



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**O DIREITO DE PUNIR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS
REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE**

Elizabeba Rebouças Tomé Praciano

Fortaleza - CE
Novembro - 2007

ELIZABEBA REBOUÇAS TOMÉ PRACIANO

**O DIREITO DE PUNIR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS
REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes.

Fortaleza - Ceará
2007

P895d	Praciano, Elizabeba Rebouças Tomé. O direito de punir na constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade / Elizabeba Rebouças Tomé Praciano. - 2007. 111 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2007. “Orientação: Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes.” 1. Execução (Processo penal). 2. Pena privativa de liberdade. 3.
Prisões.	I. Título. CDU 343.8

ELIZABEBA REBOUÇAS TOMÉ PRACIANO

**O DIREITO DE PUNIR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS
REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes
UNIFOR

Prof. Dr. Newton Albuquerque de Menezes
UNIFOR

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago
UFC

Dissertação aprovada em: 10 de dezembro de 2008.

A Deus, por tudo.

Aos meus filhos Rubem Cezar e Ana Júlia,
que no ventre já partilhavam deste projeto.

Aos meus pais, que souberam me ensinar a
importância das letras.

Ao Rubem, pelo companheirismo.

Aos meus irmãos, por existirem.

AGRADECIMENTOS

À Profª. Lília Sales, por me permitir passar o reveillon deste ano sem o peso da dissertação.

Ao meu orientador, Prof. Paulo Antônio, por ter a sensibilidade de um mestre.

Às primas Cleodenir, Cristina e Clécia, pela tranquilidade que me proporcionaram, ao zelar pelos meus filhos, durante esta pesquisa.

Ao Prof. Paulo Roberto Vasconcelos Maia, por acreditar na minha capacidade, ao subscrever a Carta de recomendação ao mestrado.

Às amigas Liduína Martins e Karla Nava, pela paciência de terem me ouvido no decorrer desta caminhada, sobretudo na discordância de alguns pontos.

À Associação Cearense do Ministério Público do Ceará e aos seus respectivos funcionários, pelo apoio na evolução desta pesquisa.

RESUMO

A prisão, embora existindo desde a Antiguidade, firmou-se como pena, em virtude dos ideais iluministas que buscavam uma forma de humanizar o sistema punitivo do Estado absolutista que tinha a pena de morte como sanção por excelência, além de outras, nas quais o Estado exercia extrema crueldade em sua aplicação. Neste trabalho, objetiva-se analisar se a pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro cumpre esse papel de humanização, conforme a concepção filosófica da época e os moldes dos atuais princípios consagrados pelo Estado Democrático de Direito. No âmbito normativo, o Estado brasileiro adotou uma política de execução penal pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e na proibição de tratamento desumano e degradante ao preso, inclusive estabelecendo o princípio da individualização da pena para que, por meio de medidas ressocializadoras, o sofrimento do preso pudesse ser minimizado. Na prática, todavia, verificaram-se diversas mazelas nos estabelecimentos prisionais, fazendo com que a execução da pena privativa de liberdade se tornasse de extrema penúria, causando ao preso um sofrimento tão cruel quanto àqueles causados pelas penas do antigo regime.

Palavras-chave: Execução penal. Pena privativa de liberdade. Sistema prisional. Ressocialização da pena. Princípio da individualização da pena.

ABSTRACT

Although imprisonment exists since Ancient Times, it has been established as a penalty due to the illuminist ideals which sought a way to humanize the Absolutist State's punitive system, whose sanction par excellence was the death penalty, among others in which the State exercised extreme cruelty in their application. The objective of this study is to analyze if the deprivation of liberty in the Brazilian Prison System fulfills that humanization role, according to the philosophical concept of that time and following the renowned principles of the Democratic State Under the Rule of Law. In the normative ambit, the Brazilian State has adopted a prison law policy based on the principle of human dignity and the banning of inhuman and degrading treatment of inmates, also establishing the principle of individualization of penalty so that, through resocializing measures, the prisoner's suffering can be lessened. In practice, however, several problems have been identified in prison facilities, making the enforcement of the deprivation of liberty take place in extreme misery, causing the prisoner suffering as cruel as that caused by the penalties of the old regime.

Keywords: Prison law. Deprivation of liberty. Prison system. Resocialization of penalty. Principle of individualization of penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A IDADE MODERNA E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	13
1.1 A vingança pública do Estado absolutista	14
1.2 O iluminismo como base humanitária ao direito de punir	19
1.2.1 Contribuição de Beccaria à humanização dos crimes e das penas.....	23
2 DA PRISÃO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO	30
2.1 Origem e evolução da prisão.....	30
2.2 Desenvolvimento do sistema penitenciário	34
3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUAS DIRETRIZES: O DIREITO DE PUNIR EM PERSPECTIVA HUMANITÁRIA	41
3.1 O Estado Democrático de Direito no contexto penal	41
3.1.1 Da necessidade da aplicação da proporcionalidade entre crime e sanção penal ...	47
3.1.2 Da inexistência de sanção penal nos crimes insignificantes.....	50
3.2 A dignidade da pessoa humana como princípio orientador do direito de punir	57
3.2.1 Proibição de penas cruéis como primeiro passo a um sistema humanitário.....	59
3.2.2 A individualização da pena em uma proposta positiva à humanização das sanções	62
4 EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL.....	71
4.1 Amostra do sistema carcerário	71
4.2 Regime Disciplinar Diferenciado.....	75

4.3 Os efeitos dessocializadores das mazelas carcerárias e os responsáveis por este ambiente	80
REFERÊNCIAS	91
ANEXOS.....	96

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a pena privativa de liberdade permanece atual, pois na medida em que esta sanção representa uma contradição à natureza social do homem, não se vislumbra, ainda, um instituto que possa lhe substituir.

Sendo a pena de prisão um mal necessário, a Constituição Federal de 1988, numa perspectiva de Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, reconheceu diversos direitos aos presos, tanto pela sua condição humana, como pela necessidade de evitar os efeitos maléficos do cárcere. Assim, o presente trabalho não discorre contra a pena privativa de liberdade, e sim sobre as condições em que esta reprimenda é executada no cenário carcerário nacional.

Na verdade, sendo de notório conhecimento as mazelas dos estabelecimentos prisionais, cujas consequências redundam em sofrimento físico e psíquico do preso, além do desrespeito a sua dignidade, o trabalho justifica-se pela convicção de que a pesquisa nos faz clamar de uma forma mais contundente pela necessidade de implantar os direitos constitucionais dos encarcerados para que haja efetivamente a sua reinserção na sociedade. Assim sendo, tem-se como objetivo analisar se a pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro cumpre esse papel de humanização, conforme a concepção filosófica da época e os moldes dos atuais princípios consagrados do Estado Democrático de Direito. Para alcançá-lo realizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, de natureza qualitativa, com fins exploratórios e descritivos.

Neste sentido, o título – direito de punir na Constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade – que numa rápida leitura se volta para o desencontro entre a prática na execução da prisão com os princípios constitucionais, notadamente o da individualização da pena e da proibição de penas cruéis, o tema projeta-se, também, para o futuro no sentido de instigar qual seria o resultado prático da prisão se os presos tivessem resguardados os seus direitos constitucionais.

Embora a execução da pena destine-se ao condenado, não se fará diferença entre este e o preso provisório, uma vez que ambos têm seus direitos humanos assegurados. Por outro lado, para evitar atecnia, prefere-se utilizar a nomenclatura de preso ou encarcerado.

Dado à ligação umbilical entre crime e pena, o estudo inicia-se realizando uma retrospectiva do direito penal, tendo como parâmetro a Idade Moderna, que foi marcada pela excentricidade dos tipos penais e a barbaridade de suas punições. No capítulo primeiro, estudou-se o pensamento iluminista na pessoa de Beccaria, não somente por ter introduzido os princípios filosóficos à ciência do direito penal, mas porque seus ideais continuam vivos nas estruturas do direito penal moderno.

Em seguida, procedeu-se ao estudo sobre as prisões e o sistema penitenciário, abordando a evolução destes institutos, demonstrando que não obstante a prisão tenha surgido como um instrumento de exclusão de classe, como forma de segregar as prostitutas, mendigos e classes correlatas, o sistema penitenciário se concretizou em decorrência da necessidade de humanizar as penas.

No terceiro capítulo, abordou-se a Constituição na qualidade de fonte primária ao ordenamento jurídico, destacando o Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais da proporcionalidade e insignificância como instrumentos limitadores da atividade punitiva estatal, na medida em que representam um freio à criminalização de condutas. A dignidade da pessoa humana é ressaltada como princípio norteador da proibição de penas cruéis, bem como da promoção e do bem-estar do indivíduo, ainda que seja na condição de encarcerado. O princípio da individualização da pena, por seu turno, é analisado como instrumento concretizador dos direitos humanos dos presos na busca de seu reingresso harmônico à sociedade.

Por fim, no quarto capítulo, analisa-se a realidade carcerária das prisões com base em dados disponíveis na literatura aplicada à espécie. Verificou-se grande dificuldade para obter dados oficiais no tocante às estruturas das prisões, bem como a implementação dos direitos básicos dos presos, como alimentação e saúde, por exemplo. Porém, quanto aos direitos sociais de educação e trabalho, os registros foram obtidos no DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, no sítio do Ministério da Justiça. Neste tópico, não se deixou de fora o Regime Disciplinar Diferenciado por se entender que esta sanção altera substancialmente a forma de cumprir a pena de prisão. Por considerar que as condições do cárcere perpassam toda sociedade,

o presente trabalho, dentro de uma visão isenta, relacionou os possíveis responsáveis pelas mazelas na execução da pena para que cada um possa avaliar qual seria o seu papel neste processo de reconhecimento e implementação de direitos à população carcerária.

1 A IDADE MODERNA E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A Idade Moderna rompeu com todo o sistema de representação do Poder ocorrido na Antiguidade e no período medieval, trazendo um novo modelo de organização cujos traços, até hoje, resistem nas estruturas dos Estados democráticos. No âmbito punitivo - que é o que importa no presente trabalho - a introdução da Era Moderna fez desaparecer a vingança privada, que transformou os julgamentos e punições em monopólio do Estado.

Neste capítulo, o sistema punitivo estatal é retratado nas duas fases do Estado Moderno: no momento inicial, em que o poder do Estado confundia-se com o poder do soberano, já que Estado e Religião eram umbilicalmente ligados, de maneira que a autoridade do monarca era concebida como delegação divina (fase absolutista); e, posteriormente, em que o poder do Rei já não se fundamentava na divindade, mas sim no próprio homem enquanto ser dotado de razão (fase contratualista).

Na primeira fase, o direito penal objetivou tão somente a reafirmação da autoridade do monarca, pois havendo identidade entre este e o Estado, o crime se constituía não só uma violação à pessoa do soberano, como também uma violação à lei. Assim, essencialmente, a sanção penal constituía-se uma vingança do Rei pelo desprezo de sua autoridade, por meio da violação da norma. Desta forma, as penas eram caracterizadas pela dor, porque quanto maior o sofrimento imposto na pena, maior deveria ser o respeito ao monarca.

Na segunda fase, em que a razão já tem se firmado como um meio de perquirir o fundamento e a finalidade dos institutos, inclusive do próprio Estado, observa-se que a pena não se funda na vingança do monarca, e sim em uma consequência jurídico-penal do crime praticado, seja para restabelecer a ordem jurídica violada (a pena como um meio de retribuir o mal causado), seja para defender a sociedade, na prevenção de outros delitos. Mas, não foi só neste último período, denominado Iluminismo, que os ideais racionalistas consistiam em dar limites à intervenção estatal para que houvesse respeito aos direitos inatos do homem.

Com efeito, inerente ao racionalismo, tem-se a concepção da existência de direitos naturais, em que o homem, no estado de natureza, é possuidor desses direitos, que compete ao Estado protegê-los. Neste diapasão, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

consagrou que “a finalidade de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”¹ Segundo o Direito Penal, isto significa que o homem, ainda que esteja submetido à punição estatal, deve ter seus direitos respeitados, ou seja, as punições devem ocorrer dentro de um critério que respeite os princípios da justiça e os direitos do homem.

Embora diversos pensadores tenham colaborado para a reforma do direito penal, foi o pensamento de Beccaria, com a obra *Dos Delitos e das Penas*, que rompeu totalmente com o antigo regime punitivo, introduzindo, sistematicamente, as premissas fundamentais de um direito penal humanitário. Sua obra versa desde o fundamento do direito de punir até a finalidade da pena, bem como sobre os princípios da legalidade, proporcionalidade, matérias do processo penal, tais como: a prescrição do processo, o valor das provas testemunhais, a publicidade dos atos processuais, entre outros. Neste trabalho, a obra beccariana será enfatizada em seus postulados de política criminal, que foram percorridos em busca de um direito penal necessário e justo, ou seja, um direito penal que representa proteção ao indivíduo contra o arbítrio do poder estatal.

1.1 A vingança pública do Estado absolutista

Com a instituição do Estado moderno, surgiu a titularidade do direito de punir do Estado, pois este, como ente político e jurídico, avocou para si o direito de proteger a comunidade, punindo aqueles que transgredissem suas normas. Todavia, a justiça penal, ou melhor, o sistema judiciário desconhecia garantias individuais que hoje permeiam os modelos jurídicos democráticos.

Sequer o princípio basilar “*não há crime e pena sem lei anterior que os defina*” estava fecundado no espírito dos legisladores daquela época, e quando havia descrição sobre a conduta delituosa, não se conseguia, na maioria das vezes, interpretar o seu conteúdo. Como ilustração da precariedade de compreensão de alguns tipos penais vigente à época, cita-se, como exemplo, o delito dos mexeriqueiros previsto no título LXXXV, das Ordenações Filipinas de Portugal, em 1603, que vigoraram no Brasil até o Código Penal de 1830:

¹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Art. 2º. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideas/hist/ddhc.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2007.

Por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser a outra, que outrem disse mal delle, haja a mesma pena, assi cível, como crime, que mereceria, se elle mesmo lhe dissesse aquellas palavras, que diz, que o outro terceiro delle disso, posto que queira provar que o outro o disse.²

A imprecisão terminológica não ocorria somente na tipificação dos delitos, mas também na cominação das sanções penais. Nas Ordenações Filipinas, por exemplo, as expressões “*morra por ello*” e “*morra por isso*” não tinham entendimento uníssono, também não se tinha posição pacífica sobre o que vinha a ser “*morra por morte natural*.”³ Também era objeto de interpretação a locução “*morra morte natural cruelmente*”, uma vez que as de “*morte natural de fogo*” e “*morte natural à força*” eram possíveis interpretar literalmente.

Enfim, todos estes fatores contribuíram para manter a arbitrariedade e o terror que imperaram no sistema criminal da época. No processo penal, destaca-se, ainda, o horrendo sistema de tortura, que não tinha natureza de pena, sendo apenas um meio processual de apuração da “verdade”. As torturas, embora fossem previstas na lei, não obedeciam a formas especificadas, ficando ao talante dos executores e dos que indicassem os costumes. A quantidade de tortura não era, comumente, prefixada, ficando sob o arbítrio do julgador, ou seja, quando este achasse justa⁴, ou até o limite físico do torturado.

Em relação às penas, a crueldade e a barbárie eram a marca registrada. E o corpo era o principal instrumento de intimidação aos potenciais criminosos e a forma de restaurar o poder

² ORDENAÇÕES FILIPINAS. Rio de Janeiro: Cândido Mendes de Almeida editor, 1870. v. 5.

³ Em relação a esta pena, há entendimento que quando for a pena capital imposta simplesmente, entende-se a de degredo. Utiliza-se esta explicação com base no Direito Romano, no sentido de que “todas essas penas erão em geral expressadas pela denominação de morte, mesmo systema seguirão em Portugal os compiladores dos trez Códigos Affonsino, Manoelino, e Philipino, e he a rasão por que tão abundantemente se nota na Legislação a penalidade de morte, que mal comprehendida pelos Juizes, e não explicada nas leis de interpretação dava origem a deploraveis enganos”. comentário em nota de rodapé ao tit. XVIII das ORDENAÇÕES FILIPINAS, op. cit., 1870, p. 1170. Zafaroni, por sua vez, afirma que a morte natural era para diferenciar a morte atroz em que o legislador utilizava “*morra morte natural para sempre*”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** - parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 199.

⁴ Em relação às Ordenações Filipinas tem-se: “Quando o accusado for mettido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe he posta, ser-lhe-ha repetido em três casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto a tormento, havia contra elle muitos e grandes indícios, em tanto que, ainda que elle no tormento negue o maleficio, não deixa o Julgador de crer, que elle o fez; o segundo caso he, se depois que uma vez foi mettido a tormento, sobreviverão contra elle outros novos indícios; o terceiro caso he, se confessou no tormento o maleficio, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em juízo, negou o que no tormento tinha confessado. E em cada hum destes casos póde e deve ser repetido o tormento ao accusado, e ser-lhe-ha feita a repetição assi e como ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, o qual se fará fóra da caza, onde lhe foi dado o tormento per alguns dias, de maneira que já o accusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja” ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, tit, CXXXIII, op. cit., 1870.

estatal que fora violado pela prática do crime. Ainda que a pena não fosse corporal, o *suplício* era o ritual necessário para que ficasse registrada na memória do povo a força do poder do soberano. Discorrendo sobre o que representa o suplício, Foucault, assim, asseverou:

O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo seu brilho. A execução pública por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de toda uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força [...] E esta superioridade, não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo do seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela – ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força – se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado [...] o suplício não restabelecia a justiça, reativava o poder [...].⁵

O significado do suplício, sob a indagação “*que é um suplício*”, também foi tratado por Foucault:

[...] O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e um só instante: o grau zero do suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte suplício é a arte de reter a vida no sofrimento subdividindo-a em mil mortes e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com as regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo da agonia na fogueira ou na roda [...].⁶

Como ilustração desse sistema macabro, Michel Foucault descreveu a execução da pena de morte aplicada em Damiens, condenado por parricídio em 2 de março de 1757. O ritual punitivo consistiu em ter seu corpo cortado e queimado através de chumbo derretido, óleo fervente, piche e enxofre, todos colocados em cima dos golpes. Após estes preparativos, Damiens teve seu corpo desmembrado por cavalos e levado à fogueira.⁷

⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p.46.

⁶ Ibid., 1988. p.34.

⁷ Ibid., 1988. p.11.

A saber, quanto à pena capital, Foucault descreve várias formas de sua execução:

uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crime mais grave, a ser arrebentados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebentados; outros a ser arrebentados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebentados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados, outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada.⁸

Além da pena de morte, havia, também, a morte civil. O condenado civilmente morto apenas permanecia com a vida biológica, não lhe restando nenhum direito. As restrições não se limitavam somente à impossibilidade de participar da vida política e civil, mas também à extinção do pátrio poder, na perda da autoridade marital, bem como à perda dos direitos patrimoniais. Neste último, o morto civilmente, além de perder seu patrimônio, ficava proibido de adquirir outros bens, seja por doação, testamento ou até mesmo fruto de seu trabalho.

Os açoites, embora fossem aplicados aos delitos menores, consistiam, também, no suplício, na medida em que se buscava, dentro de uma ritualística, atingir o máximo do sofrimento físico do criminoso. Acerca dos açoites, Cuello Calón assim descreveu:

Entre as punições menores, a flagelação era muito apreciada pelo público, sobretudo quando são chicoteadas prostitutas de esquinas. Suplício humilhante, que se pratica com um chicote de correias ou de varas. Para a flagelação pública o paciente, nu da cintura para cima, amarrado à rabeira da carroça, é arrastado pelas praças públicas até o pelourinho, onde recebe das mãos do executor o número de chicotadas determinado pela sentença.⁹

Em verdade, todo o sistema punitivo desta época desumana objetivava que o corpo do condenado padecesse na mais extrema dor, daí o suplício fazer parte de todo tipo de pena, seja a de banimento ou a de trabalho forçado¹⁰, inclusive da pena de multa, como salientou Foucault:

Ora, grande parte dessas penas não corporais era acompanhada a título acessório de penas que comportavam uma dimensão de suplicio: exposição, roda, coleira de ferro, açoite, marcação com ferrete; era a regra para todas as condenações às galeras ou ao equivalente para as mulheres – a reclusão no hospital; o banimento era muitas vezes precedido pela exposição e pela marcação com ferrete; a multa, às vezes, era acompanhada de açoite. Não só nas grandes e solenes execuções, mas também nessa

⁸ Ibid., 1988. p.33.

⁹ CALÓN, Cuello apud GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.39.

¹⁰ A pena de trabalho forçado consistia na prestação de serviços penosos pelos condenados acorrentados pelo resto de suas vidas, no que representava uma prisão perpétua quando os trabalhos consistiam em empreendimentos marítimos. No reinado de Luís XVI, no século XVIII, tal pena foi comuníssima. “A ela se recorria sempre à marinha real francesa quando necessitava de mão-de-obra. Os condenados eram marcados com o símbolo GAL e era acorrentado cada um seu banco”. LECHERBONIER, Bernard apud GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.41.

forma anexa é que o suplício manifestava a parte significativa que tinha na penalidade; qualquer pena um pouco séria devia incluir alguma coisa do suplício.¹¹

Neste acervo de terror, existia, ainda, a transmissibilidade da pena, ou seja, a sanção penal ultrapassava a pessoa do condenado, de forma que seus familiares também sofriam uma sanção. Como exemplo local, tem-se o caso de Tiradentes, que, ao ser condenado por crime de lesa-majestade, foi enforcado, esquartejado e seus membros expostos nas cercanias de Vila Rica. Quanto aos seus familiares, foi imposta a pena de infâmia até a terceira geração.¹²

O referido sistema punitivo não era caracterizado só pela crueldade das penas, mas também pela falta de tratamento igualitário entre os praticantes do delito. A nobreza ficava imune à aplicação da lei, enquanto as classes inferiores, como os servos, pequenos agricultores, artesões e a plebe em geral, eram severamente punidas.¹³

A desproporcionalidade entre as penas também era presente. O despotismo e a beatice faziam com que a lei não impusesse a pena pela gravidade da conduta. Em relação às Ordenações Filipinas, a pena de morte era aplicada tanto para o homicídio, como para aqueles que levantassem a voz em juízo, falsificassem mercadoria, dormissem com mulher casada, praticassem atos de feitiçaria ou invocassem espíritos diabólicos, ou praticassem atos contra o Rei, tal como quebrar uma imagem que lhe representasse.¹⁴

¹¹ FOUCAULT, Michel, op. cit., 1988. p.34.

¹² A decisão proferida contra Tiradentes, em 18/04/1792, contém o seguinte trecho: “Portanto, condemnan o Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com braço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo sera dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve as suas infames praticas, e os mais nos sítios nos sítios (sic) de maiores povoações ate que o tempo também os consuma; declaram o ré infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Câmara para que nunca mais no chão se edifique e, não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantara um padrão, pelo qual se conserve na memória a infâmia deste abominável Réu”. GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p.120.

¹³ Como exemplo desta desigualdade tem-se os tits. 35 e 38 das Ordenações Filipinas, *Título xxxv “Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello, morra por ello morte natural [...]”*. § 1º “Porém, se algum Fidalgo de grande solar matar alguém, não seja julgado à morte, sem no-lo fazerem saber, para vermos o estado, linhagem e condição da pessoa, assi do matador, como do morto, qualidade e circunstâncias da morte, e mandarmos o que fôr serviço de Deos, e bem da Republica” *Título xxxvIII “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade”*. ORDENAÇÕES FILIPINAS, op., cit., 1870. v. 5.

¹⁴ Na Inglaterra, no período de Eduardo VI (1537-1553), tendo em vista o apoio à indústria pesqueira, foi editada uma lei que obrigava o consumo de peixe às sextas-feiras, sob pena de ser queimada viva a pessoa que comesse carne[□], o que revela, também, um dos casos grosseiros de desproporcionalidade entre o crime e a pena. DURANT, Will apud FUHRER Maximiliano

Os bens jurídicos a serem protegidos pelo sistema penal eram ilimitados e inúmeros, tinham conteúdo sacral, pois não havia distinção entre o direito, a moral e a religião. Em relação às Ordenações Filipinas, constituía crime tanto o ato de negar ou blasfemar Deus ou os santos, como a feitiçaria, bruxaria, infidelidade, blasfêmia e apostasia. Também, neste período absolutista, qualquer ato que ofendesse o Rei configurava o crime de sacrilégio ou lesa-majestade, visto que o monarca era sagrado por representar o poder divino.

Como crítica a esta criminalização abundante, bem como pela tipificação de fatos insignificantes, comenta-se inclusive que o Rei da África, ao ler as Ordenações Filipinas que lhe foram enviadas, questionou qual era a pena em Portugal para a pessoa que pusesse os pés no país.¹⁵ Neste mesmo sentido, Basileu Garcia mencionou que Luís XIV interpelou o embaixador português em Paris, querendo saber se alguém tinha ficado com vida, após o advento das Ordenações Filipinas.¹⁶

O fato é que tratava o sistema punitivo absolutista de uma vingança, pois, embora fosse imposto por uma autoridade reconhecida pelo Estado, não objetivava o restabelecimento da Justiça nem pretendia que o criminoso não viesse a reincidir na prática do crime. A dor e a barbaridade das penas consistiam num espetáculo de terror intimidativo para que servissem de exemplo às demais pessoas, no sentido de desencorajá-las a desobedecer às ordens do monarca. Enfim, o Direito Penal tinha como objetivo principal a preservação da autoridade do Soberano.¹⁷

1.2 O iluminismo como base humanitária ao direito de punir

Com o surgimento da doutrina iluminista, no século XVIII, nascia uma nova maneira de se conceber o Direito, pois a liberdade de pensar e de se expressar fazia com que o ordenamento jurídico deixasse de ter suas normas fundadas na vontade divina para ser

Roberto Ernesto. **História do direito penal** (crime natural e crime de plástico). São Paulo: Malheiros, 2005. p.48. Na referida obra, o autor menciona que o arrependimento durante o julgamento ensejava a pena comutada por enforcamento.

¹⁵ Comentários em nota de rodapé ao quinto livro das Ordenações Filipinas, op. cit., 1870. p.1147.

¹⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições do direito penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. p.116.

¹⁷ Esta forma arbitrária, injusta, desumana e desproporcional de punir os criminosos representou uma involução do Direito Penal, pois antes desta era, no surgimento das primeiras civilizações, Hammurabi estabeleceu limites no sistema punitivo através da pena de talião, termo originado do latim, *talio onis*, significando castigo na mesma medida da culpa. No Código de Hammurabi, datado do ano 1.680 a.C., encontra-se exemplos expressos da utilização do talião: “Se um indivíduo destruiu o olho de um outro indivíduo: destruirão o seu olho. Se quebrou o osso do outro: quebrarão o seu osso. Se arrancou o dente de outro: arrancarão o seu dente” (§ 196º, 197º e 200º do Código de Hammurabi) CÓDIGO de Hamurabi. Com introdução, tradução e comentários de E. Borgon. Petrópolis: Vozes, 1976. p.87. No mesmo sentido de aplicação da lei do talião, a Bíblia Sagrada retrata: Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto (Levítico 24, 17) e “Mas se houver dano, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” (Êxodo, 21, 23).

produto da vontade do homem que, através de sua racionalidade, procurava conhecer o seu eu e suprir suas necessidades à medida que elas fossem surgindo.

