpora uma “irredutível dimensão substantiva”, na medida em que seus resultados se devem orientar para a promoção de valores humanísticos de igualdade, liberdade e fraternidade, que são sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana. Na ponderação, o operador do direito tem a liberdade dentro dos limites dos valores existentes na ordem constitucional, sendo que o de maior destaque é o da dignidade da pessoa humana. Contudo, nenhuma ponderação poderá ensejar desprestígio à dignidade do homem.

A dignidade da pessoa humana, como já referenciado, é qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana e, por esse motivo, pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

Embora com discordâncias na doutrina,^{378,379} isso não afasta a possibilidade de eventual relativização da dignidade, principalmente na sua condição jurídico-normativa e em algumas de suas facetas.

3.2.2.2 Caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana

Considerando a perspectiva dúplice da dignidade como elemento

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., 128.

³⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 57.

³⁷⁸ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

³⁷⁹ SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. X.

limitador e integrante dos direitos fundamentais, como apresentado por Sarlet,³⁸⁰ existe o questionamento, entre doutrinadores, se que se assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma pessoa, necessariamente não seria limitar a dignidade de outra pessoa, no sentido, aqui, de dignidade como bem jurídico autônomo que representa o conteúdo de determinado direito fundamental.³⁸¹

A dignidade, como vem sendo tratada pela maioria dos doutrinadores, no sentido de qualidade inerente ao ser humano, bem jurídico absoluto e entendido como inalienável, irrenunciável e intangível, certamente não comportaria uma discussão desse nível.

Ocorre, no entanto, que observam-se, nas relações sociais, inúmeras situações em que a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupos de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se insere o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte na perda da dignidade.³⁸²

Ressalta-se que a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, nos casos concretos, é evidente. Assim, é relevante a questão da relativização, pois a realidade da vida oferece situações em que dificilmente não surgirá um conflito envolvendo a dignidade das pessoas. Corroborando essa afirmativa, nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se pode ignorar que deverá ser utilizado um juízo de ponderação ou uma hierarquização, ocorrendo uma avaliação subjetiva do Juiz, no caso em questão.

Diante de tudo o que foi exposto nesse tópico, permanecem ainda alguns questionamentos, como, por exemplo, quando se trata de verificar quais condutas são, de fato, violadoras da dignidade da pessoa humana.

³⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., pp. 123-124.

³⁸¹ *Idem, Ibidem*, p. 123. Do exposto, como destaca Sarlet, “a dignidade (...) inevitavelmente está sujeita a uma relativização no sentido de que alguém sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto”.

³⁸² AIMBERE, Francisco Torres. Op. cit.

E assim, por mais que se tenha a dignidade como bem jurídico absoluto, o que é absoluto (e, nesta linha de raciocínio, até mesmo o que é a própria dignidade) encontra-se de certa forma em aberto e, em certo sentido, irá depender do convencimento do intérprete e de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada.³⁸³

Desta forma, após ter sido definido o que pode ser considerado protegido em termos de dignidade e, também, o que pode ser considerado como agressão, é que se pode viabilizar uma tomada de posição em relação ao tema em questão.

Leciona Sarlet,³⁸⁴ que mesmo a dignidade comporta diversos níveis de realização e, portanto, certa graduação e relativização; por consequência, seria possível reconhecer também que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, por conseguinte, apenas este será intangível.

Assim, mesmo que seja reconhecida a possibilidade de alguma relativização na percepção, avaliação da dignidade da pessoa humana, não se pode desconsiderar a preservação de um conjunto de elementos que formam um núcleo intangível, o qual, de acordo com a fórmula de inspiração *kantiana*, consiste na vedação de qualquer conduta que importe “coisificação e instrumentalização” do ser humano.

Outro tema, correlato à discussão do caráter relativo ou absoluto da dignidade da pessoa humana, é o questionamento sobre o fato de o princípio da dignidade da pessoa humana ser invocado como critério orientador do processo de ponderação, que leva à decisão sobre a validade de uma renúncia a direitos fundamentais.

Guerra Filho³⁸⁵ apresenta razões que justificam a referida consideração deste princípio como critério orientador de um processo de ponderação de bens e valores, o que implica, em certa medida, na sua invocação, não como

³⁸³ VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. *Dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/522/380>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 132-133.

³⁸⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In MIRANDA, Jorge. (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1, 1996, p. 329.

valor de conteúdo pré-determinado, mas, antes, determinável no confronto com outros valores relevantes no caso concreto.

Como fundamentos para essa colocação, o autor esclarece, em primeiro lugar, que o consentimento é relevante, porque o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser simultaneamente esgrimido como limite absoluto das possibilidades de renúncia a direitos fundamentais, e também invocado como fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais. Acrescenta, ainda, o autor, em segundo lugar, que a relativização se verifica porque o próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca do sentido de sua dignidade. Assim, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na sua acepção absoluta, tende a identificar-se com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Aqui se considera que o conteúdo essencial é violado, quando o indivíduo não pode mais prosseguir com o interesse protegido pelo direito fundamental, de acordo com os fins que ele próprio defina, enquanto, na sua acepção relativa, tenderá a ser absorvido pela garantia de observância do princípio da proporcionalidade.

Pelo exposto, não se pode afirmar se o caráter do princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto ou relativo. É necessário analisar o caso concreto, pois a dignidade da pessoa humana, na sua condição de norma, tolera certa relativização, respeitando-se o núcleo essencial da dignidade, que é intangível. A questão do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana pode ser observado por meio de algumas decisões judiciais. Se a dignidade da pessoa humana for invocada de forma autônoma, poder-se-ia afirmar que teria o caráter absoluto. Por sua vez, quando a dignidade da pessoa humana é aplicada condicionada aos direitos fundamentais, o que é observado na maioria das decisões, dependendo do caso concreto, tem o caráter relativo. Nesses casos, o intérprete utiliza o recurso da proporcionalidade, como pode ser observado nos exemplos colacionados da jurisprudência brasileira no próximo tópico.

3.3 Aplicabilidade prática da dignidade da pessoa humana

Como evidenciado anteriormente, devido ao grau de abstração que

possui, a dignidade da pessoa humana não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora as múltiplas opiniões se apresentem harmônicas e complementares. Essas opiniões têm influenciado na aplicabilidade do princípio, contribuindo para o surgimento, na jurisprudência, de decisões diversificadas.³⁸⁶

Além dos tópicos analisados, realçando o caráter de Princípio Fundamental fruído pela dignidade da pessoa humana, observa-se, também, como de suma importância, a sua atuação como diretriz hermenêutica.

Essa importância da atuação da dignidade da pessoa humana é observada por Barroso,³⁸⁷ quando assinala que a jurisprudência produzida a partir da Constituição Brasileira de 1988 tem, progressivamente, se servido da teoria dos princípios. Com efeito, verifica-se que, na atualidade, a dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para as decisões judiciais brasileiras, espelhando-se, principalmente, na decisão do Conselho de Estado francês, que fez referência ao termo no inusitado caso Morsang-sur-Orge,³⁸⁸ ocorrido na cidade de mesmo nome, na França.

O caso trata de uma empresa do ramo de diversões que decidiu lançar, em algumas discotecas das cidades, um concurso diferente, conhecido como “arremesso de anão” (*lancer de nain*), que consistia em transformar um anão em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão. O prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou o espetáculo, tendo a decisão administrativa se inspirado em uma norma de cunho supranacional, o artigo 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com argumento de que o evento era incompatível com a dignidade da pessoa humana.

A empresa interessada no evento,³⁸⁹ em litisconsórcio ativo com o anão

³⁸⁶ GROBÉRIO, Sônia do Carmo. *Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais). 153f. Vitória: Faculdades de Vitória, 2005, p. 116.

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 135.

³⁸⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. COAD/ Seleções Jurídicas, nº 12, 1996, p. 17-30.

³⁸⁹ CARVALHO, Ivan Lira de. *Decisões vinculantes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

em causa, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles para anular o ato do prefeito. Ao final do processo, ao examinar o caso em grau de recurso, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles.³⁹⁰

Essa decisão, além de trazer modificações na tradição jurisprudencial estabelecida na França, foi divulgada em diversos países e influenciou a doutrina, bem como, ainda que de forma indireta, as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Sendo assim, aos poucos vai se formando uma massa crítica de jurisprudência acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, o que pode ser observado em manifestações dos tribunais pátrios.

Essa crescente utilização do princípio em comento, como registra Sarlet,³⁹¹ é observada quando, cada vez mais, encontram-se decisões dos tribunais brasileiros valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para a solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana.

3.4 O corpo do condenado e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Neste ponto objetiva-se a realização de uma pesquisa doutrinária, no sentido de fixar um conceito satisfatório de dignidade da pessoa humana, de modo a vislumbrar, na legislação pátria, o respeito a esses preceitos constitucionais, na primeira e na segunda fase da execução das penas.

Ou seja, direcionam-se esforços no sentido de compreender a real importância do princípio da dignidade da pessoa humana, quando da aplicação de pena, por parte do Estado, ao preso ou condenado, pois, é dever institucional do Estado aplicar a norma penal da forma menos gravosa ou aflitiva para o corpo do condenado que cumpre pena, pela simples condição de

³⁹⁰ CARVALHO, Ivan Lira de. Op. cit., p. 1. Declarando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”.

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 86.

ente humano latente.

Ao ser condenado, o preso perde somente o seu direito constitucional de ir e vir, a sua liberdade de locomoção, não os demais direitos fundamentais, que devem ser respeitados pelo Estado (art. 38, CP).

Portanto, parece claro e imperioso o dever que a autoridade tem de respeitar o ser humano a partir de sua própria dignidade intrínseca, visto que, independentemente de se tratar de preso provisório ou de condenado, todos os indivíduos são pessoas humanas e, por isso, detentores de dignidade.

Dessa forma, impõe-se ao Estado e a todos os que trabalhem com o direito penal, com o direito processual penal e com a execução penal (advogados, doutrinadores, juízes, Ministério Público, legisladores e serventuários) o dever de respeitar o preso para dar efetividade ao princípio em estudo.

Verifica-se no direito comparado, na doutrina e na legislação brasileira que, tanto o preso provisório quanto o condenado por sentença criminal transitada em julgado, independentemente da gravidade de seus crimes, são pessoas humanas, e, por isso, devem ser tratados como tal.

Não pode mais ser aceito que o corpo dos condenados seja objeto ou alvo de penas cruéis, desumanas e ou degradantes, como ocorria no passado, pois, com a Declaração Francesa de 1789, e, mais tarde, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pelas Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial, passou-se efetivamente a considerar o indivíduo como pessoa humana portadora de dignidade intrínseca, e, com isso, modificou-se gradativamente a forma de punir do Estado para que, não mais se atinja o corpo físico do réu (castigos físicos, torturas e mutilações), mas apenas sua liberdade de locomoção.

Assim, para que se respeitem os direitos fundamentais dos indivíduos, firmados na Constituição Federal, principalmente dos detentos sob custódia do Estado, garantindo-lhes, em especial, o direito de existir com dignidade e de cumprir sua pena em condições dignas de sobrevivência, torna-se essencial o cumprimento de alguns dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, como, por exemplo, as garantias da individualização da pena; do trabalho; do estudo (profissionalizante e fundamental); da saúde física e psíquica, o que, infelizmente, na maioria das vezes, não se verifica em grande parte dos

presídios brasileiros.

Significativo se apresenta o caso constante do livro “Vigiar e Punir” de Michel Foucault. Embora se refira a uma prisão decorrente de condenação em tempos de trevas, que é diferente do objeto aqui relacionado, demonstra claramente a necessidade de sempre se buscar uma forma de punição, ou de responsabilização penal, mais branda para o destinatário, ou seja, deve-se aplicar a lei de forma que cause menos dano ao preso ou a seus bens, devendo, a autoridade pública, ao prender, processar, julgar e executar as condenações, respeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que vem sendo definitivamente incorporado aos textos constitucionais brasileiros.

O exemplo que se segue materializa a história de um indivíduo que fora condenado em 1757, em Paris, França, a pedir perdão em frente à catedral (igreja sede). Foi ele levado até o local em uma carroça, nu, somente com uma camisola, carregando uma tocha de cera. Em seguida, mutilado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sendo derramado em cima de suas feridas chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos, conjuntamente. Na sequência, seu corpo seria puxado por cavalos e seus membros separados do tronco, sendo, logo após, todo seu corpo jogado ao fogo até ser reduzido a cinzas e estas jogadas ao vento.

A contextualização expendida sugere uma forma de oposição ao sistema punitivo adotado na França, no ano de 1757, pois, a referida atitude desrespeita todos os preceitos basilares da dignidade da pessoa humana, bem como todas as normas existentes no direito mundial quanto à limitação da intervenção estatal em relação ao indivíduo ou ao seu patrimônio.

Conforme Costa,³⁹² a “dignidade humana é o direito de a pessoa conviver no ambiente social de acordo com sua própria natureza”. Ou seja, é o direito de ser tratado com dignidade e respeito, pela simples condição de ser humano preexistente às positivamente ou não legislativas.

Até porque, como afirma Silva,³⁹³ o princípio da dignidade da pessoa humana não tem origem no direito constitucional, e, sim, é conceituação

³⁹² COSTA, Tailson Pires. *A Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiúza, 2004, p. 13.

³⁹³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 109.

desenvolvida anteriormente pela própria razão humana, no decorrer dos séculos. Já com relação às constantes violações acerca da dignidade humana, experimenta-se comoção ante a violência com a qual eram aplicadas as penas em tempos passados. Dessa forma, há concordância com a doutrina de que sempre se tem necessidade do desenvolvimento de uma forma de aplicação da lei mais branda para o indivíduo que a recebe, não menos satisfatória para com a sociedade. Ou seja, o indivíduo deve “pagar” da forma que menos lhe causar dano, seja físico, moral ou material.³⁹⁴

Dessa maneira,³⁹⁵ o Estado, ao aplicar e executar qualquer condenação a determinado indivíduo, deve ter presente que o corpo do condenado continua sendo objeto de punição, porém não mais proporcionando o espetáculo por meio do suplício.

O Estado tem o dever de assegurar e garantir a integridade física e psíquica do condenado, enquanto este cumprir pena. Não pode o apenado, por negligência, deixar que abusos como a tortura e outras formas de violência ofendam um dos principais direitos naturais do ser humano, que é o direito a ser tratado e de existir com dignidade.³⁹⁶

Contudo, ser digno significa ser merecedor, ser respeitável, mas essa respeitabilidade e merecimento só podem ter sentido se forem ligados à natureza do ser a quem isso é atribuído.

Na sociedade, de forma geral, ao agir, deve-se pautar pelas regras

³⁹⁴ MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 148. Pois, repugna à consciência do mundo hodierno, penas como a fustigação, a mutilação, os rigores e torturas que precediam a execução capital. O direito penal moderno, como o lembrou BETTIOL, ligado ao reconhecimento dos valores da pessoa humana, eliminou “as penas infamantes e as penas corporais porque deixam indelével sinal negativo sobre a personalidade moral ou sobre a integridade física do condenado”.

³⁹⁵ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 62. Por tudo isso, com base no entendimento de Beccaria, conclui-se que: “Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. (...) O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. (...) É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu”.

³⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 31. Neste sentido, Comparato afirma: “A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados diante da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos: e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, aos massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”.

gerais do princípio da dignidade da pessoa humana, para, assim, agir moral ou humanitariamente, de modo a não ofender a natureza do próprio ser humano.³⁹⁷

Essa liberdade interior de poder reconhecer, segundo sua própria razão, qual é a decisão correta e a possibilidade de decidir de acordo com seu próprio julgamento, somente estão presentes – pelo menos em tal amplitude – no homem.

Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem a sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito do âmbito da liberdade de que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana. A liberdade de decisão (autodeterminação) faz parte do núcleo essencial do ser humano.

Entretanto, tudo que impregnou o ser humano, isto é, seu meio, sua família, sua história, sua cultura e seu idioma, bem como sua identidade e suas raízes, faz parte de sua dignidade. Pois, quem priva o ser humano do quadro de referencia que determina seu julgamento e sua ação ataca sua dignidade, como se o obrigasse diretamente a agir de um modo que ele jamais adotaria livremente. Quem não reconhece a identidade histórica, linguística e cultural do homem, violenta as raízes de sua existência, que fazem parte de sua dignidade interior.

A crise de aplicação dos direitos humanos, formalmente reconhecidos em quase todas as Constituições do mundo, está baseada nesse pressuposto de negação da dignidade, pois um ser sem significado não merece respeito; no

³⁹⁷ FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 12. Este mesmo pensamento pode ser observado em Fleiner, quando ele afirma que, “Diferentemente de todos os outros seres vivos, o homem determina, pelo menos em parte, a causa de suas próprias ações. (...) Ele pode fixar prioridades e agir em conformidade com certas concepções valorativas. Suas concepções valorativas e suas prioridades são definidas, por um lado, por suas necessidades e, por outro, por suas reflexões racionais. Em virtude de sua razão, o homem é capaz de determinar os valores com base nos quais ele quer orientar a sua ação, estabelecendo o que é bom ou mau para si próprio. Ele pode também decidir sobre seus planos futuros. E somente tem ele a faculdade de, entre as diversas possibilidades de ação e de decisão, escolher aquela que lhe pareça ser a mais razoável, interessante, arriscada ou a mais fácil. (...)”.

máximo, indiferença, pois ele é banal, e banalizante é a violência exercida sobre ele.

Assim, por razões étnicas, culturais, religiosas, econômicas ou políticas, o indivíduo humano é massacrado, morto, torturado, esfomeado, estuprado, violentado, tudo em nome de abstrações, tendo como agentes ativos ou passivos seus iguais, isto é, aqueles que acreditam na insignificância humana alheia e, por isso, não têm pejo de matar, de deixar morrer, já que a vida humana nada mais é do que uma presença ou ausência dentro de quadros estatísticos, cada ser humano, apenas um produtor ou desempregado potencial, e a humanidade só teria sentido quando se submetesse à lógica perversa de dominação de poucos grupos, que acreditam, ou dizem acreditar que a salvação do mundo está na otimização de seus lucros, na concentração de seus saberes, e na eliminação de seus inimigos e daqueles que não têm capacidade de se enquadrar nessa ordem totalitária e desumanizadora.

A dignidade humana impõe o entendimento da reformulação do eixo da política, de um sentido de guerra para um sentido de paz, de uma representação baseada em interesses para a participação real dos diferentes, sob a égide da solidariedade, que não é mera chamada moral para as pessoas melhorarem, mas um imperativo de sobrevivência da própria humanidade.³⁹⁸

Por isso, afirma-se que o ser humano, para ter um mínimo de dignidade, deve ter seu direito à liberdade respeitado (como ser livre), salvo em determinados casos previstos em lei, que, mesmo assim, deve respeitar o indivíduo pela simples condição humana latente.

Portanto, a noção precípua de dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à ideia de autonomia de sua vontade, como também pelo direito constitucional de ir e vir livremente, afirmação esta expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XV, que diz: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa,

³⁹⁸ FLEINER, Thomas. Op. cit., p. 12. A partir daí, Fleiner entende que: “A ideia fundamental da concepção moderna dos direitos humanos consiste em que incumbe precisamente ao governo respeitar os direitos humanos. Eles limitam o poder do Estado, restringem o do governo e obrigam esse último a respeitar a dignidade humana, mesmo quando isso contrarie os interesses governamentais”. E também: “Com a declaração dos direitos humanos a posição do chefe de Estado mudou fundamentalmente. Aquele que, em nome do povo, quer governar deve reconhecer que os cidadãos possuem direitos originários inalienáveis, que também o governo não pode violar”.

nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

E, por autonomia, entende-se que esta significa autocontrole e autodomínio, ou seja, a habilidade de ativamente determinar a si próprio. Portanto, viver com dignidade significa, também, ser senhor de si próprio.

Também se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana somente poderá, efetivamente, ser consagrada, se, juntamente com a liberdade, for respeitado, igualmente, o direito à verdade.³⁹⁹

Tendo como denominadores comuns a liberdade e a verdade e, conseqüentemente, o respeito a elas, as sociedades humanas devem ser constituídas e organizadas sobre o reconhecimento deste anseio mundial; devem formar uma sociedade "humanizada", observando este valor intrínseco do homem.⁴⁰⁰

Espera-se uma modificação no sistema punitivo estatal, com o passar dos tempos e com a evolução do pensamento humano no decorrer dos séculos, objetivando torná-lo mais eficaz, porém, menos danoso ao corpo e à mente dos condenados.

Contudo, entende Nunes⁴⁰¹ que é preciso um conjunto essencial de direitos como condição mínima necessária para assegurar uma vida baseada na liberdade e na dignidade humana, pois, dignidade é uma concepção

³⁹⁹ MOLTSMANN, Jürgen. *La dignidad humana*. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1983, p. 18. Assim também entende Moltmann: “Conforme ensinamento do Papa João Paulo II, na encíclica Centesimus Annus, “não sendo ideológica, a fé cristã não presume encarcerar num esquema rígido a variável realidade sócio-política e reconhece que a vida do homem se realiza na história, em condições diversas e não perfeitas. A igreja, portanto, reafirmando constantemente a dignidade transcendente da pessoa, tem, por método, o respeito à liberdade. Mas a liberdade só é plenamente valorizada pela aceitação da verdade: num mundo sem verdade a liberdade perde a consistência e o homem acaba exposto à violência das paixões e a condicionalismos visíveis ou ocultos”.

⁴⁰⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 106. Com relação à liberdade e à prisão imposta ao condenado, Foucault, entende que: “privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte de sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais elevado. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva”.

⁴⁰¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

elaborada no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma, como um valor supremo, construído pela razão jurídica.

O referido autor menciona ainda que “a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”.⁴⁰²

Assim sendo, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como obrigatório, universal e absoluto. A dignidade da pessoa humana, como direito, deve ser viabilizada por todos os meios possíveis, para que se torne realidade, tanto do ponto de vista jurídico, quanto do social.

Sendo necessário para realizar tal tarefa, busca-se a conscientização da população de que isto não depende tão somente do Estado, depende também do cidadão. Pois, sem o cidadão não se pode falar em dignidade para todos.

O cidadão é o destinatário e o transmissor da dignidade da pessoa humana no dia a dia. Ou seja, o apenado, enquanto cidadão, deve ser tratado com dignidade, e deve também tratar aos outros com esta mesma dignidade.⁴⁰³

Na linha da aludida citação, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que pertine a si próprio, quanto ao que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos, a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa.

Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio Poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário.

Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes das autoridades incumbidas de proteger a dignidade humana, o que supõe um Estado de Direito e a independência do Poder Judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de Direito.

Assim, também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer

⁴⁰² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Op. cit., p. 46.

⁴⁰³ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 400. Isso posto, encontra-se abrigo nos ensinamentos de Perelman, onde: “Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação”.

que se respeitem as ações correlativas, não só é, por sua vez, obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem.

Pode-se facilmente vislumbrar que existe uma necessidade urgente de o Poder Público direcionar ao cidadão aquilo que já é dele, isto é, o respeito invariável e incondicional pela dignidade do ser humano.

A dignidade é um axioma que deve ser valorado *a priori*, pois, todo o ser humano tem direito a ser tratado pelo poder público com dignidade, pelo simples fato de existir.⁴⁰⁴

Neste cenário, Nunes,⁴⁰⁵ municiado de exemplos mais recentes do direito brasileiro, exemplifica claramente alguns dos abusos que, quotidianamente, vêm lamentavelmente ocorrendo em todos os tribunais do país. São eles:

- Antônio da Silva morava na cidade-satélite chamada Ceilândia, nos arredores de Brasília, Distrito Federal (DF). Numa tarde de abril de 2000, foi até um bosque perto de sua humilde casa e retirou um pequeno pedaço de casca de uma árvore para fazer chá. É que sua esposa adoecera e todos ali na região tomavam chá da casca daquela árvore, que é muito bom para a saúde. Mas, para espanto e surpresa de Antônio, logo ao retirar a casca da árvore foi preso por um policial, pois desrespeitara a lei ambiental brasileira. Foi encarcerado junto com vários presos perigosos. Arguido pela imprensa sobre o porquê de ter arrancado a casca da árvore, mostrou-se atônito como num livro de Kafka. Mal pôde entender a pergunta, que dirá do “direito”. Sempre tomara aquele chá, como todos os outros. Ficou mais de quinze dias preso.

⁴⁰⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 32. Sobre a questão do autoritarismo do Poder Judiciário, Foucault, afirma: “Na França, como na maior parte dos países europeus – com a notável exceção da Inglaterra – todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público, mas para o acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas”.

⁴⁰⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Op. cit., p. 04.

- Marta de Souza é faxineira. Tem quatro filhos menores, com dois, quatro, cinco e oito anos, sendo que o de dois está muito doente, com infecção intestinal. Ela está sem dinheiro para comprar os remédios que o médico do Sistema Único de Saúde (SUS) receitou. Marta e os filhos moravam há mais de dez anos num barraco construído pelo marido, falecido há um ano. João de Souza era pedreiro e com muito esforço conseguiu construir o barraco. Antes de morrer, João entregou para Marta alguns documentos e disse que ela os guardasse, pois eram muito importantes. Era o compromisso de compra do terreno onde estava o barraco. Certo dia ouviu baterem na porta do barraco. Atendeu: era um homem, que se apresentou como oficial de justiça de uma vara cível do fórum. Entregou um documento e pediu para Marta assinar. Ela assinou: era a única coisa que sabia fazer, pois é analfabeta; apenas aprendeu a assinar o nome. O oficial de justiça disse para Marta que aquele papel era muito importante e que ela devia procurar um advogado. O oficial de justiça foi-se embora. Marta ficou um pouco preocupada, mas como faria para encontrar um advogado? Onde iria? “Deve custar dinheiro”, pensou. Mas ela não tinha nem para o remédio de seu filho. Nada fez. Passados alguns meses, o oficial de justiça voltou. Estava acompanhado de outras pessoas. Eles expulsaram Marta e os filhos do barraco, tiraram os pertences e derrubaram-no. Agora Marta e os quatro filhos estão morando ao relento, a céu aberto, num terreno exatamente do outro lado da rua de terra onde estava construído o seu barraco.

Ainda nesse sentido, há a possibilidade de se citar, como exemplo de total falta de consideração à dignidade da pessoa humana, o documentário dirigido por Jorge Furtado, intitulado “Ilha das Flores”, no qual facilmente se constata que a dignidade para uns possui maior valia do que para outros. Algo que é completamente inaceitável para qualquer povo que possua o mínimo de consciência social, de solidariedade, pois, a dignidade humana deve ser válida para todos, sendo todos iguais perante a lei. Portanto, todos devem ser considerados pelas entidades públicas e/ou privadas como dignos da mesma

forma e na mesma proporção.⁴⁰⁶

Neste documentário é relatada a história cotidiana de uma família de classe média em que, necessariamente, se realiza a seleção alimentar, ou seja, classificam-se quais alimentos são próprios e quais são impróprios para o consumo familiar. Ocorre que determinado dia, ao realizar tal tarefa, a dona da casa classificou um “tomate” como sendo impróprio para o consumo de sua família, colocando-o no lixo. Este, por sua vez, fora recolhido e de novo levado à seleção para compor a dieta alimentar, não mais dos seres humanos, mas sim dos porcos. Ocorre que, o mesmo tomate, considerado pela dona de casa como sendo inapropriado para o consumo de sua família, também foi classificado como impróprio para o consumo dos porcos. Mais tarde, o “resto”, ou seja, aquilo que não era próprio para o consumo dos porcos é levado, novamente, pelas famílias miseráveis da Ilha das Flores, para compor a alimentação familiar, mais uma vez humana.

Por isso, cabe a pergunta: Que dignidade humana é essa? Por que para uns é mais facilmente alcançada, do que para outros? Por que tem mais valor para uns, do que para outros? Tal alimentação pode ser considerada digna de um ser humano, uma vez que já havia sido considerada imprópria para a alimentação humana e suína?

Assim, facilmente se verifica a diferença de dignidade estendida pelo Estado às pessoas relatadas no caso mencionado, já que é do Estado, a responsabilidade pela defesa dos direitos, princípios fundamentais constitucionalmente definidos como sendo objetivos, fundamentos da República Federativa do Brasil.⁴⁰⁷

Embora a dignidade da pessoa humana esteja hoje positivada no direito brasileiro, ela, dignidade, decorre do próprio direito natural do ser humano desde o momento da concepção, e deve ser preservada pelo simples fato de o ser humano existir.

Cada vez mais se reconhece a necessidade que o ser humano tem de

⁴⁰⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Op. cit., p. 05.

⁴⁰⁷ COSTA, Tailson Pires. Op. cit., p. 89. Assim entende Costa, ao afirmar que: “O elemento fundamental à dignidade da pessoa humana é o respeito à pessoa. Respeitar o ser humano é respeitar as raízes que identificam toda uma geração, um povo ao qual a pessoa pertença”.

se manter em contato permanente com os valores sociais e morais, com a finalidade de produzir um desejo de convívio social harmônico.

A fim de reforçar todas as justificativas apresentadas até o presente momento, vale lembrar que a dignidade é fundamento essencial e não pode ser separada do ser humano, sob pena de atingir-se a própria essência humana, pois é parte constituinte do ser humano desde o momento da concepção, não podendo ser renunciada nem alienada.

Por fim, entende-se que para um Estado Democrático de Direito ser considerado legítimo, após a promulgação dos Direitos Universais do Homem, deve resguardar os mais altos graus de humanidade, no sentido de alcançarem o cidadão nacional e estrangeiro, pobre ou rico, o mesmo tratamento digno. Ou seja, deve o Estado orientar a aplicação do direito, respeitando a liberdade, a igualdade e, principalmente, a dignidade do ser humano.

3.5 O Estado Democrático de Direito no contexto penal

Não se pode discorrer sobre a relação da Constituição com a pena privativa de liberdade, sem antes conhecer as diretrizes contidas nesta Carta Política, ao acolher os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que, na busca de um direito penal humanitário, não basta acolher o princípio da legalidade das penas e prescrever a proibição de sanções cruéis. Outrossim, não basta reconhecer ao preso sua dignidade humana e oportunizar-lhe a individualização no cumprimento da sua pena.

Faz-se necessário ir além, pois, sendo a pena privativa de liberdade um meio que, por si só, causa sofrimento ao homem, deve-se perquirir qual o *quantum* necessário para que a pena privativa de liberdade cumpra sua função, seja no caráter preventivo alardeado pelo legislador, seja na aplicação da pena, pelo magistrado que, inclusive, deve deixar de aplicá-la em casos, nos quais o resultado do evento danoso não guarde proporção com os efeitos devastadores da prisão. Nesse contexto, serão estudados os princípios da proporcionalidade e da insignificância, como uma consequência da implantação do Estado Democrático de Direito, além da humanização das sanções penais, tanto pela proibição das penas cruéis, como pelo princípio da individualização da pena.

O Estado de Direito, na acepção de um governo sujeito às leis, está atrelado à origem do Constitucionalismo, no século XVIII, como fruto dos ideais Iluministas e da Revolução Francesa. Até então, o império das leis constituía um instrumento de dominação do Rei sobre os ‘súditos’, na medida em que protegia somente os interesses da monarquia.

Em verdade, consoante já mencionado, os filósofos iluministas pregavam que a lei deveria ser um instrumento de proteção do povo e que, para tanto, deveria representar a vontade geral e ser produzida por um poder específico, surgindo daí o princípio da separação dos Poderes. Assim, a compreensão do Estado de Direito tornou-se mais ampla, à proporção em que se caracterizava pela separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como por uma garantia mínima de liberdades individuais.

É cediço que este período coincide com a luta da burguesia, na tentativa de derrubar o poder absolutista, trazendo consigo as ideias do pensamento liberal, segundo as quais não competia ao Estado intervir nos direitos inatos dos indivíduos, e sim protegê-los. Nesse contexto, Canotilho afirma que o Estado de Direito “era mais do que um conceito jurídico; era também um conceito político e, além disso, um conceito de luta política”.⁴⁰⁸

Sucintamente, pode-se afirmar que neste Estado de Direito o poder político é regulamentado pelo Direito Positivo, de forma que, tanto os governados, quanto os governantes estão submissos às Constituições escritas, cujo conteúdo mínimo trata da separação dos Poderes e de alguns Direitos Individuais Fundamentais.

Na esfera penal, esse Estado de Direito, como submissão às leis, resultou na materialização do princípio da legalidade penal, no sentido de que os crimes e as penas deveriam ser impostos somente por meio da lei, resultando, assim, no brocardo latino *nulum crimen et nulla poena, sine praevia lege*, formulado em 1813 pelo penalista Feuerbach. Dentro desse modelo de Estado, não se pode deixar de mencionar que, sendo o Estado concebido para a proteção de direitos subjetivos e cabendo-lhe conservar estes direitos mediante instrumentos eficazes, o crime restou definido como a violação de um

⁴⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 35.

direito subjetivo pertencente ao cidadão e não ao Estado.⁴⁰⁹

As penas, por seu turno, foram concebidas dentro da legalidade e ingressaram no processo de humanização, além de buscarem proporcionalidade frente ao delito.

Em uma concepção liberal, esse modelo de Estado era abstencionista, pois não interferia nas relações econômicas ou na vida privada do cidadão. Ao se limitar à defesa da propriedade e da liberdade civil dos indivíduos, caracterizava-se por uma visão individualista da cidadania.

Este Estado constitucional, que ficou inerte perante a crescente concentração econômica do Liberalismo, gerou adversidades sociais e econômicas que mostraram a necessidade de tornar o Estado instrumento de justiça social. Assim, o Estado buscou valorizar o indivíduo, fazendo-o cidadão não apenas possuidor de direitos políticos, mas também de direitos sociais, culturais e econômicos.

A cidadania, que antes se restringia à esfera civil e política, passa para a esfera social, de maneira que o Estado constituiu-se um meio de concretização de direitos sociais, deixando, assim, de ser formal, para transformar-se em Estado material de Direito.

Nesse novo conceito de Estado, as Constituições abandonaram as ideias liberais e fizeram constar em seu texto normas protegendo direitos atinentes às relações de trabalho, produção, educação, cultura, assistência familiar e previdência, dentre outros. O Estado precisava agir ativamente para que todos os seus cidadãos pudessem gozar efetivamente de direitos: era o ideal de igualdade que passava a ser perquirido no Estado Social, em substituição ao da liberdade preconizada no Estado de Direito Formal.

O Direito Penal, no Estado de Direito Social, teve sua área de atuação ampliada, ou seja, houve um aumento de bens jurídicos a serem tutelados para a consecução dos fins sociais do Estado. O Direito Penal passou a ser um instrumento de proteção dos direitos que atendessem às exigências da justiça

⁴⁰⁹ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a criminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p.39. Segundo Pelarim citando Andrade, esta concepção de crime foi trazida por Feuerbach como forma de limitar a atuação do direito penal: “a primeira tentativa conseqüente de um conceito material de crime, transcendente e crítico face ao direito penal escrito, deve ser atribuída por Feuerbach, para quem o crime era a “violação de um direito subjectivo do cidadão ou do próprio Estado”.

social.

Neste contexto, verifica-se que o aspecto punitivo do Estado de Direito Social difere do Estado de Direito Formal (liberal), pois, enquanto neste modelo seus princípios convergem para um panorama descriminalizante, naquele se fez presente uma corrente criminalizadora em defesa de bens que se têm como indispensáveis aos fins sociais do Estado, compreendendo desde os delitos contra a organização do trabalho até os delitos contra a economia.

A crise gerada pelo Estado liberal aguçou-se com a recessão econômica nos países europeus. A busca de uma ordem jurídica hermeticamente fechada era justificada pela situação econômica e política: a Alemanha e a Itália, afetadas pela guerra do século XX, ficaram economicamente fracas, tornando-se o ambiente propício para o nascimento e o desenvolvimento de estruturas totalitárias de Estado, pelas quais se facilitava a acumulação rápida de capital. Dentro desse contexto, teve-se perda de garantias já conquistadas. No aspecto penal, a experiência russa trouxe a supressão do princípio da legalidade.⁴¹⁰

Na Alemanha, o Código Penal de Reich, de 1871, que previa, em seu art. 2º, a reserva legal, foi modificado por lei datada de 1935, que passou a ter a seguinte redação: é punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e o sentimento do povo, merece ser punido.

Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato infracional, este será sancionado conforme a lei que mais adequadamente se aplique à ideia fundamental.⁴¹¹

Diante do regime totalitário, mais uma vez era necessário pôr freios nas atrocidades perpetradas contra os direitos do homem, no que se retornou à ideia do homem como detentor dos direitos naturais. O documento primeiro em que se condensou esse novo pensamento foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948.

⁴¹⁰ LUISI, Luis. Op. cit., p. 21. O art. 16 do Código de 1926 preceituava que “quando algum ato socialmente perigoso não esteja expressamente previsto no presente código, o fundamento e a extensão de sua responsabilidade se determinarão com os artigos do mesmo relativos aos delitos de índole análoga”.

⁴¹¹ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71.

A similitude do contexto político do período que antecedeu a Carta de 1789 aparece na Declaração Universal com os mesmos propósitos: a liberdade do homem do jugo absolutista.

Neste sentido, prescreveu o uso da lei para o exercício da liberdade e igualdade. No Direito Penal, também se procurou ocasionar limitações ao poder punitivo, trazendo de volta o princípio da legalidade, pois: "Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso" (art. 11º, §2º).⁴¹²

Os códigos penais foram sendo readaptados a este novo processo. Na Alemanha, por exemplo, o art. 2º do Código Penal, de 1871, teve sua vigência restabelecida em 1946 e na Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 1949, o princípio da reserva legal foi previsto no seu art. 103, II.⁴¹³

Assim, no segundo pós-guerra, as Constituições reafirmaram o Estado de Direito que, além de compreender o Estado Social, assentou-se, também, sobre os alicerces da Democracia. Este Estado Democrático de Direito, além de ser um Estado regido por lei proveniente da vontade popular, interfere nas relações sociais, não em respeito ao particular ou ao coletivo, mas em respeito aos direitos da pessoa humana, os quais são reconhecidos em seus textos constitucionais, como direitos fundamentais.

O novo Estado de Direito, ao incorporar os direitos fundamentais, visa garantir melhores condições ao homem, seja na qualidade de preso, condenado, cidadão livre, trabalhador, enfim, busca a concretização daqueles direitos para que as pessoas se aproximem cada vez mais do ideal de liberdade e de igualdade.

Para José Afonso, o Estado Democrático de Direito concebido na Constituição vigente "abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos

⁴¹² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Internacional dos Direitos Humanos*. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

⁴¹³ LUISI, Luís. Op. cit., p. 21.

que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade" humana.⁴¹⁴

No aspecto penal, impende mencionar que, embora se admita que sua atuação possa resultar no papel concretizador dos direitos sociais, não significa, contudo, que o direito penal seja o instrumento hábil à implementação de políticas sociais, porque o processo criminalizador, no Estado democrático social de direito, deve ter como premissa que o Direito Penal é a última instância a que se recorre.

Neste sentido, Figueiredo Dias⁴¹⁵ aduz que: "ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade".

Tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas.⁴¹⁶

Na verdade, justifica-se a adoção da subsidiariedade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, dados os efeitos traumáticos e irreversíveis da sanção penal. Seja no âmbito social ou familiar, a pena privativa de liberdade vai de encontro à essência do homem de viver livre na sociedade.

Assim, pelos rigores do direito penal, entende-se que sua atuação, na defesa dos bens jurídicos, deve ser subsidiária, ou seja, somente quando as demais medidas protetoras do ordenamento jurídico se revelarem ineficazes à proteção daqueles bens essenciais ao disciplinamento da vida do homem na sociedade.^{417, 418}

⁴¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.120.

⁴¹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. Op. cit., 1999. p. 73.

⁴¹⁶ *Idem*.

⁴¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.14. "E aqui entremostamos o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *última ratio regum*. Não além disso".

A menção da Constituição, por meio de seus princípios organizacionais e fundamentais, para orientar o legislador sobre o que proibir, significa, portanto, conceber a constituição como instrumento limitador da atividade criminalizadora, na medida em que os valores defendidos em seus princípios não podem ser restringidos pelo legislador penal na defesa de seus bens jurídicos que não tenham relevância penal.^{419, 420}

Assim, não basta a assertiva de que a função do direito penal consiste na proteção de bens imprescindíveis a uma convivência segura no corpo social, protegendo-os contra as lesões mais graves a sugerir que as condutas de escassa significância não devem ser criminalizadas. Tal limitação reside, naturalmente, no fato de que o Direito Penal possui a sanção mais aflitiva do ordenamento jurídico, no que tornaria desproporcional a punição ao fato insignificante e, por consequência, o excesso da pena violaria a dignidade do

⁴¹⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 34. O Estado Democrático de Direito já não se satisfaz apenas com a forma de proibir, mas com o que proibir. Neste paradigma, Schmidt, ao discorrer sobre o princípio da legalidade penal, afirma que: “é um instrumento de tutela limitador não só da forma como o Direito Penal é utilizado (pela devida resposta ao ‘como proibir?’). Mas também do seu respectivo conteúdo (pela asserção ao ‘o que proibir?’). Uma garantia que não mais protege a sociedade mediante o Direito Penal e do Direito Penal, mas sim mediante um Direito Penal e de um Direito Penal. A consequência disso é que toda lei penal, qualquer que tenha sido a data de sua entrada em vigor, deve-se adaptar aos objetivos traçados pela Constituição Federal”.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. Op. cit., pp. 57-66. Aqui, impende destacar que a concepção de que os princípios constitucionais constituem parâmetro à atividade criminalizadora do Estado é considerada na doutrina como teoria constitucionalista do bem jurídico penal. Os estudos sobre esta teoria começaram a ser desenvolvida na Alemanha no final da década de 1960, tendo como um dos precursores Claus Roxin que embora não tenha diretamente tratado do bem jurídico penal, reconheceu sua importância ao limite da atividade punitiva do Estado à medida que se manifestou sobre a finalidade e os limites da pena no Estado Democrático de Direito. A discussão sobre quais os objetos que deveriam ser tutelados pelo direito penal foi ocasionada porque o Estado alemão, em seu regime democrático, como forma de defender a moral, pretendeu manter no Código penal os delitos sexuais e religiosos, com, o os que manteve no Código de Reich, que entrou em vigor em 1871. O projeto governamental do código penal alemão (1962) afirmava na sua exposição de motivos que “casos de condutas censuráveis e vergonhosas segundo a convicção geral, ainda que o facto concreto não lese nenhum bem jurídico directamente determinável eram protegidos por normas penais”.

⁴²⁰ *Idem, Ibidem*, p. 30. Desta feita, Roxin criticava a criminalização de condutas como a homossexualidade, sodomia, pois entendia que se tratava de uma censura moral que não colocava em perigo a segurança da sociedade, de modo que não era função do Direito Penal punir tais condutas. Neste contexto, Roxin, afirmou: “A moral, ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico – no sentido em que tem-se precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do direito penal. Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão-pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de protecção no sentido atrás exposto. Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal”.

homem, pilar da vigente Constituição.

Dada à necessidade de se observar a proporção entre crime e pena no vigente Estado de Direito, analisar-se-ão os princípios da proporcionalidade e da insignificância.

3.6 A proporcionalidade entre crime e sanção penal

3.6.1 Norma penal e sua fragmentariedade

De acordo com os ensinamentos de Bitencourt⁴²¹ dentro dos conceitos de bem jurídico penal, é importante salientar a ideia da fragmentariedade do direito penal. Partindo dessa premissa, o direito penal “escolhe” determinados bens que pretende tutelar.⁴²² Assim, o legislador penal decide, dentro dos diversos bens da vida, quais deverão ser efetivamente tutelados pela norma punitiva do Estado.⁴²³

Dentro de certo momento histórico, é fácil identificar quais são, efetivamente, os bens jurídicos ou bens da vida que são mais importantes para determinada sociedade e para o cidadão.

Partindo da análise do direito pátrio brasileiro, o Código Penal de 1940 estabeleceu quais seriam os bens jurídicos mais importantes. Basta uma análise dos capítulos e títulos que o compõem: vida, propriedade, costumes, e outros.

⁴²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 19.

⁴²² ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição 1988. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 758, Dez. 1988, p. 475. Diante das transformações e dos novos conflitos sociais pelos quais a sociedade vem passando, destaca-se que: “(...) em relações aos quais se tenta empregar o Direito Penal como ente regulador, tem motivado um intenso trabalho doutrinário voltado à aproximação do Direito Penal às disciplinas com as quais convém interagir (especialmente a criminologia, a sociologia, o Direito Constitucional), dando concreção àquelas noções mediante elaboração de outros princípios jurídicos, como os de “lesividade”, “fragmentariedade”, “exclusiva proteção de bens jurídicos”, “necessidade ou mínima intervenção”, “subsidiariedade ou de *ultima ratio*”, “humanidade”, e “ressocialização” e “proporcionalidade”.

⁴²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 19. “Não se pode, obviamente, deixar de lado a noção de que essa escolha parte dos diversos interesses que determinada sociedade elege como bem maior”. Nesse sentido, “Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O direito penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica”.

Diante disso, destaca Prado⁴²⁴ que o legislador da época, ao determinar a escolha da tutela de determinados bens jurídicos, deu maior ênfase ao patrimônio, do que à vida humana.

Assim sendo, a leitura sistemática dos artigos 121, “*caput*”, “matar alguém”, e 157, § 3º, “se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo de multas”, ambos do Código Penal, apontam para a primazia dos crimes contra o patrimônio.

O artigo 121 (homicídio simples) prevê uma pena de reclusão de seis a doze anos para o agente que, deliberadamente, tirar a vida de outra pessoa. Assim, aquele que efetuar um disparo que for a causa suficiente da morte da vítima, poderá, no grau máximo, ser condenado a uma pena de doze anos.

No caso do artigo 157, § 3º (latrocínio), a pena já está estabelecida no seu mínimo legal em vinte anos de reclusão, podendo chegar até o limite de trinta, anos. Veja-se que, nesses artigos em particular, o interesse primordial da norma, é a proteção, não da vida, mas do patrimônio, cujo resultado morte (doloso ou culposos), leva ao agravamento da conduta.

Voltando à questão do bem jurídico e da elaboração da norma penal, de acordo com os ensinamentos de Prado⁴²⁵ resta claro que o legislador, para a elaboração da norma, leva em consideração diversos aspectos da sociedade em que estará inserida a norma.

A norma legal estabelece, então, o bem a ser tutelado, como por exemplo, a vida.⁴²⁶ Assim, de acordo com Bitencourt,⁴²⁷ criam-se tipos comissivos ou omissivos, de dano ou de perigo, formais ou materiais, conforme a necessidade maior ou menor de proteção. Se a intenção é proteger o bem jurídico, a fim de que este não seja afetado, criam-se norma de perigo, posto que a mera colocação do bem em situação de risco já seria suficiente para a punição do agente. Por outro lado, assevera Bitencourt⁴²⁸ que, se a proteção

⁴²⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

⁴²⁵ PRADO, Geraldo. Op. cit. p. 60.

⁴²⁶ *Idem, Ibidem*, p. 61. “A partir desse ponto, criam-se normas penais objetivando a proteção plena, ou pelo menos tendendo a proteção plena, do bem jurídico tutelado pela norma penal”.

⁴²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 284.

⁴²⁸ *Idem, Ibidem*, p. 285.

objetiva apenas punir aquele que já efetuou a lesão ao bem, criam-se tipos de dano.

Quando se quer evitar uma ação, criam-se tipos comissivos. Se quiser determinar a omissão de alguém, criam-se tipos omissivos. A lógica da norma penal funciona num sentido contrário ao próprio texto. No caso do bem jurídico – vida, querendo evitar a destruição do bem jurídico, o legislador criou uma conduta, um ato que deve ser evitado. Assim, o artigo 121 informa: matar alguém (querendo dizer – não mate alguém) pena de reclusão de seis a doze anos e multa.

Nesse sentido, afirma Bitencourt,⁴²⁹ a norma penal escolhe e estabelece quais os bens jurídicos que pretende tutelar, e dessa forma (fragmentária), estabelece os limites da intervenção penal punitiva.

3.6.2 Intervenção estatal

Em face do exposto, fica evidente que a intervenção estatal, em matéria penal, está intimamente ligada à questão do bem jurídico, visto que, desde a escolha deste, até o momento de elaboração das normas objetivas protetivas, é ele que vai delimitar a atuação do poder de punir.

O processo penal é uma norma instrumental do direito penal, e tem a finalidade de estabelecer os regramentos para que o *ius puniendi* possa ser aplicado.

O *ius puniendi*, de acordo com Bitencourt,⁴³⁰ constitui-se de um dever/poder de punir do Estado, encontra-se num plano abstrato (norma penal objetiva), dirigido a todos e com força cogente. Assim, quando elaborada uma norma penal, o direito de punir do Estado ali está, em forma latente, aguardando que determinado agente viole o dever que aquela lhe impõe (agir ou não agir).

Com relação ao fundamento do direito de punir, ele será abordado oportunamente, quando da análise da aplicação da pena e de sua interligação com o princípio da proporcionalidade.

⁴²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 285.

⁴³⁰ *Idem*.

Importa ressaltar, de acordo com Tourinho Filho,⁴³¹ que o direito de punir em abstrato, passa ao plano concreto a partir do momento em que determinada pessoa, ou pessoas, descumprem a norma penal, violando o bem jurídico protegido (de forma antecipada - perigo; ou de forma concreta – dano), gerando, assim, o que os processualistas penais denominam de Pretensão Punitiva.

Essa pretensão punitiva é o que efetivamente movimenta o processo, de forma que, no final, possa se concluir pela existência ou não de uma conduta humana, típica, antijurídica e culpável.

Segundo Bitencourt,⁴³² havendo crime, haverá pena a ser aplicada. Assim, somente será aplicada uma sanção (proporcional ou não) se ficarem comprovados os elementos que constituem o crime.

Desta feita, esclarece Prado⁴³³ que não é equivocado afirmar que a intervenção estatal está intimamente ligada à questão do bem jurídico, visto que somente a partir da violação da norma, e como consequência do bem jurídico, é que o Estado passará a agir e a atuar de forma efetiva.

3.6.3 Da aplicação da pena

A pena é a sanção imposta pelo Estado ao agente que comete um delito e a sua aplicação deve respeitar os preceitos constitucionais, devendo o juiz, dentro dos limites criados pelo legislador, utilizar da discricionariedade legal e respeitar os limites para aplicação da pena.

3.6.3.1 O sistema adotado pelo Código Penal

O direito pátrio, em decorrência da reforma penal realizado em 1984, segundo os ensinamentos de Bitencourt,⁴³⁴ adotou após uma série de debates e discussões, o sistema trifásico de dosimetria de pena proposto por Nelson

⁴³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23.

⁴³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 264.

⁴³³ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 16.

⁴³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 50.

Hungria, em contrapartida ao sistema bifásico proposto por Roberto Lyra.

Nesse contexto, apoiado em Bitencourt,⁴³⁵ a pena passou a ser aplicada levando-se em consideração a necessária passagem por três fases distintas, denominadas de: pena-base, pena ambulatorial e pena definitiva ou circunstâncias judiciais; agravantes e atenuantes genéricas ou circunstâncias legais; e as causas de aumento e diminuição de pena (que podem ser gerais ou especiais), e é após essa análise que o juiz aplica a pena final.

Segundo Bitencourt,⁴³⁶ o que se pode citar a respeito da reforma penal de 1984, no sentido ora abordado, é que, por seu intermédio, acrescentou-se a conduta social e o comportamento da vítima como sendo elementos que constam no art. 32 do Código Penal de 1940.

De acordo com os ensinamentos de Bitencourt,⁴³⁷ após a realização da análise das três fases, a chamada dosimetria da pena, o magistrado alcançará a pena definitiva a ser cumprida pelo condenado, devendo, a partir desse resultado, determinar inclusive o regime inicial para o cumprimento da reprimenda.

Entende-se, nesse sentido, que: “No nosso sistema penal, dentro do sistema de aplicação de pena, possui o juiz a discricionariedade para a aplicação efetiva da pena”.⁴³⁸ E é dentro desse critério que o trabalho se afunila. Corroborando esse argumento, Bitencourt⁴³⁹ ensina que o legislador se sujeita a critérios que devem ser observados ao fixar a pena, conforme abaixo explicitado.

É verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, o Código Penal brasileiro estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena.

Como afirmava Hungria,⁴⁴⁰ o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do

⁴³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 50.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁴³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 710.

⁴³⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 711.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 712.

⁴⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. *O arbítrio judicial na medida da pena*. Rio de Janeiro: Revista Forense. nº 90, jan. 1943, p. 10.

criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de cabra-cega.

Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.

3.6.3.2 Forma de individualização da pena-base

Para que o juiz defina a pena final, torna-se imperioso, inicialmente, que ele escolha, dentre as normas possíveis, aquela que se molda ao tipo de penal. É de se destacar, de acordo com Nucci,⁴⁴¹ que a norma penal objetiva estabelece limites máximo e mínimo para a pena a ser aplicada no caso concreto. Essa limitação leva em consideração a maior ou menor reprovabilidade da conduta, e, conseqüentemente, o maior ou menor interesse na proteção do bem jurídico.

A norma é clara ao determinar a pena a ser aplicada no título I da parte especial do Código Penal, quando trata dos crimes contra a vida, é o que se percebe no *caput* do crime de homicídio, em que a pena, em contrapartida, é de seis a doze anos.

Quando se fala, por exemplo, no bem jurídico da saúde, resta claro o desinteresse do legislador quanto à questão do contágio venéreo, pois, a pena a ser aplicada é de três meses a um ano, ou multa.

Ressalte-se que esses limites impostos, para Prado,⁴⁴² levam em consideração o bem jurídico objeto da tutela da norma penal, e, portanto, quanto mais precioso for o bem jurídico, maior será a pena a ser aplicada.

Considerando esse pressuposto, esclarece Nucci⁴⁴³ que, a partir do momento em que é feita a escolha da pena a ser aplicada, o juiz deverá analisar o fato e seu autor, em consonância com as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

⁴⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 416.

⁴⁴² PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 61.

⁴⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 159.

Segundo Bitencourt,⁴⁴⁴ a análise dessas circunstâncias deve ser feita de modo a determinar qual é a pena a ser aplicada naquele caso concreto, visto que as penas abstratamente cominadas, na verdade, são apenas parâmetros da reprovabilidade da conduta.⁴⁴⁵

De acordo com Nucci,⁴⁴⁶ cada um desses elementos poderá modificar a pena, se aplicada no caso concreto. É de se destacar que, quando do início da aplicação dessas circunstâncias, o juiz partirá do mínimo da pena, e, em seguida, fará a valoração para mais ou para menos.

Ainda quanto à aplicação da pena-base, assevera Bitencourt⁴⁴⁷ que não existe um *quantum* da pena a ser aplicado (ao contrário das causas especiais de aumento e de diminuição), e, portanto, devem ser estabelecidos limites para atividade do magistrado. Nesse sentido, as circunstâncias judiciais não podem ultrapassar o mínimo e o máximo estabelecidos para o crime.

Logo, acrescenta Nucci,⁴⁴⁸ se a pena máxima do crime é de três anos, as circunstâncias judiciais não poderão ultrapassar esse limite. No mesmo sentido, se a pena mínima for de três meses, as circunstâncias, se favoráveis, não poderão levar a pena aquém desse valor.

Mas, pode o operador do direito questionar-se a respeito de quais seriam então os critérios para o julgador aplicar a lei. Nesse ponto, entra o princípio da proporcionalidade. É por meio da aplicação deste princípio que o magistrado encontrará o “meio-termo”, o ponto de equilíbrio para aplicação das penas.

Partindo da culpabilidade como primeira circunstância judicial, de acordo com Nucci,⁴⁴⁹ pode-se conceituá-la como sendo a maior ou a menor reprovabilidade da conduta do agente. Assim, o crime pode ser praticado de diversas formas e ainda assim ser enquadrado na norma penal objetiva. Porém, a maneira, a forma como o crime é praticado, as condições em que o agente o pratica, entre outras circunstâncias, interferem na ideia da

⁴⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 712.

⁴⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 416. Assim, “O magistrado analisará os seguintes elementos: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima”.

⁴⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 416.

⁴⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2006, Op. cit., p. 711-712.

⁴⁴⁸ *Idem, Ibidem*, p. 416.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 275.

reprovabilidade da conduta.

Assim, realça Nucci⁴⁵⁰ que o juiz deverá ter em mente esses fins da pena para poder “dosar” o *quantum* ideal a ser aplicado ao condenado, para aquele determinado caso concreto.

Portanto, segundo ensina Nucci,⁴⁵¹ um crime praticado com requintes de brutalidade deve ser punido com maior severidade do que um crime praticado de forma menos violenta. Isso ocorre porque o ato eivado de brutalidade exige uma retribuição maior, ou seja, se o crime é praticado de forma violenta, a pena deve ser mais severa para coibir novas práticas.

Todavia, como mensurar o valor atribuído a circunstâncias judiciais, se o seu limite encontra-se entre seis e vinte anos? Qual critério deverá ser utilizado pelo magistrado? A resposta é evidenciada no princípio da proporcionalidade.⁴⁵²

De acordo com os ensinamentos de Bitencourt,⁴⁵³ deve-se achar uma proporção adequada entre crime praticado e pena imposta. Assim, se um delito é praticado de forma violenta, o aumento da pena será proporcional à atitude do agente. Quanto maior a reprovabilidade, maior será o acréscimo. Trata-se de verdadeira equidade, de busca do equilíbrio. Desta feita, não poderá o juiz aumentar em demasia, nem diminuir em excesso a pena do réu.^{454, 455}

Assim, após a análise de todas as fases das circunstâncias judiciais, “deverá o aplicador do direito levar em consideração a medida da proporcionalidade e da razoabilidade, para que a pena venha a ser ‘justa’”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2006, Op. cit., p. 415.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 46. Nesse sentido Bitencourt esclarece: “Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hessemer, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante “um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação legal”. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada”.

⁴⁵³ *Idem, Ibidem*, p. 52.

⁴⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 156. A proporcionalidade, assevera Bitencourt deve, pois, “caminhar de forma conjunta com os fins da pena, posto que, será proporcional na medida em que se fizer necessária para que a pena cumpra suas verdadeiras funções”.

⁴⁵⁵ *Idem, Ibidem*, p. 56. Nesse sentido Dias destaca que: “Por isso a medida concreta da pena com que deve ser punido certo agente por um determinado fato não pode em caso algum ser encontrada em função de quaisquer pontos de vistas (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não sejam o da correspondência entre a pena e o fato ou a culpabilidade do agente”.

⁴⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., pp. 444-445.

Destarte, “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados”.⁴⁵⁷

3.6.3.3 Circunstâncias Legais – pena ambulatoria

No que diz respeito às circunstâncias legais, que são aquelas previstas nos artigos 61, 62 e 65, 66 do Código Penal, a sistemática a ser aplicada é a mesma para a pena-base: “tais circunstâncias defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes”.⁴⁵⁸

O Código Penal, de acordo com Nucci,⁴⁵⁹ não estabeleceu um valor específico para que o juiz possa aumentar ou diminuir a pena. Deixou este a critério do magistrado, para que, a partir do caso concreto, possa aumentar ou diminuir o tempo de pena.

Em relação a esse assunto Bitencourt⁴⁶⁰ esclarece que o código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição pelas agravantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz. No entanto, sustenta-se que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto.

Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que apresenta maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).

Conforme Nucci,⁴⁶¹ a partir do valor estabelecido pela aplicação das circunstâncias judiciais (pena-base) incidem as agravantes e atenuantes genéricas. Assim, no caso, por exemplo, da pena-base do crime ser de três anos, essas circunstâncias deverão ser aplicadas a essa pena, e não mais aquelas previstas abstratamente na norma. Nesse momento vigora o princípio da proporcionalidade.

⁴⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 33.

⁴⁵⁸ *Idem, Ibidem*, p. 704.

⁴⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 445.

⁴⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 704.

⁴⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 423.

Quanto a estas circunstâncias, ressalva Bitencourt,⁴⁶² é de se destacar que as agravantes serão sempre aplicadas quando não constituírem ou não qualificarem o crime. Explica-se essa ressalva pelo fato de que, se a circunstância integrar o tipo penal básico (elementar), o próprio legislador já estabeleceu (em abstrato) a reprovabilidade da conduta. Utilizar o mesmo fundamento para agravar a pena configuraria inevitavelmente o reprovável *bis in idem*.

Da mesma forma, acrescenta Bitencourt⁴⁶³ que, se a causa for classificada como qualificadora, não poderá ser levada em consideração. Exemplifica-se: um homicídio praticado por motivo torpe (art. 121, §2º, I do Código Penal) não pode ter sua pena agravada em relação ao que dispõe o art. 61, II, “a” do Código Penal, pois, esta circunstância já determinou um agravo na pena em abstrato (sai dos limites de seis a vinte anos e passa para os limites de doze a trinta anos). Aqui não se aplica a proporcionalidade, mas sim, a lógica jurídica, pois não faria sentido utilizar o mesmo fundamento para piorar a situação do réu.

3.6.3.4 Causas de aumento e diminuição de pena

Nessa terceira fase da aplicação da pena, de acordo com Nucci,⁴⁶⁴ deverá o juiz levar em consideração as causas gerais ou especiais previstas pelo legislador para o agravamento ou diminuição da pena. Geralmente, essas circunstâncias estão ligadas à modificação do tipo penal base, estabelecido pelo legislador.

Destaca Nucci⁴⁶⁵ que é importante lembrar que o legislador, quando da elaboração da norma, leva em consideração a maior ou menor tutela de determinado bem jurídico. Estabelece uma proteção básica (tipo pena-base) e, a partir dela, constrói variações do tipo penal (qualificadoras ou causas de aumento ou diminuição de pena – em detrimento da maior ou menor

⁴⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 706.

⁴⁶³ *Idem, Ibidem*, p. 709.

⁴⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 447.

⁴⁶⁵ *Idem, Ibidem*, p. 449.

reprovabilidade).⁴⁶⁶

Assim, para Nucci,⁴⁶⁷ quando um crime de roubo é realizado na sua forma típica, a pena é a prevista no *caput* do artigo (quatro a dez anos de reclusão). Se a prática do crime se der com a utilização de arma, a pena deverá ser agravada em 1/3 até a metade. Veja-se que, nesse particular, o legislador estabeleceu limites à atuação do magistrado; esse acréscimo na pena leva em consideração a utilização da arma, que intimida com maior eficiência a vítima do crime, aumentando a reprovabilidade da conduta.

Nesse momento, acrescenta Nucci,⁴⁶⁸ ao contrário das outras fases, as circunstâncias podem elevar a pena acima do máximo, ou levá-las abaixo do mínimo legal. Isso se dá pelo fato de ter o legislador estabelecido os valores a serem aplicados em cada caso 1/3, 2/3, 1/2, ou outro.

Conclui Nucci⁴⁶⁹ que, dentro desses limites, como no exemplo acima (um terço a metade), o juiz levará em consideração o princípio da proporcionalidade, para escolher, dentro desse limite, qual deva ser aplicado em desfavor do condenado.

3.6.4 A pena definitiva e o princípio da proporcionalidade

Diante do exposto, resta fora de dúvida que o princípio da proporcionalidade permeia todo o procedimento relacionado à aplicação da pena. É por meio deste que são realizados os ajustes necessários à correta censura a ser aplicada ao réu que, efetivamente, venha a ser condenado.

Segundo Bitencourt,⁴⁷⁰ ainda que o legislador estabeleça, por meio da norma penal objetiva, a proteção ao bem jurídico, e, dentro dessa proteção, indique um *quantum* de punição, é somente no caso concreto, a partir da

⁴⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 710. De acordo com Bitencourt, “as causas qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados com novos limites, mínimo e máximo, enquanto os majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelece a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena base”.

⁴⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 447.

⁴⁶⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 449.

⁴⁶⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 448.

⁴⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 34.

realização efetiva da conduta e das características do agente que a pratica, que será possível identificar a correta sanção penal a ser aplicada.

Assim, destaca Bitencourt,⁴⁷¹ deve o magistrado agir como um dosador, aplicando de forma proporcional a sanção prevista de forma abstrata. Não faria sentido delimitar a atuação do juiz a regras engessadas, nas quais a subjetividade do magistrado não pudesse atuar.

Portanto, a pena final a ser aplicada ao condenado representa a justa medida da sua reprovabilidade, nos exatos limites da necessidade da pena, como forma de prevenir e fazer retornar ao *status quo ante* a lei penal.

Destaca-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade com seus respectivos subprincípios (necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito), é nota fundamental nos Estados Democráticos de Direito, atuando como instrumento limitador de toda atividade estatal, como forma de assegurar materialmente os direitos dos indivíduos e da coletividade, vez que se particulariza a relação norma-indivíduo, fazendo com que se encontre a verdadeira finalidade da norma.

3.7 O sistema prisional do Brasil

Diversos questionamentos levantados pela doutrina são suficientes para demonstrar que a prisão já nasceu fadada ao fracasso e, por isso, desde seus primórdios, como ensina Foucault,⁴⁷² esteve atrelada à necessidade de sua reforma.

A primeira grande questão é: Como socializar ou reinserir na sociedade alguém que já se encontrava excluído? Como demonstra a história da pena de prisão, a ela somente chegaram as pessoas que, de alguma forma, já se encontravam à margem da sociedade. Entretanto, conforme anuncia Karam,⁴⁷³ “Os Censos, periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça (MJ), têm classificado como absolutamente pobres entre 90 e 95% dos internos no

⁴⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 38.

⁴⁷² FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 321.

⁴⁷³ KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e publicidade enganosa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 52, ano 13, jan./fev. 2005, p.170.

sistema penitenciário brasileiro”. O processo de inserção destes indivíduos passa por políticas de facilitação do acesso aos bens produzidos pela sociedade: alimentação, educação, saúde, segurança e outros.

Aliados desde o início dos produtos sociais, estes indivíduos acabam levados à delinquência e, frequentando as prisões, não há como se esperar que retornem aptos desse ambiente repressivo e sancionador, ao convívio de uma sociedade que, desde o início, não os têm como participantes de seu corpo.

3.7.1 Tipologias

Distinguem-se, no sistema punitivo brasileiro, três espécies de penalidades: as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a pena de multa. Atenção especial será destinada, neste tópico, à exposição sintética de como funciona o sistema prisional brasileiro, bem como a forma como se dá o cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil, com base no que estabelece o Código Penal (CP), o Código de Processo Penal (CPP), a Lei de Execução Penal (LEP) e a aplicação destes diplomas pelos julgadores brasileiros.

De acordo com o que determina o art. 33 do CP, a pena privativa de liberdade pode assumir a forma de reclusão ou detenção, bem como pode ser cumprida em três regimes prisionais: fechado, semiaberto e aberto, cada qual com regras próprias e estabelecimentos adequados.

O regime inicial fechado é destinado ao condenado a uma pena superior a 8 (oito) anos de reclusão e deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciária), sujeitando-se o recluso a trabalho interno no período diurno, de acordo com as suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena, além de isolamento durante o repouso noturno. O trabalho externo somente é admitido em serviços ou obras públicas, acompanhado das cautelas necessárias contra fuga (art. 34, § 3º, CP e art. 36 da LEP).

O regime inicial semiaberto abriga, em regra, "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito)". O reeducando fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em

colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Admite-se o trabalho externo, "bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior" (art. 33, § 2º e 35 do CP).

A prisão no regime semiaberto é o meio-termo entre a prisão fechada – servida de aparatos físicos ou materiais que lhes garantem segurança máxima em favor da disciplina e contra as fugas – e a prisão aberta – despida de aparato semelhante, baseada no senso de responsabilidade dos presos. É uma transição entre o regime fechado e o regime de quase liberdade.

Funda-se o regime semiaberto no senso de responsabilidade do condenado, que o leva a cumprir sua pena, trabalhar e não buscar a fuga, como condições necessárias para avançar ainda mais na busca da total liberdade.⁴⁷⁴

O regime inicial aberto destina-se, em regra, "ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos" (art. 33, § 3º). Fundamenta-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do "condenado que deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga" (por isso chamada de prisão albergue).

3.7.2 Estrutura e forma do sistema prisional

O conjunto arquitetônico a abrigar reeducandos em regime aberto é a Casa do Albergado, devendo situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, bem como contar com espaços destinados a palestras e cursos (arts. 94 e 95 da LEP).

Ressalte-se que, conforme determinam o art. 33, § 2º do CP brasileiro e o art. 112 da LEP, as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado. Assim, desde que preenchidos os requisitos de ordem objetiva (fração de um sexto da pena) e subjetiva (ostentação de bom comportamento carcerário), o reeducando poderá ser transferido para regime o prisional mais brando, como etapa

⁴⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 156.

sucessiva em direção à total liberdade.

Da mesma forma, pode haver a regressão do regime prisional, conforme o art. 118 da LEP, caso o condenado pratique fato definido como crime doloso ou falta grave, ou, ainda, sofra condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante daquela em execução, torne incabível o regime. Regrida, ainda, o reeducando do regime aberto para qualquer dos mais rigorosos se, além das hipóteses já citadas, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta (§ 1º do art. 118, LEP).⁴⁷⁵

Há que se discorrer, ademais, sobre os regimes prisionais mais gravosos, engendrados das exigências repressivas que crescem na sociedade à mesma proporção que a criminalidade e a violência tomam conta da sociedade.

Como destaca Rodrigues,⁴⁷⁶ vive-se um período histórico em que “os níveis de politização e dramatização são extraordinariamente elevados”, o que acaba gerando a “conversão do delinquente em um inimigo” e fortalecendo “o reclamo por um arsenal de meios efetivos contra o crime e de repressão à violência”.

É nesta direção, portanto, que os legisladores, pressionados pela opinião pública embriagada pela mídia sensacionalista, estabeleceram formas mais rigorosas de cumprimento da pena privativa de liberdade, elaborando verdadeiras aberrações jurídicas, atentatórias aos direitos fundamentais: o regime integralmente fechado e o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O regime integralmente fechado chegou a ser previsto pela Lei nº 8.072/90 para os crimes elencados no art. 1º da mencionada lei, bem como para os crimes equiparados a hediondos, citados pelo art. 5º, XLIII, exceto o crime de tortura, para o qual a legislação específica (Lei nº 9.455/97) estabeleceu o regime inicialmente fechado. Assim – ainda de acordo com a chamada Lei de Crimes Hediondos (LCH) – fechava-se a possibilidade de progressão de regime para os crimes nela descritos e a estes equiparados (Art. 2º, §1º, LCH).

Esta disposição, que constituía um óbice à progressão, por muito tempo

⁴⁷⁵ FARIA, José Eduardo. *Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo*. São Paulo: Max Limonad, 2010, p. 156.

⁴⁷⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. cit., p. 156.

permaneceu considerada constitucional por entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Esta mesma Corte, entretanto, em março de 2006, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 82959-7/SP, decidiu, por maioria apertada (6 x 5), pela sua inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da individualização da pena.

Embora tal decisão tenha ocorrido em sede de controle difuso, tratou-se de importante precedente, integralmente recebido pelas decisões que se seguiram no STF e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da matéria.

Em razão destas reiteradas decisões afastando o óbice à progressão de regime, os condenados por crime hediondo ou equiparado estavam progredindo de regime com o cumprimento de um sexto da pena, como determina, genericamente, o art. 112 da LEP. Diante da flagrante inconstitucionalidade da LCH, ao vedar a progressão de regime, apressou-se o Congresso Nacional em aprovar nova lei albergando a possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, mas exigindo como requisito objetivo o tempo de cumprimento de dois quintos da pena para os criminosos primários e três quintos para os reincidentes.⁴⁷⁷

Esta lei que alterou a LCH, a saber, Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, revogou a disposição que estabelecia o regime integralmente fechado, prevendo a necessidade, para os praticantes de crimes hediondos ou equiparados, de iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Entretanto, repise-se, tal ocorreu por estarem estes criminosos conseguindo a progressão de regime com um sexto da pena, por força de decisão do STF. Não representou uma manifestação contrária ao movimento de agravamento das penalidades, mas uma reação a um abrandamento surgido pela citada interpretação jurisprudencial.

Na sequência histórica do recrudescimento da repressão em detrimento da socialização, como mais um grande marco do movimento da “lei e ordem” que costuma, sazonalmente, acometer de forma arrebatadora o Brasil, estabeleceu-se a previsão do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por intermédio da Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003, que alterou o art. 52 da LEP. São hipóteses de aplicação do RDD:

⁴⁷⁷ ALMEIDA, Gevan de. *O Crime Nosso de Cada Dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 159.