Era o racionalismo que buscava seu lugar na luta contra a intolerância religiosa. Sobre o Iluminismo, Maurício Lopes preceitua que:

esse movimento visou estimular a luta da razão contra a autoridade, realizando a substituição da razão da autoridade pela autoridade da razão, a luta da luz contra a época das trevas. Daí, o nome de Iluminismo, tradução da palavra alemã Aufklärung, que significa aclaração, esclarecimento, iluminação.¹⁸

No tocante ao método racional de investigação, Lopes ainda discorre: a razão, de fato, é o órgão tipicamente iluminista, que é contraposto à autoridade e aos preceitos. Este espírito crítico, que quer submeter todo o saber ao teste da razão, atinge todos os aspectos da atividade humana.¹⁹ Em que pese a razão ter sido a força central do movimento iluminista, não houve abandono do direito natural²⁰, pelo contrário: caminharam eles juntos, sob a denominação *jusracionalismo*. Assim, racionalmente, o homem construía sua própria realidade, mas sabendo que era detentor de direitos inatos, ou seja, o homem possuía direitos independentemente de sua posição socioeconômica, mas pelo próprio existir, cabendo ao Estado, então, protegê-los.

Em consequência desse pensamento naturalista, desenvolveram-se as teorias contratualistas²¹, cuja ideia resume-se na criação do Estado com base em um acordo livre de vontades. Este pacto, na concepção dos filósofos iluministas, constitui um meio de defesa daqueles direitos, isto é, o homem abandona o *estado de natureza* e cria o Estado como entidade política para garantir e proteger os seus direitos naturais. Na linha dos filósofos

¹⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p.42.

¹⁹ Ibid., 1999. p. 44.

²⁰ “O assim chamado Direito Natural não é formulação própria dos séculos XVII e XVIII. De fato, encontram-se manifestações acerca da existência de um direito superior, imutável, eterno e independente do direito escrito ou positivo já entre os gregos, citando-se, em regra, como ponto de partida destas formulações, a tragédia *Antígona* de Sófocles, em que se diferencia a lei eterna ou divina da lei humana. Ainda na Grécia, os Sofistas contrapuseram a *Plysis* e a *Nomos*, a lei da Natureza e a lei humana, respectivamente [...] Fala-se de uma “Escola de Direito Natural”, nos séculos XVII e XVIII, porque todos os autores deste período – Grócio, Locke, Pufendorf, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, entre outros – têm como base de suas formulações o axioma de que o homem, por ser tal, é expoente de direitos inatos. É em torno deste conceito que são formuladas as teses que irão compor o assim chamado jusnaturalismo Moderno, que ressalta o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos do indivíduo existem como decorrentes da condição humana, do que decorre a necessidade de seu respeito por parte da autoridade política”. BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11. ed. verbete Jusnaturalismo. Brasília: [s.n.], 1998. v. 1. p.658.

²¹ A teoria contratualista não decorre do pensamento iluminista. Hobbes, pensador absolutista inglês, defendia o Estado no modelo contratual afirmando, todavia, que em sendo o estado de natureza um estado de guerra contra os homens e que não havia direitos, fazia-se necessário que os homens depositassem seu poder na pessoa do soberano para que este criasse direitos, diferentemente dos contratualistas iluministas, que defendem a criação do Estado para defender os direitos naturais do homem.

contratualistas do período iluminista, destaca-se Jonh Locke, que assim se manifestou no seu segundo tratado de governo civil:

os homens não se dispõem a abdicar da liberdade do estado de natureza e a se submeter (à sociedade e ao governo), não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens e, através de regras estabelecidas de direito e propriedade, assegurar sua paz e tranquilidade.²²

Como a teoria contratualista consiste em cada qual transferir uma parcela de seu direito à sociedade, a violação de um direito no estado contratual não atingiria apenas a pessoa que foi vítima, mas também a sociedade, de maneira que esta se encontra obrigada a castigar aquele que se rebelou contra o contrato. Neste diapasão, o fim da pena consiste na defesa do pacto social. Ainda no contexto deste contrato social, decorre a limitação do direito penal no tocante à criminalização de condutas.

Com efeito, sendo o Estado criado para proteger os direitos naturais, o direito penal não poderia ir além da proteção destes limites. Vale dizer que, para uma conduta ser considerada crime, não bastava a violação de uma norma ética ou divina, era necessário que os direitos reconhecidos no contrato social fossem violados. Neste sentido, têm-se as palavras de Rudolph:²³

[...] O Estado é considerado como decisão conjunta dos homens e por certo com o objetivo de assegurar a maior liberdade possível para todos os cidadãos. A única tarefa legítima do Estado, portanto, era a proteção dos direitos de seus cidadãos e dos seus próprios para a realização de seus fins, definidos no contrato social. Como núcleo material de todo delito aparece, conforme isso, a lesão de direitos subjetivos.

Os ideais iluministas trouxeram, ainda, um dos maiores princípios limitadores da intervenção estatal na atuação do direito penal: o da legalidade, que não consistia somente na instituição de crimes e penas através de lei, mas, sobretudo, porque a lei deveria advir de um Poder específico. Para Locke, o órgão competente para a feitura das leis tratava-se do Poder Legislativo, cujo órgão deveria corresponder aos anseios do povo, proporcionando-lhe segurança e justiça:

a autoridade legislativa, ou suprema, não pode arrogar-se o poder de governar arbitrários extemporâneos, mas está obrigada a dispensar justiça e a decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio de leis promulgadas e fixas, e de juizes conhecidos e autorizados

²² LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.508.

²³ RUDOLPHI, Hans Joachim apud KIST, Dario José. Bem jurídico-penal: Evolução histórica, conceituação e funções. **Direito e democracia**, v. 04, n.1, p. 153-154, 2003.

[...] Tanto o poder absoluto e arbitrário como governo sem leis e estabelecidas e fixas não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo.²⁴

Em uma perspectiva iluminista, a lei, como fonte única e unificadora do direito, além de buscar respeitar os direitos do homem, deveria ser caracterizada pela abstração e generalidade. Neste contexto, tem-se o pensamento de Rousseau:

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, jamais um homem como um indivíduo nem uma ação particular. Assim, a lei pode muito bem estatuir que haverá privilégios, mas não pode concedê-los especificamente, a ninguém; a lei poderá criar várias classes de cidadãos, designar mesmo as qualidades que darão direito a essas classes, mas não pode designar tais e tais para serem admitidos; ela pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode indicar um rei ou designar uma família real; em uma palavra: toda função que se refere a um objeto individual não pertence ao poder legislativo.²⁵

No propósito de limitação ao Poder estatal, tem-se, ainda, o pensamento de Montesquieu que formulou a teoria da separação dos poderes, afirmando que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.²⁶

Era com estes pensamentos filosóficos que a “era das luzes” pretendia se livrar das arbitrariedades e opressão do Estado absolutista. Em apertada síntese, pode ser assim compreendida: se, de um lado, o iluminismo reconhece a existência de direitos inerentes à pessoa humana; do outro, a concepção contratual do Estado consiste em estabelecer suas normas em função do indivíduo para garantir a liberdade deles, ou seja, faz-se necessário garantir aos indivíduos seus direitos naturais contra o arbítrio estatal.

No âmbito punitivo, essas ideias sedimentaram o alicerce do direito penal moderno²⁷ tanto pela atitude racionalista em abandonar as concepções místico-religiosas nos crimes e a

²⁴ LOCKE, Jonh, op. cit., 1998. p.507-508.

²⁵ ROSSEAU, J.J. **Do contrato social**: princípios do direito público. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.58.

²⁶ MONTESQUIEU. **Espírito das Leis**. Livro XI, Capítulo VI. São Paulo: Victor Civita, 1979. p.149. (Coleção Os Pensadores).

²⁷ “O Direito Penal, como categoria jurídica, nasce com o pensamento humano; como categoria histórica, com as primeiras legislações que, entregues à tradição oral ou à escrita, viram a luz na noite dos tempos. É o direito com o qual cada comunidade, grande ou pequena, pune as infrações consideradas de maior gravidade às normas da vida comunitária. O Direito Penal como objeto de ciência autônoma, nasce com o Iluminismo”.

concepção de vingança na pena, como pela imposição de limite ao exercício do direito de punir, com base no princípio da legalidade.

Ressalte-se que a lei, no viés iluminista, é norteada pelo respeito aos princípios de justiça e aos direitos do homem, tais como a liberdade, a igualdade, entre outros, que se manifestarem como direitos naturais.

Nesse período, sobressai-se o pensamento de César Beccaria, através da obra já citada, que, dada a sua importância para o direito penal, será agora estudado em separado, no item subsequente. Segundo Evandro Lins e Silva, a obra de Beccaria passou a ser “o farol, o ponto de luz a indicar o caminho a ser seguido pelos estudiosos do Direito Penal. As suas premonições faziam antever que um dia, afinal, o homem seria remido e resgatado de toda punição infamante, cruel ou atentatória a sua dignidade.”²⁸

1.2.1 *Contribuição de Beccaria à humanização dos crimes e das penas*

Beccaria, por meio de sua obra “Dos delitos e das penas”, revelou uma preocupação com a conservação e o bem-estar do homem. Para este fim, faz-se necessário que o homem mantenha sua igualdade e liberdade. A igualdade aqui ressaltada é proveniente da própria natureza do homem e, para o seu gozo no Estado civil, faz-se mister que este institua leis que não representem privilégios de poucas pessoas, porque “as vantagens da sociedade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros.”²⁹

A liberdade constitui um direito inato do homem, porém este a sacrifica em defesa de sua própria sobrevivência. Para Beccaria, a liberdade na sociedade natural não deve ser substituída na sua totalidade pela da sociedade civil, pois a finalidade desta é resguardar o gozo do restante daquela liberdade natural. Daí, a quantidade desta liberdade a ser renunciada deve ser a menor possível, o suficiente para trazer conforto e equilíbrio na convivência social.

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 possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para conseguir o que deseja o para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. Tradução de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1. p.01.

²⁸ SILVA, Evandro Lins. História das penas. **Revista Consulex**, ano v, n. 104, p. 12-23, maio 2001. p.15.

²⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 11.

Nesse trecho, Beccaria reporta-se ao Contrato Social como meio pelo qual os indivíduos, entre si e estes com o soberano, vinculam pactos como única forma legítima para que se possa usufruir, com garantia e segurança, a sobra da liberdade natural do homem. O fundamento contratualista, utilizado pelo autor italiano, provém da natureza beligerante³⁰ e despótica³¹ do homem, a mesma que renunciou Hobbes³².

Para este filósofo, sendo o homem um ser essencialmente egoísta, utiliza-se da força física (único meio existente no agrupamento em que não se constituiu organização política) para conseguir o que deseja, vivendo, assim, em um estado de guerra de todos contra todos.

Dessa forma, a alienação de uma parte da liberdade de cada indivíduo traz igualdade e liberdade a todos os membros do corpo social, não somente por estarem sob o comando de um soberano, mas porque na vontade deste se traduz a “vontade geral,” de modo que as benesses serão distribuídas por toda comunidade.

Através desse contrato social, todos são considerados iguais perante a lei e somente à lei devem obediência, ficando, então, livres dos desmandos de qualquer particular. Na existência desta convenção, não há dominação de uns sobre os outros, pois somente a lei é senhora.

Foi, portanto, com base nesses pensamentos que Beccaria defendeu o direito estatal de punir. Em nome da “vontade geral”, afirmou que somente o legislador (o representante da sociedade) poderia prescrever as condutas delituosas com suas respectivas penas, de forma que ao magistrado cumpria tão somente aplicar a lei àquele que a descumprisse.

“Apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa a sociedade ligada por um contrato social.”³³

³⁰ “[...] constituídas algumas sociedades, de pronto se formaram outras pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viverem esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si”. Ibid., 1983. p.14.

³¹ “a tendência do homem é tão forte para o despotismo que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros”. BECCARIA, op. cit., 1983 p.14-15.

³² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, [s.d.]. p.79.

³³ BECCARIA, op. cit., 1983. p.15-16. A interpretação das leis também não tinha lugar dentro deste modelo contratualista por contrariar a sua própria finalidade - a segurança. Por seu turno, a obscuridade também era proibida: “Se a arbitrária interpretação das leis constitui um mal, a sua obscuridade o é igualmente, visto como precisam ser interpretadas.” BECCARIA, op. cit., 1983. p.19. O autor italiano não pregou somente a reserva legal no sentido de que somente a lei, produto emanado do Poder Legislativo, possa definir delitos e penas, preocupou-se, ainda, com a clareza das leis ao tipificar as condutas delituosas. **Era o princípio da legalidade**

Sob o fundamento do contratualismo, o direito de punir tornou-se limitado, na medida em que não cabia às penas atingirem direitos não cedidos. Aos indivíduos, ao cederem apenas parcela de suas liberdades, restaram direitos não transferidos, em outras palavras, os indivíduos possuem direitos irrenunciáveis que ao Estado civil não compete tirá-los. Neste contexto, Beccaria argumentou contra a aplicação da pena de morte³⁴, além do mais, a punição homicida (se mostrava) resultava incompatível com a finalidade do pacto social: *a manutenção da própria espécie*; declarou ainda textualmente um limite às penas e afirmou que elas são injustas quando “vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública.”³⁵

Assim, para o autor italiano, a origem do direito de punir tem seu fundamento *na necessidade de manter o depósito de salvação pública* e a pena passa a ser o meio pelo qual se garante a manutenção do bem-estar público. Neste sentido, afirmou: “[...] o fim das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado [...] os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do crime.”³⁶

Como se vê, Beccaria tece crítica aos suplícios do antigo regime pelo sofrimento que eles causavam ao corpo humano e defendeu que a pena deve lançar para o futuro e não para o passado, ou seja, a pena não deve objetivar a retribuição do pagamento do crime, e sim visar à prevenção de delitos. Aqui, Beccaria estava lançando sementes para a teoria preventiva da pena, tanto na prevenção geral quanto na prevenção especial ou individual.³⁷

uma das maiores buscas do Iluminismo, que entendia que a função do Estado era garantir os direitos naturais do cidadão, à medida que a reserva legal implicava limitação do poder estatal na interferência destes direitos. O que se buscava, na verdade, era extinguir o arbítrio do Estado no trato das liberdades individuais e, por consequência, trazer segurança e certeza jurídica aos cidadãos através da lei.

³⁴ Beccaria entendeu como necessária a pena de morte em duas situações: “nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade, nos períodos de confusão em que se substituem as leis pela desordem e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.” BECCARIA, op. cit., 1983. p.45-46.

³⁵ BECCARIA, op. cit., 1983. p.15.

³⁶ BECCARIA, op. cit., 1983. p.42-43.

³⁷ Beccaria limitou-se apenas a falar do caráter preventivo da pena, em repúdio ao aspecto meramente retributivo não desenvolvendo qualquer teoria. As teorias da pena foram desenvolvidas após seu pensamento. Inicialmente foram desenvolvidas por Kant e Hegel as teorias retribucionistas e posteriormente as teorias preventivas. Para o primeiro filósofo a pena é uma forma de compensar o crime, a pena decorre unicamente da prática do delito, ou seja, da infração da lei penal, objetivando somente a realização da justiça, a restituição da moral que foi violada, pouco importando se houve dano à sociedade. Neste contexto, tem-se o exemplo de Kant no sentido de que ainda que houvesse dissolução da sociedade, o único criminoso deveria pagar pelo crime cometido. BUSATO, Paulo César et al. **Introdução ao direito penal fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.207. Para Hegel, a pena visa “o restabelecimento da ordem jurídica perturbada”, pois em sendo o crime um atentado contra a lei, fazia-se necessário restabelecê-la e a pena constituía o meio para a devolução deste equilíbrio. Para este filósofo, a pena não consiste numa

Ainda que o fim da pena fosse para evitar os crimes, não se concebia uma carga aflitiva, ou seja, o Estado teria que promover a segurança social, causando o mínimo de sofrimento necessário para os transgressores das regras contratuais. Neste contexto, afirmou que: “entre as penalidades, no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.”³⁸

A suavização das penas fundamentadas em valores humanos consistia no eixo (inovador) fundante de sua obra, servindo de uma orientação político-criminal voltada para a prevenção de crimes e não para retribuição de castigos. Acrescente-se, ainda, que, para Beccaria, o critério para medir a responsabilidade penal do agressor estava relacionado com o prejuízo causado à sociedade, ou seja, ao dano social, de maneira que deveria haver proporção entre os crimes e os castigos.

Assim sendo, inexistindo qualquer dano, a punição não seria útil à sociedade. Da mesma forma, inútil seria a criminalização de conduta que não descrevesse prejuízo aos interesses gerais da coletividade. Nesta concepção utilitária, a pena “não se subordinava à idéia do útil ao justo; ao contrário, subordinava-se à idéia do justo ao útil.”³⁹

Tomando como referência a política criminal fundada sobre o princípio da utilidade social, Beccaria protestou contra as condutas criminalizadas pelo pecado. Além de defender

compensação do mal do crime pelo mal da pena, como na concepção Kantiana, mas na negação do delito. Vale dizer, se o crime nega o direito, a pena nega o crime de maneira que a negação da negação teria por fim a restituição do Direito. HEGEL apud BUSATO, Paulo César et al., op. cit., 2003. p.208. Em relação à prevenção geral, a pena consiste numa ameaça como um meio de desestimular a vontade de delinquir nos membros da sociedade. Segundo Dias, Feurbach foi um dos primeiros a desenvolver teoria jurídico-cientificamente, a teoria da pena numa perspectiva de prevenção geral, através da “coação psicológica”. Para ele “a alma do criminoso potencial seria assim uma arena onde se digladiam as motivações conducentes ao crime e as contra-motivações derivadas do conhecimento do mal da pena, em definitivo importando que estas últimas sejam suficientemente poderosas para vencer as primeiras e, deste modo, contribuir eficazmente para a prevenção”. FEUERBACH apud DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.99-100. Por fim, quanto à prevenção especial, que ao contrário da prevenção geral atua sobre o indivíduo, tem por finalidade evitar que o criminoso reincida no crime. Como forma de cumprir esta finalidade, há diversos entendimentos que passa por segregação, correção, ressocialização, entre outros. Conforme Bitencourt, Von Liszt foi um dos primeiros a desenvolver esta teoria afirmando que era necessário ressocializar e reeducar o delinquente para evitar delitos posteriores. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.129.

³⁸ BECCARIA, op. cit., 1983. p.43.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.36.

que o direito penal devia ser laico e não conter qualquer inclinação sobre o aspecto do pecado, que deve ser objeto de estudo dos teólogos.⁴⁰

Por último, não se pode deixar de mencionar que Beccaria insurgiu-se contra a prisão. Primeiro, porque mesmo não sendo classificada como um tipo de pena, ela estava sendo usada corriqueiramente, sem previsão legal, para guardar os criminosos até final julgamento, de acordo com os critérios subjetivos dos juízes⁴¹, e, segundo, pela situação precária das prisões que, ao comparar com as masmorras, afirmou tratar-se de um suplício.⁴²

Todavia, Beccaria não se insurgiu contra a pena de prisão em si; ao contrário, entendeu que ela deveria ser empregada quando as penas passassem por um processo de suavização, desde que as prisões deixassem de ser a “mansão do desespero e da fome”⁴³ e isso iria ocorrer “quando a piedade e a humanidade adentrarem em suas celas.”⁴⁴

Pelo exposto, pode-se dizer que a obra “Dos delitos e das penas” representou um marco ao direito penal moderno, pois, objetivando preservar os direitos do gênero humano, traçou racionalmente seus limites de punir. A política criminal fundada sobre os ideais iluministas não queria se insurgir contra um tipo de pena específico, seu protesto tinha como alvo a aplicação de um direito punitivo justo, o qual passava ao largo das desigualdades sociais, das torturas, dos suplícios, enfim, de qualquer forma de punição que agredisse desnecessariamente os direitos naturais dos punidos.

Essas idéias iluministas, sobretudo a restrição da pena de morte e a extinção de penas atrozes, consistiram na base para toda evolução do direito penal posterior, sendo muitas delas, embora de uma forma tímida, codificadas, ainda, no século XVIII.

⁴⁰ Com o intuito claro de dessacralizar o direito penal, Beccaria fez questão de registrar que não discorreria sobre qualquer delito da espécie sacral em sua obra. O apego de Beccaria ao evangelho da razão fez com que a Igreja incluísse a sua obra nos livros proibidos por ela.

⁴¹ Segundo Beccaria: “Concede-se, em geral, aos magistrados incumbidos de fazer as leis, um direito que contraria o fim da sociedade, que é a segurança pessoa; refiro-me ao direito de prender, de modo discricionário, os cidadãos, de vedar a liberdade ao inimigo sobre pretextos frívolos e, conseqüentemente, de deixar em liberdade os seus protegidos, apesar de todas as evidências do delito. Como se tornou tão freqüente um erro tão prejudicial? Ainda que a prisão seja diferente de outras penalidades, pois que deve, necessariamente, preceder a declaração jurídica do delito, nem por isso deixa de ter, como todos os demais castigos, o caráter essencial de que apenas à lei cabe indicar o caso em que se há de empregá-la”. BECCARIA, op. cit., 1983. p.21.

⁴² BECCARIA, op. cit., 1983. p.22.

⁴³ BECCARIA, op. cit., 1983. p.21.

⁴⁴ BECCARIA, op. cit., 1983. p.21.

No plano filosófico-jurídico, essas manifestações representaram a supressão da justiça teológica e autocrática e, conseqüentemente, a institucionalização do poder punitivo, subordinado à legalidade, igualdade e imparcialidade do Judiciário. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁵ representou esses ideais referentes ao processo de libertação do homem do jugo absolutista e, conseqüentemente, à consagração da existência de direitos naturais que devem ser respeitados pelo Estado. O Art. 4º, entre outros, textualmente expressa que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os outros, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limite apenas aqueles que garantem os demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites são determinados somente pela lei.

Especificamente em relação às penas, a Declaração preconizou, em seu Art. 8º, que a lei deve estabelecer somente penas escritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime e legalmente aplicada.⁴⁶

Este espírito do iluminismo também teve reflexos no Brasil, ainda na condição de Colônia Portuguesa e sob a vigência das Ordenações Filipinas. Por Aviso de 28 de agosto de 1822, D. Pedro I determinara que os juízes do crime deviam guiar-se pelas bases da Constituição monárquica portuguesa, de 10 de março de 1821. Dentre essas bases constitucionais, destacava-se o art. 12, que preconizava:

Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. Toda pena deve ser proporcional ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinqüente. A confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e o pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e todas as penas cruéis ficam em conseqüência abolidas.⁴⁷

Nessa linha de orientação, a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, viria dispor, em seu Art. 179, item 19: “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”. Todavia, a Constituição de 1824 foi tímida em relação ao contexto iluminista que ora estava sendo inaugurado, porquanto, ao abolir estas penas, silenciou quanto à pena de morte que vigorou até 1870, depois da morte de uma pessoa inocente, conhecida por “Mota Coqueiro”, no ano de 1855.

⁴⁵ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Art. 4º. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideas/hist/ddhc.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2007.

⁴⁶ Ibid., Art. 8º. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideas/hist/ddhc.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2007.

⁴⁷ QUEIROZ, Paulo de Sousa. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.21-22.

Na verdade, a ambiguidade na legislação brasileira era recorrente, ora pretendendo dar vazão às ideias iluministas, ora ressaltando os ideais escravocratas. Cita-se, por exemplo, o código criminal de 1830 que, embora inspirando-se formalmente em Beccaria⁴⁸, referendou a existência da escravidão em desrespeito aos direitos da pessoa humana.⁴⁹

⁴⁸ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p.59.

⁴⁹ Aliás, a estrutura escravocrata reinante à época foi o fator decisivo para a manutenção da pena de morte no referido código criminal. Segundo Zaffaroni, ocorreram dois debates acerca da pena capital. No primeiro, ao examinarem-se as bases do projeto do código, foi registrado que se desejava “suprimir a pena de morte” diante do “estado atual da nossa população em que a educação primária não pode ser geral”. Um ano depois, na sessão de 15 de agosto de 1830, em que se fazia nova discussão, foi aventado que o objetivo da pena de morte era “conter a escravatura: esta é a única pena que a pode conter” e “assegurar nossa existência contra os escravos”. Segundo, Zaffaroni, ainda, nesta mesma sessão foi mencionado a “ociosidade e embriagues” como “paixões favoritas dos escravos” e argumentavam-se “quem, senão o terror da morte, fará conter esta gente imoral nos seus limites”. ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro** – Teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1. p.429. Diante desta contradição, não há como deixar de concordar com Carvalho Júnior: “Em suma, o legislador brasileiro, em regra, pensava como um cavaleiro britânico, tinha a sensibilidade de um refinado parisiense, exprimia-se com a precisão de um erudito alemão, mas legislava de acordo com a sociedade primitiva e escravocrata em que vivia e da qual dependia [...]”. CARVALHO JÚNIOR apud PELARIM, Evandro, op. cit., 2002. p.50.

2 DA PRISÃO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A pena de morte e as penas corporais cruéis foram substituídas pela pena de prisão, que passou a ser a sanção penal por excelência no sistema punitivo, inclusive nos tempos atuais. Contudo, tal substituição ocorreu gradualmente. No primeiro momento, ver-se-á que a prisão foi motivada por razões socioeconômicas e não tinha natureza de pena, tal como compreendida atualmente. Posteriormente, por razões humanitárias, a prisão foi instituída como pena, pois dava ao preso a possibilidade de se penitenciar e, por consequência, de regenerar-se como na prisão eclesiástica. Assim, em busca desta penitência, estabeleceram-se os sistemas penitenciários, locais em que se abrigariam os presos, mediante normas que trouxessem regeneração desses detentos. Não obstante, ver-se-á que os sistemas penitenciários não lograram êxito, de maneira que o discurso político-criminal moderno valesse da utilização da pena privativa de liberdade como exceção, apesar da prisão ser o eixo principal das penas.

2.1 Origem e evolução da prisão

A prisão, inicialmente, não tinha natureza de pena-castigo, e sim possuía caráter acautelatório como o de guardar o réu ou o condenado como forma de preservá-lo do julgamento ou da execução.¹

Na idade média, além da pena-custódia, surgiu a pena eclesiástica pela Igreja Católica, que, com o intuito de purgar seus monges dos pecados, fez uso da prisão, na medida em que recolhia e isolava os religiosos em celas, para uma melhor reflexão dos seus atos “pecaminosos”.

Na idade moderna, diante da crise socioeconômica que abalou a Europa e que resultou no grande número de pessoas extremamente pobres, as quais se dedicavam à mendicância ou à prática de atos delituosos para sobreviverem, fez-se necessário estabelecer nova política criminal para conter o crescimento e a ação deste grupo. Neste contexto, o clero inglês pediu

¹ LEAL, César Barros. **Prisão crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.31. Ainda, conforme César Leal, na Grécia era costume encarcerar os devedores para garantir a presença no dia do julgamento.

auxílio ao Rei de Londres, que autorizou a utilização do castelo de Bridwell para que ali fossem recolhidas as pessoas vadias, os ociosos, os ladrões e os praticantes de pequenos delitos com o objetivo de serem disciplinados.

Em pouco tempo, foram criados outros “*bridwells*” ou, como era denominada, *houses of correction*, as quais logo ganharam respaldo legal, pois, em 1575, surgiu a primeira lei a fazer menção a essas casas de correção, preconizando que elas significavam “sanção para os vagabundos e o alívio para os pobres.”² Similares a estas casas de correção surgiram as casas de trabalho (*workhouses*), sendo a primeira inaugurada em 1697, na cidade de Bristol, na Inglaterra.³ Introduzidas na Inglaterra, estas casas de correção e trabalho rapidamente se espalharam por toda a Europa. Em Amsterdã, em 1596, fundou-se uma casa de correção para homens; em 1597, para mulheres; e, em 1600, para jovens.⁴

Em 1667, em Florença, foi fundado o *Hospício de San Felipe Néri* para correção de crianças e jovens “desregrados”.⁵ Na França, em 1656, houve a primeira instituição para vagabundos e mendigos.⁶ Em Roma, foi fundada a *Casa de Correção de São Miguel*,⁷ em 1703, para disciplinar, por meio do trabalho, isolamento e disciplina, os jovens delinquentes.⁸

No Brasil, a finalidade da prisão não foi tratada de modo diferente. Inicialmente, a primeira cadeia construída na província de São Paulo, entre os anos 1784 a 1788, destinou-se a recolher criminosos, inclusive escravos, para aguardar a execução de suas penas.⁹ Posteriormente, diante do reflexo das ideias iluministas, que foram adotadas na Constituição imperial, o Código criminal de 1830 estabeleceu a prisão simples e a prisão com trabalho¹⁰ como pena, de maneira que as províncias passaram a ter o direito de construir as suas casas de prisão ou correção.

² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.17.

³ VALDÉS, Carlos Garcia apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.17.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.17.

⁵ GUZMAN, Luis Garrido apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.19.

⁶ MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.26.

⁷ LUZ, Orandyr Teixeira Luz. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000. p.07.

⁸ Diante do funcionamento destas casas de correção e trabalho, estava implantado o modelo da pena privativa de liberdade bem como do sistema penitenciário que foi inaugurado através do sistema pensilvânico e arbutiano, concebido inicialmente na Filadélfia e em Nova York, respectivamente, nos anos de 1776 e 1816 de que trataremos neste capítulo.

⁹ GARBELINI, Sandra Mara. Arquitetura prisional, a construção de penitenciárias e a devida execução penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, n.1, v.18, p.145-159, jan./jun.2005. p.150.

¹⁰ Consoante art. 46 e 47 do Código Imperial.

Assim, iniciou-se a construção dos primeiros estabelecimentos correicionais. Em 1833, o governo regente determina a construção da Casa de Correção do Rio de Janeiro e, somente em 1850, embora inacabada, a prisão foi inaugurada.¹¹ Em sequência, em 1852, foi inaugurada, apesar de não concluída, a “Casa de Correção” em São Paulo.¹²

Todavia, segundo Salla¹³, as Casas de Correções não atingiram seus objetivos. A de São Paulo, por exemplo, não se destinava somente a receber os condenados à prisão com trabalho, mas também negros africanos, menores, presos pela polícia, além de escravos fugitivos que ficavam em outra dependência. Ainda, conforme Salla¹⁴, a situação ficou mais precária quando os presos da Cadeia foram transferidos para a Casa de Correção, fazendo com que condenados à prisão simples ficassem juntos com condenados à prisão com trabalhos, restando prejudicial que fossem desenvolvidas as funções da prisão inicialmente previstas na casa de correção.

Outrossim, em relação às Cadeias, local onde se cumpriam as prisões simples, a situação era deplorável, embora a Constituição de 1824 prescrevesse, em seu Art. 79, Parágrafo 21, que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme as circunstâncias e a natureza dos seus crimes”, não houve alteração nas estruturas físicas ou higiênicas das cadeias após a Constituição. Com efeito, a referida Cadeia de São Paulo passava por estas condições subumanas: falta de limpeza, escuridão, mistura dos presos condenados com doentes mentais ou pessoas recolhidas pela polícia, péssima alimentação, doença, arbitrariedade dos carcereiros, falta de segurança na prisão.¹⁵ Na mesma ambiência, eram as cadeias do Rio de Janeiro:

Somente direi que é quase um subterrâneo, de onde exala um ar úmido e fétido; quanto às suas condições de solidez, são as piores possíveis, estando os presos ameaçados de ficarem soterrados com o desabamento do prédio em que funciona a Câmara Municipal, que fica por cima da cadeia, o qual está tão velho e carcomido que uma de suas janelas desabou. E quanto aos ‘desgraçados que são obrigados a permanecer neste lugar por mais de oito dias, nota-se alteração de sua saúde, e

¹¹ CORRIGINDO os desviantes: A construção do sistema prisional no Brasil – uma perspectiva comparativa - Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, século XIX. Disponível em: <<http://www.labhstc.br/pdf2007/15.15.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2007.

¹² SALLA, Fernando. Breves notas para a história do encarceramento em São Paulo – A penitenciária do Estado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, ano 5, v. 20, p.293-302, out./dez. 1997. p.294.

¹³ Ibid., p.294.

¹⁴ Ibid., p.294. Segundo Salla, o Presidente Campos Sales, em mensagem ao Congresso Legislativo, em 1897 fez referência a situação precária das prisões como “bem longe de corresponder à mais medíocre das aspirações. Justas reclamações surgem de todos os pontos, a começar da própria capital, onde a Cadeia e a Penitenciária são de uma insuficiência deplorável. Estuda-se um plano geral, tendo em vista satisfazer as necessidades de caráter mais urgente”. SALLA, Fernando, op. cit., 1997. p.295.

¹⁵ SALLA, Fernando, op. cit., 1997. p.294.

maceramento do seu rosto indica a umidade e a falta de ar puro do lugar em que tem permanecido.’¹⁶

A cadeia desta vila, cujo edifício serve também de quartel ao destacamento policial, acha-se quase em ruínas. As prisões, que são dois quartos pequeníssimos, sendo um completamente arruinado e abandonado, e o outro também em péssimo estado, sem ar, sem luz, sem condição alguma higiênica ou de segurança, cujas paredes exteriores feitas de barro e madeira apodrecidas têm sido várias vezes arrombadas pelos presos com a intenção de se evadirem; e de fato, no correr deste ano, se evadiram os presos Eugênio Alves de Silva e José Lino de Andrade, forçando a porta da prisão, que também nenhuma segurança tem. A falta de asseio nesta prisão que mede apenas 36 metros cúbicos, e onde se acham atualmente quatro homens respirando um ar insuficientíssimo e viciado, não pela aglomeração de tantos indivíduos em tão pequeno espaço, como também pela contínua emanção de imundícies ali acumuladas.¹⁷

Estas condições inóspitas não existiam somente no Brasil. Além de Beccaria, também o filósofo inglês John Howard, autor da obra *O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales*, insurgiu-se contra esta estrutura nas Cadeias da Europa e não aceitava que, para a privação de liberdade, fosse necessário passar por sofrimento desumano, como fome, doença, ou qualquer tipo de miséria. Howard defendeu ideias sobre a necessidade de um local apropriado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, um estabelecimento em que as mínimas necessidades do preso fossem respeitadas, onde a condição humana deste fosse observada, ou seja, desde as estruturas físicas até a escolha dos carcereiros deveriam ser voltadas para humanizar as prisões.¹⁸

Ainda quanto à estrutura do local da prisão, cabe citar Jeremy Bentham que, embora tenha protestado, também, contra as misérias das prisões inglesas, destacou-se pela necessidade de uma arquitetura específica para o alojamento dos presos no sentido de que houvesse maior segurança e controle do estabelecimento penal. Neste contexto, criou o “panóptico”, que consiste num estabelecimento circular onde os presos pudessem ser vistos de uma torre central, sem que soubessem que estavam sendo observados.

¹⁶ Relatório de um Promotor Público apresentado em 1896 acerca da Cadeia do Carmo - RJ apud ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A situação da Justiça Penal no Brasil do século XIX. **RBCCRIM**, n.66, 2007. p.146.

¹⁷ Relatório de um Promotor Público acerca da Cadeia em Sumidouro – RJ apud ALBUQUERQUE, Roberto Chacon, op. cit., 2007. p.149.

¹⁸ Quanto à fiscalização dos presos, Howard entendia que seria melhor que fosse concentrada na pessoa de magistrados, ou seja, numa pessoa que falasse com os presos, ouvisse suas reclamações e atendesse petições consideradas justas. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.45. Além disso, Howard defendeu a separação dos condenados dos processados, e a separação de pessoas do sexo masculino e do feminino. “A obra de Howard apresenta todo um programa de idéias que hoje constitui em grande parte o núcleo dos sistemas penitenciários vigentes. Com ele nasce a corrente penitenciária que revolucionaria o mundo das prisões, tornando-as mais humanas e dotando a execução penal de um fim reformador.” GUZMAN, Luis Garrido apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.45.

Assim, estavam lançadas as ideias para a instalação de um estabelecimento próprio para que os presos pudessem, sem perder sua condição humana, cumprir suas penas. Mas, as prisões não deveriam se afastar de sua finalidade preventiva, que era fazer com que o preso se arrependesse dos seus atos criminosos. Para tal fim, buscou-se no primeiro momento inspiração na prisão eclesiástica: A Igreja isolava os religiosos para que, por meio de reflexão, houvesse a penitência dos seus pecados.¹⁹ Desta forma, o local onde os presos iriam cumprir sua pena deveria ser caracterizado pelo isolamento.²⁰ Daí resultou aos estabelecimentos punitivos o nome de penitenciária.

2.2 Desenvolvimento do sistema penitenciário

Em 1790, nascia, na Filadélfia, o primeiro sistema penitenciário, conhecido por pensilvânico, filadélfico, celular ou confinamento solitário. Conforme já foi mencionado, o objetivo principal deste sistema consistia em estimular o sentenciado ao arrependimento, de maneira que se caracterizava pelo isolamento na cela, silêncio absoluto do preso e leitura bíblica diária.

Segundo Barros Leal²¹, o confinamento era em cela individual nua de tamanho reduzido, nos três turnos, sem atividades laborais, sem visitas, em que se perseguia o arrependimento com base na leitura da bíblia, como nos penitenciários da igreja. Acerca deste sistema, João Farias Júnior teceu as seguintes características:

a) o condenado chegava na prisão, tomava banho, era examinado pelo médico, após vendados os seus olhos, vestiam-lhe uniforme; b) encaminhado à presença do diretor onde recebia as instruções sobre a disciplina da prisão; c) em seguida era levado à cela, desvendados os olhos, permanecendo na mais absoluta solidão, dia e noite, sem cama, banco ou assento, com direito ao estritamente necessário para suportar a vida. Muitos se suicidavam. Outros ficavam loucos ou adoeciam; d) o nome era substituído por número, apostado no alto da porta e no uniforme; e) a comida era fornecida uma vez por dia, só pela manhã; f) era proibido ver, ouvir ou falar com

¹⁹ “[...] a igreja, não admitindo entre as suas penas, a de morte, teve, desde tempos remotos, locais de recolhimento para quem desejava aperfeiçoar-se, neles se retirando a fim de fazer penitência [...], eram esses os penitenciários, de cuja evolução resultariam as prisões para cumprimento de pena, as penitenciárias, denominação essa que foi adotada pela justiça secular (ou laica) quando adotou a privação de liberdade, como recolhimento a estabelecimento adequado, como pena”. MIOTTO, Armida Bergamini, op. cit., 1992. p.25.

²⁰ Nesse sentido, a idéia do isolamento foi defendida por Jonh Howard, que entendia que o isolamento favorece a reflexão e arrependimento, sobretudo mediante a religião que era o meio mais adequado para instruir e moralizar. Além do isolamento propiciar a reflexão, Howard defendia que o contato com outros presos poderia trazer promiscuidade de maneira que era necessário que o preso dormisse sozinho, já que durante o dia era difícil manter o isolamento. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.41-42.

²¹ LEAL, César Barros, op. cit., 1998. p.33.

alguém; g) a ociosidade era completa; h) o estabelecimento penitenciário de forma radial, com muros altos e torres distribuídas em seu contorno, tinha regime celular.²²

A ideia central do sistema pensilvânico, que era o isolamento, foi submetida a diversas críticas, não somente pela ineficácia de sua pretensa finalidade: a reparação dos condenados, mas, sobretudo, pela crueldade das prisões. Segundo Barros Leal, algumas pessoas qualificavam este sistema como “morte em vida.”²³ Acerca deste sofrimento, Bitencourt cita Von Henting, que descreve uma visita feita por Charles Dickens à Eastern Penitentiary:

A Eastern Penitentiary recebeu, em 1842, um célebre visitante. Não era somente um jurista, pois em toda sua vida se havia interessado pelo delito e o delinqüente. Ao contrário de outros visitantes, foi de cela em cela. Colocado em um ponto de confluência das galerias, ficou aterrorizado diante do silêncio que outros haviam admirado tanto. Ruídos apagados procedentes da cela de um sapateiro ou de um tecelão e que atravessavam as grossas paredes e as portas tornavam o silêncio ainda mais deprimente. Põem no preso uma carapuça escura quando ingressa na prisão. Desse modo levam-no à sua cela, de onde não sairá mais até que se extinga a pena. Jamais ouve falar da mulher ou dos filhos, do lar ou dos amigos, da vida ou da morte que estão além do seu caminho. Além do vigilante não vem em vida, e só com o transcurso lento dos que não poderá voltar novamente à luz. As únicas coisas vivas ao seu redor são um estado angustiante, torturante e um imenso desespero.²⁴

Segundo Bitencourt, Lewis afirma que Dickens considerou que o isolamento consistia na pior tortura, com efeitos mais penosos que qualquer outro castigo físico, porém sem que seus resultados aparecessem no corpo do condenado.²⁵ Assim, foi justamente este isolamento absoluto que fez com que esse sistema penitenciário recebesse críticas e fosse modificado, surgindo, daí, o sistema auburniano. Com efeito, em 1816, no Estado de Nova Iorque, na cidade de Auburn, deu-se início à construção de uma penitenciária que buscava se diferenciar do sistema pensilvânico ao retirar o isolamento total, ou seja, dia e noite, e impor, somente, o isolamento noturno. Mas a característica principal residia no silêncio entre os presos, que por conviverem juntos recebiam duro regime disciplinar.²⁶

O sistema auburniano estava assentado a concepção de que o trabalho do preso tem fim de reabilitá-lo à vida social.²⁷ Todavia, não era somente esta função pedagógica que se objetivava com o trabalho do preso, a situação econômica da época enxergava razões positivas para acolher a atividade laboral na prisão uma vez que nela a produção tinha

²² FARIAS JÚNIOR, João apud LUZ, Orandir Teixeira, op. cit., 2000. p.12.

²³ LEAL, César Barros, op. cit., 1998. p.33.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.63-64.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.64.

²⁶ LEAL, César Barros, op. cit., 1998. p.34.

²⁷ TORRENS, Laertes de Macedo. **Estudos sobre execução penal**. São Paulo: SOGE, 2000. p.56.

menores custos em relação ao trabalho livre. Porém, segundo Bitencourt, ao citar Von Hentig, o trabalho na prisão logo foi contestado pelos trabalhadores livres. Veja-se:

Foi na prisão de Sing-Sing, inaugurada em 1827 que surgiram os conflitos mais graves entre sindicatos e autoridades penitenciárias. Além dos argumentos de caráter econômico, os operários consideravam que, ensinando um ofício ou técnica de trabalho aos presos, poder-se-ia incorporá-los às fábricas, e essa circunstância desvalorizaria aquele ofício aos olhos dos demais trabalhadores. Não se sentiriam à vontade ao lado de ex-prisioneiro.²⁸

Bitencourt, citando Hentig, mostra, ainda, que a organização dos trabalhadores resultou no protesto contra o trabalho da prisão:

A comunidade posicionou-se em favor dos operários e um abaixo-assinado para suprimir o trabalho nas prisões recebeu 200.000 assinaturas. A produtividade econômica do estabelecimento (Sing-Sing) foi a razão da sua perdição. Colocou-se como pretexto que cidadãos decentes não queriam trabalhar com ex-condenados. O egoísmo desenfreado, longe de pensar no bem comum, colocou os fins superiores do Estado em segundo plano.²⁹

Não foi somente o trabalho que restou fracassado no sistema auburniano, mas também a imposição de silêncio absoluto aos presos, dentro de um sistema coletivo, que exigia grande rigor na disciplina. Para Melossi, os reclusos não tinham liberdade nem para caminhar, a não ser em fila indiana, com os pés acorrentados; ao toque de campainha saíam das celas. Trabalhavam em filas, sentados em longos bancos. A monotonia tornava o ambiente fúnebre.³⁰

Assim, a rigidez do sistema auburniano e a ineficácia dos propósitos ressocializadores deste sistema e do pensilvânico fizeram com que surgisse outro sistema penitenciário: o progressivo, que, sem abandonar o trabalho e o isolamento, valorizava o senso de responsabilidade do preso para conceder sua liberdade antes do término da pena. Com efeito, o sistema progressivo não se caracterizou somente por introduzir mudanças no cumprimento da pena, mas se constituiu uma inovação no sistema penitenciário na medida em que abandonou os rigores dos sistemas auburniano e pensilvânico e flexibilizou a disciplina dos condenados, dando-lhes liberdade, possibilitando-lhes inclusive a saída antecipada de acordo com o comportamento do apenado.

²⁸ HENTIG, Hans Von apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.74-75.

²⁹ HENTIG, Hans Von apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.75.

³⁰ MELOSSI, Dario apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.77.

Segundo a doutrina, três foram as modalidades inaugurais de destaque do sistema progressivo: sistema montesinos, sistema de marca e sistema irlandês. O sistema de Montesinos instalou-se em 1835, na Espanha, e caracterizou-se essencialmente pelo respeito à pessoa do preso, seja pelo abandono dos castigos ou maus tratos no cumprimento da pena, seja pela estimulação da relação de confiança através da liberdade e do exercício da autoconsciência.

Segundo Bitencourt³¹, o sistema Montesinos trouxe as seguintes inovações: a) não pactuava com o regime celular, porquanto entendia que o isolamento não ressocializava o preso, da mesma forma entendia que a incomunicabilidade poderia desembocar na loucura ou no suicídio; b) entendia ser necessário separar os presos que tivessem comportamentos de periculosidade em grupos para uma melhor recuperação; c) impôs liberdade condicional aos presos, pois, segundo Bitencourt, foi Montesinos quem introduziu o sistema de reduzir a pena em 1/3 em recompensa à boa conduta do preso; d) pôs em prática ideias para uma prisão aberta à medida que não exigiu “segurança”, como principal meio de deter os presos nas prisões.

Quanto ao sistema de marca, conhecido por sistema de vales, introduzido na Inglaterra, em 1840, consistiu, essencialmente, em considerar o bom comportamento do preso, através de sua conduta e trabalho, para que reduzisse a duração da pena imposta na sentença. Segundo Pimentel³², a gravidade e as circunstâncias do delito eram levadas em conta na duração da pena e para tanto recebia marcas ou vales se obtivesse o bom comportamento e perdia pontos quando seu comportamento não era adequado. Segundo Barros Leal, este sistema era dividido em três fases: na primeira, o preso ficava isolado o dia todo, por um período curto; na segunda, o isolamento era à noite e, durante o dia, o trabalho era obrigatório; e, na terceira, tinha o sistema de vale para que pudesse angariar a liberdade condicional.³³

Por fim, em 1854, criou-se o sistema progressivo irlandês, que consistia em uma adaptação do período de marcas com regras de aperfeiçoamento. Caracterizava-se essencialmente por conceder trabalho externo ao preso antes do período do livramento condicional. Segundo Pimentel³⁴, este sistema dividia-se em quatro períodos de acordo com os “vales” merecidos.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.93.

³² PIMENTEL, Pedro Manoel. **Execução da pena** (Jurisprudência brasileira criminal, 20. série). Curitiba: Juruá, 1988. p.13.

³³ LEAL, César Barros, op. cit., 1998. p.35.

³⁴ PIMENTEL, Pedro Manoel, op. cit., 1988. p.14.

No primeiro momento, o preso ficava na cela; depois, no segundo, passava a ficar isolado somente no período noturno; já no terceiro, o trabalho era comum e os presos exerciam algum trabalho fora da prisão, como se fossem trabalhadores livres; e, por último, no período da liberdade provisória, se o prisioneiro tivesse um bom comportamento, a liberdade seria definitiva.

Em relação ao Brasil, o sistema progressivo foi adotado somente no Código Penal de 1940.³⁵ Este sistema consistia, inicialmente, em um período de reclusão de três meses, chamado período de prova. No segundo momento, o trabalho em comum era obrigatório, bem como o isolamento à noite. Posteriormente, no terceiro período, o preso era encaminhado à colônia penal ou estabelecimento similar. Por fim, depois de cumpridas todas essas fases, o preso tinha o direito ao livramento condicional.³⁶

A Lei nº 6.416/77, ao trazer algumas modificações ao código de 1940, manteve o sistema progressivo, introduzindo os regimes fechado, semiaberto e aberto. Outrossim, em relação àqueles três primeiros meses de isolamento, exigiu-se que houvesse “atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade.”³⁷ Aqui, como esclareceu o Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ao relatar o projeto que se transformou nesta Lei, esta alteração consiste na “observação do recluso far-se-á através das atividades aconselhadas pela pedagogia penitenciária – exame criminológico, atividades educativas, seções coletivas de educação física – sob o método e a disciplina que lhes impuser a legislação local.”³⁸

Essa Lei trouxe profundas transformações ao sistema progressivo, uma vez que já não se caracterizava pelo isolamento, trabalho e livramento condicional, fases até então consideradas ideais para “regeneração” do preso. Com efeito, os regimes aberto e semiaberto prescindiam de tal isolamento, o que leva à conclusão de que o isolamento é ineficaz na sua regeneração.

A introdução de regime aberto e semiaberto era o indicador de que velhos conceitos deveriam ser mudados. Na verdade, fazia-se necessário, tentar, noutra sistemática, a

³⁵ Verifica-se que somente depois de passado quase um século da introdução do sistema progressivo na Europa, foi que o Brasil introduziu no seu sistema normativo, o que poderia ter feito, ainda, no código penal de 1890. Mas, tal fato justifica-se pela situação socioeconômica da época, pois sendo, em 1888, a abolição da escravidão, o mercado não conseguiria absorver a mão de obra dos ex-escravos.

³⁶ Consoante art., 30, caput e § 1º, 5º e 6º e art. 60 do CP.

³⁷ Com essa Lei, o art. 30 do CP de 1940 passou a ter a seguinte redação: “O período inicial, do cumprimento da pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade”.

³⁸ JESUS, Damásio E. de. **O novo sistema penal**. Interpretação e aplicação da Lei nº 6.416/77. São Paulo: Saraiva, 1977. p.62-63.

humanização da execução da pena privativa de liberdade. Com efeito, foi nesta perspectiva que o sistema progressivo foi mantido na reforma do Código Penal de 1984, com base na Lei nº 7.209/84. Não é outro o teor do item 35 da exposição de motivos do projeto, que se converteu na Lei que alterou o Código Penal:

A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto sistema progressivo do cumprimento da pena de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo o seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcela da liberdade suprimida.

A humanização da pena privativa de liberdade não passa somente pelo sistema penitenciário: o novo contexto humanitário considera que a pena privativa de liberdade possui uma grande carga aflitiva, seja pelas condições estruturais do cárcere, seja pela ineficácia na sua função ‘regeneradora’, de maneira que a prisão deve ser usada, excepcionalmente, nos casos de estrita necessidade. Neste sentido, a exposição de motivos, no seu item 26 e 27, do Projeto de Lei supramencionado, preconiza:

Item 26 - Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez mais no cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou concordar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago aos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Item 27 - As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

Neste novo paradigma de humanização, a reforma penal de 1984 instituiu as penas restritivas de direitos, ficando a pena privativa de liberdade para os crimes mais graves ou para os criminosos mais perigosos. Outrossim, quanto aos efeitos de caráter criminógeno³⁹ proveniente da prisão, o legislador de 1984, com base na Lei de Execução Penal, assumiu o

³⁹ A prisão como fator criminógeno significa que a prisão é um estímulo para a delinquência. Segundo Bitencourt, estes fatores podem ser divididos em materiais – pelas péssimas condições físicas e de instalação na prisão; fatores psicológicos no sentido de que a prisão dissimula a mente e por fim, fatores sociais em que a prisão causa uma desadaptação ao preso de maneira que ele não consegue se reinserir na sociedade. BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004, p.158-159.

compromisso de eliminá-los à medida que afirmou, no Art. 10 desta Lei, que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”⁴⁰

Ressalte-se, ainda, que o objetivo dessa Lei de Execução vai mais além: minimizar, como um todo, os efeitos da prisonização⁴¹, na medida em que dispôs, em seu art. 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”. Neste sentido de reinserção social ou ressocialização, essa Lei assegurou diversos direitos ao preso para que fossem usufruídos durante a execução da pena, mesmo que privado de sua liberdade de locomoção.

Essa nova sistemática político-criminal da pena privativa de liberdade foi consolidada na Constituição Federal de 1988, que, fundamentada na dignidade da pessoa humana, trouxe um vasto elenco de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se insere o direito à proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante. Em face do disposto, no art. 5º, no par. 2º, da Constituição Federal, o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que, a par de inúmeras garantias, consagram o direito à liberdade e integridade, honra e dignidade.

⁴⁰ Esse objetivo da Lei de Execução Penal tem consonância com o n° 58 das “Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros”: “O fim e a justificação de uma pena de prisão ou de qualquer medida privativa de liberdade é, em última instância, proteger a sociedade contra o crime. Este fim somente pode ser atingido se o tempo de prisão for aproveitado para assegurar, tanto quanto possível, que depois do seu regresso à sociedade o delinqüente não apenas queira respeitar a lei e se auto-sustentar, mas também que seja capaz de fazê-lo.” Estas “Regras Mínimas” foram adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinqüentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovada pelo Conselho Econômico e Social da ONU, através da Resolução 663CI(XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela Resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Conforme pesquisa: REGRAS mínimas. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>. Acesso em: 30 set. 2007. Na verdade, em 1930 foi apresentado em Praga, um documento contendo 55 regras sobre diversos direitos dos presos. Este documento conhecido por “Regras Mínimas” constitui um dos mais importantes documentos da área penitenciária, ou seja, “a declaração universal dos direitos dos presos”. FRAGOSO, Heleno et al. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.70.

⁴¹ A prisonização corresponde à assimilação dos padrões vigorantes na prisão estabelecidos pelos internos mais endurecidos, mais persistentes. Ou seja, adquirir, em regra, as qualificações e atitude do criminoso habitual. CLEMER, Donald apud THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.23.

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUAS DIRETRIZES: O DIREITO DE PUNIR EM PERSPECTIVA HUMANITÁRIA

Não se pode discorrer sobre a relação da Constituição com a pena privativa de liberdade sem antes conhecer as diretrizes contidas nesta Carta Política sobre o direito penal, ao acolher o princípio do Estado Democrático de Direito. Sabe-se que, na busca de um direito penal humanitário, não basta acolher o princípio da legalidade e das penas e prescrever a proibição de sanções cruéis. Também, não basta reconhecer ao preso sua dignidade humana e oportunizá-lo a uma 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 é o *quantum* necessário para que a pena privativa de liberdade cumpra sua função, seja no caráter preventivo feito 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. Neste 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.