- 1) Como sanção disciplinar, em decorrência da prática de falta grave consistente em crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna (LEP, art. 52, *caput*). Trata-se de manifestação do poder sancionatório do Estado, com a finalidade de manter o controle sobre o estabelecimento penal. Instrumento adequado a casos de motins violentos, em cujo contexto acontecem crimes dolosos graves;
- 2) Para os condenados ou presos provisórios que apresentem alto risco para a ordem ou segurança do estabelecimento penal ou à sociedade (art. 52, §1º). Trata-se de medida de caráter cautelar, a fim de evitar a concretização de um risco iminente para a sociedade. Questiona-se a constitucionalidade, por afrontar o princípio da presunção de inocência, mormente em relação aos presos provisórios;
- 3) Para os condenados ou presos provisórios, sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º, LEP). Reação estatal contra formas específicas de criminalidade. Tem como objetivo dificultar a atuação das organizações criminosas, reconhecidamente infiltradas no aparelho estatal e com grande rede de comunicação dos integrantes presos com o mundo exterior, chegando estes a comandar as ações dos criminosos que estão fora.

As severas medidas a que poderão ser submetidos os presos em regime disciplinar diferenciado são, de acordo com os incisos do art. 52 da LEP: I) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II) recolhimento em cela individual; III) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.⁴⁷⁸

A maioria dos doutrinadores penitenciariistas considera inconstitucional a

⁴⁷⁸ NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 156.

previsão de um regime disciplinar diferenciado, nos moldes descritos. Questiona-se a constitucionalidade desses dispositivos, por atentar, principalmente, contra os direitos fundamentais previstos no art. 5º, II (legalidade), III (não submissão a tratamento desumano ou degradante), XLVI (princípio da individualização da pena), XLVII), (proibição da imposição de pena cruel), XLIX (direito dos presos à integridade física e moral), e LXI (vedação da prisão administrativa), dentre outros.^{479, 480}

Da mesma forma entende o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) do Ministério da Justiça, que, no Parecer exarado em 10 de agosto de 2004, transcrito por Moreira,⁴⁸¹ propugnou pela inconstitucionalidade da previsão do RDD, chamando-o, ainda, ao final, de “Regime Disciplinar da Desesperança”.⁴⁸²

Destaque-se que não somente estão encarcerados aqueles indivíduos que devem cumprir uma pena privativa de liberdade. Há, ainda, os que estão recolhidos ao cárcere em caráter provisório, pois aguardam o desenrolar da ação penal e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Estes presos estão recolhidos à prisão, normalmente, em caráter cautelar, seja para facilitar as investigações, seja para garantia da ordem pública ou econômica,

⁴⁷⁹ GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o sistema penitenciário*. Canoas: Ulbra, 2011, p. 139.

⁴⁸⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. In: *Revista Jurídica*. n. 325, nov. 2004, p. 06. Moreira, sobre o assunto, conclui: “Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, conclui-se com absoluta tranquilidade serem tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, da CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III)”.

⁴⁸¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Op. cit., p. 04.

⁴⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. *Parecer sobre o Regime Disciplinar Diferenciado*. [Consult. 13 Dez. 2011]. Disponível em WWW:http://www.mj.gov.br/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD%20_final_.pdf. Acesso em: 13 dez. 2011. Na passagem conclusiva desta manifestação do CNPCP, lê-se: “Diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei n. 10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, prevista nos instrumentos citados. Ademais, a falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação”.

para assegurar a aplicação da lei penal, ou garantir a lisura da instrução criminal.

O estabelecimento destinado a recolher os presos provisórios é a cadeia pública. O art. 103 da LEP exige que tenha cada comarca, pelo menos, uma cadeia pública, a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Sobre os benefícios que podem alcançar o condenado, tornando-o mais próximo da total liberdade, destaca-se o livramento condicional, previsto nos arts. 83 a 90 do CP, bem como nos arts. 131 a 146 da LEP, e que poderá ser concedido pelo juiz da execução, presentes determinados requisitos objetivos e subjetivos.⁴⁸³

São requisitos objetivos (art. 83, CP):

- Pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos;
- Cumprimento de parte da pena: mais de um terço para não reincidente em crime doloso; mais de metade para reincidente; mais de dois terços para condenado por crime hediondo ou equiparado; vedação do livramento condicional ao reincidente específico em crime hediondo;
- Reparação do dano causado pelo delito, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo.⁴⁸⁴

Os requisitos subjetivos (art. 83, CP) são:

- Ter bons antecedentes para receber o benefício com mais de um terço de cumprimento de pena, e desde que não reincidente;
- Comportamento satisfatório durante a execução da pena. A prova desse requisito geralmente é feita mediante atestado de conduta carcerária, parecer da Comissão Técnica de Classificação, ou Exame Criminológico;
- Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído;
- Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;
- Demonstração de condições pessoais que façam presumir que o

⁴⁸³ MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Revista Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 55-56, 2009, p. 06.

⁴⁸⁴ MINHOTO, Laurindo Dias. Op. cit., p. 02.

liberado não voltará a delinquir (ausência de periculosidade): somente para aqueles que cometeram crime doloso com violência ou grave ameaça.⁴⁸⁵

Concedido o livramento condicional, de acordo com o estabelecido pelo art. 132 da LEP, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o condenado, a saber: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho; b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste. Outras condições podem ser facultativamente apostas, desde que compatíveis com o cumprimento da pena e afinadas com o respeito à dignidade do reeducando.

Estas são as condições gerais nas quais devem ser cumpridas as penas privativas de liberdade, no Brasil. Dentro desse quadro legislativo, passa-se a observar, nos itens seguintes, como vem ocorrendo esse cumprimento na prática (com destaque para o sistema prisional feminino), para que, ao final do estudo, sejam construídas propostas alternativas viáveis, para amenizar a grave crise atravessada pelo sistema carcerário brasileiro.

3.7.3 Condições atuais das prisões brasileiras

Sempre com a perspectiva do respeito aos direitos fundamentais, é preciso que seja elaborada uma sucinta descrição da forma atual do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil. Os graus de respeito aos direitos fundamentais e de efetividade das finalidades previstas para a pena de prisão devem ser expostos, a fim de que se determine a necessidade ou não de manutenção da atual forma de aprisionar. Será que nossas prisões, da forma como se apresentam hoje, são aptas a cumprir suas finalidades, ao mesmo tempo em que garantem o respeito à dignidade humana dos que estão submetidos aos seus rigores?

O mero exame perfunctório de dados do Ministério da Justiça do Brasil já é capaz de garantir uma resposta negativa a este questionamento. A leitura

⁴⁸⁵ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 09.

das opiniões de doutrinadores, que alicerçam suas ideias na observação empírica desses estabelecimentos brasileiros para cumprimento de penas, somente reforça as impressões colhidas dos noticiários da mídia quando veiculam as péssimas condições dos cárceres brasileiros.

Um dos doutrinadores brasileiros com maior acúmulo dessas experiências é Barros Leal⁴⁸⁶ que vislumbra, neste tocante, um sério hiato entre a realidade brasileira e a de outros países, decorrente, em sua opinião, da ausência histórica, entre os brasileiros, de políticas públicas federais e estaduais destinadas à melhoria das condições do sistema prisional, aliada “com o acumpliciamento autovitimizante da comunidade, alheia às condições do preso, geralmente pobre, analfabeto ou semianalfabeto”.

Os problemas carcerários não são elementos exclusivos da realidade brasileira, mas, adquirem aqui, contornos alarmantes, mercê do reflexo do subdesenvolvimento econômico segundo os estudos de Tavares, – a fornecer uma imensa massa de desempregados e subempregados que se tornam recrutas fáceis das organizações criminosas, principalmente quando ainda jovens - e das ineficientes políticas de segurança pública – a tornar inócuas as tentativas de procurar corrigir todos os males com a repressão e o recrudescimento das penalidades, que já se mostraram inaptas para tanto.⁴⁸⁷

Diante de um quadro tão desolador, os problemas na aplicação da pena privativa de liberdade aumentam, tornando o ambiente carcerário um ambiente que não auxilia na socialização como deveria. Assim, a prisão acaba por gerar um efeito que deveria, na verdade, combater. Para cumprir a finalidade desta dissertação, estes pontos críticos do sistema prisional brasileiro foram reunidos em três grandes grupos: a superpopulação carcerária, as condições de

⁴⁸⁶ LEAL, César Barros. O sistema penitenciário: da desesperança ao otimismo responsável. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. n. 06, vol. 1, Jan./Jul. 2003, p. 29.

⁴⁸⁷ TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. *Revista de Ciências Penais*. São Paulo, ano 1, jan./jun. 2004, pp. 127-142.

salubridade e a impossibilidade de socialização.⁴⁸⁸

A verificação da superpopulação carcerária no Brasil emerge de simples análise dos números fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça do Brasil. No ano de 2003, segundo noticiam Ribeiro e Batitucci,⁴⁸⁹ em análise aos dados citados, o Brasil administrava um dos dez maiores sistemas penitenciários do mundo, com um índice de encarceramento de 146,05 pessoas encarceradas por grupo de 100.000 habitantes, média superior à da Colômbia e a do México, por exemplo.

Como uma peculiaridade brasileira, entretanto, o sistema prisional é de responsabilidade dos Estados-membros, não havendo uma autoridade penitenciária centralizadora. À União cabe a construção de penitenciárias de segurança máxima, para situações de encarceramento exigíveis para assegurar a manutenção da ordem pública ou a segurança do preso, segundo dispõe o art. 86, §1º da LEP.

Dessa forma, há flagrantes discrepâncias entre os números referentes à população carcerária, de acordo com o Estado da federação. Em São Paulo, por exemplo, em 2003, o número de presos representava 40% de toda a população carcerária brasileira, com um grau de aprisionamento de 287/100.000 habitantes, superior à de quase todos os países do globo. Ao mesmo passo, o Rio Grande do Norte apresentava uma taxa de aprisionamento de apenas 42 presos por grupo de 100.000 habitantes.⁴⁹⁰

Com taxas de aprisionamento tão altas, era de se esperar que o total de vagas nos estabelecimentos prisionais brasileiros não fosse suficiente para abrigar com dignidade todos os presos. Ainda de acordo com dados do DEPEN de 2005, o Brasil apresentava *déficit* total de 62.490 vagas, visto que sua população carcerária alcançava 248.685 presos para uma oferta de vagas de

⁴⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 156. Ramírez, estudando o mesmo problema, anota que: “En América Latina se han llevado con desmesura las cifras de la población penitenciaria. De 26 países examinados por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento Del Delincuente, prácticamente todos – es decir, 25 – setraban sobrepoblación penitenciaria; de ellos, en 20 había niveles de sobrepoblación crítica por encima de 120 por ciento”.

⁴⁸⁹ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. A duplicidade de gestão no sistema penitenciário brasileiro: consequências e alternativas para a formulação de uma efetiva política pública de encarceramento. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Imprensa Nacional, nº 16, vol. 1, jan./jun., 2003.

⁴⁹⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *Futuro Alternativo das Prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 156.

186.478.⁴⁹¹

No último censo penitenciário levado a efeito pelo DEPEN, a situação agravou-se de forma alarmante. A população do sistema penitenciário brasileiro passou a ser, em dezembro de 2007, de 296.919 presos que, somados aos recolhidos em delegacias de polícia (64.483), resultam em uma população prisional total de 361.402 presos. Enquanto o número de encarcerados dava um inacreditável salto de 112.717 presos a mais, o número de vagas cresceu em apenas 19.869.⁴⁹²

Ressalte-se que este fosso se abriu em apenas dois anos (2005-2007). Se levada em consideração a enorme quantidade de mandados de prisão a serem cumpridos pelas autoridades policiais, restará fortalecida a noção de que o problema ora enfrentado não tem qualquer perspectiva próxima de solução.⁴⁹³

Fernandes,⁴⁹⁴ após lançar o mesmo alerta, aponta que, só em 1994, o Ministério da Justiça estimava em 275.000 o número de mandados de prisão aguardando cumprimento, o que representava, à época, um número maior do que o de pessoas aprisionadas no Brasil.

O Estado, ao promover esse perverso amontoado de presos em celas, acaba por olvidar-lhes a condição de seres humanos e sua indissociável dignidade, na medida em que se abstém de tratá-los como sujeitos de direitos, para lançá-los na vala comum de objetos, fazendo incidir toda a carga do poder e da repressão sobre o corpo e o espírito dos encarcerados.⁴⁹⁵

Como causas principais desse grave problema, Barros Leal⁴⁹⁶ cita:

⁴⁹¹ *Idem, Ibidem*, p. 165.

⁴⁹² OLIVEIRA, Edmundo. Op. cit., p. 160.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 186.

⁴⁹⁴ FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2010, p. 156.

⁴⁹⁵ LEAL, César Barros. Prisão: o crepúsculo de uma era. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Imprensa Nacional, n. 08, v.1, jul/dez 2006, p. 09. Além dessa grave consequência, Barros Leal acrescenta: "Los informes ponen al corriente que la sobrepoblación (Brasil y México em los primeros lugares) es el más serio de los problemas, puesto que provoca hacinamiento (181% en Brasil, 145% en República Dominicana, 146% em Honduras, 162% en Bolivia, son alrededor de 20 países en América Latina con población igual o superior al nivel considerado crítico: 120%), promiscuidad, tensiones, ociosidad, además de estorbar funciones y servicios básicos como trabajo, educación, recreación, salud, alimentación, asistencia jurídica y seguridad".

⁴⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 12.

- A lentidão judiciária, que possibilita a permanência de muitos encarcerados aguardando julgamento;
- O uso excessivo da privação da liberdade como penalidade, mesmo em casos em que esta se demonstrou inútil e maléfica, a saber, como sanção aos crimes de potencial ofensivo de mediano a baixo;
- A fixação de penas longas, sem possibilidade de fiança, liberdade provisória e progressão de regime;
- A insuficiência de estabelecimentos prisionais (crescimento de vagas inferior ao de reclusos);
- A resistência dos juízes quanto à aplicação de medidas alternativas à prisão.

A estas causas podem ser acrescidas mais duas: a negligência do Estado e da sociedade com o sistema penitenciário e a falta de assistência jurídica integral e gratuita aos encarcerados. Sobre a primeira causa já há, neste estudo, posicionamento em tópico oportuno, denunciando a forma demagógica e casuística com que é enfrentada essa questão pelos representantes políticos, sempre levados por uma opinião pública preconceituosa e manipulada pelos meios de comunicação de massa.

Quanto à falta de assistência jurídica, trata-se de importante lacuna a impedir que, em curto prazo, alivie-se a situação calamitosa de superpopulação nos estabelecimentos prisionais. Este importante serviço somente é prestado de forma emergencial e pontual, tomando a forma dos famigerados “mutirões”, que apenas têm efeito pirotécnico, ao reunir grande quantidade de profissionais habilitados para atendimentos de duração curta, incapazes de gerar, por óbvio, soluções duradouras.

A falta de acesso real à justiça nos estabelecimentos prisionais acaba por gerar uma massa de “esquecidos” pelo Estado, cujo aparelho judicial combalido, sequer consegue responder de forma satisfatória às demandas mais singelas.

A efetivação de uma Defensoria Pública forte, com profissionais qualificados, em número suficiente para um atendimento constante à população carcerária brasileira, seria uma medida impactante positiva para a

redução do número de encarcerados em todo o país. O acompanhamento diuturno da situação de cada preso por um profissional habilitado, vinculado a uma instituição estatal comprometida com o acesso à justiça dos hipossuficientes representa, de resto, um avanço de fácil realização prática, com incremento, inclusive, nos níveis de legitimidade do Estado.

Não bastasse a situação de superpopulação carcerária, os estabelecimentos prisionais brasileiros apresentam-se, ainda, com graves problemas de salubridade. Assim, além de submeter-se ao contato forçado com uma quantidade de presos bem superior ao previsto para uma cela, o recluso brasileiro enfrenta condições calamitosas de sobrevivência num ambiente insalubre.

Sobre esse assunto, a obra de Barros Leal,⁴⁹⁷ *Prisão: crepúsculo de uma era*, representa uma referência nacional. Segue na íntegra a descrição que este penitenciariasta - membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, e da Academia Brasileira de Direito Criminal - construiu das condições de salubridade citadas:

- Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade, carentes de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa;
- Prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas, onde a falta de água e luz é rotineira;
- Prisões onde vivem, em celas coletivas improvisadas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos;
- Prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína, e firmam as suas próprias leis;
- Prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes como método de obter confissões;
- Prisões onde se conservam as surdas, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, onde os presos são recolhidos por tempo

⁴⁹⁷ LEAL, César Barros. Op. cit., p. 12.

indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico;

- Prisões onde os detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos, continuam presos por negligência do juiz;
- Prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos – que deveriam se submeter a uma observação científica – são transferidos para celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.



Figura 1



Figura 2



Figura 3 – Explicitando o horror do desrespeito dos Direitos Humanos nas prisões brasileiras, especificamente, no Sistema Prisional do Município do Recife, Estado de Pernambuco

Em razão das condições precárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros, o Brasil sempre figurou de forma depreciativa nos diversos relatórios exarados por comissões internacionais de direitos humanos. No último relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovado em 29 de setembro de

1997, no 97^o período ordinário de sessões, o capítulo IV trata especificamente das “Condições de reclusão e tratamento no sistema penitenciário brasileiro”.⁴⁹⁸

O terceiro grande problema do sistema carcerário brasileiro a ser destacado é a falta de adimplência da finalidade socializadora da pena de prisão. Há dificuldades inegáveis para a sua efetiva realização, bem como outras que advêm das más condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

O fracasso da socialização opera-se, por outro lado, pela combinação dos dois pontos críticos mencionados. Com efeito, diante de prisões superlotadas, em condições de total insalubridade e de desrespeito aos direitos fundamentais, não há como se esperar que os egressos desse sistema retornem recuperados ao convívio social. É uma contradição que esse perverso sistema não trate os presos como seres humanos e, ao mesmo tempo, pretenda exigir que estes, ao deixarem o cárcere, comportem-se como tais.

Embora a Lei de Execução Penal brasileira estabeleça como uma de suas finalidades a reinserção social do condenado e, ao longo de todo o seu texto, delineie uma série de elementos para a consecução desses objetivos, o que se verifica no Brasil, já há várias décadas, é a ocorrência de efeitos diametralmente opostos, a saber, alarmantes índices de reincidência e nascimento de poderosas organizações criminosas comandadas de dentro dos estabelecimentos prisionais.

Conforme Almeida,⁴⁹⁹ há uma variação muito grande nos índices de reincidência apresentados pelos órgãos oficiais e meios de comunicação. Os números variam entre 75% e 85% de pessoas que voltam a cometer crimes, mesmo após passarem por um período de encarceramento. Apesar de não haver dados estatísticos confiáveis, é fácil a constatação de que estes índices são bastante elevados.

A prisão brasileira, portanto, tem invertido suas finalidades, visto que, ao

⁴⁹⁸ ALMEIDA, André Vinícius de. Direito de punir e poder de punir: uma análise a partir da doutrina dos direitos subjetivos. *Revista de Ciências Penais*. São Paulo, ano 2, v. 2, jan./jun. 2005, p. 196-215. Segundo aponta o relatório, no tópico relativo à higiene e saúde: “A Comissão teve a oportunidade de constatar as condições higiênicas precárias e deficientes em que vivem os presos e a falta de atendimento médico e tratamento psicológico adequados a que estão submetidos”.

⁴⁹⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 210.

invés de reeducar o criminoso para que este não volte a delinquir, tem funcionado como um fator criminógeno de primeira magnitude. Apontando este entendimento, sedimentado na observação, pondera Bitencourt.⁵⁰⁰

Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações. Os exemplos que demonstram os efeitos criminógenos da prisão são lembrados frequentemente.

A segunda prova patente de que os cárceres brasileiros não socializam é a existência de verdadeiras organizações criminosas no interior dos presídios, com alto poder de recrutamento e ramificações, inclusive entre agentes do Poder Público.

Abandonado pelo Estado em prisões infectas e superpopulosas, sem condições de trabalho, estudo e acompanhamento psicológico, ou de eficiente assistência social e jurídica – pilares para a socialização – o preso brasileiro torna-se o indivíduo perfeito para integrar grandes redes criminosas.

Os presídios acabam tornando-se verdadeiros quartéis-generais dos chefes do tráfico e do crime organizado, que dirigem ações criminosas executadas dentro e – principalmente – fora dos estabelecimentos, nos quais cumprem pena, espalhando o terror nas grandes cidades, e, em casos extremos, paralisando a atividade econômica destas ao impor verdadeiros “toques de recolher” que, se desobedecidos, acionam atos de vandalismo e violência de grandes proporções.⁵⁰¹

Diante de tão distorcida situação, afigura-se clara a dificuldade de uma tarefa que tenha por finalidade fazer conviver – em harmonia e em um mesmo ambiente – o sistema prisional brasileiro e o respeito aos direitos fundamentais daqueles que estão sujeitos aos seus rigores.

⁵⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 156.

⁵⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 159. Sobre este verdadeiro autogoverno nas prisões – não só brasileiras – instalado no vácuo do Poder Público, denuncia Barros: “Tan vergonzoso como las condiciones inhumanas de las cárceles atiborradas, que constituyen una sobrecena para sus moradores, es el autogobierno (...) o sea, el dominio de prisiones por grupos de internos, jefes del crimen organizado, estafadores poderosos, que ejercen la autoridad y dictan sus propias pautas no escritas de comportamiento, aplican sanciones, deciden quién debe morir o vivir, al mismo tiempo que venden productos y servicios (alimentos, licores, armas protección, etc.) y comandan la extorsión, el narcotráfico y el mercado del sexo”.

CAPÍTULO IV

4 A EXECUÇÃO DA PENA NO SISTEMA PORTUGUÊS E A DIGNIDADE DO APENADO

4.1 Escorço histórico

A execução da pena em Portugal guardou, durante aproximadamente três séculos e meio, idêntica forma de aplicação com o sistema punitivo vigente no Brasil, vez que, a ambos os países se aplicavam as Ordenações do Reino de Portugal, corpo de leis compiladas que estabeleciam, em seus diversos livros, todas as normas de Direito Canônico, Direito Civil, Penal, Processual Penal e de Execução Penal, vigentes à época.

Iniciando-se com as Ordenações Afonsinas, considerada uma das primeiras codificações de leis da era moderna, que vigorou muito brevemente dos últimos anos do século XV até os primeiros anos do século XVI, não chegando sequer a ser impressa, logo sendo reformada e substituída pelas Ordenações Manuelinas, durante o período de 1513 a 1605, primeiro corpo legislativo impresso de Portugal e do Brasil-colônia, sendo esta, também reformada, ampliada e substituída pelas Ordenações Filipinas, as quais vigoraram do início do século XVII até o século XIX, quando foram elaborados, sucessivamente, os vários códigos de leis de Portugal, a influência do sistema de execução penal português, no sistema de execução penal brasileiro, foi determinante para moldar princípios, normas jurídicas e, sobretudo, para firmar padrões de comportamentos que até hoje, mais de cento e cinquenta anos depois, contaminam encarcerados e carcereiros no Brasil.

Do início do século XV até as primeiras décadas do século XIX, prevaleceu, em Portugal e no Brasil, o famoso Livro V das Ordenações Portuguesas (Manuelinas, Afonsinas e Filipinas), denominado, pelo horror das penas e castigos que encerrava, de *libre terrible*, prescrevendo, nas Ordenações Filipinas, nos seus cento e quarenta e três títulos: crimes, sanções e formas de execução, consoante os tipos penais abaixo discriminados:

Titulo I: Dos Hereges e Apóstatas
 Titulo II: Dos que arrenegam, ou blasfemam de Deus, ou dos Santos
 Titulo III: Dos Feiticeiros
 Titulo IV: Dos que benzem cães, ou bichos sem autoridade do Rei, ou dos Prelados
 Titulo V: Dos que fazem vigílias em Igrejas, ou Vodos fora delas
 Titulo VI: Do crime de Lesa Magestade
 Titulo VII: Dos que dizem mal do Rei
 Titulo VIII: Dos que abrem as cartas do Rei, ou da Rainha, ou de outras pessoas
 Titulo IX: Das pessoas do Conselho do Rei, e Desembargadores, que descobrem o segredo
 Titulo X: Do que diz mentira ao Rei em prejuízo de alguma parte
 Titulo XI: Do Escrivão, que não põe a subscrição confirme a substância da Carta, ou Provisão, para o Rei assinar
 Titulo XII: Dos que fazem moeda falsa, ou a despendem, e dos que cerceiam a verdadeira, ou a desfazem
 Titulo XIII: Dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias
 Titulo XIV: Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e o Cristão, que dorme com Infiel
 Titulo XV: Do que entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com ela, ou a recolhe em casa
 Titulo XVI: Do que dorme com a mulher, que anda no Paço, ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem, ou viúva honesta, ou escrava branca de guarda
 Titulo XVII: Dos que dormem com suas parentas, e afins
 Titulo XVIII: Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade
 Titulo XIX: Do homem que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dois maridos
 Titulo XX: Do Oficial do Rei, que dorme com mulher, que perante ele requer
 Titulo XXI: Dos que dormem com mulheres orfãs, ou menores, que estão a seu cargo
 Titulo XXII: Do que casa com mulher virgem, ou viúva, que estiver em poder de seu pai, mãe, avô, ou Senhor, sem sua vontade
 Titulo XXIII: Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta por sua vontade
 Titulo XXIV: Do que casa, ou dorme com parenta, criada, ou escrava branca daquele, com quem vive
 Titulo XXV: Do que dorme com mulher casada
 Titulo XXVI: Do que dorme com mulher casada de feito, e não de direito, ou que está em fama de casada
 Titulo XXVII: Que nenhum homem Cortesão, ou que costume andar na Corte, traga nela barregã
 Titulo XXVIII: Dos barregueiros casados e de suas barregãs
 Titulo XXIX: Das barregãs, que fogem àqueles, com que vivem, e lhes levam o seu
 Titulo XXX: Das barregãs dos Clérigos, e de outros religiosos
 Titulo XXXI: Que o frade, que for achado com alguma mulher, logo seja entregue a seu superior
 Titulo XXXII: Dos Alcoviteiros, e dos que em suas casas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos
 Titulo XXXIII: Dos Rufiães e mulheres solteiras
 Titulo XXXIV: Do homem, que se vestir em trajes de mulher, ou mulher em trapos de homem, e dos que trazem máscaras
 Titulo XXXV: Dos que matam, ou ferem, ou tiram com arcabuz, ou Besta

Titulo XXXVI: Das penas pecuniárias dos que matam, ferem, ou tiram arma na Corte
 Titulo XXXVII: Dos delitos cometidos aleivosamente
 Titulo XXXVIII: Do que matou sua mulher, por a achar em adultério
 Titulo XXXIX: Dos que arrancam em presença do Rei, ou no Paço, ou na Corte
 Titulo XL: Dos que arrancam em Igreja, ou Procissão
 Titulo XLI: Do escravo, ou filho, que arrancar arma contra seu senhor, ou pai
 Titulo XLII: Dos que ferem, ou injuriam as pessoas, com quem trazem demandas
 Titulo XLIII: Dos que fazem desafio
 Titulo XLIV: Dos que nos arruados chamam outro apelido, senão o do Rei
 Titulo XLV: Dos que fazem assuada, ou quebram portas, ou as fecham de noite por fora
 Titulo XLVI: Dos que vêm de fora do reino em assuada a fazer mal
 Titulo XLVII: Que nenhuma pessoa traga consigo homens escudados
 Titulo XLVIII: Dos que tiram os presos do poder da Justiça, ou das prisões, em que estão, e dos presos que assim são tirados, ou fogem da Cadeia
 Titulo XLIX: Dos que resistem, ou desobedecem aos Oficiais da Justiça, ou lhes dizem palavras injuriosas
 Titulo L: Dos que fazem ou dizem injúrias aos Julgadores, ou a seus Oficiais
 Titulo LI: Do que levanta volta em Juízo perante a Justiça
 Titulo LII: Dos que falsificam sinal, ou selo do Rei, ou outros sinais autênticos, ou selos
 Titulo LIII: Dos que fazem escrituras falsas, ou usam delas
 Titulo LIV: Do que disser testemunho falso, e do que o faz dizer, ou comete, que o diga, ou usa dele
 Titulo LV: Dos partos supostos
 Titulo LVI: Dos Ourives, que engastam pedras falsas, ou contrafeitas, ou fazem falsidades em suas obras
 Titulo LVII: Dos que falsificam mercadorias
 Titulo LVIII: Dos que medem, ou pesam com medidas, ou pesos falsos
 Titulo LIX: Dos que molham, ou lançam terra no pão, que trazem, ou vendem
 Titulo LX: Dos furtos, e dos que trazem artifícios para abrir portas
 Titulo LXI: Dos que tomam alguma coisa por força
 Titulo LXII: Da pena, que haverão os que acham escravos, aves ou outras coisas, e as não entregam a seus donos, nem as apregoam
 Titulo LXIII: Dos que dão ajuda aos escravos cativos para fugirem, ou os encobrem
 Titulo LXIV: Como os Estalajadeiros são obrigados aos furtos e danos, que em suas Estalajens se fazem
 Titulo LXV: Dos Burlões e enlçadores, e dos que se levantam com fazenda alheia
 Titulo LXVI: Dos Mercadores que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia
 Titulo LXVII: Dos que arrancam marcos
 Titulo LXVIII: Dos Vadios
 Titulo LXIX: Que não entrem no Reino Ciganos, Arménios, Arábios, Persas, nem Mouriscos de Granada
 Titulo LXX: Que os escravos não vivam por si, e os Negros não façam bailios em Lisboa
 Titulo LXI: Dos Oficiais do Rei, que recebem serviços, ou peitas, e das partes, que lhas dão, ou prometem
 Titulo LXXII: Da pena, que haverão os Oficiais, que levam mais do conteúdo do seu Regimento, e que os que não tiverem Regimento o peçam
 Titulo LXXIII: Dos Almoxarifes, Rendeiros e Jurados, que fazem avença
 Titulo LXXIV: Dos Oficiais do Rei, que lhe furtam, ou deixam perder sua Fazenda por malícia

Titulo LXXV: Dos que cortam árvores de fruto, ou Sobreiros ao longo do Tejo
 Titulo LXXVI: Dos que compram pão para revender
 Titulo LXXVII: Dos que compram vinho, ou azeite para revender
 Titulo LXXVIII: Dos que compram colmeias para matar abelhas, e dos que matambestas
 Titulo LXXIX: Dos que são achados depois do sino de recolher sem armas, e dos que andam embuçados
 Titulo LXXX: Das armas, que são defesas, e quando se devem perder
 Titulo LXXXI: Dos que dão músicas de noite
 Titulo LXXXII: Dos que jogam dados, ou cartas, ou as fazem, ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos
 Titulo LXXXIII: Que nenhuma pessoa se concerte com outra para lhe fazer despachar algum negócio na Corte
 Titulo LXXXIV: Das Cartas difamatórias
 Titulo LXXXV: Dos Mexeriqueiros
 Titulo LXXXVI: Dos que põem fogos
 Titulo LXXXVII: Dos Daninhos, e dos que tiram gado, ou bestas do Curral do Concelho
 Titulo LXXXVIII: Das caças e pescarias defesas
 Titulo LXXXIX: Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso
 Titulo XC: Que não façam vódas, nem baptismos de fogaça, nem os amos peçam por causa de seus criados
 Titulo XCI: Que nenhuma pessoa faça Coutadas
 Titulo XCII: Dos que tomam insígnias de armas, e "dom", ou apelidos que lhes não pertencem
 Titulo XCIII: Que não tragam hábitos, nem insígnias das Ordens Militares em jogos, ou em máscaras
 Titulo XCIV: Dos Mouros e Judeus, que andam sem sinal
 Titulo XCV: Dos que fazem Cárcere privado
 Titulo XCVI: Dos que sendo apercebidos para servir por Cartas do Rei, o não fazem ao tempo ordenado
 Titulo XCVII: Dos que fogem das Armadas
 Titulo XCVIII: Que os naturais deste reino não aceitem navegação fora dele
 Titulo XCIX: Que os que tiverem escravos de Guiné os batizem
 Titulo C: Das coisas, que se não podem trazer por dó
 Titulo CI: Que não haja Alfeloeiros, nem Obreeiros
 Titulo CII: Que se não imprimam livros sem licença do Rei
 Titulo CIII: Qua não peçam esmola para invocação alguma sem licença do Rei
 Titulo CIV: Que os Prelados, e Fidalgos não açoitem malfeitores em seus Coutos, Honras, Bairros ou Casas: E dos devedores, que se acolhem a elas
 Titulo CV: Dos que encobrem os que querem fazer mal
 Titulo CVI: Que coisas do trato da India e Mina, e Guiné se não poderão ter, nem tratar delas
 Titulo CVII: Dos que sem licença do Rei vão, ou mandam à India, Mina, Guiné; e dos que indo com licença não guardam seus Regimentos
 Titulo CVIII: Que nenhuma pessoa vá à terra de Mouros sem licença do Rei
 Titulo CIX: Das coisas, que são defesas levarem-se a terras de Mouros
 Titulo CX: Que se não resgatem Mouros com ouro, prata ou dinheiro do Reino
 Titulo CXI: Dos Cristãos novos e Mouros, e Cristãos Mouriscos, que se vão para terra

de Mouros, ou para as partes de Africa, e dos que os levam

Titulo CXII: Das coisas, que se não podem levar fora do reino sem licença do Rei

Titulo CXIII: Que não se tire ouro, prata, nem dinheiro para fora do Reino

Titulo CXIV: Dos que vendem Naus, ou Navios a estrangeiros, ou lhos vão fazer fora do Reino

Titulo CXV: Da passagem dos Gados

Titulo CXVI: Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão

Titulo CXVII: Em que casos se devem receber querelas

Titulo CXVIII: Dos que querelam maliciosamente, ou não provam suas querelas, e denúncias

Esse conjunto de normas penais, processuais penais e de execução penal, como se vê, era permeado pela morte, tortura e outras sanções cruéis ou degradantes, refletindo o espírito europeu da Idade Média, revelado, dentre outras maneiras, através de um processo penal inquisidor e de uma brutal forma de execução da pena, aplicada, muitas vezes sobre inocentes sem o mínimo direito de defesa ou sobre pessoas, cujo único delito fora, supostamente, desobedecer algum dos cânones religiosos estabelecidos pela Igreja Católica.

No Brasil, cuja submissão às Ordenações do Reino de Portugal iria adentrar pelo século XIX, havia ainda um aspecto peculiar e fundamental que nortearia todas as relações jurídicas, sociais, e econômicas da sociedade nativa: o sistema escravocrata assentado no sequestro de homens, mulheres e crianças da África, trazidos, à força, para servirem como mão de obra, boa e barata, nos engenhos de cana-de-açúcar, nas fazendas de gado, nas minas de ouro e nas cidades brasileiras.

Isso significava a existência de um sistema de execução penal que, à semelhança de todo o sistema jurídico brasileiro vigente até o final do século XIX, discriminava formalmente, sob critério racial(negros), cerca de metade da população e aplicava, com especial rigor e crueldade, as sanções criminais a todos aqueles pertencentes à esse grupo discriminado.

4.2 O Sistema de Execução da Pena em Portugal após as Ordenações do Reino

O século XIX começa com importantes modificações no Sistema Judicial Português, inaugurando a era constitucionalista da Nação lusa, mediante a promulgação da primeira constituição portuguesa, a Constituição de 23 de novembro de 1822, consagrando uma série de direitos e garantias fundamentais que romperam com o processo penal inquisitorial e com as formas, cruéis e degradantes de execução da pena, tradicionais das Ordenações do Reino. A partir de então, com maior ou menor força, as cinco Cartas Magnas portuguesas subsequentes, consagrarão os princípios fundamentais da pessoa humana, culminando com a Constituição de 25 de Abril de 1976, vigente até os dias atuais, fruto do movimento libertário denominado Revolução dos Cravos, contra o período ditatorial do “Estado Novo”, instaurada desde o ano de 1933 em Portugal.

Assim, a Constituição Portuguesa de 1976, permeada de ideais democráticos e socialistas, vai explicitamente assinalar os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da pessoalidade, da individualização da pena e do *ne bis in idem*, além de recepcionar expressamente, consoante o seu art.16, n.2, todos os princípios e normas de direitos fundamentais, previstos em tratados internacionais dos quais Portugal seja subscritor.

Mais ainda, o Sistema de Execução Penal Português, à semelhança do Sistema de Execução Penal Brasileiro, passa a ser ontologicamente orientado pela dignidade da pessoa humana, explicitamente prevista, respectivamente, no art.1º, inciso III, da Carta Magna Brasileira, e no art.1º da Carta Magna Portuguesa, como um princípio de extrema relevância para os Ordenamentos Jurídicos de ambas as Nações, constituindo-se, consoante o bem elaborado conceito do Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, em:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

Mas, se essa é uma conceituação aplicável a qualquer princípio jurídico, quando se trata da dignidade da pessoa humana avulta-se, em muito, essa natureza de “mandamento nuclear” e de “disposição fundamental”, em decorrência de duas razões essenciais.

A primeira, porque a dignidade da pessoa humana está inserida, expressamente pelos legisladores constituintes de Brasil e Portugal, no rol dos princípios fundamentais das duas respectivas Cartas da República, doutrinariamente, denominados “princípios políticos-constitucionais”, entendidos como normas-princípios norteadores, não apenas de um Título ou Capítulo, mas de todo o Texto da Constituição brasileira de 1988 e da Constituição Portuguesa de 1976, por conseguinte, devendo serem considerados na interpretação e aplicação de todos os artigos desses dois Diplomas Constitucionais.

A segunda, conforme a lição do jurista espanhol Antônio Enrique Pérez Luño, citado pelo constitucionalista brasileiro Uadi Lammego Bulos, porque a dignidade da pessoa humana:

“É o valor constitucional supremo, no sentido de que abarca três dimensões: 1) fundamentadora - núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2) orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; 3) crítica – em relação às condutas. Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica, teleológica e evolutiva da constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade” (Antonio Henrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, 4. ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 288-9).

Verifica-se, destarte, que a dignidade da pessoa humana constituiu-se em princípio jurídico maior de todo o *jus positum* brasileiro e português, devendo, portanto, prevalecer, prioritariamente, quando em confronto ante qualquer norma ou princípio. É por demais sabido que, consagrando as Constituições uma série de direitos, todos ocupando o mesmo patamar constitucional e podendo alguns deles, eventualmente, colidirem entre si, a exemplo da liberdade de expressão e do direito à privacidade, e não existindo direito constitucional absoluto, o possível conflito entre eles deverá ser

resolvido no caso *in concreto*, aplicando-se o princípio da razoabilidade, segundo o qual, deverá prevalecer aquele princípio que, naquela hipótese específica, melhor atenda à defesa dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana e sendo assim, sempre que um dos princípios em questão for o da dignidade da pessoa humana, obrigatoriamente, deverá este preponderar.

Nesse diapasão, o sistema de execução penal português, necessariamente, passou a ser orientado pelo respeito aos direitos fundamentais, refletindo-se isto, inclusive, em inúmeras normas de execução criminal, previstas no Código Penal, no Código de Processo Penal e no Decreto-Lei n.265/79, repetidoras de preceitos constitucionais garantidores do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a execução da pena em Portugal, regida especificamente pelo Decreto-Lei n.265/79, com as modificações trazidas pelo Decreto-Lei n.49/80, cuja legislação equivalente no Brasil é a Lei de Execuções Penais n.7.210/84, sepulta definitivamente as odiosas prescrições do Livro V das Ordenações do Reino, para consagrar, à semelhança do Ordenamento Jurídico brasileiro, um Sistema Punitivo Criminal totalmente submetido à humanização da pena e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do apenado, objetivando atingir fundamentalmente, mais que a natureza redistributiva da sanção, a ressocialização do preso, com vistas a um futuro digno e longe do cárcere.

Corolário dessa compreensão humanística, a Constituição Portuguesa, no seu art.24, n.2, proíbe, em qualquer situação, a pena de morte e, no seu art.30, n.1, veda as punições ou medidas de segurança perpétuas ou de duração ilimitadas ou indefinidas. Ademais, o Código Penal Português, além de prever penas de curta duração, passou a admitir, após a sua reforma em 1995, penas de multa e penas alternativas às penas de prisão de curta duração, a exemplo da prestação de serviços à comunidade.

Contrariando, todavia, todo esse moderno arcabouço jurídico, assentado no respeito intransigente ao princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se, no cotidiano de várias prisões portuguesas, uma série de violações aos direitos e garantias fundamentais do encarcerado, tais como: superlotação carcerária; péssimas condições de higiene das celas; transmissão de doenças

infecto-contagiosas entre os presos, inclusive AIDS; ações criminosas de máfias de detentos, dominando e oprimindo outros detentos; agressão física cometida contra o preso por outros presos ou pelos guardas; e, em alguns casos, a exemplo do Estabelecimento Prisional de Lisboa no ano de 2013, denúncias de tortura de detentos, consoante informado por integrantes do Comitê Europeu Contra a Tortura, ao inspecionar aquela unidade prisional:

“Somos um comitê de antitortura e, por isso, essa é uma das nossas grandes preocupações. Os maus tratos consistiram em chapadas, murros, pontapés, bastonadas. Em alguns casos, a delegação recebeu provas médicas de registo de hematomas que eram consistentes com as alegações feitas. Depois, também recebemos queixas da população prisional juvenil e de jovens adultos que se queixaram de ter sido sujeitos a murros, pontapés e chapadas pelos guardas. Não dizemos que há um padrão de violação dos direitos humanos, e que toda a gente está a ser torturada, mas também não dizemos, como noutros relatórios, que não recebemos alegações de maus tratos — porque recebemos.”

Constata-se, outrossim, que mesmo naqueles períodos em que a população carcerária portuguesa era, globalmente, inferior ao número de vagas do sistema Prisional, aproximadamente doze mil presos para cerca de doze mil e cem vagas, ainda assim, em vários estabelecimentos prisionais existia superlotação e, por conseguinte, todos os gravíssimos problemas dela decorrentes. Com o aumento expressivo dessa população de presos, alcançando, em Portugal, no ano de 2013, quatorze mil detentos, obviamente a superlotação, já existente em diversas unidades penitenciárias, agravou-se ainda mais. Comparativamente, no Brasil, são cerca de quinhentos e cinquenta mil presos, incluindo os provisórios, com trezentos e setenta e três mil mandados de prisão, já expedidos pelo juiz criminal, e ainda não cumpridos, para cerca de trezentos e dezoito mil vagas nas unidades prisionais.

4.3 Sistema de Execução Penal do Brasil e de Portugal: semelhanças e diferenças

Se nas origens, através das Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), o Sistema de Execução Penal que vigorava em Portugal e no Brasil era o mesmo, após o século XIX com a independência do Brasil e, principalmente, com o processo de constitucionalização do

Ordenamento Jurídico Brasileiro e Português, a primeira Constituição Brasileira data de 1824, e a primeira Constituição Portuguesa data de 1822, aliado ao novo arcabouço legislativo, incorporado por cada Nação, através dos seus respectivos e inovadores códigos de leis penais, processuais penais e de execução penal, ambos os países, apesar de passarem a ter um conjunto legislativo completamente autônomo e diferenciado, foram inspirados, á semelhança de outras várias nações do mundo livre, pelos mais elevados ideais iluministas da Revolução Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, incorporando identicamente, nas suas Cartas Magnas e nas suas leis infraconstitucionais, os mesmos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana disseminados por aqueles movimentos libertários.

Destarte, seja nas normas-princípios de direitos fundamentais, de natureza penal, processual penal e de execução penal, tais como: legalidade; ampla defesa do réu ou indiciado; paridade entre defesa e acusação; proteção à incolumidade física e psíquica do preso; e direito do preso ao trabalho, dentre outras, previstas, respectivamente, nas Cartas Magnas de Portugal de 1976 e do Brasil de 1988, seja nas normas dispostas nas leis específicas de execução penal, em Portugal o Decreto-Lei n.265/79, com as modificações trazidas pelo Decreto-Lei n.49/80, cuja legislação equivalente no Brasil é a Lei de Execuções Penais n.7.210/84, o preso, provisório ou definitivo, em ambos os países, está, de forma muito próxima, amplamente amparado por um qualificado arcabouço legal, profundamente enraizado no respeito aos direitos fundamentais e ao princípio-matriz da dignidade da pessoa humana.

Diferenciando, entretanto, os dois sistemas penitenciários, ao lado de distinções pontuais na tipificação dos crimes e na previsão das penas, encontra-se, essencialmente, a organização administrativa de ambos, pois, enquanto no Brasil, onde a forma federativa de Estado pressupõe a existência de três esferas autônomas de poder público: União(federal), Estados(estadual) e Municípios(municipal), a execução penal, a despeito de normatizada por lei federal, a Lei 7.210/84, é ordinariamente de responsabilidade dos Estados, excepcionalmente da União e jamais dos Municípios; em Portugal, onde a forma unitária de Estado prevalece, inexistindo as esferas estaduais e municipais, é o próprio governo Português que, exclusivamente, administra a execução da pena, através do órgão público, denominado Direção-Geral de

Reinserção e Serviços Prisionais - DGRSP, submetido ao Ministério da Justiça Português.

Acentuando essas diferenças administrativas entre os Sistemas de Execução Penal de Brasil e de Portugal, destacam-se as dessemelhanças geográficas, demográficas, econômicas e sociais entre os dois países. Portugal tem uma área total de noventa e dois mil e noventa quilômetros quadrados, ocupando a centésima primeira posição, em um rol de cento e noventa e seis países; com uma população de dez milhões, quatrocentos e vinte e sete mil e trezentos e um habitantes (censo 2012), ocupando a septuagésima quarta posição, em um rol de cento e noventa e quatro países; sendo economicamente um país desenvolvido, com uma renda *per capita* de vinte e seis mil e setecentos e cinquenta e nove dólares, ocupando a trigésima oitava posição, em um rol de cento e oitenta e cinco países, segundo dados reais do Banco Mundial, no período 2011/2013; com um índice de desenvolvimento humano - IDH, de zero vírgula oitocentos e vinte e dois, considerado muito elevado, numa escala de zero a um, na qual zero representa o mais baixo IDH de todos e um, o mais elevado IDH de todos, ocupando o quadragésimo primeiro lugar em um rol de cento e oitenta e sete países, segundo a publicação do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano - PNUD.

Por sua vez, o Brasil, possui uma área total de oito milhões, quinhentos e quinze mil, setecentos e sessenta e sete quilômetros quadrados, ocupando a quinta posição, em um rol de cento e noventa e seis países; com uma população de duzentos e dois milhões, setecentos e sessenta e oito mil e quinhentos e sessenta e duas pessoas, ocupando a quinta posição, em um rol de cento e noventa e quatro países; sendo economicamente um país em desenvolvimento, com uma renda *per capita* de quinze mil, cento e cinquenta e três dólares, ocupando a septuagésima quarta posição, em uma lista de cento e oitenta e cinco países, segundo dados reais do Banco Mundial, no período 2011/2013; com um índice de desenvolvimento humano - IDH, de zero vírgula setecentos e quarenta e quatro, considerado elevado, numa escala de zero a um, na qual zero representa o mais baixo IDH de todos e um, o mais elevado IDH de todos, ocupando a septuagésima nona posição, em um rol de cento e oitenta e sete países, segundo a publicação do Relatório de Desenvolvimento

Humano de 2014, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano - PNUD.

Portugal e Brasil, portanto, apesar da língua Portuguesa comum e dos laços históricos e afetivos que os unem, constituem-se em países, contemporaneamente, muito dessemelhantes entre si, visto que, além das grandes diferenças de extensão territorial e de tamanho das suas populações, o Brasil é noventa e cinco vezes maior em superfície e dezenove vezes maior em número de habitantes, os indicadores econômicos, sociais e humanos são largamente favoráveis à Nação lusa, revelando assim, em termos de governabilidade política, de organização da sociedade, de funcionamento das suas instituições públicas e de aplicação das suas leis, sobretudo daquelas de natureza criminal, o Brasil como um País muito mais difícil de administrar do que Portugal.

Paradoxalmente, contrariando todas as expectativas, e guardadas as devidas proporções, essas acentuadas distinções entre as Nações Portuguesa e Brasileira, não se refletiram devidamente nas práticas do sistema prisional de ambos, fazendo com que as realidades dos sistemas de execução penal de Brasil e Portugal, lamentavelmente, encontrem-se cada vez mais próximas, principalmente nos inúmeros e gravíssimos problemas que as assolam.

Destarte, a superlotação carcerária; as condições insalubres dos cárceres; a péssima qualidade da alimentação para os presos; a transmissão de doenças infecto-contagiosas entre os encarcerados, incluindo-se aids; as humilhações e ameaças aos familiares que visitam seus parentes na prisão; a tortura de presos; os homicídios de presos; os suicídios de presos; as violências sexuais contra presos; e o tráfico de drogas dentro dos presídios; dentre outras terríveis mazelas, lamentavelmente, ainda tão comuns nas prisões brasileiras, cada vez mais começam a fazer parte do cotidiano das unidades penitenciárias portuguesas.

Nesse aspecto, a reação das autoridades portuguesas a essa grave situação, tem se mostrado tímida, mais ligada a promessas de construção de novas unidades prisionais e à preocupação de negar a realidade dos fatos, do que em efetivamente enfrentar o problema nas suas várias dimensões e na sua multiplicidade causal, vez que, o sistema de execução penal, na sua aplicabilidade, é problemático e complexo em qualquer parte do mundo,

refletindo sempre o grau de maior ou menor desenvolvimento econômico, político, social e humano da respectiva sociedade e do seu povo, impondo-se às autoridades que buscam o seu aperfeiçoamento na perspectiva da sua humanização, antes de tudo, consoante a lição de Hannah Arendt, enfrentar a gravidade da situação, sem negar nem render-se à sua ultrajante realidade.

CAPÍTULO V

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO NO BRASIL E EM PORTUGAL

5.1 Considerações iniciais

Na atualidade, é bastante corrente a proclamação de que, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, como já advertia Bobbio.⁵⁰²

Destaca-se, nesse sentido, que, de maneira diametralmente oposta, Mendez defende o desenvolvimento de uma agenda vigorosa e confiável em matéria de direitos humanos, muito mais atrelada ao sentido político genuíno, presente na origem histórica dos direitos humanos, do que a discussão sobre os pressupostos fundamentais de sua existência e legitimidade.⁵⁰³

Esta tese é citada por Tavares no levantamento teórico das grandes teorias acerca dos direitos humanos, e é chamada de teoria realista, destacando o autor a síntese feita por Perez Luño sobre ela, no sentido de que, “enquanto o jusnaturalismo situa o problema da positivação dos direitos humanos no plano filosófico, e o positivismo no jurídico, para o realismo, se insere no terreno político.”^{504, 505} E, neste lanço, arremata o citado autor, com efeito, a melhor maneira de se tutelar e garantir um direito é a compreensão e o reconhecimento de seu fundamento.⁵⁰⁶

A reflexão sobre os fundamentos significativos dos Direitos Humanos inscreveu-se no plano de uma reflexão metajurídica, no momento em que as

⁵⁰² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

⁵⁰³ MENDEZ, Emilio Garcia. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 1, ano 1, Jan./Jun., 2004, p.09.

⁵⁰⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 62.

⁵⁰⁵ MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: *Revista de Informação Legislativa Brasília*, nº 154, ano 39, abr./jun., 2002, p. 75. Contrariamente, perfilha-se a linha de raciocínio aventada por Melgaré, no sentido de que: “Para, jurisdicionalmente, efetivar-se a proteção dos direitos humanos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico que o justifique; sob pena de se incorrer em visões e posturas metodologicamente simplificadoras ou voluntaristas, tendentes à arbitrariedade”.

⁵⁰⁶ *Idem, Ibidem*, p. 83.

violações destes direitos, na prática diária, terminaram por provocar um elevado nível de relativismo na sua interpretação e uma insegurança crescente nas relações entre os Estados e os grupos sociais, no seio da sociedade civil.^{507, 508}

Portanto, o debate sobre a existência e validade do universalismo jurídico tem encontrado expressivo espaço no campo do direito, retomando a antiga, todavia, sempre renovada discussão de seu fundamento.

Antes, contudo, de adentrar no estudo de cada um destes “possíveis fundamentos” dos direitos humanos, parece imprescindível determinar o que se entende por fundamento, que consiste na “razão de ser de algo”. E, nessa linha, define-se fundamento como sendo a razão real, constitutiva e legitimadora dos direitos humanos.

Ademais, nesse ponto, este estudo propõe-se percorrer, à luz dos ensinamentos do mestre italiano Bobbio, o rol de conteúdos que foram, historicamente, inseridos na esfera de proteção da pessoa humana, face aos seus próprios pares, e face ao Estado, de modo a realçar o alcance que hajam logrado os direitos humanos até a atualidade.

5.2 A razão de ser dos direitos humanos: possíveis fundamentos

O debate acerca da questão “fundamentos”, qualquer que seja o objeto do conhecimento, sem fazer a devida distinção em relação ao aspecto conceitual, estará, certamente, fadado à limitação da eficácia de seu próprio fim, vez que, especificamente, cabe inquirir as razões de sua existência, pelas

⁵⁰⁷ SILVA, Fernanda Duarte Lopes. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário. In: LOBO, Torres Ricardo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.109. Neste sentido, Carlos Santiago Nino, citado por Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, realça que “a sistemática e contínua violação dos direitos humanos é motivação suficiente para a construção de uma justificação racional dos direitos humanos”.

⁵⁰⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios Morais e Direitos Humanos na Obra de Carlos Santiago Nino. In: LOBO, Torres Ricardo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.315-316. Ainda, na mesma esteira de pensamento, registre-se as palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, ao destacar que “a realidade vem demonstrando a falácia positivista que advoga a superfluidade de conferir-se um fundamento moral aos direitos humanos. A eloquência e a generosidade dos documentos jurídicos nacionais e internacionais que consagram tais direitos, quando comparadas à precariedade de sua efetivação, põem em evidência que a necessidade de estabelecer uma justificação ética não se esvai a partir da positivação.

quais se justifique a legitimidade que o objeto tem para ser considerado, ou ter sua existência respeitada, ou ainda, para garantir o espaço e os efeitos de seu “ser”, implicando, portanto, em legitimação.⁵⁰⁹

Tendo como denominadores comuns a liberdade e a verdade e, conseqüentemente, o respeito a elas, as sociedades humanas devem ser constituídas e organizadas sobre o reconhecimento deste anseio mundial; devem formar uma sociedade "humanizada", observando este valor intrínseco do homem.⁵¹⁰

Nesse ponto, objetiva-se a realização de uma pesquisa doutrinária, no sentido de fixar um conceito satisfatório de dignidade da pessoa humana, de modo a vislumbrar-se na legislação pátria o respeito a esses preceitos constitucionais, na primeira e na segunda fase da execução das penas.

Ou seja, direcionam-se esforços no sentido de compreender a real importância do princípio da dignidade da pessoa humana quando da aplicação de pena por parte do Estado ao preso ou condenado, pois, é dever do Estado institucional aplicar a norma penal da forma menos gravosa ou aflitiva para o corpo do condenado que cumpre pena pela simples condição de ente humano latente.

Dessa maneira, o Estado, ao aplicar qualquer condenação a determinado indivíduo, deve ter presente que o corpo do condenado continua sendo objeto de punição, porém, não mais proporcionando o espetáculo por meio do suplício. Ou seja, o Estado tem o dever de assegurar e garantir a integridade física e psíquica do condenado, enquanto este cumprir pena. Não

⁵⁰⁹ MOLTSMANN, Jurgen. Op. cit., p. 18. Assim também entende Moltmann: Conforme ensinamento do Papa João Paulo II, na encíclica *Centesimus Annus*, “não sendo ideológica, a fé cristã não presume encarcerar num esquema rígido a variável realidade sócio-política e reconhece que a vida do homem se realiza na história, em condições diversas e não perfeitas. A Igreja, portanto, reafirmando constantemente a dignidade transcendente da pessoa, tem, por método, o respeito à liberdade. Mas a liberdade só é plenamente valorizada pela aceitação da verdade: num mundo sem verdade a liberdade perde a consistência e o homem acaba exposto à violência das paixões e a condicionalismos visíveis ou ocultos”.

⁵¹⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 106. Com relação à liberdade e à prisão imposta ao condenado, Foucault, entende que: “privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte de sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas”.

pode o apenado, por negligência, deixar que abusos como a tortura e outras formas de violências ofendam um dos principais direitos naturais do ser humano, que é o direito a ser tratado e de existir com dignidade.⁵¹¹

Contudo, ser digno significa ser merecedor, ser respeitável, mas essa respeitabilidade e merecimento só podem ter sentido se forem ligados à natureza do ser a quem isso é atribuído.

Na sociedade de forma geral, ao agir, deve-se pautar pelas regras gerais do princípio da dignidade da pessoa humana, para, assim, agir moral ou humanitariamente, de modo a não ofender a natureza do próprio ser humano.⁵¹²

Essa liberdade interior de poder reconhecer, segundo sua própria razão, qual é a decisão correta e a possibilidade de decidir de acordo com seu próprio julgamento, somente estão presentes – pelo menos em tal amplitude – no homem.

Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem a sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito da liberdade de que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana. A liberdade de decisão (autodeterminação) faz parte do núcleo essencial do ser humano.

⁵¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 31. Neste sentido Comparato afirma: “A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados diante da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos: e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, aos massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”.

⁵¹² FLEINER, Thomas. Op. cit., p. 12. Este mesmo pensamento pode ser observado em Fleiner, quando ele afirma que, “Diferentemente de todos os outros seres vivos, o homem determina, pelo menos em parte, a causa de suas próprias ações. (...) Ele pode fixar prioridades e agir em conformidade com certas concepções valorativas. Suas concepções valorativas e suas prioridades são definidas, por um lado, por suas necessidades e, por outro, por suas reflexões racionais. Em virtude de sua razão, o homem é capaz de determinar os valores com base nos quais ele quer orientar a sua ação, estabelecendo o que é bom ou mau para si próprio. Ele pode também decidir sobre seus planos futuros. E somente tem ele a faculdade de, entre as diversas possibilidades de ação e de decisão, escolher aquela que lhe pareça ser a mais razoável, interessante, arriscada ou a mais fácil. (...)”.

Entretanto, tudo que impregnou o ser humano, isto é, seu meio, sua família, sua história, sua cultura e seu idioma, bem como sua identidade e suas raízes, faz parte de sua dignidade. Pois, quem priva o ser humano do quadro de referência que determina seu julgamento e sua ação ataca sua dignidade, como se o obrigasse diretamente a agir de um modo que ele jamais adotaria livremente. Quem não reconhece a identidade histórica, linguística e cultural do homem violenta as raízes de sua existência, que fazem parte de sua dignidade interior.

A crise de aplicação dos direitos humanos, formalmente reconhecidos em quase todas as Constituições do mundo, está baseada nesse pressuposto de negação da dignidade, pois um ser sem significado não merece respeito, no máximo, indiferença, pois ele é banal, e banalizante é a violência exercida sobre ele.

Não é difícil identificar situações nas quais o princípio da dignidade da pessoa humana esteja sendo violado, e ninguém em sã consciência poderá afirmar que, ao manter um ser humano privado de sua liberdade, sem o devido respeito aos seus direitos fundamentais, estará sendo observado este princípio constitucional.

Também se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana somente poderá efetivamente ser consagrada, se, juntamente com a liberdade, for respeitado, também, o direito visando a um objetivo bem mais elevado. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva.

Em via geral, espera-se uma modificação no sistema punitivo estatal, com o passar dos tempos e com a evolução do pensamento humano no decorrer dos séculos, objetivando torná-lo mais eficaz, porém, menos danoso ao corpo e à mente dos condenados.

Contudo, entende Nunes⁵¹³ que é preciso um conjunto essencial de direitos como condição mínima necessária para assegurar uma vida baseada na liberdade e na dignidade humana, pois a dignidade, concepção elaborada no decorrer da história, chega ao início do século XXI, como dito, com valor proeminente, construído pela razão jurídica.⁵¹⁴

Assim sendo, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser visto como obrigatório, universal e absoluto. A dignidade da pessoa humana, como direito, deve ser viabilizada por todos os meios possíveis, para que se torne realidade, tanto do ponto de vista jurídico, quanto do social, sendo necessário, para realizar tal tarefa, buscar-se a conscientização da população de que isto não depende tão somente do Estado, depende também do cidadão; pois, sem o cidadão, não se pode falar em dignidade para todos.

O cidadão é o destinatário e o transmissor da dignidade da pessoa humana no dia a dia. Desse modo, conforme visto, aquele que foi condenado, enquanto cidadão, deve ser tratado com honradez, maneira que deve ser também seu tratamento para com os demais.⁵¹⁵

No aludido sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano e ao poder incumbido de proteger tais direitos, a obrigação de respeitar a dignidade do cidadão. Por certo, corre-se o risco, se não houver esse respeito, de este, com o subterfúgio de proteger os direitos humanos, tornar-se opressivo, ou mesmo arbitrário.

Para que se evite arbítrio estatal se faz indispensável, então, a limitação dos poderes das autoridades que se encarregam da proteção da dignidade humana, o que prevê um Estado de Direito e a independência do Poder Judiciário. Destarte, também o Estado, que deve garantir o respeito às ações correlativas, é obrigado a abster-se de ofender esses direitos, além de ter, ainda, a obrigação positiva da manutenção da ordem. Vê-se, então, a necessidade de o Poder Público conduzir ao indivíduo o que já é dele, ou seja, o respeito à dignidade do ser humano.

⁵¹³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Op. cit., p. 46.

⁵¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 46. O referido autor menciona ainda que “a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”.

⁵¹⁵ PERELMAN, Chaim. Op. cit., p. 400.

A dignidade é um axioma que deve ser valorado *a priori*, pois, todo o ser humano tem direito a ser tratado pelo poder público com dignidade, pelo simples fato de existir.⁵¹⁶

Cada vez mais se reconhece a necessidade que o ser humano tem de se manter em contato permanente com os valores sociais e morais, com a finalidade de produzir um desejo de convívio social harmônico.

A fim de reforçar todas as justificativas apresentadas até o presente momento, vale lembrar que a dignidade é fundamento essencial e não pode ser separada do ser humano, sob pena de atingir-se a própria essência do indivíduo, pois é sua constituinte desde o momento da concepção, não podendo ser renunciada nem alienada.

Por fim, entende-se que um Estado dito Democrático de Direito, para ser considerado legítimo, após a promulgação dos Direitos Universais do Homem, deve resguardar os mais altos graus de humanidade, no sentido de atingirem o cidadão nacional e estrangeiro, pobre ou rico, o mesmo tratamento digno. Ou seja, deve o Estado orientar a aplicação do Direito, respeitando a liberdade, a igualdade e, principalmente, a dignidade do ser humano.

O debate acerca da questão “fundamentos”, de qualquer que seja o objeto do conhecimento, sem fazer sua devida distinção com qualquer elemento conceitual, estará, certamente, fadado à limitação da eficácia de seu próprio fim, vez que àqueles cabe inquirir, especificamente, as razões de sua existência, nas quais se justificarão a legitimidade que o objeto possui para ser considerado, ou ter sua existência respeitada ou, ainda, para garantir o espaço e os efeitos de seu “ser”, implicando, portanto, em legitimação.

O conceito, por sua vez, se traduz na mera expressão da essência desse “ser”, implicando, pois, conhecimento. Assim, por mais que se possa considerar irrelevante tal distinção, não se deve subestimar, ou mesmo negar, sua necessidade, em especial quando se trata de estabelecer a imprescindibilidade da criação ou da preservação do objeto a ser

⁵¹⁶ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 32. Sobre a questão do autoritarismo do Poder Judiciário, Foucault, afirma: “Na França, como na maior parte dos países europeus – com a notável exceção da Inglaterra – todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público, mas para o acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas”.

fundamentado; posto que estas – imprescindibilidade da criação ou da preservação do objeto a ser fundamentado – dependem da comprovação de sua legitimidade como motivo para se impor, ou para serem exigidas.

O esposto se justifica porque a mencionada exigência não trata da mera reivindicação que possa ser obtida por meio de argumentações, ou justificada por meio de valores pessoais, senão da necessidade de estabelecer verdades fundamentais para um fim específico, que justifique a utilidade concreta de sua existência, sob pena de se ter que admitir a futilidade e irrelevância do próprio objeto, o que o colocaria no campo da descartabilidade ou, pior que isso, no campo da neutralidade, onde seu uso indiscriminado ou distorcido não acarreta consequências, tal é o grau de seriedade que cerca o estabelecimento de fundamentos.

No caso específico da tortura e dos Direitos Humanos, tanto seu objeto, seu conceito e sua finalidade, quanto seus fundamentos, estão intrinsecamente ligados à sua natureza.

Daí a natural tendência em confundi-los como vertentes de um só aspecto, o que não corresponde à verdade, e finda por obstruir sua íntima compreensão, necessária à valoração dos direitos humanos quanto à sua disponibilidade, ou não, em face de outros direitos ou fatores de cunho social, político, econômico e também jurídico.⁵¹⁷

Não obstante sua relevância e a imprescindibilidade de um posicionamento verdadeiro, os fundamentos dos direitos humanos têm sido estabelecidos em meio a correntes controversas, nas quais se encontram mesclas de seu objeto, de seu conceito e de sua finalidade, o que compromete a legitimidade de sua existência, tanto quanto a de sua exigência na proporção de sua importância.

Esses fatores sugerem uma necessária distinção, ainda que breve, desses elementos, antes de se adentrar na questão dos fundamentos em si, com o fim de proporcionar a mais correta interpretação de cada fundamento

⁵¹⁷ MELGARÉ, Plínio. Op. cit. p. 13. Necessária se torna, então, sua individualização, conforme ensina Melgaré ao justificar que “para jurisdicionalmente efetivar-se a proteção dos direitos humanos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico-racional que o justifique. Sob pena de incorrer em visões e posturas metodologicamente simplificadoras ou voluntaristas, tendentes à arbitrariedade”.

existente e, assim, encontrar aquele que realmente legitima a existência dos direitos humanos na importância e grau que hoje se reconhece.

O objeto dos direitos humanos é o próprio ser humano como ser portador de necessidades básicas de sua existência, as quais demandam satisfação, respeito e proteção.

O conceito de Direitos Humanos já se encontra bem definido no tópico anterior, de modo que pode-se sintetizá-lo como aqueles direitos exigíveis para o mínimo de dignidade da vida humana, de caráter inalienável e universal.

Por sua vez, a finalidade dos Direitos Humanos, cuja descoberta decorre de seu reconhecimento, é o estabelecimento de limites, por parte do Estado e por parte do próprio ser humano, no sentido de dar à pessoa o respeito aos bens inerentes à sua condição humana, de modo a se estabelecer uma sociedade justa e pacífica, capaz de garantir a esse mesmo homem as condições necessárias para atuar no mundo construtiva e produtivamente.

No que tange aos fundamentos, observa-se que a busca de responder qual é, ou quais sejam aqueles que verdadeiramente permitem conhecer os direitos humanos como uma realidade, faz a todos ingressar no campo do estudo da origem do conhecimento, ou seja, de que maneira a humanidade pôde ou pode perceber, conhecer os direitos humanos.⁵¹⁸

A fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos é, sem dúvida alguma, a aspiração de maior tradição histórica, mas também a que levanta mais problemas teóricos de aceitação da existência e do conceito de Direito Natural.

Este modelo filosófico contou com diferentes vertentes metodológicas. Inicialmente, este modelo despontou sob os auspícios do “divino”, como bem salienta o estudo do constitucionalismo substancial e a ideia de direitos humanos na Antiguidade.

Em um recorte rumo ao racionalismo tem-se, posteriormente, a aparição do que se convencionou chamar de jusnaturalismo moderno, apregoado na Idade Moderna e ventilado nos textos positivados internacionais de Direitos Humanos.

Buscando evadir-se do campo religioso, o jusnaturalismo moderno

⁵¹⁸ MELGARÉ, Plínio. Op. cit. p. 13.

debruçou-se em apresentar uma justificação racional aos direitos humanos, surgindo aí a corrente jusracionalista, que nada mais é do que uma versão iluminista contemporânea do jurnaturalismo, na qual este é estruturalmente afetado pelo racionalismo, que deu surgimento ao poder civil, na defesa da liberação do homem racional de toda sujeição moral ou estatal possível.

A corrente jusracionalista afixa suas bases no direito natural, porém despido da ideia de sua transcendência ao ser humano, mas agora dotado de um aspecto imanente a este ser humano.

No que tange aos direitos humanos, em especial, muito embora reconheça sua inerência ao ser humano, considera sua existência como fruto exclusivo da razão humana, que os reivindica, colocando-os como racionais e universalmente válidos, de caráter inalienável, o que coopera com as ideias iluministas de limitação do poder do Estado.

Assim, os direitos humanos dotados dessa universalidade e de autonomia individual, estabelecem esses direitos acima de qualquer agente intervencionista, funcionando como elemento componente do Estado de Direito, tanto como ponto de garantia para a busca da progressividade quanto para defesa da irreversibilidade dos próprios direitos humanos.

Por seu lado, outro modelo filosófico pelo qual também se fundamenta o que sejam os direitos humanos é o chamado juspositivismo, concepção predominante a partir do século XIX.

Ao se aplicar aos direitos humanos a corrente subjetivista, ou positivista, com sua característica estritamente axionático-normativa, que limita todo o direito às normas positivadas, os coloca como fruto ou produto exclusivo de sua positivação pela vontade da sociedade que logra reconhecimento do Estado.

Essa rigidez também implica em reducionismo dos direitos humanos, pois não se pode conceber o reconhecimento destes como uma mera outorga do poder estatal, caso em que se estaria colocando em risco sua estabilidade, sua universalidade e sua inalienabilidade, tendo em vista a diversidade de regimes adotados mundialmente nos Estados e a plausibilidade de mudanças desses próprios regimes, por diversos fatores imprevisíveis.

Ademais a simples atividade legislativa – positivadora do direito – não possui o condão de constituir direitos, senão somente da efetivação da

essência de direitos já existentes no âmago do ser humano, ou postulados pela sociedade.

De acordo com Nikken,⁵¹⁹ ao prefaciá-lo seu posicionamento quanto à inerência dos direitos humanos, as escolas de direito natural colocam os direitos humanos como uma consequência normal do fato de a ordem jurídica ter sua base essencial na natureza humana, cujas bases de justiça natural devem ser estabelecidas no direito positivado, o que colocaria como fundamento dos direitos humanos a doutrina do *jusnaturalismo*, que, segundo ele, não possui a adesão universal que caracteriza os direitos humanos.

Para o citado autor, os direitos humanos devem ter sua origem – e, assim, seus fundamentos – a partir dos momentos históricos em que ocorreram suas primeiras manifestações positivadas, ainda que precariamente, o que coincide com a história constitucional do ocidente, defendendo, assim, a doutrina positivista ou subjetivista, como fundamento dos direitos humanos.

Apesar de sua posição firmada, não tem por relevante, na prática, a discussão em torno de qual seria o verdadeiro fundamento desses direitos. Neste sentido, não se pode concordar com esta visão de irrelevância, tida pelo citado autor, cujo assente se pauta em uma esfera superficial da realidade dos direitos humanos, quer seja, na prática, ou no cotidiano de sua percepção social e jurídica, o que não encontra respaldo em suas justificativas, vez que, o fato de o “reconhecimento” dos direitos humanos haver ocorrido somente em épocas históricas mais recentes não implica em que estes não houvessem “existido” na inerência do ser humano, em todas as épocas, senão que essa inerência foi sendo “reconhecida” somente na medida em que a humanidade teve seus valores sendo desenvolvidos e a essência destes sendo descoberta.

De forma que, entende-se a mencionada tese como estritamente vinculada ao positivismo puro, não aprovado como filosofia correta no decorrer da história.

Para López,⁵²⁰ a realidade da existência dos direitos humanos haverá que ser perscrutada em toda sua profundidade e abrangência, em face da

⁵¹⁹ NIKKEN, Pedro. *El Concepto de derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 156.

⁵²⁰ LÓPEZ, Mukel Berraondo. *Los Derechos Humanos en la Globalización: Mecanismos de Garantía y Protección*. San Sebastián: Ed. Alberdania, 2004, p. 159.

estrutural importância – geralmente não observada – que esses direitos possuem, ao representar fator de influência nos posicionamentos e políticas sociais, econômicas e internacionais, e, por conseguinte, em face do ideal de justiça e estabilidade socioeconômica que, em seu nome, é perseguido, movendo as lutas dos povos.