3.1 O Estado Democrático de Direito no contexto penal

O Estado de Direito, na acepção de um governo submisso às leis, está atrelado à origem do Constitucionalismo, no século XVIII¹, como fruto dos ideais iluministas e da Revolução Francesa. Até então o império das leis constituía um instrumento de dominação do Rei com os súditos, na medida em que protegia somente os interesses da monarquia.

¹ Inicialmente, cumpre mencionar que o Estado de direito – Império das leis – remonta à antiguidade clássica, onde Platão e Aristóteles já discutiam a superioridade do governo das leis sobre os homens. Segundo Bobbio, no Capítulo destinado “*governo dos homens ou governo das leis*”, as discussões ocorriam no tocante ao modo de governar, porquanto questionavam se o bom governo decorria da bondade dos governantes, porque estes governam segundo as leis ou porque as leis são boas em decorrência da sabedoria dos governantes. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 152.

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 amplo, à proporção 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 que, na tentativa de derrubar o poder absolutista, trazia consigo as ideias do pensamento liberal, segundo as quais não competir ao Estado intervir nos direitos inatos dos indivíduos, e sim protegê-los. Neste 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.”²

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 através de lei, resultando, assim, no aforismo *nulum crime e nulla poena, sine previa 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 direito subjetivo pertencente ao cidadão e ao Estado.³ As penas, por seu turno, foram concebidas dentro da legalidade e ingressaram no processo de humanização, além de buscarem proporcionalidade frente ao delito.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p.353.

³ 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”. PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a criminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. p.39.

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, o qual 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 conter em seu texto normas protegendo direitos pertinentes 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 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 contra a recessão econômica aos 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 facilitava a acumulação rápida de capital.

Dentro deste contexto, teve-se perda de garantias já conquistadas. No aspecto penal, a experiência russa trouxe a supressão do princípio da legalidade. 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.”⁴ 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 idéia fundamental de uma lei penal e o sã sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei, em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental.⁵

Diante do regime totalitário, mais uma vez era necessário pôr freios nas atrocidades perpetradas contra os direitos do homem no que retornou à ideia do homem como detentor dos direitos naturais. O documento primeiro que condensou este novo pensamento trata-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948.

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 procurou trazer limitações ao poder punitivo trazendo de volta o princípio da legalidade: “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.”⁶

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

⁴ Conforme LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003. p.21.

⁵ Conforme FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, op. cit., 2005. p.71.

⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Art. 11, § 2º. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 04 out. 2007.

no seu art. 103, II.⁷ 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 novel Estado de direito, ao incorporar os direitos fundamentais, visa a 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 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 que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade humana.”⁸

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 Dias aduz que:

ao direito penal não deve caber uma *função promocional* que o transforme, de direito - que historicamente sempre terá sido, mas que pelo menos seguramente o foi a partir da época das Luzes - de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em *instrumento de governo da sociedade*. Uma 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.⁹

Na verdade, justifica-se a adoção da subsidiariedade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, dado 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 em 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

⁷ LUISI, Luis, op. cit., 2003. p.21.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.120.

⁹ DIAS, Jorge Figueiredo, op. cit., 1999. p.73.

medidas protetoras do ordenamento jurídico se revelarem ineficazes à proteção daqueles bens essenciais ao disciplinamento da vida do homem na sociedade.¹⁰

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 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.¹¹

A menção da Constituição, através 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.¹²

¹⁰ “E aqui entremostra-se 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”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.14.

¹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 34.

¹² 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, como 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 determinavel eram protegidos por normas penais”. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradeiz, Lisboa: Vega universidade, [s.d.] p.57-66. 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 temos 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”. Ibid., p.30.

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, faz-se necessário somente a proteção penal contra as lesões mais graves a estes bens, ou seja, condutas de escassa significância não devem ser criminalizadas. Tal limitação reside naturalmente no fato de que o Direito Penal possui a sanção mais aflictiva do ordenamento jurídico, no que tornaria desproporcional a punição ao fato insignificante e, por consequência, o excesso da pena violaria a dignidade do homem, pilastra 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.

3.1.1 Da necessidade da aplicação da proporcionalidade entre crime e sanção penal

Já foi exposto que Beccaria fez menção à necessidade de se impor penas proporcionais ao delito, para que não se aplicassem penas grandes a delitos pequenos. Este italiano afirmou, inclusive, que a pena tem que ser proporcional ao dano causado pela prática do crime. O equilíbrio entre estes vetores seria necessário para que o legislador pudesse mensurar, por exemplo, a integridade física e tornar uma sanção adequada à violação deste bem. Na doutrina atual, a necessidade de sopesar tais valores é fundamentada no princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade¹³, 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

¹³ Remontando um pouco o seu nascedouro, a doutrina aponta que surgiu, no Direito Administrativo prussiano, especificamente sobre os limites do exercício do poder de polícia, quando, em sua jurisprudência se questionava “se as decisões de Polícia eram necessárias”. FROMONT, Michel *apud* MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p.78. Guerra Filho aduz que a propositura acerca de sua aplicação deu-se em 1791, numa conferência proferida diante do Rei da Prússia, Friederich Wilhelm. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p.76. Suarez propõe como princípio fundamental do Direito Público “que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos” SUAREZ, Carl Gottlieb *apud* GUERRA FILHO, op. cit., 2000. p.76. O referido autor narra também que em 1802, Von Berg emprega o termo *verhältnismässig*, “proporcional”, ao verificar a possível limitação de liberdade na atividade policial, referindo-o à indenização que a vítima tinha sofrido pelo prejuízo. Ainda, continua o autor, que Wolzendorff, com apoio de Otto Mayer, denomina de ‘princípio da proporcionalidade’ como a ‘proposição de validade geral’ a qual “veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade”. GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., 2000. p.77. Aqui, impende ressaltar que a idéia primitiva do termo “polícia” abrangia toda atividade estatal, incluído na própria noção Estado de direito, vez que através deste, qualquer restrição aos bens jurídicos deve guardar proporção com a finalidade a ser alcançada.

particulariza a relação norma-indivíduo, fazendo com que se encontre a verdadeira finalidade da norma. Sobre sua relevância, Paulo Bonavides assevera:

o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.¹⁴

E continua:

a adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido.

Acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro, Bonavides afirma que, embora não se encontre expresso na Constituição Federal, constitui uma das normas fundamentais, dada a força normativa dos princípios. Veja-se:

A ele não poderia ficar estranho, pois o Direito Constitucional Brasileiro, sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do estado ao legislar sobre matéria que atinge direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente da sua normatividade.¹⁵

E acrescenta:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o par. 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou expressada direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.¹⁶

Sendo inegável sua referência constitucional, considera-se necessário discorrer sobre sua aplicação no contexto punitivo para que a dureza da pena deva guardar proporcionalidade com a gravidade do crime, seja no momento da cominação das penas pelo legislador, seja quando o juiz aplica a pena no caso concreto, não devendo descurar, em ambos os casos, de analisar se o objetivo perseguido pela sanção estaria sendo alcançado.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.362.

¹⁵ Ibid., 2002. p.396.

¹⁶ Ibid., 2002. p.396. O referido autor, afirma, também, que no texto constitucional encontram-se vários dispositivos esparsos, tais como: art. 5º, V, X, XXV; art. 7º, IV, V, e XXI; art. 36. § 3º; art. 37, § 4º, conforme dedução lógica trazida pelo seu conceito. Ibid., 2002. p.395.

A finalidade da pena está delimitada pelo modelo de estado adotado, que, sendo o Estado Democrático de Direito, tem-se por intrínseca a necessidade de se buscar limites na imposição da pena. Ainda que se busque a prevenção dos delitos¹⁷, reconhece-se o sofrimento causado pela essência retributiva da pena. Neste contexto, já foi abordado que, dado o efeito penoso da sanção penal, o direito penal somente deve agir quando outros ramos do ordenamento jurídico se revelaram ineficazes, no que se vê que a pena não é utilizada como uma compensação da violação da lei. No aspecto preventivo da pena, a aplicação do princípio da proporcionalidade se faz necessária para que este fim possa ser alcançado, sem, contudo, violar direitos do Estado Democrático. Assim, a proporcionalidade consiste:

no meio empregado pelo legislador que deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado/ é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um ou outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.¹⁸

Aqui, embora esse princípio tenha como destinatário o legislador, deve ser aplicado também ao magistrado, porquanto, na cominação ou na aplicação da sanção penal para que esta atinja o seu efeito dissuasório à sociedade ou ao criminoso na proteção do bem jurídico penal, deve-se, primeiramente, examinar que tipo de pena (pena de prisão, ou pena pecuniária, ou pena restritiva de direito) seria capaz de inibir a violação daquele bem. Caso haja a escolha pela pena de prisão, o referido princípio também deve ser aplicado para que o *quantum* da pena estabelecido seja necessário para atingir aquela finalidade. Ainda, nesta perspectiva, deve-se ter como parâmetro o direito fundamental afetado, ou seja, o direito à liberdade para que haja uma ponderação entre este direito e o fim a ser alcançado.

Verifica-se que o juízo de ponderação entre o direito de liberdade física e a finalidade da pena faz-se necessário, ou seja, exige-se que, na relação meio-fim, haja uma reciprocidade, pois, do contrário, os anos de prisão, por exemplo, diante de uma crescente criminalidade, poderiam, em nome da prevenção, serem perpetuados no tempo, e com isto violar a condição

¹⁷ Em nota de rodapé, ao tratar de Beccaria, mencionou-se que existem várias concepções teóricas sobre a função da pena: teoria da retribuição, prevenção geral e especial e a ressocializadora. Atualmente, com os desenvolvimentos desta teoria, particularizou-se sua aplicação. Por exemplo, no momento em que o legislador prescreve pode ser vista no caráter de prevenção geral e no momento em que a pena é aplicada pelo magistrado pode ter a finalidade de prevenção especial e, na execução penal, função ressocializadora. ROXIN, Claus, op. cit., [s.d.], p.32-40. Outrossim, impende ressaltar que a teoria preventiva nos resta como opção, seja na cominação em abstrato no que se destina à comunidade em geral, quando o legislador cria crime, seja quando aplicada ao delinquente pelo juiz para que não venha reincidir no crime. Neste último aspecto, o Código Penal é expresso, no seu art. 59 em que a pena aplicada deve ser para a prevenção do crime.

¹⁸ Este conceito foi extraído em 1971, em um julgamento feito pela Corte Alemã, onde se questionava sobre armazenamento de petróleo. BverfGE, 30, 292 (316) apud BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 208.

de liberdade do homem, o que afastaria de plano os ideais contidos nas estruturas de um Estado Democrático de Direito. Sobre a necessidade de aplicação da pena sob o manto de sua função preventiva, tem-se a crítica de Córdoba Roda, citado por Rogério Greco:

Em primeiro lugar, devemos observar que a presunção conforme a qual para todo sujeito normal que comete um fato previsto como delito, a pena resulta como necessária devido às razões de prevenção geral ou especial, expressa um juízo que guarda uma grande discrepância em relação ao que se sucede na vida real. Recorde-se, a este respeito, que segundo é perfeitamente sabido, quando não prejudicial pelos seus nefastos efeitos que a privação da liberdade comporta, para uma grande proporção dos sujeitos ‘normais’. A não execução da pena em tais casos não tem ademais, porque diminuir a pretendida eficácia de prevenção geral, já que as legítimas exigências resultantes desta podem restar satisfeitas pela condenação penal do sujeito. Opor-se em tais casos a inexecução da pena, em atenção ao relaxamento que isso poderia supor, comporta, a nosso juízo, um intolerável tributo em favor da segurança jurídica.¹⁹

Ao comentar este pensamento, Rogério Greco menciona que para o autor supracitado nem sempre será necessário aplicar a sanção penal, ainda que se tenha, em tese, praticado uma conduta considerada como crime, porque não se consegue vislumbrar na aplicação da pena a sua função de prevenção; ao contrário, a pena resultaria somente no grande mal.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, depreende-se que o sistema punitivo não pode cominar sanções em desproporção com o fato delituoso. Para cada delito tem-se um tipo de pena. Quanto maior a gravidade do delito, maior será a pena; do mesmo modo, quanto menor a gravidade, menor a pena. Estes critérios quantitativos e qualitativos devem ser ponderados, para que a pena não se constitua um pagamento ao infrator pelo crime praticado, mas sim exerça sua função na prevenção dos delitos. Neste sentido, a delimitação da gravidade é importante para o exame de adequação e de finalidade, como se verá a seguir.

3.1.2 *Da inexistência de sanção penal nos crimes insignificantes*

Semanticamente, a palavra “insignificante” tem o mesmo sentido de sem valor, sem expressividade, ou seja, ao se atribuir a um substantivo o adjetivo “insignificante”, estar-se-ia dizendo que ele deve ser desprezado por não merecer relevância. Neste paradigma, tem-se, doutrinariamente e jurisprudencialmente, afirmado que o direito penal não deve punir crimes insignificantes, ainda que a conduta praticada subsuma-se ao conteúdo da lei, porque, dados os efeitos drásticos da sanção penal, não se justificaria uma reação grave a estes fatos.

¹⁹ CÓRDOBA RODA, Juan apud GRECO, Rogério, op. cit., 2005. p.114. Aqui, verifica-se que tais considerações do pensador argentino têm relação com a concepção utilitarista de Beccaria, que, conforme já mencionado, condicionava a idéia do justo, ao relacionar o crime com o dano social.

Se o fim da insignificância é evitar que o Direito Penal intervenha em condutas que não se coadunam com a sua finalidade - a proteção a bens jurídicos relevantes – nota-se a estreita relação com o princípio da proporcionalidade, já que seria desproporcional aplicar uma reprimenda penal, ainda que de menor agressividade, a fatos considerados insignificantes na defesa de bens penais. Assim, algumas considerações tecidas à proporcionalidade, no tocante à função da pena, possuem aplicação na análise da insignificância este que serão indiretamente mencionadas neste tópico.

Trata-se da exclusão do direito penal de fatos insignificantes de uma medida do direito penal moderno, cujas bases foram introduzidas, ainda, no movimento iluminista²⁰ como forma de limitar o direito de punir para que o Estado criminalizasse somente as condutas que causassem mal à sociedade ou, nos termos de Beccaria, condutas que causassem um dano social. Nesta linha de pensamento, tem-se o art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que preceitua que “a lei tem o direito de proibir só as ações prejudiciais à sociedade [...]”²¹

Posteriormente, em 1964, Roxim reportou-se à idéia da “significância” como princípio do direito penal, ao defender o posicionamento de que os delitos que causassem danos de ínfima importância deveriam ser excluídos do âmbito da criminalidade. A solução apontada por esse autor alemão consistia em recorrer à interpretação restritiva com o fito de evitar que o Direito Penal cuidasse de fatos inexpressivos:

[...] Sob o ângulo do princípio *nullum-crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realize a função de Magna Carta e a ‘natureza fragmentária’ do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para proteção do bem jurídico. Para tanto, são

²⁰ Para alguns doutrinadores a idéia de que fatos insignificantes não interessam ao judiciário remonta ao direito romano, através da máxima jurídica *mínima non curat praetor*. Este brocardo medieval de autoria anônima significa que um magistrado deve desprezar os casos insignificantes para cuidar de questões inadiáveis. REBELO, José Guaracy. **Princípio da insignificância**: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.31. Dalbora discorda deste pensamento, afirmando que pertence ao iluminismo, afirmando “que o juiz se despreocupe do quantitativamente insignificante responde melhor ao sensato e arrazoado juízo de quem sabe – ou intui – que o instrumento da coação jurídica não pode estar para o serviço de qualquer assunto, senão só para os de alguma monta, aqueles que possuam um significado juridicamente relevante. E isto, me parece, enquadra-se melhor com um pensamento liberal que com um autoritário. [...] Parece-nos, com efeito, que o adágio mínimo *non curat praetor* tem que haver surgido com muita maior probabilidade entre os humanistas que o que é lícito supor a propósito dos juristas da Recepção. [...] Desta sorte, que os humanistas construíram o apotegma mínimo *non curat praetor*, que, conforme restou explicado, tem um sentido eminentemente liberal e refratário a qualquer imposição autoritária, não parece – dentro, por suposto, das possibilidades de uma conjectura – hipoteticamente infundado”. DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción calorativas en ele ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, ano 4, nº 14, p.62-65, abr./jun. 1996.

²¹ FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Art. 5º. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideias/hist/ddhc.htm>>. Acesso em: 05 out. 2007.

necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade.²²

Vico Manãs, com obra pioneira no Brasil, leciona que o Princípio da Insignificância atua

[...] como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *mullum crimen sine lege*, que nada mais do que faz que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.²³

E continua:

é possível alcançar, por via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atinge de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.²⁴

O reconhecimento de que determinados delitos não merecem valoração penal fez com que fosse criado um instrumento de interpretação que, incidindo sobre eles, não fizesse incidir os efeitos da reprimenda penal. A este instrumento deu-se o nome de princípio da insignificância.

Em outras palavras, por meio desse princípio, faz-se uma interpretação restritiva para excluir do direito penal as condutas insignificantes (condutas formalmente típicas, mas que não possuem expressividade de conteúdo material) ou “delitos de bagatela”²⁵, como

²² ROXIN, Claus, op. cit., [s.d.]. p.47.

²³ MANAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.56.

²⁴ MANAS, Carlos Vico, op. cit., 1994. p.57.

²⁵ O princípio da insignificância e a expressão delito de bagatela são utilizados, muitas vezes, indistintamente, pela doutrina e jurisprudência, como se tratasse de termos sinônimos. Delitos de bagatela são aqueles que, não obstante serem tipificados na legislação penal, não possui significância por falta de resultado lesivo ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal. O princípio da insignificância, por sua vez, excluiria a incidência do Direito penal nestes crimes bagatelares, vez que este ramo do direito só deve agir para assegurar um bem ou valor social relevante. Sobre esta distinção, Lopes leciona: “É certo que o próprio termo designativo do objeto adotado para estudo – princípio da insignificância – encontra-se sujeito a críticas das mais procedentes e, com essa nomenclatura, é desconhecido nos principais sistemas de Direito contemporâneo. Não cremos que seja possível, todavia, e nem mesmo necessário chegar ao exagero de se afirmar que tal designativo é criação genuinamente nacional. Todavia, no exterior, onde se desenvolve um Direito Penal compatível com as estruturas de funcionamento e compreensão dos problemas segundo marcas características ideológicas semelhantes às nossas, tal princípio é mais conhecido por princípio ou criminalidade de bagatela.” LOPES,

geralmente é denominado por alguns doutrinadores (delitos por estarem tipificados na legislação penal, de bagatela por não merecerem a aplicação deste).

Dada a grandeza deste princípio no sentido de realçar a função do direito penal em proteger somente os bens jurídicos essenciais das graves lesões, o que respinga diretamente na limitação ao direito de punir e na proteção do direito fundamental da liberdade de locomoção, inegável, pois, sua condição de princípio dentro de um Estado Democrático de Direito:

[...] O princípio da insignificância é princípio também porque determina, inspirado nos valores maiores do Estado Democrático – proteção da vida e da liberdade humanas – a validade da lei penal diante de seus métodos de aplicação ordinários, como que exigindo uma extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto, qual seja, um significado juridicamente relevante para legitimá-la.

[...] Conquanto muitos se oponham ao reconhecimento da insignificância e à produção de seus efeitos no Direito Penal, no campo principiológico, ao menos, o apego à construção de um sistema penal fundado nas concepções de um Estado Democrático de Direito Material, assentado na tríplice condição de sua validade, faz considerá-la como autêntico princípio.²⁶

Nesse paradigma, não resta dúvida de que este princípio, que não é expressamente contemplado na legislação brasileira, foi acolhido pelo ordenamento jurídico como princípio constitucional. Veja-se o entendimento de Lopes:

[...] há inúmeros princípios em matéria penal que não estão expressos na Constituição, mas que defluem do sentido de suas outras regras e princípios. Notadamente por força do regime democrático que entre nós – mas também praticamente em todas as Constituições modernas – se acha descrito e formalmente garantido defluem não apenas direitos e garantias, mas também princípios que as embasam, ainda que não estejam expressamente previstos.²⁷

Nesta perspectiva, no ano 1988, logo após a inauguração do vigente *Estado Democrático de Direito*, momento em que, ainda, a aplicação dos princípios decorria de grandes esforços hermenêuticos, o Supremo Tribunal Federal fez alusão expressa ao princípio da insignificância. No julgamento de um recurso de *habeas corpus*, em que se requeria o trancamento da ação penal, pela ausência de justa causa, considerou-se insuficiente a lesão

Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da lei 9099/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.19.

²⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit., 1997. p. 34-35. Nesse ponto, Lopes expõe a tríplice condição de validade referida: “desenvolvimento de um amplo sistema de proteção aos interesses humanos fundamentais: Criação de um sistema que garanta a maior interferência popular nos processos de decisão política e aperfeiçoamento das instituições para que desfrutem da estabilidade e sentido de permanência no ambiente social e estatal.”

²⁷ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.377.

corporal de três cm, causada em um acidente de trânsito, para caracterizar um dano à integridade física da vítima. O referido julgamento assim ficou ementado:

Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da Insignificância. Crime não configurado.

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inultamente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas (RHC, n. 66869-1, 2, Turma do STF, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 06/12/1988).

A concretização normativa deste princípio pela Corte Suprema ratificou a necessidade de observar critérios para o reconhecimento de afetação ao bem jurídico, já que não basta a conduta adequar-se formalmente ao tipo legal do crime. Para a imposição de uma sanção penal, impende observar se o bem jurídico tutelado foi ameaçado ou atingido gravemente. Neste contexto, pronunciou-se o Ministro Relator: “A lesão corporal leve pode, a meu ver, justificar a ação penal, mas aquela que nada representa tenho-a como não caracterizando delito penal”.

Posteriormente, a decisão em sede de liminar, proferida em um *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou em ação idêntica a suspensão da decisão condenatória do julgamento que culminou em oito meses de reclusão pelo furto de uma fita de vídeo-game²⁸, pronunciada pelo Relator Ministro Celso de Melo, foi mensurada expressamente pelo valor da liberdade de locomoção que não pode ser violada sem que a necessidade de proteção à sociedade se imponha. Veja-se:

[...] o princípio da insignificância apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar relevantíssima circunstância que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificaram quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Assim, buscando a fundamentação democrática para o fim do Direito Penal é que este princípio vem tendo aplicação cada vez mais frequente nos Tribunais pátrios, principalmente nos julgamentos em que incidem furtos de pequeno valor econômico, lesões corporais leves e

²⁸ O julgamento e referente ao HC 84.412-0, Rel. Min. Celso de Mello, ocorrido em 29/06/2004. O processo é originário da 1. Vara Criminal da Comarca de Barretos/SP. O fato ocorreu em 2000 e foi condenado a oito meses de reclusão. Impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça foi negado.

descaminho²⁹, condutas que, analisadas concretamente, não possuem potencialidade danosa a exigir a utilização da reprimenda penal.

Aqueles que se recusam a aplicar tal princípio fundamentam tal atitude no respeito ao princípio da legalidade, pois, mesmo que o delito seja considerado de bagatela, subsume-se ao conteúdo formal da lei. Argumentam, ainda, a ausência de critérios objetivos para a caracterização de delitos de bagatela, ficando a depender do entendimento do julgador, no que causaria uma insegurança jurídica. Além disto, alegam que a aplicação do princípio da insignificância contribuiria para a insegurança social, uma vez que aumentaria a criminalidade.

Crime de bagatela. Descriminalização judicial. No Estado Democrático de Direito, a lei representa a vontade geral. A preservação dos valores sociais e a consecução dos objetivos que a sociedade se propõe nela repousam. Não pode o juiz, investido nas suas elevadas funções por vontade própria e por seus dotes de inteligência e intelectualidade, sobrepor-se à lei, a pretexto de adaptá-la à realidade social. A segurança das relações e a tranqüilidade social, finalidade prática do Direito, não podem ficar à mercê das tendências ideológicas de cada Juiz, ao sabor de cada momento, submetidas às variações de humor do julgador. A descriminalização judicial, quando permitida, deve obedecer a parâmetros estabelecidos por lei, sob pena de poder um mesmo fato ser considerado crime na 1ª Vara de uma comarca e não o ser em outra. Não há forma mais perigosa e contraproducente de agir do que esta, aumentando a intranqüilidade pública e retirando do Direito sua função de dar segurança às relações dentro da sociedade. (JTAERGS 71/41).

Argumentar a ausência de previsão legal para não utilizar o princípio da insignificância não possui consistência dentro do Estado de direito material, pois nele o texto escrito não exaure todo o direito, sobretudo no sistema jurídico brasileiro, por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, pelo qual é permitido que direitos e garantias sejam protegidos, ainda que os meios de proteção não estejam expressamente previstos no ordenamento. Dadas as constantes mutações nos valores da sociedade, o reconhecimento de princípios não expressos pelo Judiciário torna-se imperioso para que as decisões judiciais se amoldem aos ideais de justiça de uma comunidade.

Também, não pode prosperar que a falta de dados objetivos na caracterização do delito de bagatela impeça a aplicação do princípio da insignificância, pois seria praticamente impossível o legislador alcançar o verdadeiro conceito dos fatos insignificantes no ramo do direito, visto que não só o produto do crime pode ser insignificante, mas também a maneira pela qual se realizou a conduta criminosa. Desta forma, quem de fato deve fazer a análise da

²⁹ “A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. Aplica-se o princípio da insignificância se o valor do tributo for inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), mínimo exigido para a propositura de uma execução fiscal. (Lei 9.469/97). Precedentes” (STJ – 5ª T. – Rel. Félix Fischer – Resp. 229.542-j. 16.03.2000 – DJU 0205.2000, p.164).

significância dos fatos é o aplicador da lei, já que só diante do caso concreto é que se poderá avaliar se a conduta realizada pelo agente requer a presença da atividade penal estatal para pôr em ordem a segurança dos bens jurídicos.

Por fim, não assiste razão aos positivistas em querer justificar a inaplicabilidade do princípio da insignificância para conter o aumento da intranquilidade social. Como podem causar desarmonia os fatos insignificantes? Ainda que pudessem ocorrer, será que não seria desproporcional utilizar o ramo do direito que possui as sanções mais traumáticas para este fim? O que se defende é que sendo subsidiária a aplicação do Direito Penal as condutas insignificantes e os delitos de bagatelas sejam retirados da esfera do direito penal e sejam julgados por outros ramos do ordenamento jurídico.

Na verdade, o receio pelo efeito de insegurança, que os positivistas penais temem, ocorre, muitas vezes, de forma contrária à opinião da sociedade, pois, não raro, se comenta, ao ocorrer uma prisão em flagrante de um autor de pequeno furto, que a “polícia deveria se preocupar com quem está matando, roubando e não com coisas tão pequenas”. Da mesma forma, é sabido que a mera tipificação de condutas, bem como o aumento da pena, não é suficiente para impedir o aumento da criminalidade.³⁰

Não se pode permitir que o Direito Penal seja a primeira opção do ordenamento jurídico para conter as tensões sociais. O Estado Democrático não pode endossar o pensamento de Foucault, que afirmou: “o direito de punir deslocou-se da vingança dos soberanos à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível.”³¹ No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal moderno deve ser antes de tudo um meio de garantir a liberdade do indivíduo, de maneira que a restrição ao direito de ir e vir faz-se necessário para o restabelecimento da ordem pública, do contrário

³⁰ Prova disto, temos a Lei n.º. 8072, de 25 de julho de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos, que modificou severamente a forma de cumprimento da pena e não trouxe redução à criminalidade. Alberto Silva Franco, ao analisar os índices de criminalidade após a vigência desta Lei, traz os seguintes dados cuja fonte trata-se da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Em relação ao ano de 1991, o número de crime de homicídio doloso consumado e tentado foi 8.368 enquanto que, no ano de 2001, foram 13.360 mortes. Tomando este mesmo período, o crime de latrocínio diminuiu de 474 para 425; o de extorsão mediante seqüestro subiu de 80 para 316; o de extorsão também subiu de 374 para 500; o de estupro diminuiu de 2.702 para 2.529, mas o de atentado violento ao pudor subiu de 1.264 para 1.668. Por fim, tem-se o tráfico de entorpecente que subiu de 1.307 para 2.491. Ainda, tomando como referência o ano de 1989, constata-se que o número desses crimes foi menor que no ano de 1991: O número de latrocínio naquele ano foi 389; o de extorsão mediante seqüestro, 81; o de extorsão, 261; o de estupro consumado, 1815 e o número de atentado violento ao pudor foi 1113. FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 640 e 644.

³¹ FOUCAULT, Michel, op. cit., 1988. p. 76.

estar-se-ia utilizando o Direito contra os seus próprios fundamentos - o ideal do justo - constituindo-se, desta maneira, uma ameaça à paz pública.

3.2 A dignidade da pessoa humana como princípio orientador do direito de punir

O Estado brasileiro tem como fundamento o homem e nele se projeta toda sua finalidade, “na medida em que se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana, ou seja, num ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto.”³² Com efeito, a dignidade da pessoa humana é uma opção normativa da própria Constituição Federal (CF) de 1988, que a colocou como princípio fundante nos termos do art. 1º, inciso III.

Além do princípio da dignidade estar positivado como princípio fundamental geral (art. 1º, inc. III, CF), a Constituição estabeleceu, ainda, no art. 170, CF, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna. Da mesma forma, dispôs, em seu art. 227, que é dever da família, da Sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente uma vida digna. Também se podem mencionar outros princípios da Constituição, tais como: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV) e prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e cidadania (art. 2º).

Outrossim, tem-se, ainda o preâmbulo da Constituição Federal, cujo objetivo consiste em “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. Aqui se vê que a vigente Constituição, conhecida por “constituição cidadã”, foi enfática ao traçar suas diretrizes em favor do ser humano, no que demonstra a necessidade de construir um ordenamento jurídico em que a dignidade humana seja observada, inclusive como referência para a criação, interpretação e valoração de qualquer direito fundamental, bem como na aplicação de qualquer atividade estatal. Embora seu significado constitua uma tarefa de difícil apreensão, recorre-se ao magistério de Carmem Lúcia, que assim asseverou:

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é quem dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida, e nessa contingência, é um direito pré-estatal.

³² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v.1. p.03.

E continua:

Toda pessoa é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição humana do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. Quando se questiona, nestes chamados tempos modernos, se há de permitir ou não, o nascimento de um feto no qual se detecte a existência de anomalia a impossibilitá-lo para uma vida autônoma, está-se a infirmar aquela assertiva e a tornar a humanidade um meio para a produção de resultados e a desconhecer ou desprezar a condição do homem de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza. Aquilo se traduz, pois, como injustiça com os que não se apresentam em iguais condições psicofisiológicas, intelectuais etc.. É a injustiça havida na indignidade revelada na desumanidade do tratamento dedicado ao outro. É a injustiça do utilitarismo que se serve do homem e o dota de preço segundo a sua condição peculiar, que se expressa numa forma ao invés de se valer pela essência humana de que se dota.³³

O que se constata é que o preso - condenado ou não - deve ter a sua dignidade humana preservada, independentemente do número de crimes cometidos e da barbaridade do crime executado. A punição não deve buscar o sofrimento ao condenado, para que ele padeça pelos seus atos delinquentes. Ainda que o dano causado à sociedade seja imensurável, o exercício do *jus puniendi* não se constitui uma atividade desenfreada na busca pela utilidade da pena, como, por exemplo, aplicar a pena de morte para que a sociedade se livre de um criminoso. Assim, o princípio da dignidade humana constitui um limite à atividade punitiva do Estado e, portanto, um princípio reitor para o processo de humanização das sanções penais.

Todavia, para a busca de um sistema humanitário de sanções, não basta que o Estado deixe de cominar determinadas penas que causem excessivo sofrimento ao homem. Faz-se necessário, ainda que na execução da pena, o Estado assegure condições ao preso para que este possa conservar a sua dignidade, ou seja, ainda que privado de algum direito, o Estado deve proporcionar ao preso a sociabilidade e outras garantias mínimas para que ele não se sinta excluído pela sociedade e não perca sua identidade enquanto cidadão. Neste sentido de uma garantia dúplice, Ingo Sarlet abordou a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁴

³³ ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 2, v. 2, n. 2, p.53-67, 2001. p.55-56.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60.

Não se pode perder de vista que a dignidade da pessoa humana não se restringe somente a um caráter de abstenção, no sentido de a pessoa não ser objeto de condutas vexatórias, mas impõe ao Estado um caráter comissivo, no sentido de efetivar e proteger direitos na busca do pleno desenvolvimento do homem. Neste contexto, será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio orientador no processo de humanização das penas, o qual, numa primeira perspectiva, dá-se com o suprimimento das penas cruéis e, em um segundo momento, com a individualização da pena, conforme se verá a seguir.

3.2.1 Proibição de penas cruéis como primeiro passo a um sistema humanitário

Conforme foi exposto, o movimento iluminista tinha como premissa básica a valorização do indivíduo frente ao poder estatal, através do reconhecimento da condição humana e, conseqüentemente, da proteção aos direitos naturais pelo Estado. Com isto, discutiu-se a necessidade das penas e o seu limite dentro do contrato social, chegando-se à conclusão de que elas deveriam ser estritamente necessárias, sem predominância do requinte da crueldade que assolava cada sanção criminal.

A primeira Constituição brasileira, tomando como referência o advento do Iluminismo, buscou dar contornos humanitários às sanções penais na medida em que consagrou a abolição da “tortura, as confiscações de bens, a infâmia, os açoites, o baraço, o pregão, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis ou infamantes”³⁵, ainda que se tenha permanecido vigente a pena de morte e as galés perpétuas, somente abolidas pela Constituição Republicana de 1891, permanecendo ainda a pena capital em tempo de guerra, conforme legislação militar.³⁶

A Constituição de 1934, em seu art. 133, par. 29, tornou a punição dos criminosos mais humana por expressar que não haveria pena de banimento, confisco ou de caráter perpétuo. Entretanto, a Constituição de 1937 retroagiu, embora mencionando que não haveria penas corpóreas perpétuas, trazendo à lume a pena de morte para vários casos, além do previsto na Carta anterior, consoante o art. 122, par. 13. A Carta de 1946, por seu turno, em seu art. 141, par. 31, reacendeu mais uma vez o direito de viver a todos os delinquentes, ao repetir o mesmo teor do art. 133, par. 29, da CF de 34. Da mesma maneira, a Constituição de 67, por meio de sua EC (Emenda Constitucional) 11/78, preceituou que não haveria prisão perpétua, banimento, nem pena de morte, salvo em caso de guerra externa. Entretanto, o texto original

³⁵ Cf. Art. 179, inc. 19, CI.

³⁶ Cf. Art. 72, § 20º, CF, 1891.

da CF de 67 admitia a pena de morte, além da exceção já mencionada nos casos de guerra psicológica adversa, ou revolucionária, ou subversiva nos termos que a lei determinar.

Por último, tem-se a Constituição vigente, que em seu inciso XLVII do art. 5, preconiza: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados, d) de banimento, e) cruéis”. Aqui se verifica que o constituinte brasileiro, ao elaborar a Constituição de 1988, repetiu praticamente as disposições dos textos anteriores no tocante à limitação das penas, demonstrando, pois, um entendimento linear sobre a proibição de penas que causam grande sofrimento ao ser humano. Todavia, um fato pretende-se que seja destacado: trata-se da proibição de penas cruéis.

Viu-se que das constituições brasileiras anteriores, a única que fez remissão à proibição de pena cruel trata-se da Constituição de 1824 e que ela manteve vigente a pena de morte e galé perpétua. Dentro de uma interpretação literal, vê-se que a Constituição de 1824, ao abolir as penas cruéis, quis se referir a um tipo de pena, de maneira que a imposição de pena de morte e galé perpétua significou uma contradição na sua pretensa humanização das penas, fato que não restou consolidado, motivado pela incompleta absorção dos ideais iluministas da época, conforme já realçado.

Na Constituição de 1988, não se pode ter o mesmo entendimento. Ainda que o termo “cruel” venha inserido numa posição topográfica que indica tratar-se de um tipo de pena, a introdução do princípio fundante da dignidade da pessoa humana, na Carta Constitucional de 1988, revela que a proibição de penas cruéis refere-se tanto ao tipo de pena como ao meio pelo qual a pena é executada. Neste sentido, tem-se, pois, o pensamento de Ferrajoli:

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além do moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando em nível dos mesmos delinquentes.³⁷

Embora a Constituição não tenha se reportado a dizer em que consiste o meio cruel, é imperioso dizer que não foge à compreensão de outrora, quando os suplícios eram utilizados

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.318.

com o fim de aumentar o sofrimento do apenado. Nesse contexto, a exposição de motivos nº 38 do Código Penal em vigor, ao tratar dos crimes contra a vida e ao considerar que o meio cruel torna a pena de homicídio maior, dispôs que o meio cruel aumenta inutilmente o sofrimento da vítima ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.

No tocante à pena privativa de liberdade, por exemplo, Ferrajoli entendeu, conforme o trecho acima, que há uma ofensa à dignidade do preso, quando sua prisão for aplicada para ser cumprida em período muito longo, de maneira que consistiria num excesso e, conseqüentemente, caracterizaria um sofrimento desnecessário ao delinquente. Embora o referido autor tenha mencionado a crueldade da pena de prisão, fazendo menção ao tempo da pena, é desnecessário afirmar que qualquer meio que cause sofrimento ao preso, sem que seja necessário para a concretude da privação da liberdade do condenado, é cruel e, portanto, proibido pela Constituição. Assim, neste contexto, considera-se que as deficiências carcerárias, quanto à estrutura, à superpopulação ou à ausência de higienização e outros fatores, fazem com que a pena de prisão seja executada com requintes de crueldade.

Ainda que a crueldade das penas não contemplasse as circunstâncias pelas quais a pena é executada, tais condições acima exemplificadas não poderiam, ainda, coexistir no sistema constitucional vigente, uma vez que constituiriam em conceder tratamento desumano ao preso, fato proibido pela Constituição de 1988, ao preceituar que “ninguém será submetido a tortura e nem tratamento desumano e degradante” (art. 5. III da CF). Esta inovação constitucional é a expressão maior do reconhecimento do princípio da dignidade humana, no sentido de que a pessoa tem que ter sua dignidade protegida e respeitada, seja pelo ente estatal, enquanto órgão soberano, seja pelos agentes do Estado ou, ainda, pelo indivíduo, enquanto particular.

Nesse diapasão, não se poderia adotar, na pena de prisão, o sistema penitenciário pensilvânico, pois, como já mencionado, os efeitos do isolamento são desastrosos à condição social do homem, deixando sequelas psicológicas irreparáveis, considerado, inclusive, pior que os castigos físicos. Sobre este sistema desumano, cabe transcrever um trecho de Ferri:

A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onamismo, por insuficiência de movimento, de ar etc) [...]. A Psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama loucura penitenciária, assim como a clínica médica conhece a tuberculose das prisões. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis

(nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem da sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou [...].³⁸

O compromisso constitucional com a humanização das penas é refletido, ainda, no inciso XLIX que preceitua “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A Constituição de 1988 estendeu os destinatários deste princípio, fazendo valer a todos os presos, sejam estes em caráter provisório (os processados ou presos acautelatórios) ou definitivo (os condenados), diferentemente da Constituição de 1967, que prescrevia o respeito à integridade física e moral somente aos presidiários e detentos. Este inciso guarda relação com o inciso anterior, sendo que neste caso possui um público específico. Com fundamento na dignidade da pessoa humana, a pena não pode violar a dignidade do preso, seja na sua condição física de homem, no sentido de não permitir castigos corporais, seja pelo seu valor moral, no sentido de não ser humilhado.

O que as disposições constitucionais supracitadas pretendem na execução da pena é que a pessoa condenada pelo Estado não seja considerada como “um objeto” ou uma pessoa de “segunda classe”. A dignidade humana é princípio fundante do Estado idealizado na Constituição de 1988 e há de ser interpretado em favor de todos os seus cidadãos, ainda que transgressores de suas normas. Assim, o processo de humanização das penas não pode passar ao largo do reconhecimento da dignidade humana do preso, que impõe o respeito não somente em resguardo da sua integridade física, mas em todas as dimensões existenciais, de modo que, sendo aplicada a pena privativa de liberdade, deve-se tão somente privar o réu do seu direito de ir e vir. Os demais direitos devem ser resguardados para que o preso possa coexistir dignamente, do contrário qualquer outra restrição de direito, no cumprimento da pena, constitui pena cruel, por causar um sofrimento desnecessário.

3.2.2 *A individualização da pena em uma proposta positiva à humanização das sanções*

A Constituição de 1988, ao preceituar que “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5. XLVI)³⁹, consagrou o princípio da individualização da pena, que ocorre em três fases

³⁸ FERRI apud BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2004. p.65.

³⁹ A individualização da pena foi prevista, inicialmente, na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 29º, sendo repetido nas constituições posteriores. Todavia, somente na Constituição de 1988, a individualização da pena na fase executiva destina-se a ressocialização do preso, seja pela recepção da Lei de Execução Penal de 1984,

distintas: a) fase legal, quando o legislador estabelece as penas no plano abstrato; b) fase judicial, quando o juiz arbitra a pena no caso concreto; c) fase de execução, que ocorre no período do cumprimento da pena. No presente trabalho, dada a relação com o tema, abordar-se a última fase, a executiva.

Inicialmente, cabe afirmar que, no contexto penal, individualizar não foge ao aspecto semântico, que significa particularizar, separar, ou seja, significa que o condenado terá sua pena particularizada, individualizada, conforme as suas condições pessoais. Em segundo momento, cabe lembrar que um dos efeitos do cumprimento da pena de privativa de liberdade trata-se da “prisonização”, que consiste na assimilação de alguns hábitos ocorridos no estabelecimento prisional pelo preso. A ideia, segundo Donald Clemer, citada por Augusto Thompson, consiste essencialmente no seguinte:

Quando uma pessoa ou grupo de ingresso penetra e se funde com outro grupo, diz-se que ocorreu uma assimilação. O conceito tem mais adequação quanto a grupos de imigrantes e, talvez, não seja o melhor para designar o processo semelhante, que ocorre na prisão. De qualquer forma, devemos entender por assimilação o processo lento, gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocado, a ponto de se tornar característico dela. Assim como se usa o termo americanização, para descrever o maior ou menor grau de integração de um imigrante ao esquema de vida na América, o termo prisonização indica a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos – da cultura geral da penitenciária. Prisonização é semelhante à assimilação, pois. Todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisonização, em alguma extensão.⁴⁰

Discorrendo sobre o tema, e citando Donald Clemmer, Bitencourt afirma que o autor americano elencou diversos fatores que podem caracterizar a prisonização em maior ou menor grau. Do grau mais elevado, considera-se oportuno mencionar, dentre os que foram apresentados, os seguintes:

Que o recluso deva cumprir longa duração na prisão, o que implica influência prolongada dos fatores universais de prisionalização; poucas relações com pessoas que se encontram fora da prisão, especialmente com aquelas que podem exercer influência positiva; aceitação incondicional de dogmas e princípios da sociedade carcerária, contato com pessoas de orientação similar.⁴¹

Quanto aos fatores mencionados que determinam o grau mais baixo de prisonização, vale apresentar os seguintes: que o recluso deva cumprir pena de certa duração, o que diminui a

seja pelos princípios igualitários contidos no modelo de Estado de direito traçado na Constituição Federal. Até então a individualização da pena consistia em separar o preso de acordo com a idade e o delito praticado, o que não é suficiente para o intento de ressocialização do preso, ainda que não se possa prescindir da divisão dos presos de acordo com as suas características e o tipo de delito praticado.

⁴⁰ CLEMER, Donald apud THOMPSON, Augusto, op. cit., 1993. p.23

⁴¹ CLEMER, Donald apud BITENCOURT, Roberto Cezar, op. cit., 2004. p.187-188.

influência dos fatores universais de prisionalização; manutenção de relações sociais com pessoas que se encontram fora da prisão.⁴² Outrossim, sobre o tema, tem-se ainda a opinião de Miotto:

[...] Enquanto ele esteve na prisão, o mundo fora dela teve a sua evolução, da qual ele não participou, tendo tido a sua própria, conforme a vivência prisional, e o convívio com os outros presos e o pessoal do estabelecimento. Daí resulta que, ao mesmo tempo, em que se desajustava da sua família, da sua comunidade, e se desintegrava do convívio social, se ajustava a vivência prisional e se integrava no convívio prisional.⁴³

Sendo a pena de prisão um causador de cultura específica no preso, de uma cultura que não se coaduna com os valores de uma sociedade de homens livres e, por outro lado, sendo a prisão um meio do qual a sociedade não pode dispor, é forçoso convir que o Estado deve intervir para que estes efeitos possam ser neutralizados. A execução da pena privativa de liberdade deve ser inserida no contexto que demova, na maior amplitude possível, os efeitos da prisionalização. Portanto, pode-se afirmar que a individualização da pena na execução consiste em dar a cada apenado, conforme suas características pessoais, um plano de atuação para que não venha a sofrer os efeitos dessocializadores da prisão.⁴⁴

Este plano de atuação deve estar inserido em uma política penitenciária fundada na Constituição Federal, circunscrita aos valores nela inseridos, ou seja, na conformidade com os princípios constitucionais. O vigente Estado de direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, busca a promoção do bem-estar do indivíduo e da sociedade, de maneira que não possui interesse de devolver para a sociedade um ex-presos indigno da convivência social. Neste diapasão, os elementos neutralizadores do efeito dessocializador da pena passam necessariamente por um contexto de readaptação do preso.⁴⁵

Ainda que a Constituição não trate especificamente em seu texto, como outras constituições democráticas⁴⁶, sobre o fim ressocializador da pena na execução penal, não se

⁴² Ibid., p.188.

⁴³ MIOTTO, Armida Bergamini, op. cit., 1992. p.186.

⁴⁴ Nesse sentido, Carmem Barros: “no processo de execução a busca se dá para o precípua fim de efetivar a mínima dessocialização possível.” BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.23. Também, Antonio Garcia Pablo: “a execução da pena privativa de liberdade há de programar-se de tal modo que se evitem, na medida do possível, os efeitos negativos dessocializadores, próprios da privação da liberdade.” PABLO apud FRANCO, Alberto Silva, op. cit., 2005. p.65.

⁴⁵ Na busca dos efeitos neutralizadores da prisão, utiliza-se indistintamente as palavras: reeducação, ressocialização, reinserção ou ressocialização social.

⁴⁶ A Constituição espanhola menciona a reeducação e a reinserção social do apenado como função da pena: Art. 25, § 2º “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de lo derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean*

pode conceber uma execução que, na busca de reinserção social do apenado, não desenvolva políticas ressocializadoras. Aliás, conforme visto, este objetivo é o fim da execução da pena, no art. 1º da Lei de Execução Penal: “proporcionar condições para harmônica integração do condenado.”⁴⁷ Aqui, não se trata de manipular a personalidade do preso, mas de criar possibilidades de participação na sociedade.

No vigente modelo constitucional, essa ressocialização não pode ser imposta ao preso, através de modelos de comportamento que afrontem a sua consciência interna. Em verdade, o Estado Democrático não pode impor aos condenados os valores que predominam na sociedade, mas apenas oferecê-los ao preso, que poderá ou não aceitá-los. Portanto, à luz da Constituição, a ressocialização é um direito do preso, vale dizer, “trata-se de uma série de mecanismos oferecidos pelo Estado ao criminoso, que, se assim desejar, poderá aquiescer na submissão do programa.”⁴⁸

Neste contexto, cabe afirmar que o direito à instrução (art. 208, I, e par. 1º da CF), o acesso à cultura (art. 215 da CF), o direito às atividades relativas às ciências, às artes e à tecnologia (art. 5, IX e XXIX) devem ser disponibilizados aos presos para que os efeitos dessocializadores da prisão possam ser minimizados. A socialização da pena, ao se encontrar inserida no contexto humanitário, traduzido constitucionalmente pela proteção da dignidade da pessoa humana, também contempla o preso como um sujeito em que se conservam todos os direitos reconhecidos aos cidadãos livres, ou seja, somente o direito atingindo pela sentença é o que vai ser restringido.⁴⁹

Assim, o preso tem, por exemplo, o gozo do direito à liberdade de consciência e de convicção religiosa (art. 5º, VI, VII, VIII da CF), o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), enfim, todos os direitos individuais concedidos aos demais cidadãos livres. Da mesma forma, ao preso são garantidos os direitos sociais, como

expresamente limitados por el contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria” A Constituição italiana também prescreveu a reeducação do condenado, como finalidade da pena: Art. 27. “le pene non possono consistere in trattamento contrari al senso di umanità e devono tendere all’rieducazione” CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: Entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: _____ (Coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.18-19.

⁴⁷ Segundo Mirabete, esta finalidade pedagógica da pena coaduna-se com o pensamento de Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel os quais impulsionaram a Escola de “Neodefensismo Social” ou “Nova Defesa Social” que fundado numa política criminal humanista defende que o criminoso, para conviver na sociedade, deve ser ressocializado. MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.23.

⁴⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.), op. cit., 2007. p.217

⁴⁹ Neste sentido, tem-se o art. 3º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84): “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”

lazer, trabalho, proteção à maternidade e à infância, entre outros.⁵⁰ Na verdade, a humanização na execução da pena, contida nos ideais de um Estado Democrático, faz com que o gozo destes direitos independa de qualquer relação jurídica que o cidadão possua com o Estado, pois são eles inerentes à condição humana. Neste diapasão, Schmidt assevera que o preso deve ser sujeito da execução e não objeto:

Uma primeira decorrência dessa Constituição cidadã é o fato do apenado não ser um objeto da execução, mas sim o sujeito da execução, portanto direitos idênticos (salvo as exceções antes vistas) aos demais cidadãos. Assim, possui ele, por um lado, o direito de respeito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade e, por outro, o direito de exigir educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência (direitos fundamentais = direitos de liberdade + direitos sociais). Isto tudo faz com que o Estado – goste ou não – esteja vinculado a não lesar os direitos de liberdade (*stricto sensu*) do preso, além do que esteja obrigado a satisfazer os mesmos direitos sociais destes apenados. Isto é uma decorrência do regime político adotado pelo constituinte originário, ou seja, por regime democrático de direito deve-se entender uma democracia (substancialmente concebida) que impõe, ao Estado, a atuação com respeito negativo e positivo, respectivamente, de direitos individuais e sociais, conferindo-se a estes mesmos cidadãos os mecanismos judiciais (p ex., mandado de segurança, hábeas corpus, mandado de injunção, hábeas data etc.) de correção de arbitrariedades porventura verificadas no curso dessa atividade.⁵¹

No contexto da individualização da pena também se encontra inserida a progressão de regime⁵². Com efeito, objetivando a individualização e a quantificação de uma pena necessária para que os presos sofram minimamente os efeitos da prisão, é imprescindível que se busque gradativamente a liberdade, não somente para diminuir o número de horas sob clausura no período de cumprimento da pena, mas, sobretudo, para oportunizar ao preso um fortalecimento dos laços afetivos com os membros do corpo social, uma vez que a solidão, o afastamento dos familiares e amigos são fatores que não contribuem para a socialização do

⁵⁰ A Lei de Execução Penal, em seu art. 41 trouxe diversos direitos aos presos, tais como: direito à alimentação, direito ao vestuário, direito ao trabalho, direito ao tratamento médico-sanitário, direito à visita do cônjuge, parentes, direito à recreação, assistência jurídica, material, entre outros.

⁵¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.), op. cit., 2007. p.217.

⁵² Para Karen, “o cumprimento da pena privativa de liberdade, com vedação da progressividade em sua execução atinge o núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que assentada no inciso XLVI do art. 5 da Carta de 1988, o preconiza e garante. A essência da individualização reside na consideração do fato ocorrido, do crime efetivamente realizado, da pessoa que concretamente o realizou. Quando estabelece uma obrigatoriedade genérica do regime fechado, para o cumprimento da pena privativa de liberdade, de forma que este regime seja imposto a toda e qualquer condenado pela prática de um determinado tipo abstrato de crime, independentemente da medida da pena concretizada, o legislador ordinário está impedindo que o juiz considere a situação concreta, que acaba por ser substituída por uma abstração. Assim está o legislador ordinário, nitidamente, afetando aquela essência do princípio individualizador e, conseqüentemente, violando a norma constitucional, que o preconiza e o garante. A individualização só opera – e só pode operar – no plano da pena concretizada, sendo irremediavelmente negada, quando se trabalha, unicamente, com o crime abstratamente considerado”. KAREN, Maria Lucia apud FRANCO, Alberto Silva, op. cit., 2005. p.227.

preso. Isto sem mencionar que o cumprimento da pena em regime fechado torna a pena mais afliitiva e, conseqüentemente, mais desumana.

Aliás, foram estes os argumentos que motivaram o voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, quando do julgamento do HC nº 69.603, ocasião em que apreciava a constitucionalidade do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8072/90⁵³ (Lei dos crimes hediondos), mas foi voto vencido juntamente com o Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do ‘mal pelo mal causado’ e que sabidamente é contrário aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe de irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito a ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja de despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. [...].

Os ministros que se posicionaram contrário ao voto do supratranscrito limitaram-se a afirmar que a imposição do cumprimento da pena em regime fechado não estava aniquilando o princípio da individualização da pena, sobretudo quando a própria Constituição atribuiu ao legislador ordinário o direito de regulá-la, e que, portanto, não havia violação à Constituição Federal, consoante se vê abaixo na ementa:

EMENTA: ‘HABEAS-CORPUS’. CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, PAR. 2. II, da Lei n. 6.368/76. Caracterização. REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2. PAR. 1., da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5., XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade NÃO caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

⁵³ O referido parágrafo preceitua: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida. (DJU 23.4.93, p. 6922, J. 18.12.92).