Por isso, contrariamente ao entendimento esposado por Nikken,⁵²¹ vislumbra-se, sim, grande relevância, senão dizer mesmo, imprescindibilidade de se encontrar e estabelecer quais sejam os verdadeiros fundamentos que dão legitimidade de existência aos direitos humanos no grau de sua atual importância, em especial, no presente momento histórico, no qual o já iniciado processo de globalização – fortalecido pelo neoliberalismo – é claramente reconhecido, até mesmo no meio acadêmico, como risco de relativização dos direitos humanos.

É nesse contexto que o risco de violação dos direitos humanos passa a ser uma realidade, e que já começa a acontecer, configurando-se a relativização desses direitos.

Não se olvide, no entanto, que não se trata aqui da pretensão de trazer para o campo da relativização as limitações legítimas dos direitos humanos, como os casos concretos de excepcionalidade (guerras, catástrofes, invasões, etc), caracterizadas pela emergência e pela gravidade em relação ao perigo de ameaça da independência e da segurança do Estado, as quais são justificadas na preservação de valores e instituições superiores – porque garantidores – desses próprios direitos humanos, e que somente podem ser estabelecidas por leis que “suspendam” e nunca “suprimam” esses direitos, atendendo às condições básicas da “necessidade real”, da “proporcionalidade”, da “temporalidade estabelecida”, do “respeito à essência dos direitos humanos”, e da “publicidade”.

No particular, este estudo refere-se à relativização dos direitos humanos diante de uma “realidade subjetiva de ameaça da segurança coletiva”, presente em face de um panorama agressivo representado pela existência de grupos terroristas que agem com certa intensidade em determinadas regiões do planeta, porém, não ativos universalmente a ponto de caracterizar um perigo

⁵²¹ NIKKEN, Pedro. Op. cit., p. 129.

iminente, capaz de exigir o estado de exceção que justificaria uma tendência generalizada para a relativização dos direitos da dignidade humana.

A proposta se justifica no entendimento de que será justamente a revelação do verdadeiro fundamento dos direitos humanos que dará a base legítima para estabelecer o patamar de sua verdadeira relevância e, primordialidade, em face de outros direitos e interesses, somente permitindo-se falar em possibilidades de sua relativização após esse trabalho de investigação.

Daí a importância do questionamento ora levantado, a respeito dos fundamentos dos direitos humanos, motivo pelo qual não se dá por finda essa questão, ou mesmo, como já salientado, considerá-los irrelevantes apenas porque a maior parte dos governos existentes se uniu para a proclamação e o reconhecimento de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que, por isso, a prática das relações entre os homens e os Estados esteja supostamente regulada.

Esta inconformidade e preocupação sugere a busca de verdades concretas e legítimas, remetendo este entendimento ao campo dos valores, como o “fiel da balança” entre duas correntes contrapostas. Isto porque, a noção do valor, em todos os campos, e em especial no direito, constitui elemento de ordem primordial, como ensina a filosofia do direito, aqui retratada por Nader,⁵²² para quem, o juízo de valor emitido pelo homem em relação a um objeto – somente alcançado a partir da emissão de seu juízo de realidade e a busca de sua causa – não se confunde com a simples adesão de um valor estabelecido, que somente corresponderia a um juízo de preferência, onde destaca-se que, para que alguém atribua valor a um objeto é preciso que este reúna propriedades que satisfaçam às necessidades daquele.

A par de tal entendimento, pode-se cogitar uma escolha universal de valores, comuns ao gênero humano, pelo que este possui de constante e que lhe é próprio.

Assim considerado, é inequívoco o caráter absoluto dos valores. Conforme Nader,⁵²³ foi sob esse ângulo que García Morente, ao desenvolver a

⁵²² NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 48-52.

⁵²³ *Idem, Ibidem*, pp. 48-52.

análise ontológica dos valores, afirmou que eles são absolutos. Para o filósofo espanhol, os valores seriam alheios ao tempo, ao espaço e à quantidade em estudo anterior, sob a influência de Recaséns Siches; situam-se os valores entre os objetos ideais de conotações próprias. Sob alguns estímulos, notadamente de Miguel Reale, evolui-se na concepção, reconhecendo, atualmente, plena autonomia dos valores.

Não obstante estes se apresentarem impregnados nos objetos reais, apenas se projetam em seu exaurimento. Eles não se identificam com as coisas em que se corporificam, apenas se manifestam.

Parece ser nessa diretriz axiológica que se coloca em um mesmo plano a questão da inerência dos direitos humanos ao homem e a questão de sua validade perante o universo histórico-cultural passado, presente e futuro, expondo a ética – enquanto instrumento de lealdade aos valores – como o mais apropriado, ou legítimo fundamento desses direitos humanos, sobrepujando o legalismo, por exigir um constante processo de afirmação e reafirmação.

É com esse entendimento, inclusive, que Melgaré,⁵²⁴ em referência ao entendimento de Peces-Barba quanto aos termos linguísticos usados na temática dos direitos humanos, conclui pela ética como ponto vital para a elucidação dos verdadeiros fundamentos desses direitos.

Com efeito, buscando abranger a totalidade da compreensão que envolve os direitos humanos, a expressão direitos fundamentais seria adequada, haja vista abranger tanto a dimensão e os pressupostos éticos quanto os ingredientes jurídicos.

Assim, ao mesmo tempo em que traduzem o valor ético comprometido com a dignidade humana, destacam-se juridicamente os direitos humanos, inserindo-os na normatividade do sistema jurídico. De tais definições, recorta-se que os direitos humanos ultrapassam o sentido estrito de uma ordem jurídica escrita.

Com efeito, os direitos humanos acham-se em uma dimensão superior, transpositivista. E essa transpositividade, disponibiliza e concentra uma validade universal e objetiva, possuidora de tal força e abrangência que é

⁵²⁴ MELGARÉ, Plínio. Op. cit., p. 48.

mobilizada, desde os tempos modernos, em todas as praças, sob qualquer circunstância.

De fato, reconhece-se que os direitos humanos assumem uma posição de princípios ético-normativos. Portanto, transcendem ao normativismo dogmático, alicerçando e instituindo materialmente a juricidade.

E, nessa constatação, pode-se concordar com Neves⁵²⁵ quando este afirma que, uma vez reconhecidos, os direitos humanos passaram a integrar a intencionalidade e o sentido da condição humana.

Neste cenário, os direitos humanos fazem parte, definitivamente, do patrimônio ético da humanidade, de sorte que, é exatamente por esse peso axiológico inalienável, que a ética impõe o fator que legitima a existência dos mesmos, como conquista e garantia do verdadeiro sentido de humanidade, e cuja ameaça de violação ou de relativização traz a ideia de retrocesso e perda desse sentido de humanidade, que confere segurança e motivação existencial ao ser humano, de sorte que, como afirma Neves,⁵²⁶ citando Fecher, “o homem não pode mais preterir-lo sem destruir a si mesmo”.

Assim, o valor que, mediante a ética, fundamenta a existência dos direitos humanos, é a “dignidade humana” – que é apenas uma parte dos direitos naturais, e que constituiu a busca, consciente ou inconsciente, da humanidade ao longo da história, até sua efetivação positivada – a qual se distingue por ser um valor indeclinável e incontestável, sem que se negue aquele chamado sentido de humanidade, essencial para que o homem dê uso idôneo à sua capacidade única de construir uma sociedade benéfica e produtiva.

Desta feita, concorda-se com a ideia de que a própria universalidade dos direitos humanos se assenta sobre a afirmação da dignidade da pessoa humana (e demais valores decorrentes), devendo ser vista como um fim e não como um mero aspecto instrumental, tendo sua estrutura, pois, no valor ético do ser humano.

⁵²⁵ NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

⁵²⁶ *Idem, Ibidem*, p. 211.

5.3 Dimensões dos direitos humanos

Os direitos humanos passaram a ser inseridos na ordem jurídica e política de cada país, manifestando-se em gerações⁵²⁷ ou dimensões,⁵²⁸ que se traduzem em um processo cumulativo e quantitativo que coincide com a sequência histórica de sua institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Inicialmente, na primeira fase do constitucionalismo moderno ocidental, têm lugar os direitos humanos de primeira dimensão. São os direitos de liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos que têm por titular o indivíduo, e, por isso, são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentando uma subjetividade que é o seu traço mais característico.⁵²⁹

Os direitos humanos reconhecidos por esse modelo de Estado, vieram revestidos de alto teor individualista e da desconfiança dos governantes, haja vista que a liberdade individual prevalece como valor supremo. Nesse contexto,

“Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789, são direitos humanos de primeira dimensão que, segundo Lafer, baseiam-se numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos

⁵²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 518. Essa expressão sofre muitas críticas na doutrina. Paulo Bonavides, por exemplo, entende que a referência a “gerações” induz à ideia de sucessão cronológica e à caducidade das gerações antecedentes, razão pela qual sugere como termo mais adequado “dimensões” que dá ideia de integração. Tese com a qual se corrobora no presente trabalho.

⁵²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 53. Este autor prefere o termo “dimensões” ao termo “gerações” dos direitos fundamentais, ambos tão utilizados na doutrina nacional e estrangeira. Esclarece que não se pode olvidar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

⁵²⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 126. Nesse passo, é a orientação de Lafer: “Com efeito, num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político”.

como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro; e (III) quanto ao titular do direito, que é o homem na sua individualidade”.⁵³⁰

Sarlet destaca que os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos de cunho ‘negativo’, dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.⁵³¹

Essa afirmação se fundamenta na concepção do Estado Mínimo. Para Carl Schmitt, os mais importantes direitos humanos reconhecidos nas declarações do século XVIII são: liberdade, propriedade privada, segurança, direito de resistência e liberdade de consciência e de religião.⁵³²

Tais direitos – na visão de Gregório Peces-Barba Martinez – não são somente elaboração racional, mas, sim, consequência de uma realidade, de uma situação fática.⁵³³

Todavia, na medida em que o Estado Liberal de Direito evolui para o Estado Social de Direito, os direitos humanos deixam de ser meros limites negativos ao exercício do poder público, para definir um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.⁵³⁴

Em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades

⁵³⁰ LAFER, Celso. Op. cit., p. 126.

⁵³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 54.

⁵³² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 165.

⁵³³ MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 93.

⁵³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54. Abordando os liames entre Estado de Direito e Estado Social, Carlos Ary Sundfeld indaga que: “O liberalismo, gerador do Estado de Direito, tinha seu modelo econômico calcado no absenteísmo estatal: era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, da paz, da segurança. Em suma, queria-se um *Estado mínimo*, com reduzidas funções, sem interferência na vida econômica. (...) Será possível, porém, que o Estado amplie suas funções, passando a interferir intensamente na vida econômica, inclusive para nivelar as desigualdades sociais, sem deixar de ser Estado de Direito? A questão foi posta neste século quando a crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir – forçado, diga-se, pelas exigências da própria sociedade – um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários)”.

industrializadas da Europa Ocidental, constituída, sobretudo, por trabalhadores expulsos do campo ou atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros, e da constatação de que os mecanismos do Estado Liberal já não eram suficientes diante de um capitalismo desumano e escravizador, começaram a florescer, a partir de meados do século XIX, diversas doutrinas de cunho social defendendo a intervenção estatal como forma de reparar as alterações sociais ocorridas.

A liberdade cede espaço à igualdade. Fez-se necessária uma “reconfiguração paradigmática”, ou seja, uma reordenação do direito, a fim de se propiciarem respostas às novas demandas que surgem do próprio contexto social, parafraseando o jurista Daury César Fabriz.⁵³⁵

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento e a realização de justiça social. Equivale a dizer, é a extinção das injustiças na divisão do produto econômico.

O Estado Social, por sua vez, não se contrapõe aos direitos conquistados no âmbito do paradigma liberal, mas, tão-somente busca a realização daqueles valores, em um momento posterior, com base em um novo ideário.⁵³⁶

Nesse contexto, os direitos civis e políticos de primeira dimensão foram adquirindo uma conotação econômica e social, sendo acrescidos dos direitos humanos de segunda dimensão, assim denominados porque pressupõem um alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do poder público para reparar as condições miseráveis de sobrevivência da população.

O indivíduo adquire o direito de exigir certas prestações positivas do Estado, tais como: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao

⁵³⁵ FABRIZ, Daury Cezar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 259.

⁵³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 259.

seguro-desemprego e outros mais.⁵³⁷

Lafer⁵³⁸ esclarece que tais direitos surgem das reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como bens que os homens, por meio de um processo coletivo, vão acumulando no tempo.

Em que pese entendimento doutrinário diverso⁵³⁹ no que concerne à titularidade dos direitos sociais e econômicos, segue-se o pensamento de Celso Lafer, para quem os direitos humanos de segunda geração têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira dimensão, o homem na sua individualidade.⁵⁴⁰

A partir daí, na sociedade de massa que a democracia se tornou, os indivíduos e os grupos não tardaram em multiplicar suas reivindicações em relação ao Estado. O direito se pluralizou em direitos. Assim, nasceu a ideia do “Estado-Providência”, segundo a terminologia utilizada por Simone Goyard-Fabre.⁵⁴¹

A citada autora acrescenta que a proliferação dos direitos, numa democracia que se tornou “providencial”, foi vertiginosa, o que coloca em risco a própria subsistência da democracia. Isso porque, a inflação quantitativa dos

⁵³⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 518. Consoante leciona Bonavides: “São os direitos sociais, culturais, econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Discorrendo sobre as revoluções ocorridas nos séculos XVIII e XIX, que culminaram na passagem do Estado Liberal ao Estado Social, Paulo Bonavides nos ensina que cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal, a seguir, o Estado socialista, depois o Estado Social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem intencionado de suas declarações de direitos, e, por último, o Estado Social dos direitos fundamentais, este sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos.

⁵³⁸ LAFER, Celso. Op. cit., p. 127.

⁵³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 53. Com entendimento diverso, Fabio Konder Comparato assinala que o titular desses direitos não é o ser humano abstrato, mas o conjunto dos grupos sociais oprimidos pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. De fato, não se pode dizer que tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – são inerentes à própria natureza humana, mas sim produto da necessidade humana, da contextualização social.

⁵⁴⁰ LAFER, Celso. Op. cit., p. 127.

⁵⁴¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 289.

direitos provoca sua desvalorização qualitativa de modo tal que, numa democracia “providencial”, se tudo é direito, mais nada é direito.

O Estado-Providência se transforma numa sociedade que provê seguridade e é regida pelo “direito da necessidade”.⁵⁴² E quando o Estado é elevado à condição de “segurador universal”, a conta é de toda a sociedade. Embora caiba ao Estado-Providência responder à maioria das reivindicações individuais e coletivas, sendo, inclusive, este o papel legitimador de sua própria instituição e manutenção, a atuação estatal positiva deverá estar adstrita à realização, dentro de uma esfera de razoabilidade, da vontade geral da sociedade que ele conforma, que não se confunde com a vontade de todos, correspondente à somatória dos interesses individuais de cada membro da coletividade, sob pena de falência da própria capacidade estatal de promoção do bem comum.

No campo do Direito Positivo, surge o que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social, inspirado na tese de que os direitos humanos devem cumprir sua função social.

Os primeiros documentos com caráter social foram as Constituições francesa de 1848, mexicana de 1917, alemã de 1919 e a russa de 1918.⁵⁴³ No final do século XX, o aumento das reivindicações pela sociedade, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra, passaram a refletir profundamente na esfera dos direitos humanos.

O fato mencionado contribuiu para o reconhecimento daqueles direitos humanos denominados de terceira dimensão, correspondentes aos direitos concernentes a toda humanidade, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. São os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade, em que a universalidade é característica marcante. São os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

⁵⁴² GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., 289-290.

⁵⁴³ WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

Muitos autores indicam que esses direitos da segunda fase, devem se igualar aos da primeira, isso em prol da valorização dos direitos sociais, porque, muitas vezes, o lado social deve ser igualado ao lado civil e político do direito.⁵⁴⁴

Surgindo os direitos da segunda fase/dimensão, passa a solidariedade a ser levada em consideração pelos Estados membros da comunidade internacional. No entanto, nem sempre esses direitos são igualados aos da primeira fase.

Nesse sentido, as instituições internacionais que atualizam o texto declarativo de 1948 – como, por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), a Corte Europeia dos Direitos do Homem, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Mundial da Saúde (OMS) –, irão impor uma legislação supranacional em terrenos tão delicados como a bioética, a eutanásia, a inseminação artificial, entre outros temas.⁵⁴⁵

Segundo Luño,⁵⁴⁶ os direitos de terceira dimensão podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em decorrência do uso de novas tecnologias.

A transformação das relações sociais advindas do fenômeno da massificação acarretou, ainda, o advento de conflitos de natureza difusa, envolvendo um número indeterminado de pessoas. Daí o surgimento dos direitos meta individuais.

Lafer⁵⁴⁷ traz que, o cerne da distinção desses direitos de terceira dimensão, conforme assinalado por Ingo Wolfgang Sarlet, reside basicamente na sua titularidade coletiva, isto é, nos grupos humanos como a família, o povo, a nação, as coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.

Como último estágio da evolução dos direitos humanos em suas diversas dimensões, surge um novo modelo estatal voltado a assegurar a participação da sociedade na formação da vontade política, até mesmo como

⁵⁴⁴ TRINDADE, José Damião de Lima. Op. cit., p. 213.

⁵⁴⁵ GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 291.

⁵⁴⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Op. cit., p. 476.

⁵⁴⁷ LAFER, Celso. Op. cit., p. 131.

forma legitimadora e mantenedora da função precípua do Estado.

Nesse cenário, surgem os chamados direitos humanos de quarta dimensão, que, conforme leciona Paulo Bonavides, são os decorrentes da “globalização política”: direito à democracia, direito à informação entre outros.⁵⁴⁸

Não basta, portanto, que o Estado de Direito seja um Estado Constitucional, sendo necessário que ele seja, também, um Estado Democrático.⁵⁴⁹

Adequada, nesse contexto, é a lição de Carlos Ary Sundfeld, segundo o qual um Estado Democrático de Direito é aquele onde o povo, sendo o destinatário do poder político, participa, de modo regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder.

O mero Estado de Direito, decerto, controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício.⁵⁵⁰

Como citado acima autores diversos tentam ressaltar a importância dos direitos da segunda fase, ao menos tentando igualá-los aos direitos da primeira. A descontrolada prática dos “naturais” direitos, possibilita a deterioração da comunidade, mediante a intensificação do capitalismo industrial, dando motivo a nova ordem de necessidades – direitos sociais – configurando-se a segunda fase de direitos.

Com a desenfreada aplicação do liberalismo garantido por seu instrumento, cria-se espaço para a mudança da sociedade, segundo princípios capitalistas, o que fez da mão de obra, simples mercadoria disposta à sustentação da sobrevivência.

Nesta fase dos Direitos Humanos, as prerrogativas sociais vieram dos resultados dos embates de movimentos sociais que focaram a materialização das condições mínimas de dignidade, considerando um ambiente histórico

⁵⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 518.

⁵⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., pp. 91-92. Conforme se infere das lições de J. J. Gomes Canotilho, o Estado constitucional moderno deve ter um lastro democrático para conferir-lhe legitimidade: “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. (...) Ele tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”.

⁵⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 49.

estabelecido “a partir das reivindicações contra violações por Estados, instituições políticas, agentes econômicos e agentes sociais”.⁵⁵¹

Esta geração tem raízes nos séculos XIX e XX, quando acontece o conflito entre capital e o trabalho, devido ao incremento das revoluções industriais, dando pretexto a toda a problemática apontada pela Questão Social⁵⁵² apontada por Leão XIII na encíclica papal *Rerum Novarum*, onde se postula “que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre”.⁵⁵³

Neste documento, inaugurando a chamada Doutrina Social da Igreja,⁵⁵⁴ existe o reconhecimento das amarguras vividas pelos trabalhadores pobres devido ao poderio industrial, diferentemente de outras encíclicas que abordavam assuntos vinculados estritamente ao credo religioso.

Neste ponto, o entendimento é no sentido de que deve-se abordar a importância dos direitos sociais como uma geração/dimensão/fase dos Direitos Humanos que deve ser igualada em sua importância com os direitos da primeira fase.

5.4 A importância dos direitos sociais

Os direitos sociais representam uma dimensão dos direitos humanos fundamentais, relacionados com a igualdade material, em decorrência da notória desigualdade entre as pessoas.⁵⁵⁵

⁵⁵¹ ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos. In: HELLER, Agnes *et al.* *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 116.

⁵⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 42. Informa com propriedade Manoel Gonçalves Ferreira Filho que tal “expressão é hoje menos usada, porque os cientistas sociais marxizados preferem discorrer sobre a ‘luta de classes’ em vez de usar a terminologia ‘burguesa’ questão social”. Esta, na verdade, envolvia agudamente a luta de classes, como Marx bem o registrou. Entretanto, esta luta era apenas um dos seus aspectos.

⁵⁵³ SANCTIS, Frei Antonio de. *Encíclicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à octogésima adveniens*. São Paulo: Ltr, 1991, p. 34.

⁵⁵⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 31.

⁵⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 339. Enquanto dimensão dos direitos humanos, são construídos históricos que, segundo Comparato, surgiram: “como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna que supõe a constante e programada interferência do Poder Público na esfera privada, para a progressiva eliminação das classes sociais”.

Tais direitos obedecem ao princípio da solidariedade, que implica obediência à justiça distributiva, mediante a repartição das vantagens ou encargos sociais.

O reconhecimento e a conquista dos direitos sociais não foi fácil, tendo as reivindicações sociais que superar as barreiras impostas pelo capitalismo e pelo liberalismo econômico.

Os direitos sociais trazem os ideais de igualdade e compreendem a realização do direito ao trabalho, suas proteções e garantias; o acesso a serviços públicos de educação, saúde, moradia e lazer. Representam, portanto, um leque bastante amplo de direitos.⁵⁵⁶

Os direitos sociais ora reclamam pela intervenção estatal, por meio de medidas legislativas e executivas, aqui chamadas de políticas públicas, ora reclamam pela postura de abstenção estatal, permitindo e respeitando direitos de liberdades.

Diante dessa diversidade de direitos compreendidos pela designação de sociais, qualquer tentativa reducionista de conceituá-los exclusivamente como aqueles que correspondem a uma prestação de serviços públicos, se mostra insuficiente.

Por isso, Nunes Junior⁵⁵⁷ conceitua os direitos sociais como o subsistema que, considerando a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, seja por meio de direitos prestacionais, seja pela normatização e regulação das relações econômicas, ou seja, ainda, pela criação de instrumentos assecuratórios, objetiva atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

⁵⁵⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 63. Sobre este assunto, observa Nunes Júnior: “É visível certa assincronia entre os direitos citados. O direito à saúde e o direito à educação, de fato, exigem do Estado uma atividade prestacional, que deve ser materializada em serviços públicos. Já quando fala-se em pisos salariais ou limitação da jornada de trabalho, cogita-se do Estado em uma atividade normativa ou reguladora, é dizer, de intervenção no domínio de relações privadas, normatizando e regulando tais relações. Diferente ainda quando se pensa no direito de greve ou associação sindical. Neles não se exige do Estado qualquer prestação, tampouco se reclama de uma intervenção normativa reguladora, mas, em harmonia com os chamados direitos fundamentais de primeira geração, o que se espera é uma abstenção. Cria-se uma esfera de liberdade, para cuja ocorrência se reivindica o afastamento do Estado”.

⁵⁵⁷ *Idem, Ibidem*, p.70.

Adotando conceituação reducionista, José Afonso da Silva⁵⁵⁸ os concebe sob o enfoque de direitos prestacionais, relacionando-o com a igualdade. Segundo este autor, direitos sociais podem ser compreendidos como:

“Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.⁵⁵⁹

São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

Os direitos sociais devem ser concebidos, portanto, como uma dimensão dos direitos humanos, dada a sua indivisibilidade, e representam uma grande conquista em favor da igualdade material. Da real desigualdade entre as pessoas, passa-se a exigir a adoção de medidas concretas para melhorar tal situação.

Esses direitos dependem da adoção de políticas públicas de implementação por parte do Estado (e também da sociedade). Em outros termos, são condicionados às prestações positivas por parte do Estado, que passa a ter o dever de proporcionar a concretização destes direitos.

O Estado deixa de ter uma atuação tipicamente negativa, de abstinência ou omissão, adotando comportamento ativo. E esta postura é uma das características requeridas pelo estado social.

Políticas Públicas são programas ou ações governamentais, que consistem num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cuja finalidade é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo no sentido de realizar algum objetivo ou ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 183.

⁵⁵⁹ *Idem, Ibidem.*

⁵⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In. *Políticas Públicas, Reflexões Sobre o Conceito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

A política pública não é um ato isolado, mas, sim, uma atividade que compreende uma série de atos, voltados a um determinado fim. Portanto, tais políticas tendem a providenciar a realização de direitos, em especial, dos direitos sociais. Assim, a eficácia das políticas públicas consistentes depende, diretamente, do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos.⁵⁶¹

E as políticas públicas precisam voltar-se, cada vez mais, ao efetivo cumprimento dos direitos sociais, realizando-os. Os direitos sociais estão previstos, tanto nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, quanto nas ordens jurídicas locais democráticas, como o Brasil.

Por sua vez, o alcance dos direitos sociais é o mesmo dos fundamentais. Assim, toda e qualquer pessoa é detentora dos direitos sociais, porque se tratam de direitos universais. Positivados na Constituição Federal, seu alcance refere-se aos destinatários deste diploma legal. No caso brasileiro, a proteção constitucional deve ser interpretada no sentido de que a Constituição só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, motivo pelo qual são destinatários aqueles que se encontrem neste espaço físico, sejam eles brasileiros, estrangeiros residentes no país, ou não.⁵⁶²

Em relação à natureza jurídica, sustentou-se que os direitos sociais não seriam efetivamente direitos, mas, simples metas a serem perseguidas. Esta é a interpretação liberalista tradicional que, diante da possibilidade de serem relegados a um segundo plano pelos governos, atribuiu-lhes o caráter de objetivos a serem alcançados quando factível.

Em relação aos direitos sociais, como a sua implementação dependeria da boa vontade dos Estados, baseadas em preceitos não vinculantes, não poderiam ser considerados propriamente como direitos.

Todavia, esta postura encontra-se ultrapassada, pois, “os direitos

⁵⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p. 14.

⁵⁶² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 192. “(...) quando a Constituição, como as anteriores, assegura tais direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, indica, concomitantemente, sua posição em relação aos sujeitos (subjetivação) a que os garante. Só eles, portanto, gozam do direito subjetivo (poder ou permissão de exigibilidade) relativamente aos enunciados constitucionais dos direitos e garantias individuais”. Todavia, o autor admite direitos sociais aos estrangeiros residentes: “cabem-lhe os direitos sociais, especialmente os trabalhistas”.

sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais”,⁵⁶³ sendo certo que a obrigação de implementar esses direitos deve ser compreendida diante da indivisibilidade dos direitos humanos.

Os direitos sociais são, portanto, fundamentais e não podem receber tratamento que os considere como menos importantes, ou como mera expectativa de direito para se, e quando, a vontade política os contemplar.

No âmbito do sistema global, o principal instrumento a tutelar os direitos sociais é o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) em 16 de dezembro de 1966. Por ser pacto, seus preceitos são dotados de força jurídica vinculante e impõem obrigações aos Estados, sujeitando-os à responsabilização internacional em caso de descumprimento.

Dispõe o artigo 2º do Pacto, que cada Estado parte compromete-se a adotar medidas, por esforço próprio ou pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluídas as medidas legislativas.

Os Estados passam a ter o dever de promover e realizar os direitos previstos pelo Pacto. Desta maneira, em contrariedade aos direitos civis e políticos, o Estado passa a ser o principal responsável para a concretização dos direitos sociais.

Em outros termos, o Estado “muda de pólo”, de agente, que até então devia abster-se para respeitar o exercício das liberdades, passa a ser o “executor” dos direitos sociais, sendo violação verificada na omissão ou abstinência estatal, isto é, quando não forem adotadas medidas para promovê-los.

Nos termos do Pacto, os direitos sociais são programáticos, porque os direitos nele declarados têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental.⁵⁶⁴

Diante dessa característica, não se atribuiu aos direitos previstos no

⁵⁶³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 172.

⁵⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 338.

Pacto a auto-aplicabilidade, a qual havia sido conferida aos direitos civis e políticos, entendendo-se que a realização progressiva está, de certa maneira, vinculada à existência de recursos financeiros disponíveis e de prioridade política.

Todavia, tal interpretação não confere ao Estado o direito de não promovê-los. Ao contrário, o Estado tem o dever de implementá-los progressivamente, até o máximo de seus recursos disponíveis, ou, ao menos de assegurar o núcleo essencial mínimo relativamente a cada direito enunciado no Pacto, conforme tem enfatizado o Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Essa progressividade dos direitos sociais reclama a adoção de políticas públicas a serem desenvolvidas em um determinado espaço de tempo.

Está superado o entendimento de que a concretização desses direitos pode ficar aguardando, indefinidamente, a atuação política. A interpretação dos preceitos constantes do Pacto não pode esvaziá-lo de conteúdo e retirar as obrigações assumidas pelo Estado.

Dessa maneira, não se pode desconsiderar o fato de que os Estados possuem o dever de buscar e de implementar os direitos sociais, cumprindo com suas responsabilidades de estado social.

Da implementação progressiva, resulta a proibição ao retrocesso. Esta proibição compele o Estado a não retroceder na concretização dos direitos sociais. Tal ocorre porque, ao se instituir um direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não poderá mais ser suprimido.⁵⁶⁵

Esta realização dos direitos sociais está relacionada e depende da existência de recursos financeiros e disponibilidade, pois o Estado ao promovê-los terá de arcar com os seus custos.

Isso não representa novidade, pois o Estado Social tem mais despesas que o Estado Liberal. Não obstante, é um erro acreditar que só os direitos sociais custam, porque somente esta categoria exigiria prestações positivas por

⁵⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.158.

parte do Estado.⁵⁶⁶ Tanto é assim que, em relação aos direitos de liberdade, não se exige do Estado apenas o “abster-se”, mas, medidas que garantam tais liberdades.

Complementa F. Galdino que, “em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que os permita”,⁵⁶⁷ concluindo, ao final, que “direitos não nascem em árvores”.

Assim, todos os direitos possuem um custo, sendo restrita e míope a visão de que só os direitos sociais custam. Apesar dos custos, o estado social, ou do bem-estar social, tem deveres com seus cidadãos motivo pelo qual não pode escusar-se de dar cabal cumprimento aos direitos sociais. A opção política deve priorizá-los e o orçamento deverá contemplá-los.

Este Pacto foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto 592, de 6 de dezembro de 1992, já sob a vigência da Constituição Federal.

Portanto, o Brasil tem deveres na esfera internacional relativos à proteção dos direitos sociais, embora o mecanismo de proteção limite-se ao sistema de relatórios encaminhados ao Comitê do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), Comitê este não criado pelo Pacto.

Somente em 10 de dezembro de 2008, foi adotado o Protocolo Facultativo deste instrumento, que ampliou o monitoramento internacional, mediante a introdução da sistemática das petições individuais, das medidas de urgência – *interim measures* –, das comunicações interestatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos sociais por um Estado-parte. Portanto, só recentemente se fortaleceu tal sistema de monitoramento.

No âmbito do sistema interamericano, o Pacto de San José da Costa

⁵⁶⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos Custos dos Direitos*: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 219. Muito ao contrário, como ressalta Galdino todos os direitos impõem pelo menos alguns custos, sendo em alguma medida positivos, pois: “seja porque há a necessidade de criação e manutenção de uma estrutura pública para sua tutela – no mínimo o poder judiciário; seja mesmo em razão da existência de outras esferas públicas diversas do poder judiciário sem as quais os direitos, mesmo os individuais ou negativos, não são respeitados”.

⁵⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 15.

Rica não traz a previsão analítica dos direitos sociais.

O artigo 26 estabelece que os Estados comprometem-se a adotar as providências, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O Brasil também é signatário desta Convenção. Complementando o sistema interamericano, o Protocolo de San Salvador estabeleceu um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura.

Tal instrumento também contemplou a obrigatoriedade de investimento do máximo dos recursos disponíveis para a concretização dos direitos nele previstos e instituiu o direito de petição em instâncias internacionais para a defesa dos direitos sindicais e de educação.

É oportuno ressaltar que os sistemas de proteção dos direitos humanos são complementares e não excludentes.⁵⁶⁸ Esta posição precisa ser alterada, mediante o reconhecimento de que as violações aos direitos sociais (econômicos e culturais) são extremamente sérias, porque implicam também em violação de outros direitos.

Nesse sentido, destaca-se que os direitos sociais trazem uma visão social do bem estar individual,⁵⁶⁹ uma vez que são necessárias condições sociais mínimas para assegurar os direitos, sendo certo que as liberdades não têm campo para seu desenvolvimento sem os benefícios propiciados pelos direitos sociais, que buscam uma maior igualdade real entre as pessoas.⁵⁷⁰

Os direitos sociais deverão ser implementados com prioridade política,

⁵⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 175. Verifica-se que apesar da concepção contemporânea de direitos humanos, “as violações de direitos civis e políticos continuam a ser consideradas mais sérias e mais patentemente intoleráveis que a maciça e direta negação de direitos econômicos, sociais e culturais”.

⁵⁶⁹ *Idem, Ibidem*, p. 173.

⁵⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 474. Oportuna, aqui, a lição de Bonavides: “Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma nova dimensão e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que a igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática”.

sendo um dos instrumentos colocados à disposição do Estado para combater a pobreza e construir, desta maneira, uma sociedade mais justa.

5.5 Sistema Penal, Sistema Carcerário Brasileiro, o Sistema Carcerário Português e os direitos humanos e fundamentais

5.5.1 Sistema Carcerário Brasileiro na atualidade

As 1116 prisões do Brasil formam uma nação à parte. Um país com economia própria, movida à extorsão, suborno e comércio ilegal. Um lugar cheio de leis não escritas, impostas pelo crime organizado.⁵⁷¹

O sistema penitenciário brasileiro virou um caos. Em 2002, havia 240 mil presos para 182 mil vagas, ou seja, 58 mil presos a mais do que o sistema carcerário comporta. Em 2009, esse déficit já estava em 437 mil presos para 262 mil vagas. Tanto que, hoje, 13% dos detentos que já foram julgados estão cumprindo pena em delegacias.⁵⁷²

Conforme Carvalho Filho,⁵⁷³ em 18 de fevereiro de 2001, o Brasil seria surpreendido por uma super rebelião de presos, sob a regência da organização Primeiro Comando da Capital (PCC), que se notabilizara pela prática de atos de violência e fugas sensacionais: 28 mil detentos de 29 unidades prisionais do estado de São Paulo, em 19 cidades, amotinaram-se ao mesmo tempo. A Secretaria de Assuntos Penitenciários só readquiriu o controle da situação 27 horas depois e contabilizou 16 mortos.

Uma ocorrência de tal magnitude não se explica apenas pelo atrevimento do chamado crime organizado, ou pela posse de telefones celulares contrabandeados para dentro dos presídios com a conivência do sistema de segurança. Um caldo de revolta e desespero anima os movimentos da “massa” prisioneira do país.

Dias depois do levante, um parlamentar ouviria ameaças de retaliação caso o governo estadual se recusasse a negociar uma lista de reivindicações,

⁵⁷¹ VERSIGNASSI, Alexandre; SOUZA, Fátima. A cadeia como você nunca viu. *Revista Super Interessante*. Ed. mar. 2008, p. 54.

⁵⁷² *Idem*, *Ibidem*, p. 57.

⁵⁷³ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 02.

da qual apenas um item se relacionava diretamente com a organização: o cancelamento das transferências feitas para desarticular o PCC. Os outros itens da pauta diziam respeito ao tratamento que todos recebem: fim da tortura, punição de agentes penitenciários por abuso de poder e espancamentos, melhoria da assistência judiciária gratuita e fim das revistas vexatórias das visitas.⁵⁷⁴

Segundo Oliveira,⁵⁷⁵ as prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, superlotadas, esquecidas, onde o autor revela que a maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem penas em locais impróprios.

O Relatório da Caravana da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM) por diversos presídios do país, divulgado em setembro de 2000, aponta um quadro “fora da lei”, trágico e vergonhoso, que invariavelmente atinge gente pobre, jovem e semi-alfabetizada.⁵⁷⁶

No Ceará, presos se alimentavam com as mãos, e a comida, “estragada”, era distribuída em sacos plásticos – sacos plásticos que, em Pernambuco, serviam para que detentos isolados pudessem defecar. No Rio de Janeiro, em Bangu I, penitenciária de segurança máxima, verificou-se que não havia oportunidade de trabalho e de estudo porque trabalho e estudo ameaça a segurança.⁵⁷⁷

No Paraná, os deputados se defrontaram com um preso recolhido em cela de isolamento (utilizada para punição disciplinar) havia sete anos, período que passou sem ter recebido visitas nem tomado banho de sol. Há uma mistura estrategicamente inconcebível de pessoas perigosas e não-perigosas. Há tuberculosos, aidéticos e esquizofrênicos sem atendimento.⁵⁷⁸ Quem lê os

⁵⁷⁴ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Op. cit., p. 09.

⁵⁷⁵ SOUZA, Percival de. *A Prisão: história dos homens que vivem no maior presídio do mundo*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2010, p. 109.

⁵⁷⁶ CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *BANGU I - presídio de “ociosidade máxima*. [Relatório]. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/caravana13.htm>>. Acesso em 2011.

⁵⁷⁷ *Idem, Ibidem*.

⁵⁷⁸ CARVALHO FILHO. Luis Francisco. Crueldade e descontrole. In: FOLHA ONLINE. *Criminalista mostra porque as prisões brasileiras falham*. Publifolha. 27 mar. 2009. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u351830.shtml>. Acesso em 2012.

trabalhos resultantes das incursões de Percival de Souza⁵⁷⁹ (nos anos 1970) e Drauzio Varella⁵⁸⁰ (nos anos 1990), cada um a seu modo, à Casa de Detenção de São Paulo, no Carandiru, o maior presídio do país, verá que, durante décadas, milhares e milhares de homens foram remetidos para um mundo assustador, onde nada é capaz de lembrar propósitos de reabilitação.

O número de presos cresce em ritmo acelerado. O censo penitenciário de 1995 apontava a existência de 148.760 presos no Brasil: 95,4 para cada grupo de 100 mil habitantes (critério internacional para o cálculo da taxa de encarceramento nos diversos países). O censo de 1997 detectava a prisão de 170.602 homens e mulheres, com taxa de encarceramento de 108,6 e déficit de 96.010 vagas.⁵⁸¹

Em abril de 2001, já havia 223.220 presos no Brasil, o que representava 142,1 detentos para cada grupo de 100 mil habitantes. A maior concentração estava em São Paulo, com 94.737 presos e uma proporção sensivelmente mais alta: 277,7 presos para cada grupo de 100 mil habitantes.⁵⁸²

Em outubro de 2001, existia déficit de pelo menos 26 mil vagas no complexo formado pelas penitenciárias e pelas carceragens das delegacias de polícia de São Paulo. O poder público se esforça, mas lembra a fábula do homem que tenta evitar o vazamento da represa com o dedo. Como admitem as autoridades, só para dar conta do crescimento da população presa mensalmente (de 800 a 1.000 réus), seria necessário construir um novo presídio a cada trinta dias.⁵⁸³

As cifras não contabilizam os infratores menores de 18 anos que, tecnicamente, não estão presos, mas, “internados”, e não cumprem pena, recebem “medida socioeducativa”. No primeiro semestre do ano 2000, foram aplicadas mais de 99 mil medidas socioeducativas para adolescentes em São Paulo. Entre elas, contavam-se 54.871 casos de liberdade assistida, 21.729 casos de prestação de serviço à comunidade e 17.088 internações

⁵⁷⁹ SOUZA, Percival de. Op. cit., p. 108.

⁵⁸⁰ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2001, p. 76.

⁵⁸¹ CARVALHO FILHO, Luis Francisco. Op. cit.

⁵⁸² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Brasil. Disponível em: <www.mj.gov.br/snj/depen/sipen/>. Acesso em 2011.

⁵⁸³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. Brasil. [Consult. 2011]. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dca/mse1sem2000.htm>.

compulsórias.⁵⁸⁴

A imagem do país no exterior se deteriora: entidades internacionais de defesa dos direitos humanos têm, sistematicamente, condenado as terríveis condições de vida dos presídios brasileiros. O sistema é visto como um rastilho de pólvora e fator de incentivo à violência, não só pela desumanidade medieval que patrocina, mas, pela absoluta ausência de interesse político em relação ao que acontece em seu interior.

Números são aparentemente modestos se o parâmetro de comparação é o sistema prisional dos Estados Unidos da América (EUA) que, em 30 de junho do ano 2000, abrigava 1.931.859 presos.⁵⁸⁵ É o equivalente à população de Brasília ou à soma das populações inteiras de cidades prósperas do Estado de São Paulo, como Campinas, São José dos Campos e Santos. São 702 detentos para cada grupo de 100 mil habitantes – a mais alta taxa de encarceramento do planeta. Se a base de crescimento for mantida, estima-se que em 31 de dezembro de 2005 haverá mais de 2,2 milhões de presos nos Estados Unidos da América (EUA).⁵⁸⁶

Além da população encarcerada, uma quantidade constituída de homens e mulheres, num contingente de mais de 4,5 milhões, estava sob a vigilância do sistema punitivo norte-americano (ameaçados de prisão no caso de não-cumprimento das exigências impostas pela Justiça), em regime de suspensão da pena privativa de liberdade (*probation*) ou em liberdade condicional (*parole*), em dezembro de 2000. A soma de pessoas presas ou vigiadas correspondia a 3,1% da população residente adulta dos EUA (uma em cada 32 pessoas nessa faixa etária). O mais rico país do mundo não pratica em seus presídios a crueldade que, invariavelmente, se encontra nos cárceres do Terceiro Mundo, mas o gigantismo do sistema faz com que a violência sexual contra prisioneiros, por exemplo, torne-se motivo de grande preocupação.⁵⁸⁷

Ao contrário de outros países, que ainda não se voltaram para o

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

⁵⁸⁵ BECK, Allen J.; KARBERG, Jennifer C. *Prison and Jail Inmates at Midyear 2000*. Washington: Bureau of Justice Statistics Bulletin, U.S. Department of Justice, March 2001. Disponível em: <www.ojp.usdoj.gov/bjs/>. Acesso em: 2011.

⁵⁸⁶ *Idem*, *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

problema, como se a hipótese do “estupro”⁵⁸⁸ fosse inerente à perda da liberdade, há, nos EUA, uma saudável mobilização contra a violência sexual (*rape*), prática entranhada no sistema, inclusive como mecanismo de punição informal de presos. Por seu impacto psicológico devastador, a violência sexual é apontada como um dos fatores determinantes da reincidência criminal e como uma das principais causas de suicídio, que, por sua vez, é uma das principais causas de óbito entre encarcerados. Em outubro de 2001, uma organização não-governamental exclusivamente voltada para a questão (a *Stop Prison Rape*) estimava em cerca de 364 mil o número de atos de violência sexual praticados por ano nas prisões dos EUA. Atingem, sobretudo, jovens e presos não-violentos.⁵⁸⁹

Os números expõem, também, o caráter racista do sistema. Apenas cerca de 6% da população norte-americana é composta de homens negros e adultos, mas quase a metade dos presos são homens negros e adultos. A taxa de encarceramento de negros em 1994 era em média 7,66 vezes superior à taxa de encarceramento de brancos. Em Minnesota, havia 1.275 presos negros e 56 presos brancos por grupo de 100 mil habitantes dos respectivos universos populacionais. Em Nova York, 1.138 negros e 202 brancos. No Texas, 1.943 negros e 178 brancos.⁵⁹⁰

A quantidade crescente de presos ainda indica um cenário de exclusão política, sem paralelo em países democráticos. Segundo cálculo de 1998,⁵⁹¹ cerca de 3,9 milhões de pessoas adultas estariam sem direito político de votar nos EUA em virtude dos efeitos colaterais da condenação. Além dos efetivamente encarcerados, diversos Estados impedem o voto de condenados em regime de *probation* ou *parole*. Outros inviabilizam o direito de voto até de condenados que já cumpriram suas penas. O quadro atinge de forma marcante a minoria negra: cerca de 1,4 milhão de indivíduos (13% do total). Em dez Estados, a proporção era de um em cada cinco negros sem direito de voto.

⁵⁸⁸ No Brasil, a violência sexual contra homens é definida não como estupro, mas como “atentado violento ao pudor”.

⁵⁸⁹ CARVALHO FILHO, Luis Francisco. Op. cit.

⁵⁹⁰ *Idem*, *Ibidem*.

⁵⁹¹ HUMAN RIGHTS WATCH. *Losing the Vote: the Impact of Felony Disenfranchisement Laws in the United States*. [Consult. 19 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.hrw.org/reports98/vote>.

A sensação de insegurança e a queda dos índices de criminalidade têm estimulado o movimento encarcerador. Em 1980, eram 1.842.100 pessoas presas ou vigiadas (*probation* e *parole*); no final do ano 2000, eram 6.467.200.⁵⁹² O custo anual do sistema ultrapassou US\$ 40 bilhões. O número de presos é tão expressivo que interfere, decisivamente, nos cálculos das taxas de desemprego.

Medidas legislativas baseadas no princípio da “tolerância zero” (que pretende prevenir delitos mais graves com a punição de infrações mais leves), apoiadas pela maioria da população, indicam que a disposição dos governantes não é segregar apenas os autores dos crimes violentos, e, sim, abortar carreiras criminosas no nascedouro, não se importando com o custo humano, financeiro e político da medida.

Em alguns estados norte-americanos, a aplicação de leis conhecidas por *three strikes you're out* (expressão emprestada do beisebol, um dos esportes mais populares do país) pode resultar hoje na prisão perpétua, sem direito à liberdade condicional, de reincidentes em três delitos não-violentos. Nas últimas duas décadas, os EUA endureceram o regime punitivo, modificaram suas prioridades orçamentárias e ampliaram a infraestrutura carcerária, recorrendo, inclusive, à iniciativa privada para a construção e gestão de penitenciárias.

As prisões e os réus passaram a ser o núcleo de um poderoso interesse industrial, um grande negócio. Na esteira da globalização, empresas dedicadas ao cárcere movimentam milhões de dólares anualmente, prometendo aliviar as despesas estatais e resolver o problema da superlotação. Segundo Minhoto, já têm interesses econômicos espalhados por países como França, Canadá, Inglaterra, Alemanha, Austrália e Porto Rico. Para aquelas, pelo menos, o crime compensa.

De acordo com o Relatório Global 2002 do *Human Rights*,⁵⁹³ as execuções, maus tratos e tortura continuaram sendo os mais graves problemas relacionados às questões de direitos humanos no Brasil, sendo a própria força

⁵⁹² UNITED STATES. Department of Justice, Bureau of Justice. *Statistics*. [Consult. 27 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/>.

⁵⁹³ HUMAN RIGHTS. Américas. [Consult. 23 Nov. 2011]. Disponível em WWW: http://199.173.149.120/doc/?t=portuguese_americas&document_limit=20,20.

policial e os oficiais de carceragem os principais agentes perpetradores dos abusos cometidos. Outrossim, ativistas e índios envolvidos em disputa de terras foram ameaçados, agredidos e assassinados em circunstâncias que sugeriam a conivência das autoridades públicas. Das delegacias às prisões, e dos centros urbanos aos vastos territórios do interior do Brasil, os responsáveis pelos abusos gozaram de ampla impunidade. Os esforços realizados pelo governo para a resolução destes problemas não chegaram a alcançar mudanças significativas.

No dia 11 de março de 2001, policiais utilizaram balas de borracha em menores detentos, no esforço de controlar uma rebelião ocorrida na Unidade 30 da Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM), no Município de Franco da Rocha. A rebelião deixou um carcereiro morto e 33 menores feridos. Há relatos que policiais utilizaram sabão em pó e pimenta nas feridas dos menores já rendidos. Revoltados com a morte de um colega, carcereiros espancaram um padre que atuava como mediador nas negociações entre o governo e os menores rebelados.⁵⁹⁴

De acordo com os relatórios apresentados, no final de março, pelo enviado especial das Nações Unidas, Sir Nigel Rodley, a tortura no Brasil continua sendo uma prática sistemática e amplamente executada em prisões, presídios, delegacias e casas de detenção. O relatório oficial da Organização das Nações Unidas (ONU), elaborado com base em pesquisas realizadas durante anos por organizações de Direitos Humanos no Brasil e no exterior, demonstra que atos de tortura e abuso de autoridade são ampla e repetidamente praticados por agentes de carceragem e policiais durante todas as fases da detenção, incluindo as investigações policiais, encarceramento de curto e longo prazo, e em centros de detenção de menores.

Outrossim, o relatório decorrente de pesquisa realizada em cinco Estados do país, além de apontar as condições precárias de encarceramento - principalmente no que se refere a questões de saúde e superpopulação carcerária - apresenta, ainda, um anexo que descreve 348 casos de tortura em

⁵⁹⁴ BERALDO, Antonio Fernando. *Larissa, apenas estatística*. Observatório da imprensa. [Consult. Mar. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/jd210320015.htm>.

18 Estados brasileiros.⁵⁹⁵

Os atos de abuso de autoridade praticados por policiais também constituem um sério problema. Mortes que resultam do uso de força excessiva em ações policiais ou, ainda, vítimas encontradas em circunstâncias suspeitas que indicam a ocorrência de execuções arbitrárias, são comuns em diversas regiões do país. Apesar da ampla lista de abusos cometidos, apenas 5 dos 27 Estados brasileiros possuem um departamento interno de ouvidoria para receber reclamações sobre abusos cometidos por policiais e para o monitoramento das ações policiais.

Baixos salários, pouco treinamento e equipamento de trabalho precário são alguns dos elementos que contribuem para o alto índice de corrupção e violência das forças policiais. Em julho de 2001, policiais militares no Estado da Bahia organizaram uma ampla greve para protestar contra salários e condições de trabalho. O movimento gerou roubos e mortes, só terminando com a intervenção do exército.⁵⁹⁶

As prisões no Brasil, com raras e honrosas exceções, submetem os condenados a castigos muito maiores do que a pena aplicada em lei; submetem os presos provisórios, ainda não condenados, e portanto, devendo ser considerados inocentes até prova em contrário, às mesmas condições desumanas dos condenados; mantêm detidos, presos que já cumpriram sua pena.

São pouquíssimos os presos reabilitados pelas prisões, porque o ambiente violento e o uso de drogas provocam comportamentos agressivos e condutas mentirosas; a convivência entre presos primários e reincidentes e funcionários e policiais corruptos e arbitrários só piora a situação dos detentos; o afastamento de ambientes de relacionamento saudável não reeduca ninguém.

A sociedade cultiva diversas formas de violência, geradoras de mais violência: a concentração de renda, de bens, de privilégios, de poder; a

⁵⁹⁵ *Idem, Ibidem.*

⁵⁹⁶ IGLESIAS, Cláudio Luís Andrade. *Princípios que compatibilizam o sindicalismo e greve dos militares estaduais.* [Consult. 28 Nov. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/23945/public/23945-23947-1-PB.pdf>.

pobreza extrema impossibilitando as condições mínimas de vida digna; corrupção sem punição; impunidade dos que desfrutam de dinheiro e poder; desintegração e desamparo das famílias; desvalorização do trabalho; atitudes agressivas e indiferença pelo sofrimento alheio; propaganda enganosa criando ilusões e ansiedade. Em resumo, a realidade do atual sistema penitenciário brasileiro, conforme Assis,⁵⁹⁷ compreende as seguintes características:

a) **Problemas relacionados com a saúde no sistema penitenciário** – Celas superlotadas, precárias e insalubres se constituem um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio por doenças. Esses arcabouços reunidos à pessima alimentação dos internos, bem como a vida sedentária, a utilização de drogas, a ausência de higiene e toda a lugubridade do ambiente descrito, fazem com que um indivíduo que entrou na penitenciária sem qualquer tipo de doença, ao deixar o sistema carcerário leva consigo doenças crônicas ou com a sua resistência física e saúde abalada.

As doenças adquiridas no interior das prisões são diversas, sendo mais comuns as doenças das vias respiratórias (tuberculose e pneumonia). Outras como a hepatite, doenças venéreas e a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) têm altos índices de infecção. Pesquisas realizadas nas prisões revelaram que, cerca de 20% dos presos brasileiros são portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), em consequência da homossexualidade, dos estupros praticados por internos e do consumo de drogas injetáveis.⁵⁹⁸

Ademais, registram-se muitos portadores de doenças mentais, câncer, hanseníase e deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). No que tange a saúde dentária, o tratamento dentário no sistema penitenciário limita-se à remoção de dentes. O tratamento ambulatorial e médico-hospitalar dentro da maioria das prisões é inadequado. Quando da situação emergencial a remoção de um interno para o hospital da rede pública é feita mediante acompanhamento de policiais militares, o que torna processo muitas vezes moroso, pois nem sempre estão disponíveis. Quando se consegue a remoção, corre-se o risco de não haver vaga disponível no hospital devido à fragilidade

⁵⁹⁷ ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. *Revista CEJ*. Brasília, n. 39, ano XI, out./dez. 2007, p. 75.

⁵⁹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 75.

do sistema público hospitalar.

A consequência é que o apenado acaba sendo duplamente penalizado: pela pena de prisão e pelo prejuízo causado a saúde enquanto ela permanece no cárcere. Outrossim, pode-se verificar a ausência do cumprimento de artigos da Lei de Execução Penal, a exemplo do inciso VII do artigo 40, que prevê que o apenado tem direito ao tratamento de saúde, por ser uma atribuição do Estado.⁵⁹⁹

Outro ponto digno de nota disposto da Lei de Execução Penal Brasileira (LEP), no que diz respeito à saúde do preso, relaciona-se ao cumprimento da pena em regime domiciliar quando o preso é acometido de doença com o quadro considerado grave (artigo 117, inciso II). Nesse caso, acredita-se que o seu encarceramento seria desnecessário, tanto pelo descumprimento do dispositivo de lei, quanto pela perda da sua concepção retributiva, uma vez a função da pena não é a deixa-lo ir a óbito no interior do presídio.⁶⁰⁰

Assim, ao se manter encarcerado um apenado em péssimo estado de saúde faz-se com que a pena não somente perca o seu caráter de reinseri-lo a sociedade, mas também com que se descumpra um princípio geral do Direito, estabelecido no dispositivo legal artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), no qual também é aplicado subsidiariamente à esfera criminal, e, conseqüentemente, à execução penal, que em seu texto dispõe que “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁶⁰¹

b) Os Direitos Humanos em relação ao apenado e suas garantias legais quando do cumprimento da pena privativa de liberdade – As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso, estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial, existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) e a Resolução da ONU, que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Na esfera nacional, a Carta Magna brasileira reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados para

⁵⁹⁹ ASSIS, Rafael Damasceno de. Op. Cit., p. 75.

⁶⁰⁰ *Idem, Ibidem.*

⁶⁰¹ *Idem.*

proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõem sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal.

No campo legislativo, o estatuto executivo-penal brasileiro é tido como um dos mais avançados e democráticos existentes. Ele se baseia na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da humanidade, sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e contrária ao princípio da legalidade. No entanto, o que tem ocorrido, na prática, é a constante violação dos direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade.

A partir do momento em que o preso passa para a tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigo, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade. No interior das prisões diversas outras garantias são negadas ao preso, que é frequentemente vítima de torturas e agressões físicas por parte dos demais encarcerados e pelos agentes públicos que fazem parte da administração do sistema prisional.

Os abusos cometidos por agentes públicos do sistema penitenciário e por policiais militares ocorrem de forma intensa, sobretudo, quando acontecem rebeliões ou investidas de fuga, pois os amotinados passam pela “correição” (castigo) – que consiste no espancamento e humilhação – depois que são contidas. As sessões de espancamento podem extrapolar e terminar em execução, como ocorreu, por exemplo, no presídio do Carandiru, na cidade de São Paulo, em 1992, onde, em forma de uma chacina, foram mortos 111 apenados.⁶⁰² A violência utilizada para conter os motins e rebeliões carcerárias revela a ausência de qualificação dos agentes penitenciários, que cometem uma série de abusos e impõem aos presos uma espécie de “disciplina

⁶⁰² ASSIS, Rafael Damasceno de. Op. cit., p. 76

carcerária” sem previsão legal, não sendo, em geral, punidos por seus atos, permanecendo na impunidade.

Com base na mesma fonte, cresce exageradamente a prática de atos violentos sem qualquer reprimenda entre os presos. Homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são práticas comuns daqueles que já estão mais “criminalizados” no ambiente do cárcere e que, por isso, exercem domínio sobre os demais presos, submetendo-os a uma ordem do poder paralelo.⁶⁰³

Acrescente-se a esse quadro que não se separam os delinquentes reincidentes e sentenciados a penas longas, dos primários. Os detentores desse poder paralelo não são denunciados permanecendo, quase sempre, na impunidade, pois, dentro da prisão, imperam duas leis: a do mais forte e a do silêncio.

A longa espera na concessão de benefícios àqueles que já detém o direito à progressão de regime, ou à liberdade por terem cumprido o cômputo de suas penas é outra violação observada nesse cenário. Tal situação é consequência da negligência e inconveniência dos órgãos responsáveis pela execução da pena. Essa ilegalidade excessiva pode gerar, inclusive, uma punição ao Estado, por manter o indivíduo em cárcere de maneira desmedida e de forma contrária a lei.

Há, ainda, a questão dos encarcerados que cumprem inadequadamente penas nas delegacias de polícia por ausência de vagas nas unidades prisionais. Em decorrência desse fator, são banidos de vários de seus direitos, entre os quais o de trabalhar pela remissão da sua pena e para obter renda, evitando, ainda, a perda da sua aptidão para o trabalho.

Ao se procurar assegurar aos encarcerados os seus direitos prescritos em lei no período de cumprimento de sua pena privativa de liberdade, pretende-se, não tornar a prisão um espaço agradável e cômodo para o seu convívio, para não permitir que seja retirada a finalidade retributiva da pena, mas cuidar para que o Estado e a sociedade deixem de negligenciar a situação do preso e fazer das prisões um depósito de dejetos humanos, inservível para o convívio social, posto que a situação carcerária e a criminalidade, de um modo

⁶⁰³ ASSIS, Rafael Damasceno de. Op. cit., p. 76.

geral, tende apenas a se agravar em decorrência da insegurança pública.

A sociedade não deve olvidar-se de que a maior parte dos presos é oriunda do grupo dos excluídos sociais, miseráveis, que não exercem atividade laborativa, que não dominam a escrita e a leitura, que, a maior parte foi alçada à criminalidade por ausência de oportunidades relativas ao convívio social adequado. Ressaltando, ainda, que o apenado que na atualidade sofre no meio do sistema prisional, poderá, no futuro, ser um cidadão de retorno ao convívio em sociedade.⁶⁰⁴

Novamente, observa-se que, o que a intenção com o ato de efetivação e compromisso de aplicabilidade da lei na execução da pena pretende garantir, além do respeito aos direitos do apenado, é que seja acatado e executado o princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito, possuindo como objetivo precípua se adequar a função da pena privativa de liberdade, no intuito de reintegrar o recluso à sociedade, pretendendo, desse modo, alcançar a paz social, premissa maior do Direito Penal.

c) Rebelião e fuga dos presos – os fatores contrários citados anteriormente, associados à ausência de segurança nas prisões e ao ócio daquele que se encontra preso, conduz à deflagração das rebeliões e às fugas dos aprisionados, graves problemas do sistema carcerário no Brasil. As rebeliões, não obstante, se constituem em levantes organizados pelos presos com o exercício da violência, como forma de reivindicar seus direitos, atraindo a atenção das autoridades em relação à situação deplorável à qual os encarcerados são reduzidos no interior das prisões.⁶⁰⁵

As fugas podem ser associadas à ausência de segurança das unidades prisionais, associada à atuação das organizações criminosas e à corrupção levada a efeito por certos membros da polícia e de agentes da administração do sistema prisional. Conforme o último censo penitenciário, cerca de 40% dos encarcerados estão cumprindo pena nas unidades de delegacia de polícia sob a guarda de policiais civis.

Isso tem acontecido pela falta suficiente de cadeias públicas e de unidades penitenciárias no sistema carcerário brasileiro. Ademais, nos

⁶⁰⁴ ASSIS, Rafael Damasceno de. Op. cit., p. 76.

⁶⁰⁵ *Idem, Ibidem.*

presídios, não existe a possibilidade de labor ou de estudo para o preso e a quantidade excessiva de presos no interior das celas é ainda mais acentuada, chegando a ser de 5 presos para cada vaga, quando a média é de 3,3. Além da precariedade das instalações nesses estabelecimentos, elas são inseguras, e os agentes responsáveis pela sua administração não têm o conhecimento adequado para o exercício da função, e é muito comum facilitarem a fuga de detentos ou permitirem que estes sejam atraídos por membros de alguma organização criminosa.⁶⁰⁶

Destaca-se que a Lei nº 11.464/2007, Lei dos Crimes Hediondos (LCH), em seu art. 2º, §2º, autoriza a progressão de regime, quando o condenado tiver cumprido 2/5 (dois quintos) da pena, se for primário, e, 3/5 (três quintos), se reincidente. Todavia, a lei anterior, Lei nº 8.072/1990, que vigeu durante 17 anos, ao negar o benefício legal da progressão, agravou a situação do sistema prisional, pois conduzia o apenado a cumprir a pena referente a esses crimes inteiramente em regime fechado, e possibilitando que a falta de esperança e de perspectivas criassem uma mágoa e insurreição em grande intensidade, constituindo-se desta forma como uma das origens de início das revoltas dos presos nas penitenciárias.⁶⁰⁷

Diante do exposto, não se estranha que quase todos os dias neste país há notícia de ocorrência de uma revolta de presos, de proporções diferenciadas. Levando-se em conta o martírio pelo qual os presos são submetidos, não se pode aguardar um comportamento distinto que não a articulação de fuga no anseio de adquirir a sua liberdade. O preso busca a sua liberdade a qualquer custo, motivo pelo qual jamais irá ajustar-se ao seu aprisionamento, mediante a sua privação de liberdade levada a efeito neste método carcerário.

d) Reincidência do egresso como consequência da ineficiência da reinserção do sistema penitenciário – Demonstra-se que a pena privativa de liberdade não produz o efeito desejado para reinserir o preso, tendo em vista o alto índice de reincidência no crime. Por não haver números concretos, de

⁶⁰⁶ *Idem.*

⁶⁰⁷ ASSIS, Rafael Damasceno de. Op. cit., p. 77.

acordo com o estudo de Assis,⁶⁰⁸ estima-se que, no Brasil, em média, 90% dos egressos retornam à prática de crimes, e, conseqüentemente, regressam ao sistema penal. Isso é um efeito direto do modo operado e das condições às quais o aprisionado foi subordinado no sistema prisional durante o cumprimento de sua pena, associado ao sentimento de desaprovação e de desprendimento quando do seu retorno ao convívio social.

Estigmatizado e desamparado pelas autoridades, ao adquirir a sua liberdade, é marginalizado perante a sociedade, levando-o ao seu retorno à prática de delitos, em decorrência da ausência de opção que não o crime. A interpretação da palavra egresso de acordo com a Lei de Execução Penal, em seu artigo 26, define egresso como o condenado libertado definitivamente, pelo prazo de um ano, após sua saída da instituição prisional.

O apenado que obtém a liberdade condicional no decorrer do seu período de prova também é comparado ao egresso. Decorrido o prazo de um ano, ou cessado o período de prova, o apenado não mais possui a qualidade jurídica de egresso, perdendo desta forma o que determina o disposto nos artigos 25, 26 e 27 da Lei de Execução Penal.

Os mencionados dispositivos preveem orientação para a reinserção à sociedade, toda a assistência preconizada para auxiliá-lo na obtenção de emprego, moradia e alimentação em local apropriado, por um período inicial de dois meses após se encontrar em liberdade. A responsabilidade pela realização desses benefícios legais é do Patronato Penitenciário, administrado pelo poder executivo estadual e incorporado aos órgãos da execução penal. Além de prestar-se a outras atribuições relativas à execução penal, em relação ao egresso, o Patronato tem a responsabilidade de diligenciar no sentido de acolhê-lo no mercado de trabalho, captar assistência jurídica, educacional e psicológica, exercendo desta forma como um ente público de ingerência direta na reinserção social do ex-detento.

Contudo, o Patronato, devido à ausência de interesse político dos gestores estaduais, não se faz presente para cumprir com o que lhe é determinado, pois, ao não lhe destinar os recursos necessários, impossibilita a realização de suas atribuições legais.

⁶⁰⁸ *Idem, Ibidem.*

Não se deve ver a assistência pró-egresso como uma forma de solução as questões da reincidência dos ex-detentos, pois o ambiente criminógeno da prisão é que gera o retorno dos ex-detentos ao mundo do crime, o que obriga a admissão de ajustes durante o período de aprisionamento. Todavia, o empreendimento sistemático de encontro a pessoa do egresso reduziria os resultados aviltantes por ele sofridos no período em que permanece encarcerado e permitiria o reaproveitamento quando do seu retorno ao convívio social.

Tanto a sociedade quanto as autoridades têm a obrigação de se conscientizar de que a fórmula para o problema da reincidência deve partir da adoção de uma política de amparo àquele que deixou o estabelecimento penal onde cumpriu a pena que lhe foi imposta, pondo em prática o estabelecido na Lei de Execução Penal, pois, conservando o aspecto presente, o egresso sem a proteção legal continuará infringindo as normas penais, o que ensejará num reincidente no futuro.

5.5.2 O desrespeito aos direitos fundamentais dos presos

Conforme Arendt,⁶⁰⁹ cidadania é o direito a ter direitos. Nesse, contexto também se enquadram as pessoas presas ou processadas criminalmente, pois o direito a ter direitos não é restritivo.

As declarações, tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como o ordenamento jurídico constitucional pátrio, não permitem o tratamento degradante ou desumano a todas as pessoas, inclusive as que se encontram presas ou processadas. Entretanto, isso não está sendo respeitado no Brasil, que conta, inclusive, com uma grave crise carcerária.

Ramos⁶¹⁰ entende que a atual crise carcerária no Brasil, até pela ocorrência de rebeliões além do aumento vertiginoso de facções criminosas, tem como cerne o desrespeito sistemático aos direitos humanos dos presos.

⁶⁰⁹ ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Tradução de José Volkmann. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 156.

⁶¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. A cidadania no sistema prisional brasileiro. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixal *et al.* (Coord). *Ministério público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197.

Não se pode esquecer que os presos estão em ambiente de reclusão justamente por descumprir as leis, mas, ao mesmo tempo, tem-se que recordar também que a lei não é aplicada no cotidiano do preso. Qual é o aprendizado que o preso retira dessa constatação? O pior possível.

De fato, essa contradição, entre sua punição por violar a lei e a indiferença do Estado no cumprimento de direitos básicos dos presos, é tão evidente que o resultado dela só pode ser o aumento do ódio e da violência.

O mesmo autor relata uma visita feita por Procuradores da República, que foi motivada por denúncias de maus tratos feitas ao Relator Especial da Organização das Nações Unidas, a uma carceragem de Distrito Policial em São Paulo, em que foram encontrados 175 presos em instalações que comportariam no máximo 36. Além do mais, 56 eram presos definitivos.⁶¹¹

Ressalte-se que à superlotação e às precárias condições de vida e de higiene, soma-se, no sistema prisional brasileiro, “a ausência de assistência judiciária gratuita”.⁶¹² O preso sem advogado particular fica com pouca ou nenhuma assistência, sendo esta prestada pelo defensor público, limitada muito à prática forense, não havendo um acompanhamento maior ao preso e à sua situação. Isso, inclusive, gera uma desigualdade dentro do próprio sistema prisional entre os presos com advogado particular e os sem advogado particular. “Assim, urge a implementação do direito à assistência judiciária na fase de execução da pena em sua integralidade”.⁶¹³

O preso tem direito ao trabalho, nos termos do art. 28 da Lei de Execução Penal que, inclusive, garante a redução de pena. Também, tem o preso direito ao estudo, sendo que o estudo profissionalizante “é vetor essencial para a reinserção futura. O investimento na capacitação do preso é instrumento para exercício da cidadania”.⁶¹⁴

O ensino fundamental é obrigatório, nos termos do art. 18 da LEP, devendo ser dado também o ensino profissional de acordo com o art. 19 desta lei. Entretanto, o direito ao ensino não é cumprido na maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros. “Assim, o círculo vicioso do retorno à

⁶¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 7.

⁶¹² *Ibidem*, p. 15.

⁶¹³ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 15.

⁶¹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 16.

prisão se fecha. A falta de cursos profissionalizantes nas prisões torna mais difícil a obtenção de um futuro emprego e, com isso, leva à marginalização e crimes”.⁶¹⁵

O direito ao trabalho e ao ensino, como se pode notar, atinge também as pessoas que se encontram encarceradas. O problema maior é o não cumprimento do referido direito e, com isso, perde-se uma enorme oportunidade de reinserir os detentos, garantir-lhes cidadania e reduzir a reincidência criminal.

No tocante às perspectivas de solução do problema, ressalte-se que as “soluções de sempre”, tipo aumento de penas e restrições aos direitos dos presos não são eficazes, sendo que “os elaboradores e executores de políticas públicas de segurança e sistema prisional serão obrigados a enfrentar as causas da violência que assola os presídios e que contamina toda a sociedade”.⁶¹⁶

O confinamento espacial, o encarceramento, sob variados graus de severidade e rigor, tem sido, em todas as épocas, o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes.⁶¹⁷

Mesmo havendo diversos direitos dos presos, devidamente positivados no texto constitucional, eles estão muito longe de serem respeitados, prevalecendo a lógica descrita na citação anterior, em que Bauman⁶¹⁸ descreve a forma de isolamento a que, historicamente, foram submetidos os setores tidos como indesejáveis pela sociedade, o que resulta, na prática, numa indevida redução dos seus direitos.

Esses setores tidos como indesejáveis estariam, na visão de Boaventura de Sousa Santos,⁶¹⁹ inseridas no que ele chama de sociedade civil incivil. Na realidade, o referido autor entende que existem três tipos de sociedade civil: a sociedade íntima, a sociedade estranha e a sociedade incivil. A primeira refere-

⁶¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 17.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁶¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR editor, 1999, p. 156.

⁶¹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 156.

⁶¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit.

se aos hiperincludidos, que têm amplo acesso aos direitos. A segunda, refere-se àqueles com inclusão social moderada. Já a terceira, que é a sociedade incivil, refere-se aos totalmente excluídos, aqueles que são considerados invisíveis e que, na prática, não têm quaisquer direitos.

A seguir, um breve relato apurado pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)⁶²⁰ de 2008 acerca dos direitos mais importantes que continuam sendo negados e violados pelas mais diversas autoridades nacionais. Esta CPI foi realizada no ano de 2008, no entanto, já em 2011 concretiza-se novo projeto para uma nova CPI, apurando a realidade mais atualizada do cenário das penitenciárias brasileiras.

Da falta de assistência material: O art. 10 da LEP prescreve que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. O parágrafo único estende a assistência aos egressos. Já o art. 11 cita que a assistência será material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde. Neste sentido, as condições de vida numa prisão são definidoras do senso de autoestima e da dignidade do preso.

Assim, o fornecimento de instalações de qualidade, com adequadas estruturas para higiene, descanso, alimentação, lazer, trabalho e estudo, tem profunda influência no seu sentimento de bem-estar. Destaca-se que as condições de vida abrangem, também, o “clima na prisão”, condicionado, entre outros fatores, pelo estilo de gerenciamento da unidade prisional e pela natureza das relações entre os servidores penitenciários e os presos.

Adversa às disposições da LEP acerca das modalidades de assistência a serem prestadas aos presos, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)⁶²¹ averiguou que a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente. O que representa condições indispensáveis ao processo de preparação do retorno do interno ao

⁶²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *CPI do Sistema Carcerário*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara, 2008, p. 31. “CPI – 2008 - Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP, junho de 2008”.

⁶²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 15.

convívio social. A CPI verificou no ambiente carcerário, uma realidade cruel, desumana, animalesca, ilegal, em que presos são tratados como animais.

Da falta de acomodações: conforme o art. 12 da LEP, a assistência material ao preso e ao internado deve abranger, além do fornecimento de alimentação e vestuário, alojamentos que sejam higiênicos. Assim, no art. 13 consta que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”.

Neste cenário, a Comissão Parlamentar de Inquérito⁶²² apurou que a maioria dos estabelecimentos penais diligenciados carece de ampla reforma, a fim de permitir o adequado alojamento dos presos. Ainda não se averigua o efetivo cumprimento da norma que determina a separação entre os presos condenados e os presos provisórios. Diversos estabelecimentos não dispõem de instalações apropriadas à alocação individual de presos e, quando estes são alojados coletivamente, não lhes são fornecidas as condições mínimas de acomodação.