Posteriormente, o STF proferiu um julgamento mais acertado. Com a renovação de 4 ministros, o pensamento daquela Corte foi modificado quando do julgamento do HC 82.959, no dia 23/02/2006. O plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos contra cinco,⁵⁴ reviu o seu posicionamento no sentido de ter julgado inconstitucional o regime fechado, acolhendo, assim, o voto do Relator (ministro Marco Aurélio) que repetiu praticamente o teor do seu voto proferido no HC 6963-1. O acórdão assim ficou ementado:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Vê-se que, no primeiro julgamento, a individualização da pena não se encontrou violada pela ausência de progressão da pena, enquanto no segundo houve entendimento diametralmente oposto: o regime fechado afronta a individualização da pena. Não havendo alteração na Constituição Federal nem na Lei de Execução Penal, que tem como um dos seus objetivos a integração social do condenado, justifica-se tal mudança pela política criminal da “lei e da ordem”, adotada no primeiro julgamento, conforme se infere do voto do Ministro Néri da Silveira:

[...] o Estado, então, que há de combater a criminalidade, se arma, também, por via da lei, da cominação, mas, para o combate efetivo a esse tipo de criminalidade, o faz, não só estabelecendo uma pena mais grave, como estipulando por igual, que o cumprimento da pena se dará segundo regime mais severo para o criminoso. [...] ninguém poderá impedir que o Estado defina política de combate a determinados crimes, que repercutam de forma mais grave, na sociedade, numa certa quadra do tempo, para que esses crimes possam

⁵⁴ Os ministros que votaram pela inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º foram: Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluzo, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Contra a progressão, votaram Ellen Gracie, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim, consoante pesquisa em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2007.

diminuir, reduzindo-se os malefícios que trazem para a sociedade, como também para tornar inequívoca a reprovação dentro de uma tábua de valores, a certo tipo de delito [...].⁵⁵

Com efeito, depreende-se do voto do referido Ministro que deve ser adotada uma política criminal fundada em regime de punição retributiva, ou seja, fazem-se necessárias penas duras para combater a crescente criminalidade; é a recompensa do mal do crime pelo mal da pena⁵⁶, imposta nos regimes não democráticos, conforme já visto neste trabalho. Diferentemente foram as posições assumidas nos votos do segundo julgamento⁵⁷, em que, mesmo entendendo que os crimes etiquetados como hediondos merecem uma punição mais rígida, não se descuraram que a Constituição, ao contemplar o Estado democrático como modelo, fê-lo reconhecendo que todo homem possui dignidade, ainda que transgressor das suas normas estatais, o que no plano punitivo significa que, visando ao bem-estar da sociedade, deve-se punir, mas sem se distanciar do princípio fundamental da dignidade humana.

Outrossim, quanto à necessidade de oportunizar ao preso, no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade, mecanismos ressocializadores, faz-se necessário lembrar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a convenção americana dos Direitos Humanos – (Pacto de São José da Costa Rica), ambos ratificados pelo Brasil, em 1992. O primeiro instrumento internacional menciona, no seu art. 10, Par. 3º, que “o regime penitenciário num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros [...]” e o segundo afirma, em seu art. 5º, item 6, que “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”⁵⁸

Ainda que não haja um consenso doutrinário sobre qual nível hierárquico se possa atribuir a estas regras frente às normas constitucionais, é indiscutível que tais instrumentos internacionais constituem normas a serem aplicadas no direito brasileiro, por força do par. 2º do art. 5º da Constituição Federal, o qual preceitua “que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”. Aliás,

⁵⁵ Voto proferido no julgamento referente ao HC 69603-1, no dia 18.12.92. Disponível em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2007.

⁵⁶ No contexto dessa política criminal, nasceu a Lei de crimes hediondos. Segundo Alberto Franco, essa Lei nasceu por conta do impacto causado pelos seqüestros que vitimizou personagens “importantes da elite econômica e social do país (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc.)”. FRANCO, Alberto Silva, op. cit., 2005. p.96.

⁵⁷ O discurso de ressocialização da pena foi defendido, ainda, por aqueles Ministros que julgaram pela constitucionalidade da não progressão de regime em crimes hediondos. Afirmando que sendo permitido o livramento condicional, a ressocialização estava inserida neste instituto. Para aqueles que votaram pela inconstitucionalidade, o fundamento foi na mesma diretriz do voto do Min. Marco Aurélio retro-transcrito.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 05 nov. 2007.

acerca deste tema, tem-se novo dispositivo constitucional, veiculado pela EC nº 45/2004, que incluiu o par. 3º no art. 5º da Constituição o seguinte texto: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A introdução deste parágrafo trouxe uma possibilidade para que os instrumentos internacionais sobre os direitos humanos, independente da posição doutrinária adotada, sejam equivalentes à emenda constitucional. Neste caso, o Pacto de São José da Costa Rica, que é defendido pelo Supremo Tribunal Federal como lei ordinária pode, desde que cumprida as exigências do art. 5º, constituir-se em norma constitucional. O certo é que a Constituição Federal disponibilizou mais um instrumento para ampliação e, conseqüentemente, implementação dos direitos humanos, os quais são inesgotáveis, dada a natureza do homem que, dia após dia, busca melhorias para o seu bem-estar, independente de qual grupo social pertença.

Por último, não se pode deixar de mencionar a Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que fixou as *Regras Mínimas*⁵⁹ para o Tratamento do Preso no Brasil e a Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre as *Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária*.⁶⁰ Embora não sejam normas Constitucionais, suas diretrizes refletem a busca pela humanização do sistema punitivo, através de políticas criminais que buscam outras alternativas à prisão e, sendo esta aplicada, o tratamento humanitário aos presos.

Assim, tem-se demonstrado que a individualização da pena na execução penal não pode prescindir da premissa de que o preso possui uma dignidade, um núcleo de proteção intransponível em qualquer ação imposta pelo Estado Democrático de Direito. Também este modelo de Estado tem por objetivo o bem-estar da sociedade. Não pode se descuidar que a individualização da pena na fase executiva constitui o meio indispensável para os fins que se propõe a pena privativa de liberdade, evitando que o preso deixe de ser membro da sociedade, seja na condição “intramuros” ou “extramuros”.

⁵⁹ Conforme já mencionado em nota de rodapé, as Regras Mínimas são conjuntos de normas destinados a proteger o preso aprovadas pela ONU e recomendada a todos os Estado Membros.

⁶⁰ Art. 2º. “Os princípios norteadores das Diretrizes do CNPCP, além daqueles adotados pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, são: I – respeito à vida e à dignidade da pessoa humana; II – concepção do Direito Penal como última instância de controle social; III – valorização da criatividade na busca de alternativas à prisão; IV – articulação e harmonização dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal; V – absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos na atuação do aparato repressivo do Estado; VI – humanização do sistema de justiça criminal; VII – comprometimento com a qualidade na prestação do serviço, para incremento da eficiência e da racionalidade do sistema de justiça criminal”.

4 EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

Dentro da análise constitucional, observou-se que a pena não objetiva trazer dor ou sofrimento ao condenado, à proporção que consagrou o princípio da individualização da pena, visando a minimizar os efeitos da prisonização, em respeito à integridade física e moral do encarcerado, isto sem mencionar a proibição das penas cruéis, que, conforme o exposto, abrange não somente o tipo de pena, mas também a forma como esta é executada. Neste capítulo, abordar-se-á o tratamento imposto na prática pelo Estado ao preso, na execução da pena privativa de liberdade, está em consonância com as diretrizes da Constituição. Neste contexto, o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) também será abordado, pois embora sendo uma sanção disciplinar interfere substancialmente na forma de cumprir a prisão. Ao se constatar que o ambiente carcerário constitui uma mazela, far-se-á uma reflexão sobre os responsáveis por este sistema.

4.1 Amostra do sistema carcerário

O incidente na Casa de Detenção de São Paulo, no dia 2 de outubro de 1992, quando 111 presos foram sumariamente mortos, em uma operação da Polícia Militar, foi manchete na imprensa nacional e internacional, pois eram pessoas que estavam sob a custódia do Estado e, portanto, deveriam receber a proteção de suas vidas. O fato teve grande repercussão pela quantidade de mortos e pela brutalidade da atuação da Polícia Militar que, segundo relatório elaborado pela Comissão Organizadora do Acompanhamento para o caso de Carandiru¹, “os

¹ Segundo o relatório, a conclusão da perícia foi a seguinte: “só 26 detentos foram mortos fora de suas celas. Os presos mortos foram atingidos na parte superior do corpo, nas regiões letais como cabeça e coração. Os exames de balística informam que os alvos sugerem a intenção premeditada de matar. Um detento tinha 15 perfurações de disparos de arma de fogo no corpo. No total entre os 103 mortos, a cabeça foi alvo de 126 balas, o pescoço alvo de 31, e as nádegas levaram 17 balas. Os troncos tiveram 223 tiros. Os laudos periciais concluíram que vários detentos mortos estavam ajoelhados, ou mesmo deitados, quando foram atingidos. Diante de tamanha violência, muitos detentos se jogaram sobre os corpos que estavam no chão, fingindo-se de mortos para conseguir sobreviver”. Segundo, ainda o relatório “foram encontrados 111 detentos mortos: 103 vítimas de disparos (515 tiros ao todo) e 8 morreram devido a ferimentos promovidos por objetos cortantes. Não houve policiais mortos. Houve ainda 153 feridos, sendo 130 detentos e 23 policiais militares”. RELATÓRIO da Comissão Organizadora do Acompanhamento para o caso de Carandiru Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cavallaro/carandiru.html>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

PMs através de metralhadoras, fuzis e pistolas automáticas, dispararam tiros contra os presos, especialmente nas partes mais letais, como a cabeça e o tórax”.

Sem desmerecer a gravidade e a repercussão desse fato, bem como outros em que da mesma forma culminaram em morte e tortura, seja por órgãos policiais, por outros agentes estatais ou, ainda, por parte dos próprios presos, o presente capítulo busca enfocar outros problemas da realidade carcerária, os quais provocam nos encarcerados a perda de sua cidadania enquanto detentores de direitos.

No que se lê em alguns documentos no tocante às condições carcerárias, conclui-se que são cruelíssimas a um ser humano. Descrevendo sobre as precariedades da Casa de Detenção de São Paulo, Draúzio Varella, em seu livro “Estação Carandiru”, menciona diversas situações degradantes que estão relacionadas com a falta de condições materiais e humanas, seja na parte da infraestrutura, seja na parte administrativa. Ao discorrer sobre as divisões dos presos nos nove pavilhões, o autor menciona as “masmorras” que, segundo ele, são locais que foram criados para alocarem presos que temem ser assassinados por outros presos:

A masmorra fica em frente à gaiola de entrada do pavilhão. É guardada por uma porta maciça, ao lado da qual uma placa avisa que é terminantemente proibida a entrada de qualquer pessoa não autorizada. São oito celas de um lado da galeria escura e seis de outro, úmidas e superlotadas. O número de habitantes do setor não é inferior a cinquenta, quatro ou cinco por xadrez, sem sol, trancados o tempo todo para escapar do grito de guerra do Crime [...] ambiente lúgubre, infestado de sarna, muquiranas e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta. A janela do xadrez é vedada por uma chapa de ferro fenestrada, que impede a entrada de luz. [...] tomar banho exige contorcionismo circense embaixo do cano na parede ou na torneira da pia, com uma caneca [...].²

No tocante aos doentes mentais, Drauzio Varella discorre sobre a precariedade da galeria em que eles ficam na Casa de Detenção, bem como sobre problemas de administração em relação à classificação deles.

No segundo andar, há um trecho da galeria cujas celas são identificadas com um cartão afixado: ‘DM’, sigla que identifica os ‘doentes mentais’. O critério para lhes atribuir tal rótulo é incerto, uma vez que não existe serviço especializado em psiquiatria na Casa. Alguns dos DMs já chegaram com distúrbios sérios de comportamento, outros entraram em surtos psicóticos na própria cadeia e avançaram sem motivo para esganar o companheiro, tentaram suicídio, desenvolveram quadros depressivos graves ou esgotaram o cérebro no cachimbo de crack... como nos

² VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.24.

manicômios do século XIX, passam o tempo reclusos em seus xadrezes. A mediação psiquiátrica que recebem é praticamente a mesma para todos.³

Esta situação deprimente não caracteriza somente essa Casa Detenção, mas representa as condições do cárcere brasileiro, como bem frisou Barros Leal:

Seja na Casa de Detenção de São Paulo, onde cerca de 7.250 homens habitam a maior prisão da América Latina, ou na Penitenciária Aníbal Bruno, de Pernambuco, palco de torturas veiculadas inúmeras vezes pela imprensa, seja na decadente Lemos de Brito, de Salvador, com seu Beco da Morte, ou no Instituto Penal Paulo Sarasate do Ceará, semidestruído por presidiários amotinados, vi a projeção reiterada do mesmo filme, co-produzido pelo estigma e pela indiferença. Prisões onde estão enclausurados 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 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 freqüentes 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 ido, 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 [...].⁴

Passados oito anos desse diagnóstico e do massacre do Carandiru, a II Caravana Nacional dos Direitos Humanos, elaborada pela Comissão dos Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, constatou os mesmos problemas. Nos termos do relatório apresentado concluiu-se que “os presídios brasileiros são uma reinvenção do inferno”, não se tratando de “uma construção metafísica ou uma especulação religiosa.”⁵

A propósito, a referida Caravana percorreu 17 instituições prisionais, entre presídios, penitenciárias e delegacias, em 6 Estados brasileiros (Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná), que mantinham uma população carcerária total de 15 mil presos, o que, segundo o relatório, representou uma amostra significativa da realidade prisional brasileira. Dentre as inspeções realizadas, considera-se oportuno transcrever alguns relatos de desumanidade e crueldade:

[...], é preciso descrever o local que habitam: as celas são imundas. De tal forma que o odor fétido que exalam pode ser sentido ainda no pátio interno do distrito policial. Todas elas são escuras e sem ventilação. Ao alto, em uma das paredes, há uma pequena abertura gradeada com não mais que 15 centímetros de largura. No chão, em meio à sujeira e ao lixo, transitavam com desenvoltura dezenas de baratas. Nas paredes laterais das celas, inscrições firmadas com o sangue dos seus autores nos

³ Ibid., 2003. p. 25-26.

⁴ LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, Fortaleza, a.7, n.9, 1992, p.56.

⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos. Sistema prisional brasileiro. 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/comissoes/cdhm/relatorios/prisional.html>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

oferecem a sugestão de sofrimentos passados.... Todos esses presos estão obrigados a dormir no chão, sobre a lage, sem que lhes seja oferecido sequer um colchão ou uma manta. Disputam, assim, espaço com os insetos. A nenhum deles é permitido que tenham acesso, mesmo que restrito, a qualquer área aberta. Não tomam sol, não caminham nem se exercitam. A longa permanência naquele lugar nojento lhes provoca crises nervosas, acessos de choro e doenças as mais variadas, destacadamente as doenças de pele e as bronco-pulmonares. Lhes assegura, também, uma coloração especial, algo assim como um tom esmaecido entre o branco e o amarelo pelo que é possível lembrar, alternadamente, as imagens de hepáticos que perambulassem ou de cadáveres que insistissem em viver [...] (relatório realizado no dia 28 de agosto de 2000 referente às celas para custódia de presos provisórios situado no II Distrito Policial, no bairro Aldeota em Fortaleza/CE).

[...] Na cela de segurança número 4, Luciano Batista Silva - o 'Biba' - foi 'isolado' juntamente com 7 outros presos há pouco mais de um mês. Nesse espaço minúsculo, escuro e sem ventilação, os presos são apartados dos demais, sendo obrigados a conviver com as ratazanas e a defecar em um saco plástico posto que não há instalações sanitárias (Presídio Prof. Aníbal Bruno em Recife/PE- 30 ago. 2000).

[...] as 'celas' não possuem teto uma vez que as suas paredes possuem dois metros de altura e a cobertura efetiva é a do próprio ginásio. Agora, povoem a cobertura do ginásio com centenas de pombos que defecam 24 horas por dia na cabeça dos presos. Por decorrência, imaginem que esses presos tenham erguido com ao panos que dispõe - trapos, lençóis velhos, mantas puídas - uma proteção contra essa chuva de fezes, de forma que suas celas lembrem tendas miseráveis enegrecidas pelos dejetos que aparam. (Presídio Evaristo de Moraes no Rio de Janeiro, 30 ago. 2000). A penitenciária dispõe, também, de uma ala onde funciona, com certa precariedade, uma pequena enfermaria. São dezenas de homens depositados ali, abandonados em regra, baleados, doentes. Alguns literalmente apodrecem. Sem atendimento, sem medicamentos, morrem no esquecimento e no silêncio da prisão. (Penitenciária de São Paulo, Complexo Carandiru, visita feita em 2000 de set. 2000).

Iniciamos a visitação pelas celas de isolamento, usadas tanto para punição disciplinar quanto para segurança de presos. Há dois espaços: um fora do presídio; outro dentro, na quinta galeria. As celas de isolamento externas, em número de 19, encontram-se totalmente fora da lei. São celas escuras, sem ventilação, onde presos são amontoados e esquecidos. O cheiro é horrível. Os presos nesse isolamento não saem para o pátio, embora exista uma área reservada, totalmente gradeada e coberta por tela, onde seria perfeitamente possível oportunizar o acesso deles à insolação e à atividade física. (Presídio Central de Piraquara/PR, 05 set. 2000).

O presídio dispõe de infraestrutura deficiente em todas as dimensões imagináveis. As instalações hidráulicas estão comprometidas, há vazamentos dos esgotos e condições insalubres nas galerias... Na inspeção realizada, chegamos a um conjunto de outras celas também utilizadas para isolamento. Essas celas não possuem ventilação, são escuras e insalubres. Ali encontramos presos sem direito a banho de sol ou visitas... (Presídio Central em Rio Grande do sul, 04 de set. 2000).⁶

A amostra sobre o cenário carcerário brasileiro, relatada nos documentos acima, é semelhante à que diariamente se tem conhecimento através dos diversos meios de comunicação: uma afronta desmedida e escancarada aos direitos dos presos estabelecidos por normas nacionais e internacionais. O tratamento desumano e degradante conferido aos presos

⁶ Ibid. No Presídio Central do Rio Grande do Sul percebe-se a mesma precariedade dos demais, contrariando o que menciona o "Relatório Azul". Segundo este relatório, do ano de 1997, na seção o sistema prisional, o Rio Grande do sul possui "o melhor sistema prisional do país", segundo afirmação do Ministério da Justiça, podendo inclusive servir de modelo para outros Estados. RELATÓRIO Azul Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/rs/relatorioazul/index.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2007. Ressalte-se, foi neste sentido que a II Caravana incluiu Rio Grande do Sul nos Estados a serem visitados, pois queriam, segundo a Caravana "chechar o modelo apontado por muitos como o melhor do país" a conclusão dos visitantes é que o sistema prisional daquele estado precisaria urgentemente de melhoras.

brasileiros contradiz todas as bases do Estado Democrático de direito e a omissão do Poder Público em relação a estas mazelas equipara o atual sistema prisional ao sofrimento das punições descritas nos períodos absolutistas.

Os direitos sociais, como o trabalho⁷ e a educação⁸, que também são extensivos aos presos, da mesma forma às pessoas que estão em liberdade, não vêm sendo ofertados a contento. No estado do Ceará, por exemplo, segundo informações atualizadas do (O que significa?) INFOPEN, dos 12.260 presos, apenas 835 trabalham. No estado de São Paulo, que tem uma população carcerária de 138.306 presos, apenas 38.874 exercem atividade laborativa. No Rio de Janeiro, de uma população de 29.265 presos, apenas 846 trabalham.⁹ A precariedade dos estudos também é bem visível na estatística do governo federal. Segundo dados do Departamento Penitenciário, somente 7,1% dos presos cursam o Ensino Fundamental e o número de presos que recebem qualificação profissional é de 0, 71%.¹⁰

Nesse paradigma, vê-se que o objetivo da individualização da pena encontra-se comprometido ante a omissão de cumprir a função ressocializadora da pena, seja no sentido estrito, para que o preso mantenha sua saúde física e psíquica, através de instalações físicas adequadas, alimentação, entre outros gêneros de primeira necessidade, seja no contexto mais amplo, no sentido de que o preso receba educação ou trabalho como forma de aumentar seus conhecimentos técnicos e intelectuais.

4.2 Regime Disciplinar Diferenciado

A Lei nº 10.792/2003 que, entre outros, alterou o art. 52 da Lei de Execução Penal, instituiu uma modalidade de sanção disciplinar (Regime Disciplinar Diferenciado) que não guarda qualquer pertinência com o objetivo da execução em proporcionar condições ressocializadoras para o reingresso do preso na sociedade, além de afrontar dispositivos

⁷ Além do direito ao trabalho ter previsão constitucional, a Lei de Execução Penal prevê em seu art. 41: “constituem direitos do preso: II atribuição ao trabalho e sua remuneração”.

⁸ Conforme salientado, o direito à educação tem previsão constitucional, mas antes disso, a Lei de Execução Penal previu: Art. 11 “a assistência será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa”. Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa. Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

⁹ Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2007.

¹⁰ Conforme relatório de gestão do Departamento Penitenciário Nacional do ano 2006. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2007.

constitucionais e normas correlatas aos direitos dos presos que lhe proíbem tratamento, cruel, desumano e degradante. A novel dicção do artigo 52 prescreve que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

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 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.¹¹

As medidas aplicadas ao condenado submetido ao regime disciplinar diferenciado são: recolhimento isolado, por 22h, com duração máxima de até 360 (trezentos e sessenta dias), podendo ser estendido até o limite de 1/6 da pena aplicada; limitação de visitas para duas pessoas, por semana, e saída por 2 horas diárias para banho de sol.¹²

Diante disso, cabe questionar em que consiste este retrocesso na legislação ao estabelecer este tipo de sofrimento ao preso, como nos regimes de outrora. Ainda que não haja uma mudança no regime progressivo, por se tratar de uma sanção disciplinar, os efeitos danosos de se isolar os presos são os mesmos. Desse modo, não há como deixar de perquirir quais as razões político-criminais para que um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana possibilite ao preso um tratamento cruel como este.

¹¹ Da narrativa destes dispositivos, afirma-se, no campo jurídico doutrinário, que diversos fatos contrapõem-se aos princípios constitucionais, como por exemplo, inobservância ao princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal, à medida que subversão da ordem ou disciplina interna mencionada no art. 52 são conceitos indeterminados e que, portanto, pode variar de acordo com a interpretação do aplicador. Da mesma forma-se verifica, no parágrafo 2º, uma violação ao princípio da proporcionalidade na medida em que a *fundada suspeita de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas* poderá ensejar uma pena mais dolorosa do que o crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do código penal. Veja-se: A pena para o crime de quadrilha ou bando é de 1 (um) ano a três anos de reclusão, podendo ser dobrada se os agentes tiverem armados. Nos termos do código penal, a pessoa armada que for condenada pelo crime de bando ou quadrilha qualificado poderá, por exemplo, receber uma pena de 3 (três) anos e depois de 6 meses em regime fechado passar ao regime semi-aberto. Por outro lado, se a pessoa condenada a qualquer crime e for suspeita de quadrilha ou bando poderá ficar 1 (um) ano isolado numa cela. No presente trabalho, pela pertinência do tema, será recorrido apenas as medidas do isolamento.

¹² Pelo que já foi visto, a imposição de isolamento lembra o sistema pensilvânico que sofreu alteração pela sua ineficácia na função isoladora: oportunizar ao preso, uma maior reflexão sobre seus atos criminosos para que pudesse se arrepender e não voltar mais a delinquir. No Brasil, também foi visto que o isolamento revelou-se ineficaz e cruel no que surgiu o sistema progressivo adotado no Brasil no Código de 1940.

Este sistema nasceu inicialmente no âmbito administrativo, no estado de São Paulo que, por meio da Secretaria da Administração Penitenciária, editou Resolução para conter os conflitos entre as facções criminosas existentes nos interiores das unidades prisionais daquele Estado. A Resolução de nº 26, editada em maio de 2001, previu aos presos, que se rebelassem com as organizações criminosas, isolamento diário de 23 horas, sendo que 1 hora é para banho de sol, por um período de 180 dias, podendo ser ampliado para 360 dias.¹³

Posteriormente, por meio de outra Resolução, foi instituído o RDD no complexo penitenciário de Campinas (Hortolândia). Nesta resolução, o regime diferenciado foi ampliado para o tempo de 360 dias, bem como para os presos provisórios acusados da prática de crime doloso ou que representassem risco para a segurança e a ordem da unidade prisional. Em dezembro de 2002, as rebeliões transpassaram a fronteira do estado de São Paulo, indo para o Rio de Janeiro, onde foi implantado o regime diferenciado para as rebeliões sob a sigla RDES (Regime Disciplinar Especial de Segurança).¹⁴ Também neste clima de tensão, vale ressaltar que a autoria das mortes de dois juízes das Varas de Execução Criminal de São Paulo e Vitória, ocorridas em março de 2003, foi imputada aos líderes do crime organizado que estavam presos.¹⁵

O ambiente consagrou-se propício para que o Poder Legislativo se manifestasse sobre estas rebeliões, causadas por criminosos, que já se encontravam presos. O Projeto de Lei nº 5073/91 ganhou respaldo e chegou ao fim do seu destino em dezembro de 2003, sob a roupagem da Lei nº 10792/03. Aqui, vê-se que esta lei tinha um foco específico, que era disciplinar os presos “rebeldes”, ou seja, os líderes e partícipes daquelas rebeliões.

Punir administrativamente os presos que causaram as rebeliões, os quais inclusive retiraram a vida de pessoas inocentes, é dever do Estado que, também no juízo de ponderação de valores, pode suprimir diversos direitos dos presos. Neste sentido, a Lei de Execução Penal, em sua redação original, nos termos dos art. 53, 50 e 58, previu o isolamento por até 30 dias, seja pela prática de crime doloso, seja pelas práticas de atos que subvertam a ordem pública, como aqueles que o regime disciplinar diferenciado traz em seu corpo normativo.

¹³ REGIME Disciplinar Especial de Segurança. Disponível em: <<http://www.rodri gobello.wikidot.com/dainconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-rodri go-bello>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

¹⁴ No Rio, o principal alvo do Regime Diferenciado foi o líder da facção Comando Vermelho, o preso Fernandinho Beira-Mar que liderou uma rebelião no Presídio Bangu I.

¹⁵ Ibid., 2007.

Por outro lado, se a criminalidade do mundo moderno possui outra dimensão, no sentido de que grupos se organizam para praticar delitos, inclusive causando transtorno e insegurança a toda comunidade local, e com isso necessitando de medidas mais enérgicas, deve-se ter em mente que os efeitos devastadores do isolamento celular na personalidade humana são os mesmos desde a sua implantação. Além disto, não se pode perder de vista que, sendo a prisão uma medida segregadora que já redundava numa dessocialização do preso, entre outros efeitos da prisonização, o que dizer então dos males que o isolamento celular causa ao homem?