Da falta de higiene: um ponto de destaque chama a atenção no art. 15 das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas (ONU), citando que o Estado deve garantir as condições ideais para que seus presos se mantenham limpos, necessitando, o estabelecimento penal, lhes fornecer água potável e os artigos de higiene necessários à sua saúde e limpeza. Neste sentido, o Estado tem o dever de prover os presos com os meios imprescindíveis ao atendimento à saúde e à higiene, a fim de que o preso possa conservar o respeito por si próprio, nos termos do art. 16 do mesmo diploma legal. No entanto, nos estabelecimentos penais inspecionados pela Comissão Parlamentar de Inquérito, em muitos deles, os presos não têm acesso a água e, quando o têm, o Estado não lhes oferece água corrente e de boa qualidade.

Ademais, não são tomadas medidas suficientes para assegurar que a água fornecida seja limpa. Em diversos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Já em outros estabelecimentos, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, no intuito de economizá-la. Outrossim, em outros vários presídios, presos em

⁶²² *Ibidem*, p. 13.

celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água e, em outras ocorrências verificadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito,⁶²³ a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia, o que é um verdadeiro absurdo.

Diversos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias, dentro das celas e dormitórios, ou próximos. Já no caso de tais instalações existirem, comprometem a privacidade do preso. Destaca-se, segundo a Comissão Parlamentar de Inquérito,⁶²⁴ que não raras vezes os banheiros estão localizados em outras áreas, e nem sempre os presos têm acesso ou permissão para utilizá-los. O mesmo ocorre com as instalações destinadas ao banho.

Da falta de vestuário: conforme o que dita o art. 17 das Regras Mínimas das Nações Unidas, tem-se que, “quando ao preso não é permitida a utilização de suas próprias roupas, deve o Estado lhe prover vestimentas apropriadas ao clima e em quantidade suficiente à manutenção de sua boa saúde”. Destaca-se, então, que em nenhuma hipótese as roupas providas pelo estabelecimento penal podem ser humilhantes ou degradantes. Devendo ser limpas e mantidas em bom estado, e as peças íntimas devem ser trocadas com a frequência necessária à manutenção da higiene. Sendo que as mesmas medidas não de ser adotadas quando, em situações excepcionais, o preso é autorizado a utilizar suas próprias roupas.

A Comissão Parlamentar de Inquérito⁶²⁵ constatou que, em muitos estabelecimentos penais, o principal uniforme dos presos é o “próprio couro”, como na cidade de Contagem - MG, onde 70 presos seminus se amontoavam em apenas uma cela. Na grande maioria dos estabelecimentos penais, os presos usam suas próprias roupas, sem critério, levadas por parentes, oferecidas por entidades de caridade, tomadas de outros presos. Em diversos estados brasileiros, os presos dormem em pedras nuas e os colchões são sempre em menor quantidade do que o número de presos, de modo que os apenados têm que colar vários colchões uns aos outros para se agasalharem,

⁶²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 17.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁶²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 10.

colando o corpo no corpo do outro.⁶²⁶

Da falta de alimentação: conforme determina o art. 20 das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, o Estado deverá fornecer ao preso, em horas determinadas, alimentação de qualidade, sendo bem preparada e servida, com valor nutritivo suficiente à manutenção de sua saúde. Destaca-se que o fornecimento de alimentação faz parte da assistência material a ser fornecida ao preso e ao internado, conforme o teor do art. 11 da Lei de Execução Penal. O art. 13 da Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), além de abarcar as mesmas determinações do dispositivo acima citado, decide a preparação da alimentação do preso, segundo normas de higiene e de dieta controladas por nutricionista. No entanto, a realidade encontrada pela Comissão Parlamentar de Inquérito⁶²⁷ é diversa da preconizada por esses diplomas legais.

A CPI⁶²⁸ revelou que, no Instituto Penal Paulo Sarasate, no Ceará, a comida dos presos é fornecida em sacos plásticos. Para comer a “comida do saco”, os presos usam as mãos, porque a direção do presídio não fornece talheres. Destacou-se que, em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida. Diversas denúncias de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida foram constantes. Constatou-se que comida azeda, estragada ou podre também foi denunciada. E, em muitos presídios, a CPI⁶²⁹ encontrou quentinhas amontoadas do lado de fora das celas, prontas para irem para o lixo, recusadas pelos presos, em face da péssima qualidade da alimentação servida.

Da falta de assistência à saúde: o art. 12 da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, estabelece “o direito de todos aos mais altos padrões de saúde física e mental alcançáveis”. Assim, aqueles que se encontram presos mantêm esse direito fundamental a condições de saúde equivalentes, pelo menos, às aquelas oferecidas à comunidade em geral. Nas suas diligências, a CPI⁶³⁰ deparou com

⁶²⁶ *Idem, Ibidem.*

⁶²⁷ *Idem.*

⁶²⁸ *Idem.*

⁶²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 10.

⁶³⁰ *Idem.*

situações de miséria humana, e constatou que na cidade de Contagem, na cela nº 1, um senhor de cerca de 60 anos tinha o corpo coberto de feridas e estava misturado com outros 46 detentos⁶³¹. No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos com tuberculose misturavam-se, em cela superlotada, com outros presos aparentemente “saudáveis”. A CPI⁶³² constatou, ainda, que na Cidade de Ponte Nova, os presos usavam creolina para curar doenças de pele. Já em Brasília, os doentes mentais não dispunham de médico psiquiátrico. E na penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão, presos com gangrena na perna.

A CPI⁶³³ revelou ainda que no Estado de Santa Catarina (SC), o dentista arranca o dente bom e deixa o ruim no lugar. Destacou ainda que em Ponte Nova e Rio Piracicaba, no Estado de Minas Gerais (MG), registrou-se a ocorrência de 33 presos mortos queimados. “Quanto tempo você está assim? Quatro anos”. A CPI⁶³⁴ encontrou a mesma situação em outras cadeias, como em Franco da Rocha, em São Paulo, onde o preso também tinha a bolsa pendurada na barriga e já estava assim há três anos.

Da falta de assistência médica: conforme a LEP, a assistência médica compreende dois aspectos: o preventivo e o curativo. Neste mesmo cenário, os princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão preconizam que a pessoa detida ou presa deve se beneficiar de um exame médico adequado, em prazo tão breve quanto possível após o seu ingresso no local de detenção ou prisão; posteriormente, deve se beneficiar de cuidados e de tratamentos médicos sempre que tal se mostre necessário. Esses cuidados e tratamentos são gratuitos.

Deve-se mencionar que, dos 419.551 presos existentes no Brasil, aproximadamente 87.000, os seja, apenas 20% (vinte por cento), encontram-se cobertos pelas equipes de saúde. Somente 13 estados estão qualificados para executar essa política: Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e Tocantins. Sendo que outros 5 estão em processo de qualificação: Acre,

⁶³¹ *Ibidem*, p. 9.

⁶³² *Ibidem*.

⁶³³ *Ibidem*.

⁶³⁴ *Ibidem*.

Alagoas, Amazonas, Pará e Rio Grande do Sul. A qualificação do estado é que permite o financiamento por parte dos Ministérios da Saúde e da Justiça.⁶³⁵

Da falta de assistência farmacêutica: No tocante à assistência farmacêutica, é de se tê-la por totalmente indispensável ao efetivo tratamento médico. Conforme o art. 22 das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, o estabelecimento penal deve conter serviço de material, aparelhagem e produtos farmacêuticos. A Comissão Parlamentar de Inquérito⁶³⁶ ainda apurou que as unidades prisionais, praticamente, não fornecem medicamentos aos internos. Essencialmente, os mesmos remédios são utilizados em todos os tratamentos das mais variadas doenças. Outro fato interessante apurado pela CPI⁶³⁷ concerne à utilização de medicamentos com alto teor de álcool iodado nas penitenciárias. A esse respeito, foi relatado à CPI,⁶³⁸ por um dos representantes dos agentes penitenciários ouvidos que, no Rio Grande do Sul, tais medicamentos foram proibidos, porque os presos os utilizavam na fabricação de uma espécie de cerveja artesanal.

Da falta de assistência odontológica: quanto à assistência odontológica, esta é abordada no art. 22 das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, no qual consta que todos os presos devem se beneficiar dos serviços de um dentista qualificado. No direito interno, a Resolução nº 07, de 2003, do Conselho Nacional de Política Criminal de Penitenciária, prevê, em seu art. 1º, inciso XIII, que as ações de saúde bucal devem ser desenvolvidas, levando em consideração os níveis de prevenção: proteção da saúde, proteção específica, diagnóstico precoce e tratamento imediato, limitação do dano e reabilitação.

A CPI⁶³⁹ averiguou que os reclusos não recebem assistência odontológica e, quando é fornecida dentro da unidade prisional, destina-se unicamente à extração de dentes. A quantidade de presos sem dentes, ou com dentes estragados, é imensa. Tem-se, ainda, que no estado de Santa Catarina, quando há algum dentista, não obstante este seja servidor público, esse

⁶³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 10.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 11.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁶³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 04.

profissional cobra pelos serviços e os realiza de forma negligente.

Da falta de assistência psicológica: já em relação à assistência psicológica, a primeira constatação da Comissão Parlamentar de Inquérito⁶⁴⁰ foi a inexistência de sua previsão legal na Lei de Execução Penal. A CPI⁶⁴¹ averiguou que o ambiente prisional é um meio eficaz, tanto para a transmissão de doenças, quanto para o surgimento de psicoses carcerárias, muitas vezes causadas pela atmosfera opressiva e por doenças existentes em razão das más condições de higiene, alimentação e vestuário. Mostrou-se triste e grave a situação das mulheres encarceradas, pois se o homem já sofre com a falta de cuidados médicos, as mulheres presas padecem em razão do descaso que impera nas penitenciárias femininas, conforme a CPI⁶⁴² que concluiu, também, que cuidado especial deve ser dispensado aos doentes mentais, os quais, em algumas unidades federadas, sequer dispõem de unidade prisional específica para sua alocação.

Da falta de assistência jurídica: conforme o art. 17 dos princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão (ONU), a pessoa detida que não apresente advogado da sua escolha tem direito a que uma autoridade judiciária, ou outra autoridade, lhe designem um defensor oficioso sempre que o interesse da justiça o exigir e a título gratuito, no caso de insuficiência de meios para o remunerar. A CPI⁶⁴³ escutou muitas denúncias de flagrantes forjados, em especial no que se refere às drogas, bem como de maus tratos praticados pelos agentes policiais. Do mesmo modo, em suas diligências, ouviu centenas de reclamações sobre a deficiência na assistência jurídica, da ausência de defensores públicos e desconhecimento sobre quem seriam seus advogados, em especial os dativos.⁶⁴⁴

Da falta de assistência educacional: segundo determinam as Regras Mínimas da ONU, devem ser concretizadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos, incluindo instrução religiosa. Assim, a

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 07.

⁶⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 14.

⁶⁴⁴ *Idem*.

educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a Administração, especial atenção. Igualmente, a educação dos reclusos deve estar integrada ao sistema educacional do País, para que, após sua libertação, possam continuar engajados na sua formação. Assim sendo, devem ser oferecidas atividades recreativas e culturais em todos os estabelecimentos penitenciários em benefício da saúde mental e física dos reclusos.

Neste cenário, o artigo 17 da Lei de Execução Penal assegura que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. Entende-se, então, que a assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes, não só para o homem livre, mas, principalmente, para aquele que está preso, constituindo-se, neste caso, um elemento importante para reinserção social, sendo que os princípios básicos relativos ao tratamento de reclusos da Organização das Nações Unidas ratificam tal pensamento.

Acerca dos presos no Brasil, em resposta ao requerimento formulado pela CPI⁶⁴⁵ a respeito da quantidade de presos nas Cadeias Públicas, o Estado da Bahia figura com mais de 7.000 custodiados no sistema penitenciário. Torna-se conveniente que toda a administração penitenciária se esforce para proporcionar aos presos acesso a programas de ensino completos, que correspondam às necessidades individuais, levando-se em consideração suas aspirações. A CPI⁶⁴⁶ aponta as seguintes diretrizes a serem tomadas no intuito de aperfeiçoar o sistema prisional brasileiro na área de educação: fomento aos programas Brasil Alfabetizado, Pró-jovem e Proeja; Participação de organismo como Serviço Social da Indústria (SESI) e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) na profissionalização dos reclusos. Outra proposta é estabelecer a remição da pena pelas atividades culturais e esportivas.

Assim, nas diligências realizadas, a CPI⁶⁴⁷ constatou a falta de espaço físico nos estabelecimentos penais destinados às atividades educacionais e a falta de material pedagógico; profissionais mal-remunerados e desestimulados, nas poucas escolas existentes> por outro lado, verificou uma grande vontade

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Op. cit., p. 20.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 14.

de estudar da maioria dos presos. A CPI⁶⁴⁸ preconiza como fundamental a análise de tais proposições com urgência pelo Poder Legislativo, pois acredita que a remição da pena pelo estudo, pela cultura e pelo esporte reduz a população prisional, diminui custos para o Estado, aumenta a autoestima dos apenados e possibilita o seu retorno capacitado ao convívio social.

5.5.3 O Sistema Carcerário Português e os direitos humanos fundamentais

Normatizado, originariamente, pelas Ordenações do Reino de Portugal, Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que vigoraram em território português, na Europa e nas colônias do além-mar, entre as quais destaca-se, pela sua importância e riqueza, o Brasil, o Sistema de Execução Penal lusitano, desde o século XV até as primeiras décadas do século XIX, era infestado de penas que supliciavam o ofendido no corpo e na alma, fundamentadas, à semelhança do que acontecia nos demais países europeus, em uma compreensão teológica do Direito, segundo a qual, Deus, através de terríveis sanções penais, punia, não só o crime, mas o pecado, purificando e salvando o infeliz condenado através da dor atroz e da morte. Tudo isto, consoante o disposto no famigerado Livro V dessas ordenações, publicizado para a plebe através de espetáculo horrendos de enforcamentos, mortes na fogueira e torturas dos mais variados tipos.

Era a época do processo penal inquisitório, no qual juiz, promotor e defensor estavam concentrados em uma só pessoa, normalmente, bispo ou prior, de alguma organização da Igreja Católica, proferindo julgamentos, sem defesa real do acusado, patrocinados pela Santa Inquisição, através dos quais se perseguia criminosos e inocentes, torturando-os e matando-os em nome de Deus.

A partir de 23 de setembro de 1822, quando é promulgada a primeira Constituição Lusitana, enunciando, ao lado de outros importantes institutos jurídicos, o respeito aos direitos individuais e as garantias dos cidadãos, destacando-se a preservação da liberdade individual, da igualdade perante a

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

lei, da segurança dos cidadãos e da propriedade individual, Portugal dá início ao processo de constitucionalização do seu Ordenamento Jurídico, rompendo com a tradição de um direito penal e processual penal absolutista, teocrático e inquisitivo, no qual, a figura do acusado e, mais ainda, do condenado, não passava de um quase-objeto totalmente exposto à perversão das autoridades e à execração pública.

A partir de então, com maior ou menor força, as cinco Cartas Magnas portuguesas subsequentes, consagrarão os direitos fundamentais da pessoa humana, culminando com a Constituição de 25 de Abril de 1976, vigente até os dias atuais, fruto do movimento libertário denominado Revolução dos Cravos, contra o período ditatorial do “Estado Novo”, instaurada desde o ano de 1933 em Portugal.

Assim, a Constituição Portuguesa de 1976, permeada de ideais democráticos e socialistas, vai explicitamente assinalar os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da pessoalidade, da individualização da pena e do *ne bis in idem*, além de recepcionar expressamente, consoante o seu art.16, n.2, todos os princípios e normas de direitos fundamentais, previstos em tratados internacionais dos quais Portugal seja subscritor.

Nesse diapasão, o sistema de execução penal português, necessariamente, passou a ser orientado pelo respeito aos direitos fundamentais, refletindo-se isto, inclusive, em inúmeras normas de execução criminal, previstas no Código Penal, no Código de Processo Penal e no Decreto-Lei n.265/79, repetidoras de preceitos constitucionais garantidores do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a execução da pena em Portugal, regida especificamente pelo Decreto-Lei n.265/79, com as modificações trazidas pelo Decreto-Lei n.49/80, cuja legislação equivalente no Brasil é a Lei de Execuções Penais n.7.210/84, sepulta definitivamente as odiosas prescrições do Livro V das Ordenações do Reino, para consagrar, à semelhança do Ordenamento Jurídico brasileiro, um Sistema Punitivo Criminal totalmente submetido à humanização da pena e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do apenado, objetivando atingir fundamentalmente, mais que a natureza redistributiva da

sanção, a ressocialização do preso, com vistas a um futuro digno e longe do cárcere.

Corolário dessa compreensão humanística, a Constituição Portuguesa, no seu art.24, n.2, proíbe, em qualquer situação, a pena de morte e, no seu art.30, n.1, veda as punições ou medidas de segurança perpétuas ou de duração ilimitadas ou indefinidas. Ademais, o Código Penal Português, além de prever penas de curta duração, passou a admitir, após a sua reforma em 1995, penas de multa e penas alternativas às penas de prisão de curta duração, a exemplo da prestação de serviços à comunidade.

Nesse sentido, é bem elucidativo o art.30 da Constituição da República Portuguesa, adiante, assinalado, ao tratar dos limites das penas e das medidas de segurança, elegendo expressamente os direitos fundamentais da pessoa humana, como normas-princípios norteadoras de todo o Sistema de Execução Penal Português.

Art. 30.

1. Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.
2. Em caso de perigosidade baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial.
3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão.
4. Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.
5. Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução.

Hodiernamente, todavia, apesar dessa explícita determinação Constitucional, permeando toda a legislação infraconstitucional, sobretudo nas esferas penal, processual penal e de execução penal, a realidade do Sistema Prisional Português contraria, em muitos aspectos, todo esse arcabouço legal humanístico, convivendo, não raro com graves mazelas, entre as quais destaca-se: superlotação carcerária; condições insalubres dos cárceres; péssima qualidade da alimentação para os presos; transmissão de doenças infecto-contagiosas entre os encarcerados, incluindo-se aids; humilhações e ameaças aos familiares que visitam seus parentes na prisão; tortura de presos;

homicídios de presos; suicídios de presos; violências sexuais contra presos; e tráfico de drogas dentro dos presídios;

Nesse aspecto, a reação das autoridades portuguesas a essa grave situação, tem se mostrado tímida, mais ligada a promessas de construção de novas unidades prisionais e à preocupação de negar a realidade dos fatos, do que em efetivamente enfrentar o problema nas suas várias dimensões e na sua multiplicidade causal, vez que, o sistema de execução penal, na sua aplicabilidade, é problemático e complexo em qualquer parte do mundo, refletindo sempre o grau de maior ou menor desenvolvimento econômico, político, social e humano da respectiva sociedade e do seu povo, impondo-se às autoridades que buscam o seu aperfeiçoamento na perspectiva da sua humanização, antes de tudo, consoante a lição de Hannah Arendt, enfrentar a gravidade da situação, sem negar nem render-se à sua ultrajante realidade.

5.5.4 Os direitos fundamentais dos presos na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal reservou diversos dispositivos relacionados aos direitos das pessoas presas ou processadas e que estão inseridos no art. 5º. De qualquer maneira, há de se ressaltar que a maioria deles deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, do texto constitucional.

Piovesan⁶⁴⁹ destaca o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Internacional, especialmente no mundo ocidental, como delineador de outros princípios relativos aos direitos humanos.

Por sua vez, no âmbito do Direito Internacional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio "a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, local e global, dotando-o de especial racionalidade, unidade e sentido".⁶⁵⁰

⁶⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 156.

⁶⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 156.

Existem diversos direitos dos presos e processados previstos em incisos do art. 5º da Constituição Federal, que são os seguintes: proibição da tortura e tratamento degradante (III), punição de discriminação contra direitos e liberdades fundamentais (XLI), proibição da pena de morte e outras penas cruéis (XLVII), respeito à integridade física e moral (XLIX), direito das presidiárias de ficarem com seus filhos no período de amamentação (L), devido processo legal para privar alguém da liberdade ou dos seus bens (LIV), contraditório e ampla defesa (LV), presunção de inocência (LVII), não sujeição a identificação criminal do civilmente identificado, salvo hipóteses legais (LVIII), prisão somente em flagrante ou por ordem judicial, salvo em questões militares (LXI), comunicação imediata da prisão ao juiz competente e a família ou pessoa indicada pelo preso (LXII), preso deverá ser informado de seus direitos inclusive da assistência da família e de advogado, podendo ficar calado (LXIII), direito de saber os responsáveis pela prisão e pelo interrogatório (LXIV), relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judiciária (LXV), ninguém deverá ficar preso quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança (LXVI), proibição da prisão por dívida exceto no caso do depositário infiel ou do inadimplente voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (LXVII), direito ao “*habeas corpus*” que será gratuito (LXVIII e LXXVII), assistência jurídica e integral prestada pelo Estado aos hipossuficientes de recursos (LXXIV), indenização ao condenado por erro judiciário ou ao que ficar preso mais do que tempo fixada na sentença (LXXV) e duração razoável do processo (LXXVII).

A Constituição de 1988 dedicou vários dispositivos para proteger os acusados e litigantes em processos judiciais e administrativos. Decorre de um caráter liberal da Constituição ao estabelecer uma série de direitos para proteger o cidadão frente ao Estado, mas também decorre de um sentimento contra o regime autoritário anterior em que houve muitos abusos contra os presos, despertando a necessidade de garantias mais efetivas para os presos e processados.

Um ponto que há de se ressaltar, na defesa dos direitos fundamentais dos presos, é a presença do advogado, sendo que a sua ausência anula qualquer ato que for praticado contra o preso ou processado criminalmente. Inclusive, se o preso não indicar advogado deverá ser designado um defensor

dativo para o mesmo. Essa presença contribui para que sejam garantidos outros direitos.

A defesa técnica por profissional habilitado faz parte do princípio da ampla defesa, referido no art. 5º, LV, e vale até mesmo para o menor a quem se impute prática de ato infracional (art. 227, § 3º, IV), mesmo porque a Advocacia e a Defensoria Pública são essenciais para a prestação jurisdicional (arts. 133 e 134).⁶⁵¹

Outro ponto a ser ressaltado é que esses e outros direitos e garantias constitucionais não obrigam somente o poder público, mas também aos particulares. O particular também deve, nas suas relações com os outros particulares, respeitar os referidos direitos e garantias. Canotilho⁶⁵² aborda esse tema, levantando duas teorias sobre o assunto, mas que diferem apenas na forma, pois as duas resultam na vinculação do particular.

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais e coletivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar – a teoria da eficácia indireta –, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade se exerceria, *prima facie*, sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.

O mesmo autor também comenta a extensão das garantias dos direitos humanos à seara privada, explicando que os direitos humanos possuem, também, uma eficácia horizontal por serem os particulares, destinatários dos deveres de respeitá-los e os protegerem. Diferentemente do que ocorre com a eficácia vertical dos direitos humanos, que é caracterizada por ter o Estado como destinatário do dever de garantia, a eficácia horizontal ou privada se justifica pelo fato dos particulares estarem em um mesmo nível em relação a direitos e obrigações de qualquer sociedade.

⁶⁵¹ SLAIB FILHO, Nagib. Op. cit., p. 156.

⁶⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1269.

Embora ocorra, na maioria das vezes, uma responsabilização maior do Estado pelo cumprimento dos direitos fundamentais, isso também não exclui o dever dos particulares de respeitarem os direitos fundamentais. É claro que o Estado tem um dever preponderante na garantia dos direitos fundamentais. Isso ocorre devido aos recursos, inclusive financeiros, que são postos à disposição do Estado como ao poder que lhe é destinado, que, inclusive, detém o monopólio do uso da violência como forma de se impor perante a sociedade no interesse do bem comum.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os cidadãos pode funcionar como um ponto de apoio para o respeito aos referidos direitos. Um cidadão deve respeitar os outros cidadãos, um empresário não deve tratar os seus empregados de forma degradante, a sociedade deve receber bem os ex-presidiários para dar chance à sua reinserção e assim por diante. Quando alguém age com discriminação contra um ex-presidiário, contra um negro, contra uma mulher, está dificultando a efetivação dos direitos fundamentais, obrigando o Estado a agir, o que gera custos.

Como foi visto, existe um rol amplo dos direitos das pessoas presas ou processadas. Entretanto, para fins de aprofundamento foram escolhidos três dos referidos direitos: o da presunção de inocência, o da proibição da tortura e o da proibição das penas cruéis, inclusive a pena de morte. A presunção de inocência será aprofundada, pois um dos fatores de cidadania a ser tratada é o acesso à Justiça, que tem a finalidade de garantir o direito de defesa da pessoa presa ou processada. Já a tortura e as penas aplicadas de maneira cruel ocorrem muito no Brasil, sendo isso produto da crise carcerária já mencionada neste trabalho e que merece um aprofundamento.

5.5.4.1 A presunção de Inocência

Pelo art. 5º, LVII da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É o princípio da presunção de inocência. Não se confunde com uma determinação de inocência, pois é apenas uma presunção.

Esse princípio também está de certa forma, inserido no art. 5º, LXVI, da CF que prescreve: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei

admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Na realidade, a pessoa somente deve ser presa quando tiver um motivo forte para isso, e que pode ser a condenação ou a necessidade de manter o réu preso para não ameaçar testemunhas e nem praticar outros crimes.

Paulo Rangel⁶⁵³ ressalta o momento histórico mundial em que surgiu o princípio da presunção de inocência, que veio em contraposição a um sistema que declarava o processado culpado desde o início do processo.

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado.

E nesse ponto o mesmo autor destaca a importância da Revolução Francesa e o seu principal documento, considerado como um marco em favor da defesa dos direitos e garantias fundamentais, que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789. No art. 9º do referido documento, ficou previsto o seguinte:

“Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.⁶⁵⁴

A abordagem da presunção de inocência, como um direito fundamental àqueles que estão sendo submetidos a qualquer modo de investigação, faz surgir uma pergunta muito comum feita pelos leigos no tema: e, se o réu aproveitar a liberdade para fugir ou para continuar praticando crimes, esse princípio da presunção de inocência não estaria atrapalhando a eficiência do combate à criminalidade? Essa dúvida pode ser esclarecida quando se fala que, dependendo do caso concreto, o juiz pode declarar a prisão cautelar

⁶⁵³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 56.

⁶⁵⁴ *Idem, Ibidem*.

daquele que está sendo investigado. Nesse sentido, o STF⁶⁵⁵ entende que: “A presunção constitucional de não-culpabilidade não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, prisões inscritas em lei para o fim de fazer cumprir a lei processual ou para fazer vingar a ação penal”.

A possibilidade da prisão cautelar, desde que cumpridos os seus pressupostos, é uma demonstração de que o processo penal tem mecanismos autorizados pela própria constituição para fazer com que a apuração de determinado crime seja feita com rigor, inclusive com a privação da liberdade do acusado para evitar, dentre outras coisas, que o mesmo exerça coação contra testemunhas ou continue praticando crimes. Isso demonstra que o respeito aos direitos fundamentais não resulta em impunidade, nem obsta o processo penal.

Outro problema relacionado com o não cumprimento do princípio da presunção de inocência é o estigma sofrido pelas pessoas presas, especialmente quando as mesmas não tiverem os seus mínimos direitos respeitados.

Uma pessoa que é recolhida a uma instituição de custódia, como é o caso de uma prisão, de um sanatório ou de um orfanato, sofre estigma devido ao simples fato de estar internada. E esse estigma é repassado aos seus descendentes, pois o filho de um ex-presidiário, por exemplo, também é discriminado. O estigma, assim, é sofrido por pessoas que, embora apresentem características semelhantes, não tem as mesmas características de comportamento. Por exemplo: um preso suspeito de ter praticado um crime leve é estigmatizado pelo simples fato de ter sido preso. Esse estigma tenderá a ser o mesmo daquele sofrido por alguém que, por exemplo, cometeu um crime hediondo. Ao ser presa, mesmo por um crime leve ou mesmo sem ter praticado crime algum, a pessoa é vista como um bandido.

O estigma representa um atributo dado à determinada pessoa, sendo utilizado como “referência a um atributo profundamente depreciativo”.⁶⁵⁶ Isso

⁶⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 81.468-SP*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 29 de setembro 2002. Diário de Justiça da União, 1 ago. 2003. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772496/habeas-corpus-hc-81468-sp-stf>. Acesso em 2012.

⁶⁵⁶ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

destrói a possibilidade de que outros atributos sejam percebidos. E o pior: passa-se a acreditar que uma pessoa com estigma não seja totalmente humana, resultando em várias discriminações.

O processo penal pode representar, para quem o responde, um grande sofrimento, especialmente se é alguém que está inocente. É por esse e por outros motivos, que devem ser respeitados os direitos fundamentais, especialmente, o da presunção de inocência. Isso reduz a chance da pessoa processada vir a receber um estigma difícil de retirar dela, mesmo sendo, ao final, declarada inocente de maneira incontestável.

5.5.4.2 A proibição da prática da tortura

Ao se abordar os atos de tortura proibidos pela Constituição Federal, não somente se atenta para aqueles praticados pelo poder estatal contra o ser humano, mas também para aqueles praticados pelo particular contra o particular. É claro que a tortura praticada pelo poder público é mais grave, pois o mesmo está investido de um poder dado pelo povo no contrato social, justamente, com o objetivo de defender, pelo menos, a integridade das pessoas.

A tortura praticada pelo particular também deve ser repudiada, pois ele não tem o direito de fazer isso. Essa prática é muito comum entre pessoas com alguma relação de ascendência: é o caso do marido contra a mulher, do pai contra o filho, do empregador contra o empregado, do professor contra o aluno, entre outros. O fato de uma pessoa ter uma posição de ascendência em relação à outra não lhe dá o direito de abusar de sua posição impondo uma série de gravames que importem em tortura, tratamento desumano ou degradante.

A vedação à tortura deveria ser respeitada, mesmo que isso não estivesse previsto no ordenamento jurídico, pois faz parte dos direitos naturais do ser humano, sendo que um deles é ter uma convivência pacífica com o seu semelhante, sem ser atacado ou submetido a condições desumanas ou degradantes.

Para Canotilho,⁶⁵⁷ “(...) Os direitos naturais, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; (...)”. Ademais, já existem documentos internacionais antigos que garantem essa proteção, como é o caso do artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada em 1948, que afirma: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.⁶⁵⁸

Depois dessa declaração, outros documentos internacionais foram editados, reafirmando a condenação da prática da tortura, dentre os quais pode-se citar: a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1959, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos adotada em 1969; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, editada em 1981; a Carta Árabe de Direitos Humanos que foi adotada em 1994, mas ainda não está em vigor.

Para justificar a necessidade da reafirmação da condenação à prática da tortura nos documentos internacionais, bem como a positivação no ordenamento jurídico pátrio, é importante lembrar as atrocidades que foram cometidas contra a espécie humana nos últimos cem anos, como é o caso do extermínio de judeus pelos nazistas, bem como aquelas praticadas por ditadores em todo o mundo.

Mas, o Estado também tem a função de conter a criminalidade, sendo que, muitas vezes, é necessário que utilize a sua autoridade, inclusive com medidas de ordem repressiva.

Vale ressaltar que o Estado possui o monopólio do uso legítimo da violência, justamente para poder tomar as atitudes necessárias para conter as ameaças à paz social. Assim, em assuntos internos, a violência funciona como o último recurso do poder contra criminosos e rebeldes – isto é, contra indivíduos sozinhos, que, de certo modo, se recusam a ser esmagados pelo consenso da maioria.⁶⁵⁹

É utópico esperar que todas as pessoas cumpram totalmente as leis. Mesmo em um regime em que a maioria as cumpra, sempre haverá um ou

⁶⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 224.

⁶⁵⁸ PIOSEVAN, Flávia. Op. cit., p. 344.

⁶⁵⁹ ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 128.

outro que não cumprirá, agindo, muitas vezes, em proveito próprio, inclusive cometendo fatos considerados criminosos. Nessas situações, é necessária a presença do Estado para obrigar ao cumprimento das mesmas, inclusive com meios repressivos que devem ser utilizados somente em último caso. Entretanto, as medidas tomadas pelo Estado têm que ser fiscalizadas pela sociedade para evitar que se tornem abusivas, como é o caso da tortura que, às vezes, é utilizada por policiais em presos.

A prática de tortura foi comentada e condenada pelo italiano Verri,⁶⁶⁰ que viveu na Itália do Século XVIII. Para o referido autor, a tortura é uma prática, além de cruel, ineficiente para que sejam obtidas confissões no processo penal. Quando a polícia tortura um suspeito forte e resistente, mesmo que ele seja culpado, ele resistirá à pressão e acabará sendo liberado. Já um sujeito mais frágil, mesmo que seja inocente, acabará confessando um crime que não cometeu após sofrer tortura.

Esses argumentos também foram utilizados por Beccaria,⁶⁶¹ que também entende que a tortura é uma barbárie. Além disso, afirma, assim como Verri, que a tortura é inútil caso seja utilizada para que um criminoso confesse o crime, já que um inocente fraco poderá confessar um crime que não cometeu, ao contrário do culpado forte, que não confessará.

Uma questão prática que já passou por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) é se o uso de algemas em pessoas presas seria ou não uma forma de tortura, tratamento desumano ou tratamento degradante. O Código Penal e o Código de Processo Penal não tratam do assunto, sendo que o art. 199 da Lei de Execuções Penais (LEP) determina que o uso de algemas seja regulamentado por decreto federal. Como tal regulamentação ainda não

⁶⁶⁰ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução de Frederico Canotti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 89.

⁶⁶¹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 153.

ocorreu há uma omissão legislativa.⁶⁶²

Na realidade, o uso de algemas pode ser necessário em alguns momentos, justamente por questão de segurança. Entretanto, não pode ser utilizada para servir como espetáculo, para constranger a pessoa que está sendo presa. Mesmo que esta seja culpada, não é correto que ela seja agredida física e moralmente. E caso seja inocente, pior ainda, pois estará sofrendo por algo que não fez.

Entretanto, em alguns casos, as autoridades responsáveis pela prisão ou pela escolta de determinado preso deverão, e não simplesmente poderão, algemá-lo devido a questões de segurança, mas tudo dentro dos limites da razoabilidade. A intenção não é torturar ou constranger o preso, mas, sim, evitar a fuga, a agressão contra outras pessoas, o que poderia trazer prejuízo para a instrução criminal, dificultando o combate à impunidade.

A Constituição de 1988, seguindo as declarações internacionais relativas a direitos humanos, e também com a intenção de evitar que voltassem a ocorrer no Brasil os desmandos ocorridos durante a ditadura militar (1964-1985) em que muitas pessoas foram torturadas, prescreveu, no art. 5º, XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

O próprio Código Penal (CP), no seu art. 38, determina a conservação, por parte do preso, de todos os seus direitos, exceto aqueles atingidos pela perda da liberdade. No particular, a sua integridade física e moral deverá ser respeitada por todas as autoridades. Esse artigo do CP não somente foi recepcionado pelo novo ordenamento constitucional que se instalou no Brasil em 1988, como foi constitucionalizado.

Há uma semelhança entre o dispositivo que está sendo comentado agora com o previsto no inciso III, do art. 5º, da Constituição, pois os dois proíbem a tortura. No inciso III está proibida a tortura ou o tratamento

⁶⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 89.429-RO*. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. Diário de Justiça da União, 2 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:HC%2089.429/RO&s=jurisprudencia>>. Acesso em 2012. Entretanto, o STF entendeu: “(...) que a prisão não é espetáculo e que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e que deve ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.(...)”.

desumano e degradante contra qualquer pessoa. Já no inciso XLIX há uma menção mais clara da necessidade de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral. Na realidade, os presos são de responsabilidade do Estado. Portanto, cabe ao Estado garantir os meios necessários para que eles tenham os seus direitos respeitados.⁶⁶³

Importa ressaltar que cabe responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal, sem prejuízo de outras sanções administrativas ou penais, para situações em que o preso for espancado ou morto dentro de estabelecimento prisional.