A condição segregadora decorrente da prisão agravada pelo isolamento celular constitui uma pena cruel, o que é proibido pela Constituição, sem mencionar o comprometimento no resultado da individualização da pena na busca da reinserção social. Cabe ressaltar que o Conselho Nacional Penitenciário de Política Criminal emitiu parecer desfavorável à Lei nº 10792/2003, considerando que o isolamento celular causa efeitos devastadores na saúde do preso, consistindo em tratamento cruel e desumano. O parecer fez menção à posição da Comissão Europeia de Direitos Humanos, segundo a qual o “total isolamento sensorial, somado a total isolamento social, pode destruir a personalidade e constitui uma forma de tratamento que não pode ser justificada por necessidades de segurança ou qualquer outra razão”. A conclusão do parecer foi a seguinte:

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.¹⁶

Estes efeitos do isolamento celular são conhecidos desde o regime pensilvânico que, por ser degradante e não ter atingindo o objetivo a que se propusera - reflexão do apenado na busca da penitência -, sofreu modificação. Conforme mencionado, o regime disciplinar diferenciado também anda na contramão dos objetivos atuais da execução, pois não há como compatibilizar condições ressocializadoras com a debilidade mental do homem. Por outro

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

lado, o Regime Disciplinar Diferenciado coaduna-se com o pensamento tratado, no capítulo anterior, de que não importa à sociedade as condições em que o preso se encontra.

Na verdade, as rebeliões causadas pelos presos consistem em uma resposta a este comportamento omissivo da sociedade de aceitar as condições de miséria dos estabelecimentos prisionais. Mais uma vez, o Regime Disciplinar Diferenciado reafirma a posição anterior de que não é necessário cumprir os direitos humanos dos criminosos para que estes fiquem encarcerados. Se antes o sofrimento dos apenados indicava uma vingança velada, tinha-se, ao menos, no contexto normativo, a finalidade ressocializadora da pena. Com a Lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, o sofrimento que se vê na prática decorre do texto da lei, no viés de uma vingança institucionalizada.

Nesse contexto repressivo, tem-se o Projeto de Lei nº 7223/06 que acrescenta ao art. 52 da Lei de Execução Penal um dispositivo que prevê o regime de segurança máxima “ao preso provisório ou condenado sobre o qual recaírem fundados indícios de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa”. Seu objetivo é impedir o envolvimento do preso com organizações criminosas e a duração máxima da sanção é de 720 dias, sem prejuízo da repetição ou prorrogação.¹⁷

Sendo duradouras as condições subumanas dos presos, outras rebeliões surgirão independentemente ou não da existência de leis repressivas, até o tempo em que a sociedade entender que se combate a criminalidade com políticas públicas preventivas. Dentro da analogia de Otávio Amaral, “a cárie dentária, enquanto problema de saúde pública, só pode ser combatida com políticas de saúde bucal e de saúde em geral, jamais comprando-se muita

¹⁷ Art. 1º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 52-A: “Art. 52-A. Estará sujeito ao regime de segurança máxima o preso provisório ou condenado sobre o qual recaírem fundados indícios de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa. § 1º O regime de segurança máxima tem por objetivo impedir as ligações do preso com organizações criminosas, e possui as seguintes características: I – duração máxima de 720 (setecentos e vinte) dias, sem prejuízo da repetição ou prorrogação, podendo haver conversão para o regime disciplinar diferenciado, ouvidas as partes; II – recolhimento em cela individual; III – visitas mensais com o máximo de 2 (dois) familiares, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações encaminhadas ao Ministério Público; IV – banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; V – comunicação vedada com outros presos nas saídas para banho de sol e exercícios físicos, assim como entre o preso e o agente penitenciário, devendo os acompanhamentos ser monitorados; VI – vedação da entrega de alimentos, refrigerantes e bebidas em geral por parte de visitantes; VII – proibição do uso de aparelhos telefônicos, de som, televisão, rádio e similares; VIII – contatos mensais com advogados, salvo autorização judicial, devendo ser informados, mensalmente, à seção da Ordem dos Advogados, os nomes dos advogados dos presos”. CAMÂRA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=91966>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

massa para obtenção.”¹⁸ Deste modo, não é com a elaboração de leis duras nem com instituições de segurança máxima que se combaterá a criminalidade.

4.3 Os efeitos dessocializadores das mazelas carcerárias e os responsáveis por este ambiente

As condições inóspitas ora relatadas no presente trabalho impedem qualquer compatibilidade com função ressocializadora na pena de prisão. Pelo contrário, trata-se de um ambiente ideal para provocar no preso toda espécie de degradação, por possibilitar a promiscuidade nas relações interpessoais, desenvolver problemas psicológicos no plano individual, bem como torná-lo mais agressivo, além desses fatores contribuírem para o desenvolvimento das tendências criminosas.

No contexto da reincidência criminal, o Departamento Penitenciário Nacional informou, por meio do seu relatório de gestão de 2002, que não há registro da taxa de reincidência, embora desenvolva o seu Programa de Reestruturação do Sistema Penitenciário numa porcentagem de 70% de reincidentes.¹⁹ Em se fazendo menção a um índice menor, embora seja também um dado assustador, o Plano Nacional de Segurança Pública, de junho de 2000, mencionou que o número de presos reincidentes superava 50% (cinquenta por cento).²⁰

O que se constata diante das condições carcerárias no Brasil é que a punição não consiste tão somente na privação de liberdade do criminoso, e sim em estar encarcerado em uma prisão com condições inabitáveis para um ser humano, visto que o criminoso fica preso no estabelecimento prisional para receber a pena, mas não somente para cumprir a pena, como bem assinalou o relatório anual do Centro Internacional para Estudos Penitenciários:

O conceito tradicional da prisão, pelo menos nos países ocidentais é de um lugar onde o ofensor é enviado como castigo, e não para ser castigado. O que implica que o castigo consiste na privação de liberdade e não se estende à forma na qual as pessoas aí são tratadas. Esta premissa agora é menos certa do que foi há um tempo atrás. Cada vez mais, aumenta o número de instâncias nas quais as condições em que

¹⁸ AMARAL, Luís Otávio de Oliveira. A segurança pública brasileira pede segurança. **Revista Consulex**, Brasília, ano VII, nº 152, p.25-26, 15, maio 2003. p.26.

¹⁹ Consoante relatório de gestão do ano 2002 do Departamento Penitenciário Nacional. Embora não dispondo de dados concretos sobre a reincidência, este fato juntamente com a superpopulação carcerária constituiu os indicadores para o Plano de Reestruturação do Sistema Penitenciário lançado em 2001, por força do Plano Nacional de Segurança Pública. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

²⁰ Conforme compromisso nº 13 do Plano Nacional de Segurança Pública. PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/3exec/novapolicia/plano_segpub.htm>. Acesso em: 20 nov. 2007.

os presos são mantidos dá a impressão que eles foram enviados para a prisão para serem castigados.²¹

Dentro desta perspectiva, o Estado se sente cumpridor do seu papel, por amontoar os presos nos estabelecimentos prisionais, assim a sociedade se sente “protegida”. Na verdade, a sociedade livre encontra-se separada, por muralhas e trancas, daqueles que violaram o contrato social. E para isso não importa quantos criminosos estejam nas prisões e em que condições eles estejam inseridos; não importa se o estabelecimento prisional excedeu a sua capacidade de lotação, muito menos se há limite ao número de excedentes.

A superlotação carcerária, embora seja constatada a olho nu, não deixa de ser incluída nos relatórios sobre as condições do cárcere. Por exemplo, no relatório elaborado pela referida Caravana II, a qual visitou 16 estabelecimentos prisionais, somente dois não ultrapassaram a sua capacidade.²² Segundo dados do Ministério da Justiça, a população carcerária no Brasil, até junho de 2007, era de 419.551 (quatrocentos e dezenove mil e quinhentos e cinquenta e um) presos, estando incluídos nesse número os que estão nas Delegacias. Desse total, há um excesso de 105.075 (cento e cinco mil e setenta e cinco) presos.²³

Se as condições da prisão já são precárias, o excessivo contingente carcerário contribui sobremaneira para acentuar as mazelas na vida dos presos, violando direitos mais elementares, como o de dormir, conforme verificado na carceragem de Cariacica, Espírito Santo, citado pelo relatório da Anistia Internacional sobre direitos humanos:

Havia 92 homens apinhados em uma única área de detenção com apenas dois banheiros e 16 beliches. Os outros dormiam no pátio sem cobertura contra a chuva. Muitos internos dormem no chão de cimento, em colchões de espuma imundos ou sobre um cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente nem mesmo para permitir que todos se deitem, os internos recorrem a vários métodos engenhosos, tais como o sistema de revezamento e o uso de redes, enquanto alguns se amarram às barras para poderem dormir.²⁴

²¹ ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: Limites e possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (Coord.), op. cit., 2007. p.83.

²² Na Cadeia de Maracanaú/CE a capacidade seria de 20 presos, e havia 74; no Instituto Penal feminino Desembargadora Auri Moura Costa, a capacidade é de 50 detentas e contava com 112; no presídio Professor Barreto Campelo no Estado de Pernambuco, a capacidade máxima é de 370 detentos e havia 1032 presos; na penitenciária de São Paulo, a capacidade era para 1250 presos e havia 2400; na penitenciária Presídio de Mulheres (SP), a capacidade era para 256 presos e tinha 456; na penitenciária Estadual do Jacaú (RS), possuía capacidade para 1109 presos e havia 1241; no presídio Professor Aníbal Bruno (PE) com capacidade para 524 presos mantinha 2988; no presídio Central no Rio Grande do sul a capacidade é de 600 presos e tinha 2.100; e, no presídio Central de Piquara (PR), possuía capacidade de 550 presos e havia 1450.

²³ Segundo dados do Ministério da Justiça. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Disponível em: 20 nov. 2007.

²⁴ BRASIL “Aqui ninguém dorme sossegado”. Violações dos direitos humanos contra detentos. Anistia Internacional, op. cit., 1999. p.26.

A descrição desta situação carcerária, em que sequer o espaço no chão é suficiente para se dormir, faz com que se lembre quem são os presos, por Pierre Sane: “Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso. É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana.”²⁵

Em outra linguagem, o autor chama a atenção de que o preso não perde sua condição humana em decorrência de uma sentença que lhe declarou culpado de um crime, isto é, conforme mencionado, o preso não é objeto da execução, e sim sujeito da execução, de maneira que deve usufruir dos direitos que não foram suprimidos na sentença condenatória e que são impostos pela ordem jurídica do Estado Democrático. Dessa maneira, não perdendo os seus direitos fundamentais, o preso tem direito a condições dignas de alojamento, tais como um ambiente arejado, higiênico, com luz natural, água potável, refeições adequadas, banho de sol, espaço suficiente para deitar e dormir, entre outros inerentes a uma existência digna.

Rolim, posicionando-se sobre a pretensa função ressocializadora da pena, menciona que, embora a situação fática não convergisse para tal finalidade, a ideia de ressocialização consistia no “marco regulatório” pela busca de resultado na pena de prisão, o que significava ainda uma crítica a esta pena. Porém, destaca o autor, tal marco parece não estar sendo observado, como se estivesse sendo substituído pela ideia de que “pouco importa o que os presos façam, ou o que se faça com eles, contanto que permaneçam presos”.²⁶ A conclusão simplista de que a prisão de criminosos, sem o comprometimento de efetivação de condições reabilitadoras ou reinserção social, parece ser compartilhada por todos os segmentos da sociedade, sejam as autoridades instituídas, seja a população civil em geral.

Em grande escala, tem-se a responsabilidade do Poder Executivo, uma vez que lhe compete destinar e aplicar recursos para a área Penitenciária, tanto para a construção de novos estabelecimentos prisionais adequados ao alojamento dos presos, quanto para desenvolver políticas públicas para a implantação dos direitos aqui mencionados, entre outros. Basta lembrar, por exemplo, que Lei de Execução Penal estabelece, em seus Artigos 88 e 89, uma estrutura física (unidade celular), para cada encarcerado, adequada à existência humana. Veja-se:

²⁵ SANE, Pierre apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do sistema carcerário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, ano 8, v. 29, p.351-363, 2008.

²⁶ ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: Limites e possibilidades Para a reforma prisional no Brasil. In: CARVALHO, Salo de (Coord.), op. cit., 2007. p.84.

Art. 88 O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

“Art. 89 Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa”.²⁷

Reconhecem-se os esforços do governo federal para a criação de novas vagas no sistema prisional, desde a implantação do Plano Nacional de Segurança Pública, inclusive com a criação de penitenciárias federais.²⁸ Segundo o relatório de gestão do Departamento Penitenciário Nacional²⁹, o número de vagas saltou de 200.417 (duzentos mil, quatrocentos e dezessete), em dezembro de 2004, para 206.559 (duzentos e seis mil, quinhentos e cinquenta e nove) e, no ano subsequente, em dezembro de 2006, para 236.148 (duzentos e trinta e seis mil, cento e quarenta e oito) vagas.

Porém, tais esforços não foram suficientes para equacionar o problema do excesso de preso nos estabelecimentos, pois além da criação das vagas não ter sido suficiente para superar o déficit, a quantidade de novos presos cresce assustadoramente. Tomando o mesmo período do parágrafo acima, têm-se, no ano de 2004, 262.710 (duzentos e sessenta e dois mil, setecentos e dez) presos; em 2005, 296.919 (duzentos noventa e seis mil, novecentos e dezenove) e, em 2006, o número saltou para 339.580 (trezentos e trinta e nove mil, quinhentos e oitenta) presos. Conforme mencionado, em junho de 2007, o número de presos foi contabilizado em 419.551 (quatrocentos e dezenove mil, quinhentos e cinquenta e um).

No tocante à responsabilidade dos diretores dos estabelecimentos prisionais, agentes penitenciários e outros agentes públicos que detenham poder sobre os presos, consiste em que

²⁷ Essa exigência não é observada na grande maioria dos estabelecimentos prisionais. Acerca do levantamento feito em 71 cadeias, nas Comarcas do Estado Ceará, apenas 38 Cadeias possuem celas com área mínima de 6m²; Das 71 cadeias, somente 21 dispõem de celas separadas para mulheres. Em pesquisa feita em 88 Comarcas de 1ª e 2ª entrância do Estado do Ceará, numa amostragem de 81% das Comarcas, verificou-se que existem 39 Cadeias que não possui local para banho de sol. MOURA, Juliana Gronemberger de Negreiros. **As distorções no cumprimento da pena de liberdade e nos regimes semi-aberto e aberto nas Comarcas de 1ª e 2ª Entrâncias do Estado do Ceará**. Fortaleza: (Monografia). Universidade Estadual do Ceará/Escola Superior do Ministério Público. Programa de Pós- graduação lato sensu, 2007. p.33.

²⁸ O governo federal construiu as penitenciárias de segurança máxima em Campo Grande (MS), Catanduvas (PR), a de Mossoró (RN) e Porto Velho (RO) estão em fase de execução. A capacidade de cada uma é de 208 presos em celas individuais. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 21 nov. 2007.

²⁹ Relatório de gestão do ano de 2005. Ibid.

alguns deles não respeitam a condição humana dos detentos. Como se não bastasse a situação degradante que os presos vivenciam nas celas, os agentes referidos costumam considerar falta grave³⁰ condutas que não estão previstas no art. 50 da LEP e, conseqüentemente, aplicam-lhes a sanção disciplinar de isolamento.³¹

Nesse contexto, há relatos de presos que fizeram greve de fome contra a morosidade da Justiça, e outros, por terem recusado cortar os cabelos, foram postos em isolamento celular por ter causado subversão à ordem³², mediante a prática dessas condutas. Isto sem mencionar outros motivos absurdos pelos quais os presos recebem a sanção de isolamento, como no caso relatado pela Caravana II da Cidadania em que uma reclusa foi para o castigo de isolamento por ser reincidente no crime, conforme se vê adiante:

No instituto penal feminino Desembargadora Auri Moura Costa, no Ceará, a Caravana descreve a situação das celas de isolamento: São três pequenos cubículos escuros e úmidos aos quais se tem acesso após uma serpentina de corredores e portas chaveadas. Em um deles, uma das internas recolhidas mostrou a situação dramática do isolamento levantando o colchão onde dormia por sobre uma espécie de estrado. Em baixo, havia um buraco no concreto, uma verdadeira cloaca, onde habitavam inúmeras baratas. As presas nesse isolamento relataram que é norma da casa encaminhar diretamente ao castigo as presas reincidentes.

Todos estes fatos são agravados pela inexistência de uma assistência judiciária efetiva, que também é um direito previsto na Constituição Federal. Tendo em vista a omissão estatal nesse sentido, e considerando o número insuficiente de defensorias públicas, as quais se fossem devidamente implantadas, seriam os órgãos apropriados a lutar juridicamente pela implantação dos direitos constitucionais dos presos, bem como pelos institutos de execução penal, tais como livramento condicional, progressão de regime e até mesmo a declaração da

³⁰ A Lei de Execução Penal preceitua em seu art. 50 que “comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39, desta Lei.”

Os incisos II e V do art. 39, desta Lei são, respectivamente: obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; execução dos trabalhos, das tarefas e das ordens recebidas.

³¹ É certo que a Lei de Execução prevê em seu art. 53 e 54 e 58 que o isolamento constitui sanção disciplinar a ser aplicada pelo Conselho disciplinar, pelo período não superior a 30 (trinta) dias, mas exige que o isolamento seja na própria cela, ou em outro local, caso haja alojamento coletivo, e que a cela deve preencher os requisitos da unidade celular previstos no art. 88.

³² SCHMIDT, Andrei Zenkner. A crise de legalidade na execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.), op. cit., 2007. p.46.

extinção da punibilidade do apenado, pois não raro tem-se notícia de que apenados continuam na prisão, depois do término da pena.

Por seu turno, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outras instituições da República, também contribuem para a manutenção desse sistema desumano, na medida em que, conforme suas atribuições, poderiam agir objetivando interditar os estabelecimentos prisionais que destoam dos ditames legais, proporcionando condições indignas aos presos.³³

Nos termos do art. 66 VIII da Lei de Execução Penal, “competete ao juiz da execução interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da Lei”. Outrossim, nos termos do inciso IX do mesmo artigo, compete ao juiz da execução compor e instalar o Conselho de Comunidade.

Por fim, tem-se a sociedade civil que também pactua com a desumanidade do sistema prisional, afirmando o senso comum, ora prevalente no Brasil, de que “os direitos humanos só existem para bandido”, e, o que é mais grave, sequer aceita conviver com o egresso, discriminando-o de várias formas, seja por lhe negar oportunidades de emprego, seja por priva-lo de convivência comum, após o retorno ao mundo “extramuros”.

Nesse sentido, Rogério Greco traz o exemplo de uma condenada por homicídio, cuja vítima foi uma atriz de televisão da Rede Globo. A ré, ao cumprir a pena de prisão, matriculou-se em uma faculdade do Rio de Janeiro e alunos que estudariam com ela deixaram a sala de aula, sob o argumento de que não iam estudar com uma homicida.³⁴

Por todos esses motivos, mantém-se um sistema cruel e desumano, apesar de todo ordenamento jurídico prever o respeito e a proteção à dignidade e à integridade física e moral dos encarcerados. Nestas condições, os efeitos produzidos na prisão são devastadores à personalidade humana, porque o direito de ter uma vida digna se acaba ao adentrar nas celas dos estabelecimentos prisionais brasileiro.

³³ As incumbências deste Conselho estão inseridas no art. 81, que são: “I – visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca; II – entrevistar presos; III – apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV – diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou ao internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.”

³⁴ GRECO, Rogério, op. cit., 2005. p.120.

A percepção de que basta que os criminosos estejam presos deve ser urgentemente modificada, seja pelo reconhecimento de que os presos são pessoas e, portanto, não devem receber tratamento cruel e degradante, como preceitua a Constituição Federal e as normas correlatas, seja ao menos por razões egoísticas, porque na proporção do crescimento populacional dos presos faltará espaço nas cadeias e penitenciárias e daí, necessariamente, a sociedade terá que partilhar dos seus espaços extramuros.³⁵

³⁵ Conforme noticiado no jornal Diário do Nordeste, com circulação no dia 14 de novembro de 2007, pelo Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará não há mais vaga para preso e isto irá comprometer o programa “Honda Quarteirão”.

CONCLUSÃO

O movimento iluminista rompeu com o sistema punitivo do período absolutista. Fundamentado na razão humana e na existência de direitos no estado da natureza, surgiram teorias contratualistas sob a concepção de que o Estado, por meio de um acordo livre de vontade, foi instituído para preservar direitos naturais. No aspecto punitivo, o reconhecimento de direitos anteriores à formação do Estado significou que as penas teriam como limite estes direitos no sentido de que a punição ocorria dentro da necessidade.

Na busca de proteção de direitos do gênero humano, insurgindo-se contra todas as atrocidades da época (pena de morte, galé perpetua, mutilações, entre outras) que causavam sofrimentos desnecessários ao ser humano, surgiu Beccaria, cuja ideia era de que a pena tinha por finalidade afastar as pessoas do crime, seja no aspecto preventivo, seja no aspecto repressivo.

Tais ideias começaram a ter eco nas legislações da época, e a pena de morte, que era a sanção por excelência, deixava de ser bem vista dentro desse contexto. Daí, as prisões surgiram como opção a esta concepção “humanitária”, pois, ao mesmo tempo em que os criminosos se mantinham vivos, não causavam perturbação à paz social. No primeiro momento, a prisão foi utilizada para prender aqueles que estavam à margem da sociedade, como mendigos, prostitutas e pequenos delinquentes, e, posteriormente, passou a ser a principal para todos os criminosos.

Dentro de um processo de humanização e dentro de uma concepção utilitária da pena, para que o preso não voltasse a delinquir, a prisão passou por diversas formas de cumprimento: inicialmente por isolamento total, como nas prisões monásticas; a isto se acresceu a obrigatoriedade do trabalho e, por fim, previu-se liberdade antecipada para aqueles que se demonstrassem aptos ao convívio social, em vista da constatação de que o ambiente prisional desenvolvia aptidões criminosas no preso e outros hábitos dessocializadores.

Nesta perspectiva, a Constituição Federal, fundada no Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade da pessoa humana, com objetivos de assegurar a todos os indivíduos a igualdade, o bem-estar, o exercício dos direitos sociais e individuais, reconheceu

que o preso é possuidor de dignidade, no que lhe foram proibidas penas cruéis ou qualquer tratamento humilhante ou degradante a sua condição humana. Reconheceu, ainda, respeito à integridade física e moral do preso, além do direito à individualização da pena.

Não obstante a consagração constitucional desses direitos fundamentais, verificou-se que o Estado não os concretizou na prática, fazendo com que a pena privativa de liberdade seja tão cruel quanto na era dos suplícios. A dor e o sofrimento atingem o corpo e a mente dos presos e deixam sequelas irreparáveis, porquanto os seus direitos mais elementares são desrespeitados nos estabelecimentos prisionais, tais como não terem espaço para dormir nas celas imundas e infectas e, ainda, terem que dividi-las com baratas, ratos etc.

Constata-se que este ambiente nada difere daqueles descritos nas prisões brasileiras no final século XIX, ou melhor, antes disso, porquanto a Constituição de 1824 já preceituava que as cadeias deviam ser limpas e arejadas. Aliás, este ambiente nefasto remonta ao século XVIII, visto que Beccaria, em seu livro, já criticava as cadeias como “mansões do desespero e da fome.”¹ Todavia, as condições precárias das cadeias no século XVIII tem-se por justificada pelas condições da época, seja pela desigualdade das classes, seja pela inexistência da prisão como pena e, conseqüentemente, a inexistência de um sistema penitenciário, seja porque o sofrimento caracterizava o sistema punitivo da época.

Em situação oposta aos dias atuais, em que o direito penal é concebido como último instrumento de controle social e as diretrizes para a humanização da política criminal não se encontram somente na Constituição Federal, mas também na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos Tratados e Convenções de que o Brasil é signatário, bem como nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso fixadas pelo Estado brasileiro, faz refletir quais as causas para a continuidade das mazelas carcerárias.

A predominância de um pensamento escravocrata, o mesmo que impediu que a pena de morte deixasse de existir diante de um contexto de crescente resguardo dos direitos básicos dos escravos, ajuda a explicar a manutenção de condições subumanas nos locais de detenção em dias atuais. Assim como, nos idos do século XIX, o sistema prisional parece servir à permanência de uma divisão social pautada na repressão às camadas subalternas. Antes, ex-escravos; hoje, favelados; ambos clientela preferencial do sistema.

¹ BECCARIA, op. cit., 1983. p.21.

Esse pensamento fez com que a finalidade do sistema prisional, no Brasil, permanecesse inalterada em relação ao momento em que foi instituído: separar do convívio social segmentos desfavorecidos - mendigos, pequenos delinquentes e prostitutas. Hoje, com as devidas proporções, estes mesmos segmentos são retratados na expressão dos três “ps” (preto, pobre e prostituta).

No tocante ao tratamento desumano implantado pelo Regime Disciplinar Diferenciado, verificou-se que constitui, como outrora, uma vingança declarada do Estado, que na busca de reafirmar o seu poder de permanecer “fora da lei”, demonstrou que os outros “fora da lei” – os criminosos – não merecem ter seus direitos respeitados, sobretudo, quando, enclausurados nas prisões, violam a legislação estatal.

Urge, pois, que se modifique o tratamento cruel e deprimente que vem sendo dispensado aos presos. Faz-se necessário que se façam cumprir as normas constitucionais para que a humanização na execução na pena privativa de liberdade seja alcançada e consequentemente os efeitos da prisonização possam ser minimizados.

Embora a estrutura física das celas com aeração, insolação e espaço para dormir, bem como acesso a alimentação, saúde, faça parte do processo de humanizar a pena, entende-se ser desnecessária tal constatação, uma vez que isto se faz necessário à própria sobrevivência do preso. O que se deve fazer, além da implementação destas condições básicas, é buscar mecanismos para que os efeitos dessocializadores da prisão não interfiram na condição humana do preso, ou seja, na sua formação sujeito-cidadão.

Reconhece-se que a atividade laboral traz resultados positivos no processo ressocializador do preso, mas vislumbra-se de difícil viabilidade a sua aplicação a todos os presos frente à numerosa população carcerária e à grande taxa de desemprego na sociedade extramuro, bem como pela possibilidade de o preso ser preterido, ao concorrer com um cidadão livre, ainda que se implantem cursos profissionalizantes adequados às exigências do mercado.

Diferentemente tem-se a instrução escolar em que pode ser viabilizada a todos os encarcerados, respeitando-se as habilidades de cada um. Não se trata apenas em fazer com que os presos “terminem” seus estudos e obtenham os seus diplomas, o que pode ser, nos dias atuais, facilmente viabilizado por aulas telepresenciais. O processo educativo ressocializador

carcerário deve ir além da formação intelectual e buscar o pleno desenvolvimento do preso para o exercício da cidadania e para o fortalecimento da sua autoestima.

Faz-se necessário conscientizar a sociedade civil ou a institucionalizada desta solução, que, embora cada vez mais venha sendo apontada por alguns dos seus segmentos, no século XVIII, Beccaria já afirmara na sua obra, no capítulo dos meios de prevenir crime, “que a maneira mais segura e ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal é aperfeiçoar a educação”², ou seja, para o pensador italiano, a educação é o instrumento que mais se aproxima da perspectiva de abstenção de prática delituosa, o que é válido naturalmente para evitar a reincidência criminal.

É claro que a educação não constitui uma solução para acabar com a reincidência, diante da variedade de delitos e das diversas classificações de criminosos, mas com a implantação deste direito fundamental nos estabelecimentos prisionais, no próximo século, outra realidade carcerária será analisada, certamente.