E essa responsabilidade vai existir mesmo nos casos em que o espancamento, seguido ou não de morte, não for praticado por agente do Estado, mas, sim, por outro interno. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o assunto da seguinte maneira:

“Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos”.⁶⁶⁴

Esse é mais um motivo para que o Estado tenha todo o cuidado com os presos que estão sob sua responsabilidade, além da obrigação do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Caso o Estado, por intermédio de algum de seus agentes, torture ou mate um preso dele será a responsabilidade civil, sem prejuízo da sanção penal destinada ao agente. E essa responsabilidade também ocorrerá caso o Estado se omita, deixando que um detento torture ou mate outro. E tudo que o Estado é responsabilizado acaba sendo pago pela sociedade por meio dos tributos.

⁶⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 71.179-PR*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de abril de 1994. Diário de Justiça da União, 3 jun. 1994. O Supremo Tribunal Federal entende que “Tanto quanto possível, incumbe 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 não devem ser intransponíveis ou reforçados ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio”.

⁶⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal federal. RE: 515791 DF , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/12/2006, Data de Publicação: DJ 06/03/2007 PP-00091.

Outro problema que ocorre, com relação à tortura de acusados de crimes, é um relativo apoio que a sociedade dá a referida prática, mesmo que inconstitucional. Pesquisa feita pelo Ibope em São Paulo (SP), na década de 1990, demonstrou que, das pessoas entrevistadas, apenas 26% rejeitaram graves violações dos direitos humanos, sendo que a tortura contra presos foi aprovada por 54%. Há uma fúria da sociedade contra o criminoso, exigindo uma profilaxia. Pesquisa feita pela agência Nova S/B, em conjunto com o Ibope, no início de 2008, revela que o apoio à tortura foi demonstrado por 26% dos entrevistados. Mesmo que a pesquisa mais recente mostre um percentual menor do que a pesquisa anterior, o nível de apoio a tortura é ainda muito significativo e preocupante.⁶⁶⁵

A tortura de presos é um fator que acompanha muito a corporação policial. Ainda que não sejam responsáveis pelo cuidado dos presos nos estabelecimentos prisionais, em muitas vezes policiais são deslocados para este tipo de tarefa. Entretanto, de qualquer maneira, mesmo não atuando em presídios, os policiais, sejam eles civis ou militares, acabam tendo contato com os presos, já que eles efetuam as prisões e os conduzem até os estabelecimentos prisionais. No livro *Elite da Tropa*, há relatos de torturas realizadas contra cidadãos presos ou contra meros suspeitos, como por exemplo, a tortura realizada em dois criminosos fracos. Os policiais encontraram dois rapazes viciados em drogas e que foram submetidos a tratamento degradante: receberam descarga de extintor nas narinas, foram obrigados a comer ovos cozidos sem água e foram enterrados em uma caçamba com lixo, tudo ao olhar divertido dos policiais presentes à cena e que aplaudiam o ocorrido. O livro traz outros relatos como é o caso da tortura com mangueira de água fria praticada contra presos da penitenciária de Bangu I – Rio de Janeiro, ou a ameaça de trancamento de um preso em uma gaveta conhecida como sepultura como tentativa de obrigá-lo a revelar um plano do crime organizado.

Existem vários casos de pessoas inocentes que ficaram presas por um longo tempo e foram torturadas, justamente para confessar um crime que não

⁶⁶⁵ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 156.

cometeram. Além do sofrimento causado indevidamente a essas pessoas, a sociedade também acaba sofrendo, pois os verdadeiros culpados ficam impunes.

Em 2002, o operário Alexandre de Oliveira foi preso e, sob tortura feita com choque elétrico, varada na sola dos pés e ofensas morais, confessou ter estuprado a sua filha Larissa, de um ano de sete meses. Nesse mesmo tempo, no hospital que ela estava internada, foi constatado que ela não havia sido estuprada, pois a vermelhidão que ela tinha na vagina era proveniente de câncer. Mesmo comunicada do fato, a polícia não soltou Alexandre, sendo que ele somente foi libertado após o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de Juiz de Fora e de outras entidades.⁶⁶⁶

O caso Alexandre mostra que, quando a pessoa não tem a proteção dos seus direitos efetivamente assegurada, ela pode perder sua dignidade, sua integridade física e psíquica. Quando uma pessoa arbitrariamente presa é subtraída da proteção dos amigos e da família e submetida à violência e à degradação, ela se torna vítima indefesa nas mãos de indivíduos violentos, boçais e desprovidos de qualquer consciência ética.

Outro drama foi o vivido pelo pedreiro de Varginha – MG, Roberto Edmar Urias. Sob tortura, o mesmo confessou o estupro e morte da ex-namorada. A polícia o utilizou como bode expiatório para conseguir apresentar um resultado imediato. Posteriormente, foi feito um exame de Ácido Desoxirribonucleico (DNA) (que ficou engavetado por nove meses) com resultado negativo, ou seja, não havia vestígios de Roberto no corpo da ex-namorada morta e estuprada.

A matança de “suspeitos” é algo muito comum praticado pela polícia, inclusive praticando julgamento sumário e executando imediatamente. E o próprio policial acha que ele sabe quem é “vagabundo”. Entretanto, a própria polícia não se dá conta de que isso se volta contra ela mesma, pois a vingança aumenta e muitos policiais acabam sendo assassinados.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ MIRANDA, Nilmário. *Por que direitos humanos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 44.

⁶⁶⁷ SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. *Elite da Tropa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, p. 18. “O sangue é um veneno. Quanto mais se derrama, mais fertiliza o ódio. E a roda não para de girar. No final, todos pagamos a conta, a começar pela sociedade”.

Pelo que se depreende do parágrafo anterior, há uma cultura no meio policial de enfrentamento por conta própria com o criminoso, numa atitude que mais busca a vingança do que propriamente a justiça, trabalhando, inclusive, com o assassinato de pessoas presas.

Arendt⁶⁶⁸ entende que não se deve utilizar a eliminação dos outros, como o caso das chacinas, para conquistar determinado poder, pois ninguém governa os mortos. Ninguém ganha nada com a morte alheia, que pode ser até pior, pois alimenta o sentimento de vingança.

Até aqui foram listados vários direitos fundamentais dos presos e processados, sendo que três deles foram aprofundados, mas, torna-se necessário levantar o que os faz tão sujeitos a interminável procrastinação. No entanto, percebe-se não ser tarefa fácil identificar todas as causas da referida inefetividade, pois existem razões de natureza jurídica, política, cultural, social, econômica para que tanto ocorra.

5.6 Reinserção do preso ou reprodução da criminalidade

Como afirmado alhures, a pena de prisão não objetiva a crueldade e, sim, a reinserção. Neste caso, é importante manter um tratamento para com o apenado de acordo com os preceitos legais, porque se trata de um ser humano, que embora tenha cometido um delito, já estará sendo castigado ao perder sua liberdade, o que, de alguma forma, prejudica o seu lado emocional.

É notória a importância que se deve ter em preparar a sociedade para que não se volte contra o criminoso, pois a prisão não é perpétua, um dia este terá sua liberdade, e, se a sociedade não apostar na recuperação do preso, ficará inviável para todas as pessoas viver na paz. O papel da busca de alternativas para esta recuperação não é só do Estado, de um modo geral, é de todo cidadão.

Os direitos individuais fundamentais garantidos pela Constituição Federal Brasileira visam resguardar um mínimo de dignidade do indivíduo. Depois da vida, o mais importante bem humano é a sua liberdade. A seguir, advém o direito à dignidade.

⁶⁶⁸ ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 176.

Nesse sentido, muitas prisões não têm mais a oferecer aos seus detentos do que condições sub-humanas, o que constitui a violação dos direitos humanos. A realidade brasileira nas penitenciárias é que os presidiários são maltratados, humilhados e desrespeitados em sua dignidade, contribuindo para que a possibilidade de sua regeneração desapareça justamente por causa do ambiente hostil que se lhe apresenta dentro das penitenciárias. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, por exemplo, dentro dos presídios, são fatores que impedem o ser humano de cumprir o seu papel de sujeito de direitos e deveres.

Na verdade, diante da prática descrita, o preso brasileiro possui mais deveres do que direitos. A realidade nas penitenciárias brasileiras requer vontade política, técnica e financeira, necessárias, visando objetivos a curto, médio e longo prazo, mas em caráter de absoluta urgência.

Sabe-se que existem, nas Instituições Prisionais, assistentes sociais buscando conhecer o histórico do preso e de seus familiares, porque muitos destes presos não sabem de seus direitos, principalmente no que diz respeito ao auxílio financeiro a família que tem filho menor de idade.

Além da preocupação com o trabalho prisional, há também a preocupação com a alfabetização. Principalmente em regimes fechados, “evitando assim a ociosidade que é um fator criativo para atitudes anti-sociais que levam às revoltas”.⁶⁶⁹

Percebe-se que há muitos estudiosos empenhados com a reinserção do preso na sociedade, que acreditam nos projetos existentes, mas há muita deficiência na condução dos projetos, porque a superlotação nas Instituições Prisionais faz com que o foco dentro da prisão fique voltado para segurança dentro das instituições.

Todo sistema penitenciário deve buscar, em primeiro lugar, a proteção daquele indivíduo que ingressou na instituição, pois, toda e qualquer agressão física ou maus tratos que os presos vierem a sofrer é responsabilidade da administração prisional daquela Instituição, uma vez que, eles passam a ser responsabilidade da Instituição.

⁶⁶⁹ KOSOVISKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Coord.). *Temas de Vitimologia II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 164.

O poder punitivo é uma realidade social, um fato de poder. É uma forma de poder verticalizante das relações sociais, produtor e reproduzidor de desigualdades, que é exercido em interação com outras formas de poder, as quais o condicionam. Pela sua potencialidade vertical das relações sociais, é poder deslegitimado no Estado Democrático do Direito, constitutiva à República Federativa do Brasil, a qual tem a dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Nesse contexto, o processo penal é instrumento para a contenção da irracionalidade e violência do poder de punir, mediante a aplicação de uma pena, levando o homem ao cárcere.

Considera-se o ambiente carcerário, em virtude de sua antítese com a comunidade livre, um obstáculo natural à persecução de resultados positivos em relação ao condenado. Por conseguinte, a aplicação das penas contribui para o aumento populacional nas penitenciárias e casas de detenção, enfatizando, desta forma, a falência do sistema carcerário brasileiro e a dificuldade do Estado em atingir os principais objetivos atribuídos à pena, principalmente no que se refere à reinserção do preso no meio social. Neste sentido, questiona-se: o sistema penitenciário brasileiro age de forma eficaz a fim de reincorporar o detento na sociedade?

A Lei de Execução Penal no Brasil (Lei nº 7.210/1984) regula os direitos e deveres dos detentos para com o Estado e a sociedade, estabelecendo normas fundamentais a serem aplicadas durante o período da prisão.⁶⁷⁰ Por esta razão, recebe a alcunha de “Carta Magna dos detentos”. É considerada, atualmente, como uma das leis mais avançadas, por estabelecer normas e direitos eficientes, principalmente, quanto a reinserção do detento.

Em seu artigo 1º, estabelece brilhantemente, como um dos principais objetivos da pena, a oferta de condições que propiciem harmônica integração social do condenado ou internado. Desse modo, se cumprida integralmente a norma, grande parcela da população penitenciária atual alcançaria êxito em sua reeducação e reinserção.

O termo reinserir denota tornar o ser humano, condenado, novamente capaz de viver pacificamente no meio social, de forma que seu comportamento

⁶⁷⁰ RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Op. cit.

seja harmonioso com as normas vigentes de conduta e convivo em sociedade. Assim, devem reverter os valores nocivos à sociedade, com a finalidade de torná-los benéficos.

O mesmo Estatuto mencionado, em seu art. 3º, assegura ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença. Mesmo privado de sua liberdade, assegura-se ao preso, determinadas prerrogativas, dispostas, inclusive, em cláusulas da Constituição Federal, no art. 5º, incisos XLVIII e XLIX, determinando que o respeito à integralidade física e moral é assegurado ao preso e que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito.

Destarte, é preciso que o Estado resguarde um mínimo de liberdade e personalidade do condenado para que este possua condição para assimilar o processo de reinserção ao convívio jurídico-social.

Ainda nesse sentido, prescreve a Lei de Execução Penal (LEP), art. 10º: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência social”.

O art. 11, ainda, especifica a assistência devida pelo Estado, devendo esta ser material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), jurídica, educacional, social, religiosa e assistência à saúde.

De acordo com o seu art. 22, a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Atentando a tais considerações, lançam-se como principais problemas do sistema carcerário as violências física, psicológica e sexual entre presos e agentes custodiadores e entre os próprios presos; a superlotação penitenciária, obrigando detentos primários a conviverem com reincidentes e praticantes de crimes hediondos; a falta de assistência médica efetiva, principalmente aos portadores de doenças contagiosas.

Esses fatos denunciam que devido a inobservância das normas de proteção ao detento, restam prejudicadas as operações de recuperação deste. Sabe-se que, atualmente, uma pequena parte deles retorna para sociedade, recuperada. A grande maioria regressa ao cárcere em curto lapso de tempo, geralmente reincidentes e mais perigosos.

Assim, se uma parcela maior de sentenciados obtivesse auxílio satisfatório no processo de reeducação durante o encarceramento, a

sociedade seria beneficiada com a diminuição dos índices criminológicos e, ainda, os próprios apenados, pois retornariam ao seu espaço dentro do ambiente social, obedecendo às normas legais.

Destarte, no Brasil, percebe-se que a dificuldade de se trabalhar projetos educacionais é um dilema de todas as Instituições, que não conseguem sequer atender a todos os presos, e quando isso acontece, o preso já está tão envolvido com o sistema interno de comando de facções existente dentro da instituição, que encontra dificuldade de sair, de se integrar nos programas existentes que tem por objetivo reinseri-lo na sociedade.⁶⁷¹

E é por viver-se em uma sociedade organizada que se deve dar extrema importância e atenção ao preso, que é um ser humano que necessita de apoio, porque mesmo que tenham infringido a lei, não quer dizer que o mesmo não seja uma pessoa passível de recuperação.

A sociedade, em geral, é excludente, vê o delinquente como um inimigo mortal, por menor que seja o tipo do delito cometido. Nesse sentido, o papel do Estado é de proteger e garantir a recuperação destes delinquentes com ajuda de outros profissionais, mas o processo é lento, pois se busca, em primeiro momento, a segurança dentro da instituição.⁶⁷²

Para muitas pessoas, o caminho do crime se torna a melhor opção, até

⁶⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 31. Comparato relata que: “Foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todas as pessoas que vivem numa sociedade organizada”. Neste sentido Comparato afirma: “A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados diante da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos: e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, aos massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”.

⁶⁷² ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luis Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 62. “A criminalidade violenta é um problema de todos nós, brasileiros, mas é, sobretudo o drama dos jovens, especialmente pobres e, particularmente negros”. Analisando o trecho citado, observa-se que o mercado de trabalho está cada vez mais exigente, e os jovens que já vem de uma estrutura frágil de acesso a educação, são pobres, são negros, pode dizer-se que são invisíveis na sociedade quando se trata de competir um lugar no mercado de trabalho, porque a sociedade sem perceber acaba excluindo-os, restando então a estes jovens outros caminhos de sobrevivência, que é então o caminho da criminalidade.

mesmo pela revolta de terem sido excluídos, e está em uma situação de criminoso, faz com seja notado na sociedade.

Destaca-se então que as normas vigentes que afiançam a execução da pena, bem como os direitos humanos do recluso, têm previsão em inúmeros regulamentos em ordem. Em nível global, várias convenções, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da Organização das Nações Unidas, preveem as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. No Brasil, a Constituição resguardou em seu art. 5º, 32 incisos, que cuida das garantias fundamentais do cidadão, consagrando à proteção das garantias do homem encarcerado. Permanecendo, até a atualidade, em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a XV do artigo 41, que trata sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao apenado no discorrer na execução penal.⁶⁷³

Na área legislativa, a Lei de Execução Penal vigente é tratada como um avanço ao estado democrático que existe, baseando-se na opinião de que a execução da pena restritiva de liberdade deve possuir por fundamento o princípio da humanidade; portanto, seja qual for o assertivo de punição desnecessária, cruel ou degradante, terá caráter desumano, contrariando ao princípio da legalidade.

Mas o que ocorre na prática é a incessante violação das normas vigentes e a total inobservância da proteção legal prevista na execução das penas restritiva de liberdade. No instante em que o apenado passa a ser tutelado pelo Estado, lhe é absorvido o seu direito de liberdade, bem como todos os direitos fundamentais não alcançados pela sentença, dando-se início a uma forma de tratamento abominável, passando a sofrer sanções em forma de castigos, que rebaixam o caráter essencial e exclusivo da pessoa do preso, levando-o a destruição de sua honra, num seguimento que inviabiliza o seu regresso útil ao convívio em sociedade.

⁶⁷³ ASSIS, Rafael Damasceno de. Op. cit. p. 77.

POSLÚDIO

6.1 Ilações genéricas

Um dos grandes aspectos do contraste entre a ficção e a realidade incide na frustração dos fins a que se recomenda a pena privativa de liberdade. Além do seu cumprimento exorbitar, para mais ou para menos, a proporcionalidade entre punição e culpa, como um dos caracteres legitimador da sanção, tanto a prevenção geral como a especial não podem ser agenciadas frente a arbitrariedade de muitos “critérios” utilizados para atender à chamada questão penitenciária.

O que se pode perceber neste estudo de forma abrangente no tocante ao atual Sistema Prisional Brasileiro é que se trata de um sistema falido, a cada dia mais incapaz de resolver as questões problemáticas existentes em seu interior; contudo, para o bem estar do preso, é forçosa, a garantia de certos direitos básicos como, por exemplo, uma acomodação em cela adequada, médico, dentista, advogado, educação entre outros direitos defendidos pela Constituição Federal.

Neste estudo, constatou-se que esses direitos básicos vêm sendo violados pelo Estado. Sendo que o preso constantemente é submetido a diversos tipos de humilhações, físicas e psicológicas, no instante em que esses direitos básicos lhe são negados.

A Comissão Parlamentar de Inquérito do ano de 2008, acerca do Sistema Penitenciário Brasileiro, constatou que o preso, no Brasil, vive em condições consideradas subumanas, na medida em que se acham trancafiados em celas minúsculas e superlotadas, sem nenhuma ventilação, desprovidas de espaço físico sequer para dormir. Constatou, ainda, a falta de aparelho sanitário, obrigando os presos a fazerem suas necessidades fisiológicas em caráter deplorável e subumano caracterizando um verdadeiro desrespeito à dignidade da pessoa humana.

6.2 Ilações específicas

Destacou-se, neste estudo, que, qualquer que seja o delito cometido

pelo preso, não está o Estado autorizado a lhe negar os direitos consagrados na Constituição Federal, que traz o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos princípios fundamentais, reconhecidos com o advento do Estado Moderno. É perceptível que este princípio é violado pelo Poder Público em muitos dos presídios existentes em unidades deste imenso País.

Entende-se que o cenário brasileiro apresenta um Estado que não trata o preso como um ser humano, mas, sim, como algo estranho à sociedade. Quando o cidadão é condenado, o Estado faz parecer que ele deixou de existir como ser humano, perdendo sua identidade, sua referência e sua autoestima. É justamente nesse momento que o Estado, a sociedade e a família deveriam se juntar, na perspectiva de recuperar o apenado. Logo, existe uma série de mecanismos à disposição do Estado, os quais precisam ser acionados na busca da reinserção do apenado.

O Estado, com sua negligência, nega esses mecanismos de reabilitação ao preso, a sociedade o condena e o exclui, não lhe dando oportunidade de reabilitação. Nesse sentido, qualquer ser humano é passível de um desvio de conduta, sendo que, aos responsáveis pela segurança pública e à sociedade, na sua forma peculiar, cabe viabilizar ao apenado sua volta ao convívio social.

Assim, as regras de punição devem ser aplicadas na medida justa, sempre levando em consideração que o homem, mesmo o apenado, é mais importante do que qualquer outro fator social e, dessa forma, merece ter oportunidade para se recuperar e ser reinserido em seu meio social.

Destaca-se, ainda, como consideração final deste estudo, que a grandeza das penas deve estar sempre relacionada com o estado da própria nação. Sendo que mais fortes devem ser as impressões sobre os endurecidos ânimos de um povo que mal acaba de sair do estado selvagem.

É necessária força bruta para tornar dócil o corpo embrutecido do apenado. Contudo, na medida em que os ânimos se abrandem no âmbito da sociedade, cresce a sensibilidade e, crescendo esta, deve abrandar a força da pena, se quiser manter estável a relação entre o objeto e a sensação.

Percebeu-se que a cadeia é verdadeira universidade do crime, quando a prisão atinge o apenado em sua integridade física e moral, levando-o à submissão passiva, ou a um estado de revolta externada por uma agressividade crescente pelo recurso da violência, do que as sublevações

penitenciárias são a expressão.

O que se viu, foi que a realidade prisional precisa sofrer uma transformação em profundidade, sob o risco de perpetuar-se no fracasso em que é gestada. Logo, entende-se que o trabalho/Educação de qualidade precisa ser inserido urgentemente no interior dos estabelecimentos prisionais, dando uma perspectiva ao apenado, com o compromisso do governo de estimular o acolhimento da mão de obra egressa do sistema penal.

Destaca-se, nesse sentido, o ócio que impera nos verdadeiros depósitos humanos em que se converteram os presídios, convite constante para aqueles delinquentes de maior gravidade persistirem no mundo enganoso do ilícito.

Na verdade, o sistema penitenciário é preocupante e carece de ações urgentes, sendo que as ações implementadas pelo Estado, como solução para a questão dos presídios e para os presidiários, parecem não apresentar resultados satisfatórios, na medida em que o caos carcerário mais se agrava, a cada dia.

De fato, os problemas que mais predisõem ao surgimento da delinquência e da violência são: o analfabetismo, o desemprego e a desagregação familiar, por desencadearem as degradantes condições em que vive a maior parte da população brasileira, os quais são postergados, em vez de atacados em suas causas.

A solução seria educar o homem, sendo esta a medida mais apropriada e eficaz para o seu progresso e desenvolvimento enquanto indivíduo e ser social. Introduzir o homem no mercado de trabalho é lhe proporcionar as condições para viver com autonomia, dignamente, no meio social.

Contudo, o Estado, como garantidor do interesse público, pouco tem cooperado para que os presidiários possam estudar e trabalhar, tornando-os, deste modo, ociosos e improdutivos. A ausência da autoestima, o isolamento, os maus tratos e a ociosidade provocam nos presos consequências irreparáveis.

Nesse sentido, é imperioso que o Estado abarque, em suas ações, a defesa dos direitos humanos dos apenados por meio de educação, saúde, qualidade de vida, estabelecimentos dignos, alimentação, visitas e a reinserção do apenado na sociedade. Se ao menos, em sua maioria, estes fatores forem concretizados nas penitenciárias brasileiras, pode ser que a pena passe a

cumprir sua verdadeira função e renove o apenado, devolvendo-o à sociedade, e não mais à marginalização.

A relevância maior desse estudo reside em expor fundamentadamente as gravíssimas contradições legais do Sistema de Execução Penal Brasileiro, violando frontalmente a Constituição de 1988, sobretudo no que concerne às normas-princípios consagradas nos seus arts.1º ao 4º, inspiradoras de toda a hermenêutica Constitucional, além dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no seu art.5º, a exemplo dos incisos: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Ademais, esse flagrante atentado praticado pelas condições medievais do Sistema de Execução Penal à Carta da República do Brasil, afronta juridicamente o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o Ordenamento Legislativo brasileiro e, especialmente, irradiador de todo o sistema brasileiro de proteção aos direitos do preso, que não foram legalmente atingidos pela prisão judicial, cautelar ou condenatória.

Outrossim, a Lei nº. 7210 de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execuções Penais, na condição de Diploma Legal normatizador e regulador de da execução da lei criminal no Brasil, é ostensivamente contrariada desde o seu art.1º, vez que os estabelecimentos prisionais do país, conforme exposto anteriormente, em sua grande maioria, não “proporcionam condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, mas, a *contrario sensu*, não raro, submetem o apenado a condições extremamente indignas.

Pertine ainda assinalar a importância do presente trabalho, ao fazer o estudo comparado com o Sistema de Execução Penal Português, verificando os avanços jurídicos da Nação Lusa, ao tempo em que constata, também, como várias, das acentuadas ofensas aos direitos humanos no cárcere brasileiro, já há alguns anos, contaminam o cárcere de Portugal, revelando, destarte, a grave crise do modelo jurídico de execução penal porque passam ambos os países.

Nesse diapasão, o professor Eugenio Raúl Zaffaroni, provoca a atenção para o entendimento de que o sistema de execução penal de um país, antes de ser uma construção jurídica, é uma construção política, vez que o Direito Penal

tem sido usado, na América Latina, nos Estados Unidos e na Europa, como uma forma de controle social, através do qual se reprime as populações mais vulneráveis e discriminadas(muito pobres, moradores de rua, imigrantes e outros em condição de vulnerabilidade física, econômica ou psicológica) a fim de se proteger as classes média e rica da sociedade. Por isso:

“Enquanto não podemos eliminar a prisão, é necessário usá-la com muita moderação. Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter”.

Emfim, através do presente estudo acadêmico releva mostrar que, juridicamente, se estruturou no Brasil um Sistema de Execuções Penais violador de inúmeras normas constitucionais, infraconstitucionais e princípios jurídicos, extremamente caros à nossa contrução histórica de uma nação livre e de um povo civilizado, impondo-se, desse modo, que Estado e sociedade civil organizada, reconstruam e resgatem a constitucionalização efetiva do cárcere brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Gevan de. *O crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ALMEIDA, André Vinícius de. Direito de punir e poder de punir: uma análise a partir da doutrina dos direitos subjetivos. *Revista de Ciências Penais*. São Paulo, ano 2, v. 2, jan./jun. 2005, p. 196-215.

ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos. In: HELLER, Agnes *et al.* *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 116.

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. Tradução João Roberto Martins Filho. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

AQUINO, Rubim Santos Leão de; ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1983.

ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Tradução de José Volkmann. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999a.

_____. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luis Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, n. 39, ano XI, out./dez. 2007, p. 75.

AVENA, Norberto. *Execução Penal: esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

AZEVEDO, José Eduardo. *A penitenciária do Estado: as relações de poder na prisão*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 1997, p. 49.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, jan./mar. 2002, p. 3.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 156.

BECK, Allen J.; KARBERG, Jennifer C. *Prison and Jail Inmates at Midyear 2000*. Washington: Bureau of Justice Statistics Bulletin, U.S. Department of Justice, March 2001. [Consult. 17 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/>.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação – Capítulo I. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Teoria das penas legais*. Campinas, São Paulo: Bookseller, 2002.

BERALDO, Antonio Fernando. *Larissa, apenas estatística*. Observatório da imprensa. Mar. 2001. [Consult. 27 Nov. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/jd210320015.htm>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOULOS JÚNIOR, Alfredo. *Coleção história: sociedade & cidadania*. São Paulo: FTD, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *CPI do Sistema Carcerário*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara, 2008.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. *Parecer sobre o Regime Disciplinar Diferenciado*. [Consult. 13 Dez. 2011]. Disponível em WWW: http://www.mj.gov.br/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD%20_final_.pdf.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 81.468-SP*. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em 29 de setembro 2002. Diário de Justiça da União, 1 ago. 2003. [Consult. 22 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772496/habeas-corpus-hc-81468-sp-stf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 89.429-RO*. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. Diário de Justiça da União, 2 fev. 2007. [Consult. 22 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:HC%2089.429/RO&s=jurisprudencia>.

_____. Supremo Tribunal federal. *RE: 515791 DF*. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/12/2006, Data de Publicação: DJ 06/03/2007 PP-00091.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas, Reflexões Sobre o Conceito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. Tradução de Donaldson M. Garschagen. 43ª ed. São Paulo: Globo, 2005, v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Ivan Lira de. *Decisões vinculantes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. [Consult. 13 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

_____. Crueldade e descontrole. In: FOLHA ONLINE. *Criminalista mostra porque as prisões brasileiras falham*. Publifolha. 27 mar. 2009. [Consult. 15 Out. 2012]. Disponível em WWW: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u351830.shtml>.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Parte I.

CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). 120f. São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo, 2009.

_____. Apontamentos sobre a pena em Immanuel Kant. In: *Phrónesis, Revista de Ética*, Campinas: PUC, nº 2, v. 8, jul./dez., 2006.

COMISSÃO DE ESTUDO E DEBATE DA REFORMA DO SISTEMA PRISIONAL. Ministério da Justiça de Portugal. Lisboa, 12 fev. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Tailson Pires. *A Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiúza, 2004.

CRÉTÉ, Liliane. Os homens que desafiaram o papa: os protestantes. *Revista História Viva*, grandes temas. Edição especial temática, n. 20, 2010, p. 02.

DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Internacional dos Direitos Humanos*. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Consult. 13 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>.

DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O mistério das bolas de gude: histórias de humanos quase invisíveis*. Campinas, São Paulo: Papirus, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Es el derecho um sistema de normas? Filosofia del derecho*. Tradução de Javier Sainz de los Terreros. México: Fondo de Cultura Econômica, 1980.

FABRIZ, Daury Cezar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARGETTE, Séverine. A crise da Igreja antes da Reforma. Os protestantes. *Revista História Viva*, grandes temas. Edição especial temática, n° 20, 2010, p. 03.

FARIA, José Eduardo. *Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo*. São Paulo: Max Limonad, 2010.

FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 31ª ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão & Sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. Tradução Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

FROM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. 10^a ed. Tradução L.A. Bahia e Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Gilberto Leme Marcos. *A pena como resposta ao delito: algumas considerações a respeito do tema*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 60, nov. 1997.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. 2^a ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais/IELF, 2004, v. 1.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. COAD/ Seleções Jurídicas, n. 12, 1996, p. 17-30.

GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o sistema penitenciário*. Canoas: Ulbra, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROBÉRIO, Sônia do Carmo. *Dignidade da pessoa humana: concepção e dimensão jurídico-constitucional*. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais). 153f. Vitória: Faculdades de Vitória, 2005.

GUARAGNI, Fábio André. *O sistema prescricional brasileiro como fator de impunidade*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1997.

_____. *Anotações de aula ministrada no curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania*. UNIPAR-Umuarama (PR). Jun. 2005.

GUERRA, Ronaldo José. *Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Dissertação de mestrado. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno do princípio da proporcionalidade. In MIRANDA, Jorge. (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. 1.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997. (Coleção Fundamentos do Direito).

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOWARD, A. E. Dick. *Magna Carta: text and commentary*. Virginia: Virginia University, 1997.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21^a ed. revista. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Losing the vote: the impact of felony disenfranchisement laws in the United States*. [Consult. 19 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.hrw.org/reports98/vote>.

HUMAN RIGHTS. *Américas*. [Consult. 23 Nov. 2011]. Disponível em WWW: http://199.173.149.120/doc/?t=portuguese_americas&document_limit=20,20.

HUNGRIA, Nelson. *O arbítrio judicial na medida da pena*. Rio de Janeiro: Revista Forense. n. 90, jan. 1943, p. 10.

IGLESIAS, Cláudio Luís Andrade. *Princípios que compatibilizam o sindicalismo e greve dos militares estaduais*. [Consult. 28 Nov. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/23945/public/23945-23947-1-PB.pdf>.

JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, v. 3.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal - Parte Geral*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

JORNAL EL PAÍS. Disponível em WWW: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/04/politica/1417719782_496540.html.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2003, (Série Clássicos Edipro).

KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e publicidade enganosa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 52, ano 13, jan./fev. 2005, p. 170.

KOSOVISKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. (Coord.). *Temas de vitimologia II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

LEAL, Cézar Barros. O sistema penitenciário: da desesperança ao otimismo responsável. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 06, v. 1, jan./jul. 2003, p. 29.

_____. Prisão: o crepúsculo de uma era. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Imprensa Nacional, n. 08, v. 1, jul/dez 2006, p. 09.

LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru: EDUSC, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPÉZ, Mukel Berraondo. *Los Derechos Humanos en la Globalización: Mecanismos de Garantía y Protección*. San Sebastián: Ed. Alberdania, 2004.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecnos Ed., 2003.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Tradução de Luís Alberto Peluso. Campinas: Papirus, 1990.

MAQUIAVEL. *O Príncipe*. 4^a ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: *Revista de Informação Legislativa Brasília*, n. 154, ano 39, abr./jun., 2002, p. 75.

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

MENDEZ, Emilio Garcia. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 1, ano 1, jan./jun., 2004, p.09.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Revista Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 55-56, 2009, p. 06.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório final da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*. Portugal, 2004. [Consult. 29 Out. 2012]. Disponível em WWW:http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-avulsa/comissao-de-estudo-e/downloadFile/attachedFile_f0/RelatorioCEDERSP.pdf?nocache=1205856345.98.

_____. *Departamento Penitenciário Nacional*. Brasil. [Consult. 21 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.mj.gov.br/snj/depen/sipen/>.

_____. *Secretaria de Estado dos Direitos Humanos*. Brasil. [Consult. 11 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.mj.gov.br/sedh/dca/mse1sem2000.htm>.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social e Democrático de Derecho*. 2^a ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Manual de Direito Penal*. 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. I.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, T. II.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 3^a ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999, T. IV.

MIRANDA, Nilmário. *Por que direitos humanos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

MOLTMANN, Jurgen. *La dignidad humana*. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. In: *Revista Jurídica*. n.º, 325, nov. 2004, p. 06.

MORRIS, Norval; ROTHMAN, David. *The Oxford History of the prison: the practice of punishment in Western Society*. Oxford: Oxford USA Trade, 1997.

MOTA, Carlos Guilherme. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Moderna, 1986.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

NIKKEN, Pedro. *El Concepto de derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Adeildo. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: UFSC/Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. *Futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *A prisão contemporânea: a prisão dos primórdios*. Perfil. Microsoft Power Point. [Consult. 23 Set. 2012]. Disponível em WWW: <http://www.esmape.com.br/dowloadsgeral/Globalização>.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PISTORI, Gerson Lacerda. *História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média*. São Paulo: Ltr, 2007.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a criminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios morais e direitos humanos na obra de Carlos Santiago Nino. In: LOBO, Torres Ricardo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 315-316.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 172.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 265/79 de 01 de agosto*. Diário da República eletrônico. [Consult. 11 Nov. 2012]. Disponível em: WWW: <http://dre.pt/pdf1s/1979/08/17601/00050036.pdf>.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RAMOS, André de Carvalho. A cidadania no sistema prisional brasileiro. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixal *et al.* (Coord). *Ministério público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 197.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1990, v. III.

RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO 2013. *A ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. Disponível em WWW: <http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>

REVISTA VEJA. Disponível em WWW: <http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/o-brasil-possui-550-mil-presos-14-presos-para-cada-medico-em-atividade-no-pais/>.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *O preso-condenado e a vitimização pela norma*. [Consult. 2 Out. 2012]. Disponível em WWW: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5244.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. A duplicidade de gestão no sistema penitenciário brasileiro: consequências e alternativas para a formulação de uma efetiva política pública de encarceramento. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Imprensa Nacional, nº 16, v. 1, jan./jun., 2003.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição 1988. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 758, dez. 1988, p. 475.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: fundamentos: La estructura de la teoria del delito*. Parte general. Tradução de Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã. Madrid: Civitas, 1997, tomo I.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANCTIS, Frei Antonio de. *Encílicas e documentos sociais: da Rerum Novarum à octogésima adveniens*. São Paulo: Ltr, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá o direito ser emancipatório?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 34.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, José Geraldo da. *Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, v. 1.

SILVA, Evandro Lins e. História das penas. *Revista Consulex*. Ano V, n. 104. Brasília, DF, maio 2001.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário. In: LOBO, Torres Ricardo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.109.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. X.

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. *Elite da Tropa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SOUZA, Percival de. *A Prisão: história dos homens que vivem no maior presídio do mundo*. 2^a ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2010.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. *Revista de Ciências Penais*. São Paulo, ano 1, jan./jun. 2004, pp. 127-142.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

UNITED STATES. Department of Justice, Bureau of Justice. *Statistics*. [Consult. 17 Nov. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjsglance/tables/>.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2001.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. *Dignidade da pessoa humana*. [Consult. 13 Dez. 2011]. Disponível em WWW: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/522/380>.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução de Frederico Canotti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VERSIGNASSI, Alexandre; SOUZA, Fátima. A cadeia como você nunca viu. *Revista Super Interessante*. Ed. mar. 2008, p. 54.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000

_____. Em entrevista concedida à Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (EPSJV) / Fiocruz. Disponível em WWW: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/cada-pais-numero-presos-decide-raul-zaffaroni>

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.