² BECCARIA, op. cit., 1983. p.97.

REFERÊNCIAS

A)LIVROS

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11. ed. Verbete JUSNATURALISMO. Brasília: 1998. v. 1.

_____. **O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUSATO, Paulo César et al. **Introdução ao direito penal** - Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CÓDIGO de Hamurabi. Introdução, tradução e comentários de E. Borgon. Petrópolis: Vozes, 1976.

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

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. Coordenação: Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Historia do direito penal (crime natural e crime de plástico)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARCIA, Basileu. **Instituições do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. v. I.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niteroi- RJ: Impetus, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, [s.d.].

JESUS, Damásio E. de. **O novo sistema penal. Interpretação e aplicação da Lei nº 6.416/77**. São Paulo: Saraiva, 1977.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LOCKE, Jonh. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, [s.d.].

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9099/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Princípio políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003.

LUZ, Orandyr Teixeira Luz. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000.

MANAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTESQUIEU. **Espírito das Leis, livro XI**. São Paulo: Victor Civita, 1979. (Coleção Os Pensadores).

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: RT, 1981. v. 1.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Rio de Janeiro: Edição de Cândido Mendes de Almeida, 1870. v. 5.

PELARIM, Evandro. **Bem jurídico-penal. Um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PIMENTEL, Pedro Manoel. **Execução da pena (Jurisprudência brasileira)**. Curitiba: Juruá, 1988.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REBELO, Jose Henrique Guaracy. **Princípio da Insignificância**: Interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROSSEAU, J. J. **Do contrato social**: princípios do direito público. Trad. J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, [s.d.].

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TORRENS, Laertes de Macedo. **Estudos sobre execução penal**. São Paulo: SOGE, [s.d.].

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ et al. **Direito penal brasileiro – Teoria geral do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

B)REVISTAS JURIDICAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A situação da Justiça Penal no Brasil do século XIX. **IBCCRIM**, São Paulo, n.66, 2007.

AMARAL, Otávio de Oliveira. A segurança pública brasileira pede segurança. **Revista Consulex**, Brasília, ano VII, nº 152, 15 maio 2003.

DALBORA, José Luis Guzmán. La insignificancia: especificación y reducción calorativas en ele ámbito de lo injusto típico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, ano 4, nº 14, abr./jun. 1996.

GARBELINI, Sandra Mara. Arquitetura prisional, a Construção de Penitenciárias e a devida Execução Penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, n. 1, v.18, 2005.

KIST, Dario José. Bem jurídico-penal: Evolução histórica, conceituação e funções. **Direito e Democracia**, v. 04, n.1, 2003.

LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano 7, n.9, 1992.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do Sistema Carcerário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, ano 8, n. 29, jan./mar. 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 2, v. 2, n. 2, 2001.

SALLA, Fernando. Breves notas para a história do encarceramento em São Paulo – A penitenciária do Estado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, n. 20, ano 5, out./dez. 1997.

MONOGRAFIA SILVA, Evandro Lins. História das penas. **Revista Consulex**, Brasília, ano v, n. 104, 15 maio 2001.

C)

MOURA, Juliana Gronemberger de Negreiros. **As distorções no cumprimento da pena de liberdade e nos regimes semi-aberto e aberto nas Comarcas de 1ª e 2ª Entrâncias do Estado do Ceará**. Fortaleza: Trabalho de Monografia. Universidade Estadual do Ceará/ Escola Superior do Ministério Público. Programa de Pós - graduação lato sensu, 2007.

D)DOCUMENTOS

BRASIL. “Aqui ninguém dorme sossegado”. Violações dos direitos humanos contra detentos. Porto Alegre: Seção Brasileira da Anistia Internacional. 1999.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos. Sistema prisional. 2000 brasileiro. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/comissoes/cdhm/relatorios/prisional.html>>. Acesso em: 21 out. 2007.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo**. Comissão de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/principal.html>>. Acesso em: 29 set. 2007.

CORRIGINDO os desviantes: A construção do sistema prisional no Brasil – uma perspectiva comparativa - Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, século XIX. Disponível em: <<http://www.labhstc.br/pdf2007/15.15.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Art. 11, par. 2º. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>. Acesso em: 4 out. 2007.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Art. 2º. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideas/hist/ddhc.htm>>. Acesso em: 20 set. 2007.

PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/3exec/novapolicia/plano_segpub.htm>. Acesso em: 3 out. 2007.

REGIME Disciplinar Especial de Segurança. Disponível em: <<http://www.rodrigobello.wikidot.com/da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado-rodrigo-bello>>. Acesso em: 22 nov. 2007.

REGRAS mínimas para tratamento dos presos. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>. Acesso em: 30 set. 2007.

RELATÓRIO da Comissão Organizadora do Acompanhamento para o caso de Carandiru Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cavallaro/carandiru.html>>. Acesso em: 10 nov. 2007

RELATÓRIO Azul do ano de 1997, na seção o sistema prisional, o Rio Grande do sul possui “o melhor sistema prisional do país”, segundo afirmação do Ministério da Justiça, podendo inclusive servir de modelo para outros Estados. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/dh/br/rs/relatorioazul/index.htm>>. Acesso em: 11 out. 2007.

ANEXOS

ANEXO A

RESOLUÇÃO Nº 14, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1994

O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no uso de suas atribuições legais e regimentais e;

Considerando a decisão, por unanimidade, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, reunido em 17 de outubro de 1994, com o propósito de estabelecer regras mínimas para o tratamento de Presos no Brasil;

Considerando a recomendação, nesse sentido, aprovada na sessão de 26 de abril a 6 de maio de 1994, pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, do qual o Brasil é Membro;

Considerando ainda o disposto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal);

Resolve fixar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

TÍTULO I

REGRAS DE APLICAÇÃO GERAL

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º. As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.

Art. 2º. Impõe-se o respeito às crenças religiosas, aos cultos e aos preceitos morais do preso.

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 4º. O preso terá o direito de ser chamado por seu nome.

CAPÍTULO II

DO REGISTRO

Art. 5º. Ninguém poderá ser admitido em estabelecimento prisional sem ordem legal de prisão.

Parágrafo Único. No local onde houver preso deverá existir registro em que constem os seguintes dados:

- I – identificação;
- II – motivo da prisão;
- III – nome da autoridade que a determinou;
- IV – antecedentes penais e penitenciários;
- V – dia e hora do ingresso e da saída.

Art. 6º. Os dados referidos no artigo anterior deverão ser imediatamente comunicados ao programa de Informatização do Sistema Penitenciário Nacional – INFOPEN, assegurando-se ao preso e à sua família o acesso a essas informações.

CAPÍTULO III

DA SELEÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PRESOS

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.

CAPÍTULO IV

DOS LOCAIS DESTINADOS AOS PRESOS

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

- I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;
- II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 11. Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creches e em pré-escola.

Art. 12. As roupas fornecidas pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas.

§ 1º. As roupas não deverão afetar a dignidade do preso.

§ 2º. Todas as roupas deverão estar limpas e mantidas em bom estado.

§ 3º. Em circunstâncias especiais, quando o preso se afastar do estabelecimento para fins autorizados, ser-lhe-á permitido usar suas próprias roupas.

CAPÍTULO V

DA ALIMENTAÇÃO

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

CAPÍTULO VI

DOS EXERCÍCIOS FÍSICOS

Art. 14. O preso que não se ocupar de tarefa ao ar livre deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol.

CAPÍTULO VII

DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E ASSISTÊNCIA SANITÁRIA

Art. 15. A assistência à saúde do preso, de caráter preventivo curativo, compreenderá atendimento médico, psicológico, farmacêutico e odontológico.

Art. 16. Para assistência à saúde do preso, os estabelecimentos prisionais serão dotados de:

I – enfermaria com cama, material clínico, instrumental adequado a produtos farmacêuticos indispensáveis para internação médica ou odontológica de urgência;

II – dependência para observação psiquiátrica e cuidados toxicômanos;

III – unidade de isolamento para doenças infecto-contagiosas.

Parágrafo Único - Caso o estabelecimento prisional não esteja suficientemente aparelhado para prover assistência médica necessária ao doente, poderá ele ser transferido para unidade hospitalar apropriada.

Art. 17. O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico. Para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência.

Art. 18. O médico, obrigatoriamente, examinará o preso, quando do seu ingresso no estabelecimento e, posteriormente, se necessário, para :

I – determinar a existência de enfermidade física ou mental, para isso, as medidas necessárias;

II – assegurar o isolamento de presos suspeitos de sofrerem doença infecto-contagiosa;

III – determinar a capacidade física de cada preso para o trabalho;

IV – assinalar as deficiências físicas e mentais que possam constituir um obstáculo para sua reinserção social.

Art. 19. Ao médico cumpre velar pela saúde física e mental do preso, devendo realizar visitas diárias àqueles que necessitem.

Art. 20. O médico informará ao diretor do estabelecimento se a saúde física ou mental do preso foi ou poderá vir a ser afetada pelas condições do regime prisional.

Parágrafo Único – Deve-se garantir a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do preso ou de seus familiares, a fim de orientar e acompanhar seu tratamento.

CAPÍTULO VIII

DA ORDEM E DA DISCIPLINA

Art. 21. A ordem e a disciplina deverão ser mantidas, sem se impor restrições além das necessárias para a segurança e a boa organização da vida em comum.

Art. 22. Nenhum preso deverá desempenhar função ou tarefa disciplinar no estabelecimento prisional.

Parágrafo Único – Este dispositivo não se aplica aos sistemas baseados na autodisciplina e nem deve ser obstáculo para a atribuição de tarefas, atividades ou responsabilidade de ordem social, educativa ou desportiva.

Art. 23. Não haverá falta ou sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

Parágrafo Único – As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e a dignidade pessoal do preso.

Art. 24. São proibidos, como sanções disciplinares, os castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, bem como toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura.

Art. 25. Não serão utilizados como instrumento de punição: correntes, algemas e camisas-de-força.

Art. 26. A norma regulamentar ditada por autoridade competente determinará em cada caso:

I – a conduta que constitui infração disciplinar;

II – o caráter e a duração das sanções disciplinares;

III - A autoridade que deverá aplicar as sanções.

Art. 27. Nenhum preso será punido sem haver sido informado da infração que lhe será atribuída e sem que lhe haja assegurado o direito de defesa.

Art. 28. As medidas coercitivas serão aplicadas, exclusivamente, para o restabelecimento da normalidade e cessarão, de imediato, após atingida a sua finalidade.

CAPÍTULO IX

DOS MEIOS DE COERÇÃO

Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas, e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:

I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;

II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;

III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo eminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.

Art. 30. É proibido o transporte de preso em condições ou situações que lhe importam sofrimentos físicos

Parágrafo Único – No deslocamento de mulher presa a escolta será integrada, pelo menos, por uma policial ou servidor pública.

CAPÍTULO X

DA INFORMAÇÃO E DO DIREITO DE QUEIXA DOS PRESOS

Art. 31. Quando do ingresso no estabelecimento prisional, o preso receberá informações escritas sobre normas que orientarão seu tratamento, as imposições de caráter disciplinar bem como sobre os seus direitos e deveres.

Parágrafo Único – Ao preso analfabeto, essas informações serão prestadas verbalmente.

Art. 32. O preso terá sempre a oportunidade de apresentar pedidos ou formular queixas ao diretor do estabelecimento, à autoridade judiciária ou outra competente.

CAPÍTULO XI

DO CONTATO COM O MUNDO EXTERIOR

Art. 33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas.

§ 1º. A correspondência do preso analfabeto pode ser, a seu pedido, lida e escrita por servidor ou alguém opor ele indicado;

§ 2º. O uso dos serviços de telecomunicações poderá ser autorizado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Art. 34. Em caso de perigo para a ordem ou para segurança do estabelecimento prisional, a autoridade competente poderá restringir a correspondência dos presos, respeitados seus direitos.

Parágrafo Único – A restrição referida no "caput" deste artigo cessará imediatamente, restabelecida a normalidade.

Art. 35. O preso terá acesso a informações periódicas através dos meios de comunicação social, autorizado pela administração do estabelecimento.

Art. 36. A visita ao preso do cônjuge, companheiro, família, parentes e amigos, deverá observar a fixação dos dias e horários próprios.

Parágrafo Único - Deverá existir instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

Art. 37. Deve-se estimular a manutenção e o melhoramento das relações entre o preso e sua família.

CAPÍTULO XII

DAS INSTRUÇÕES E ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL

Art. 38. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso.

Art. 39. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação e de aperfeiçoamento técnico.

Art. 40. A instrução primária será obrigatoriamente ofertada a todos os presos que não a possuam.

Parágrafo Único – Cursos de alfabetização serão obrigatórios para os analfabetos.

Art. 41. Os estabelecimentos prisionais contarão com biblioteca organizada com livros de conteúdo informativo, educativo e recreativo, adequados à formação cultural, profissional e espiritual do preso.

Art. 42. Deverá ser permitido ao preso participar de curso por correspondência, rádio ou televisão, sem prejuízo da disciplina e da segurança do estabelecimento.

CAPÍTULO XIII

DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA E MORAL

Art. 43. A Assistência religiosa, com liberdade de culto, será permitida ao preso bem como a participação nos serviços organizado no estabelecimento prisional.

Parágrafo Único – Deverá ser facilitada, nos estabelecimentos prisionais, a presença de representante religioso, com autorização para organizar serviços litúrgicos e fazer visita pastoral a adeptos de sua religião.

CAPÍTULO XIV

DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Art. 44. Todo preso tem direito a ser assistido por advogado.

§ 1º. As visitas de advogado serão em local reservado respeitado o direito à sua privacidade;

§ 2º. Ao preso pobre o Estado deverá proporcionar assistência gratuita e permanente.

CAPÍTULO XV

DOS DEPÓSITOS DE OBJETOS PESSOAIS

Art. 45. Quando do ingresso do preso no estabelecimento prisional, serão guardados, em lugar escuro, o dinheiro, os objetos de valor, roupas e outras peças de uso que lhe pertençam e que o regulamento não autorize a ter consigo.

§ 1º. Todos os objetos serão inventariados e tomadas medidas necessárias para sua conservação;

§ 2º. Tais bens serão devolvidos ao preso no momento de sua transferência ou liberação.

CAPÍTULO XVI

DAS NOTIFICAÇÕES

Art. 46. Em casos de falecimento, de doença, acidente grave ou de transferência do preso para outro estabelecimento, o diretor informará imediatamente ao cônjuge, se for o caso, a parente próximo ou a pessoa previamente designada.

§ 1º. O preso será informado, imediatamente, do falecimento ou de doença grave de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, devendo ser permitida a visita a estes sob custódia.

§ 2º. O preso terá direito de comunicar, imediatamente, à sua família, sua prisão ou sua transferência para outro estabelecimento.

CAPÍTULO XVII

DA PRESERVAÇÃO DA VIDA PRIVADA E DA IMAGEM

Art. 47. O preso não será constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória à fotografia ou filmagem

Parágrafo Único – A autoridade responsável pela custódia do preso providenciará, tanto quanto

consinta a lei, para que informações sobre a vida privada e a intimidade do preso sejam mantidas em sigilo, especialmente aquelas que não tenham relação com sua prisão.

Art. 48. Em caso de deslocamento do preso, por qualquer motivo, deve-se evitar sua exposição ao público, assim como resguardá-lo de insultos e da curiosidade geral.

CAPÍTULO XVIII

DO PESSOAL PENITENCIÁRIO

Art. 49. A seleção do pessoal administrativo, técnico, de vigilância e custódia, atenderá à vocação, à preparação profissional e à formação profissional dos candidatos através de escolas penitenciárias.

Art. 50. O servidor penitenciário deverá cumprir suas funções, de maneira que inspire respeito e exerça influência benéfica ao preso.

Art. 51. Recomenda-se que o diretor do estabelecimento prisional seja devidamente qualificado para a função pelo seu caráter, integridade moral, capacidade administrativa e formação profissional adequada.

Art. 52. No estabelecimento prisional para a mulher, o responsável pela vigilância e custódia será do sexo feminino.

TÍTULO II

REGRAS APLICÁVEIS A CATEGORIAS ESPECIAIS

CAPÍTULO XIX

DOS CONDENADOS

Art. 53. A classificação tem por finalidade:

I – separar os presos que, em razão de sua conduta e antecedentes penais e penitenciários, possam exercer influência nociva sobre os demais.

II – dividir os presos em grupos para orientar sua reinserção social;

Art. 54. Tão logo o condenado ingresse no estabelecimento prisional, deverá ser realizado exame de sua personalidade, estabelecendo-se programa de tratamento específico, com o propósito de promover a individualização da pena.

CAPÍTULO XX

DAS RECOMPENSAS

Art. 55. Em cada estabelecimento prisional será instituído um sistema de recompensas, conforme os diferentes grupos de presos e os diferentes métodos de tratamento, a fim de motivar a boa conduta, desenvolver o sentido de responsabilidade, promover o interesse e a cooperação dos presos.

CAPÍTULO XXI

DO TRABALHO

Art. 56. Quanto ao trabalho:

I - o trabalho não deverá ter caráter aflitivo;

II – ao condenado será garantido trabalho remunerado conforme sua aptidão e condição pessoal, respeitada a determinação médica;

III – será proporcionado ao condenado trabalho educativo e produtivo;

IV – devem ser consideradas as necessidades futuras do condenado, bem como, as oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho;

V – nos estabelecimentos prisionais devem ser tomadas as mesmas precauções prescritas para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores livres;

VI – serão tomadas medidas para indenizar os presos por acidentes de trabalho e doenças profissionais, em condições semelhantes às que a lei dispõe para os trabalhadores livres;

VII – a lei ou regulamento fixará a jornada de trabalho diária e semanal para os condenados, observada a destinação de tempo para lazer, descanso. Educação e outras atividades que se exigem como parte do tratamento e com vistas a reinserção social;

VIII – a remuneração aos condenados deverá possibilitar a indenização pelos danos causados pelo crime, aquisição de objetos de uso pessoal, ajuda à família, constituição de pecúlio que lhe será entregue quando colocado em liberdade.

CAPÍTULO XXII

DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AJUDA PÓS-PENITENCIÁRIA

Art. 57. O futuro do preso, após o cumprimento da pena, será sempre levado em conta. Deve-se anima-lo no sentido de manter ou estabelecer relações com pessoas ou órgãos externos que possam favorecer os interesses de sua família, assim como sua própria readaptação social.

Art. 58. Os órgãos oficiais, ou não, de apoio ao egresso devem:

I – proporcionar-lhe os documentos necessários, bem como, alimentação, vestuário e alojamento no período imediato à sua liberação, fornecendo-lhe, inclusive, ajuda de custo para transporte local;

II – ajuda-lo a reintegrar-se à vida em liberdade, em especial, contribuindo para sua colocação no mercado de trabalho.

CAPÍTULO XXIII

DO DOENTE MENTAL

Art. 59. O doente mental deverá ser custodiado em estabelecimento apropriado, não devendo permanecer em estabelecimento prisional além do tempo necessário para sua transferência.

Art. 60. Serão tomadas providências, para que o egresso continue tratamento psiquiátrico, quando necessário.

CAPÍTULO XXIV

DO PRESO PROVISÓRIO

Art. 61. Ao preso provisório será assegurado regime especial em que se observará:

I – separação dos presos condenados;

II – cela individual, preferencialmente;

III – opção por alimentar-se às suas expensas;

IV – utilização de pertences pessoais;

V – uso da própria roupa ou, quando for o caso, de uniforme diferenciado daquele utilizado por preso condenado;

VI – oferecimento de oportunidade de trabalho;

VII – visita e atendimento do seu médico ou dentista.

CAPÍTULO XXV

DO PRESO POR PRISÃO CIVIL

Art. 62. Nos casos de prisão de natureza civil, o preso deverá permanecer em recinto separado dos demais, aplicando-se, no que couber. As normas destinadas aos presos provisórios.

CAPÍTULO XXVI

DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 63. São assegurados os direitos políticos ao preso que não está sujeito aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado.

CAPÍTULO XXVII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 64. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária adotará as providências essenciais ou complementares para cumprimento das regras Mínimas estabelecidas nesta resolução, em todas as Unidades Federativas.

Art. 65. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

EDMUNDO OLIVEIRA

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

HERMES VILCHEZ GUERREIRO

Conselheiro Relator

Publicada no DOU de 2.12.2994

ANEXO B

Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003

Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança.

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no uso de suas atribuições legais e em conformidade com a decisão, adotada à unanimidade, do plenário do CNPCP, reunido em 01 e 02/12/2003,

CONSIDERANDO que, conforme o disposto no artigo 64, I, da Lei de Execução Penal, é atribuição deste Conselho a propositura de diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

CONSIDERANDO a necessidade de atualizar os termos da Resolução do CNPCP nº 5, de 19 de julho de 1999, em face das novas demandas da sociedade, sobretudo no âmbito da segurança;

CONSIDERANDO que tais demandas, embora exijam uma ampla abordagem, recebem, por vezes, respostas simplistas que reduzem a complexidade da questão ao mero endurecimento das sanções penais;

CONSIDERANDO que as estratégias de prevenção e de combate à criminalidade englobam políticas públicas de caráter social bem como a atuação do sistema de justiça criminal e que seus princípios basilares devem estar explicitados para que possam guardar profunda coerência;

CONSIDERANDO que essa coerência advém da vinculação de tais princípios aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nomeadamente a dignidade da pessoa humana vista na sua individualidade e na sua dinâmica inserção social;

CONSIDERANDO a superação científica do paradigma positivista que tratava a questão da criminalidade apenas na esfera do comportamento individual e o seu enquadramento contemporâneo como problema social de raízes multicausais, a ser enfrentado pelo conjunto da sociedade;

RESOLVE,

Art. 1º. As Diretrizes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária constituem o conjunto de orientações deste Colegiado destinadas aos responsáveis pela concepção e execução de ações relacionadas à prevenção da violência e da criminalidade, à administração da justiça criminal e à execução das penas e das medidas de segurança.

Parágrafo único: A observância das Diretrizes poderá ser especialmente considerada quando da avaliação de proposições e destinação de recursos do Ministério da Justiça.

Art. 2º. Os princípios norteadores das Diretrizes do CNPCP, além daqueles adotados pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, são:

- I – respeito à vida e à dignidade da pessoa humana;
- II – concepção do Direito Penal como última instância de controle social;
- III – valorização da criatividade na busca de alternativas à prisão;
- IV – articulação e harmonização dos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal;
- V – absoluto respeito à legalidade e aos direitos humanos na atuação do aparato repressivo do Estado;
- VI – humanização do sistema de justiça criminal;
- VII – comprometimento com a qualidade na prestação do serviço, para incremento da eficiência e da racionalidade do sistema de justiça criminal.

Art. 3º. São diretrizes referentes à elaboração legislativa:

- I – descriminalização e despenalização de condutas à luz da concepção de intervenção mínima do Direito Penal;
- II – defesa do instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação de liberdade, que deve ser imposta excepcionalmente, qual ultima ratio;
- III – manutenção do regime progressivo de cumprimento de penas, independentemente da natureza do crime praticado;
- IV – oposição ao alargamento das hipóteses de incidência da prisão sem condenação, medida sempre excepcional;
- V – adoção de medidas que objetivem o desarmamento;
- VI – proteção e amparo às vítimas e testemunhas de crimes.

Art. 4º. São diretrizes referentes à administração da justiça:

- I – agilização da prestação jurisdicional, com respeito aos institutos do devido processo legal e da ampla defesa;
- II – estabelecimento de mecanismos que contribuam para a aproximação entre o Poder Judiciário e a população carente, tais como a Justiça Itinerante e os Centros Integrados de Cidadania;
- III – fortalecimento da prestação de assistência jurídica integral à população carente com criação e valorização das Defensorias Públicas em todos os Estados;
- IV – criação de varas especializadas para execução de penas e medidas alternativas e transformação das centrais de execução em Juízos igualmente especializados.

Art. 5º. São diretrizes referentes à atuação dos órgãos policiais:

- I – independência e autonomia da polícia técnico-científica;

- II – destinação do profissional de polícia preferencialmente às atividades operacionais;
- III – uso de metodologias uniformizadas para coleta de dados estatísticos;
- IV – fortalecimento das Corregedorias e dos órgãos de controle externo da polícia;
- V – desenvolvimento de estratégias de gestão que prevejam a elaboração de diagnósticos, fixação de metas e avaliação constante de resultados;
- VI – integração das forças policiais por meio da compatibilização das áreas de atuação e do intercâmbio de informações;
- VII – promoção de ações permanentes com vistas à redução da violência e da letalidade;
- VIII – aprimoramento das técnicas científicas de investigação.

Art. 6º. São diretrizes referentes à administração penitenciária:

- I – construção preferencial de unidades, com no máximo 500 vagas, buscando-se evitar a permanência de presos condenados e provisórios em delegacias de polícia;
- II – cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais próximos à residência da família do condenado;
- III – promoção permanente de assistência jurídica aos presos provisórios, internados e egressos, prioritariamente pelas Defensorias Públicas, e, secundariamente, pelos Cursos e pelas Faculdades de Direito, pelos Serviços de Assistência Judiciária da OAB e por instituições congêneres;
- IV – realização de Programas e Projetos Especiais de Prevenção e Tratamento de DST/AIDS, Tuberculose e Dependência Química nas unidades penais e hospitalares;
- V – desenvolvimento de ações médico-psico-odontológicas e sociais em todos os ambulatorios das unidades penais;
- VI – classificação inicial dos condenados para orientar a execução da pena e sua submissão a exame admissional de saúde.

Art. 7º. São diretrizes referentes à formação dos operadores do sistema de justiça criminal:

- I – inclusão nos currículos das Faculdades de Direito, de preferência como obrigatórias, das disciplinas Criminologia e Direito da Execução Penal;
- II – incentivo a visitas, assim como estágios em estabelecimentos penitenciários e órgãos de execução penal;
- III – integração curricular dos cursos de formação das diversas carreiras policiais;
- IV – promoção do intercâmbio entre os corpos docente e discente das Escolas de Advocacia, da Magistratura, do Ministério Público, das Academias de Polícia e das Academias Penitenciárias;

V – desenvolvimento de módulos específicos de gestão e liderança para os ocupantes de cargos de chefia e direção;

VI – ênfase na natureza de prestação de serviço público da atividade dos profissionais do sistema de justiça criminal;

VII – elaboração de convênios com Universidades e Centros de Pesquisa para a realização dos Cursos Superiores de Polícia (CSP).

Art. 8º. São diretrizes referentes às políticas públicas de prevenção:

I – integração entre as áreas de governo e a comunidade na prestação de serviços de natureza social, com atenção à família do preso e ao egresso;

II – realização e diagnósticos locais com ampla participação das lideranças e organizações comunitárias para identificação dos projetos de maior pertinência e necessidade;

III – valorização do papel dos municípios no desenvolvimento das políticas públicas locais;

IV – estímulo aos órgãos e mecanismos que viabilizam a participação da comunidade no sistema de justiça criminal.

Art. 9º. Esta Resolução entra em vigor a data de sua publicação e revoga especialmente a Resolução nº 5 de 19 de julho de 1999.

ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
Presidente

Publicada no DOU n.º 248, 22/12/2003, seção 1 pág. 34/35