

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI – RN

CURSO DE DIREITO

ANDRÉ LUIZ RAULINO PAGANI

**A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO E SUA DIREÇÃO A
HUMANIZAÇÃO**

NATAL-RN

2012

ANDRÉ LUIZ RAULINO PAGANI

**A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO E SUA DIREÇÃO A
HUMANIZAÇÃO**

Monografia submetida ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos
necessários para a obtenção do Diploma de Bacharel
em Direito – UNI – RN.

NATAL-RN

2012

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Pagani, André Luiz Raulino.

A evolução do sistema punitivo e sua direção a humanização / André Luiz Raulino Pagani. – Natal, 2012.
f. 56

Orientador: Prof. Dr. João Batista Machado Barbosa.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito – Monografia. 2. Sistema Punitivo – Monografia. 3. Humanização – Monografia. I. Barbosa, João Batista Machado. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343

BIBLIOTECA UNI-RN

343 P129e - RB: 37598 (M002150)

Título: A evolução do sistema punitivo e sua

Autoria: Pagani, André Luiz Raulino

2012, ex. 1

ANDRÉ LUIZ RAULINO PAGANI

**A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO E SUA DIREÇÃO A
HUMANIZAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito
necessário para a obtenção do título de Bacharel
em Direito do Centro Universitário do Rio
Grande do Norte – UNI-RN.

Monografia aprovada em 14/06/2012

Ana Eleonora Freire

Prof. Dr. João Batista Machado Barbosa
Orientador

Prof. Luís Eduardo Marinho Costa
Examinador Titular

Prof. Sandresson de Menezes Lopes
Examinador Titular

Prof. Walber Cunha Lima
Coordenador do Curso

**Dedico este trabalho aos meus pais, Celso Affonso Pagani e Mariilda Varella
Raulino Pagani, ao meu irmão, Décio Luiz Raulino Pagani e à minha Bisavó,
Maria Antonieta Pereira Varella.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Dona Noilde Pessoa Ramalho e ao Professor Daladier Pessoa Cunha Lima, reitor da UNI – RN, sem os quais não teria podido fazer este curso, ao meu orientador, o Professor Doutor João Batista Machado Barbosa, pela dedicação e paciência e aos professores da UNI – RN que tiveram a sabedoria de me ajudar nas dificuldades que enfrentei no decorrer do Curso de Direito.

Se Deus é por nós, quem será contra nós.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO E SUA DIREÇÃO A HUMANIZAÇÃO

RESUMO

Analisa-se, com base em uma pesquisa instrumental dogmática, a correlação que as normas penais e processuais penais devem ter com a melhor aplicação dessas normas, onde deve se levar em conta a ressocialização do preso, com direito a garantia de cumprir sua pena em local adequado, pois não é por que cometeu um erro que o Estado repare esse equívoco, cometido por determinada pessoa, com outro erro, torturando, etc. Porque a pessoa, ao ser presa, só perde o direito de ir e vir, mas seus outros direitos permanecem intactos. Para tanto, eles estão expressos na Constituição, nos Código Penal e de Processo Penal e nas normas estrangeiras que o Brasil faz parte.

Palavras-chave: Evolução do Direito Punitivo. Direitos Humanos. Aplicação dos Direitos Humanos nas Normas Penais Brasileiras.

THE EVOLUTION OF THE SYSTEM PUNITIVE AND YOUR TOWARDS HUMANIZATION

ABSTRACT

Analyzes based on a survey instrument dogmatic, the correlation that the criminal law and criminal proceedings should be the best application of these rules, where you should take in account the rehabilitation of the prisoner, with his right guaranteed, serve his sentence in suitable location because made a mistake it is not cause for the State committed, with another error, torturing, etc.. Because the person arrested loses his rights of come and go but their other rights remain intact. To do so, observe the law that is expressed in the Constitution, the Criminal Code and Criminal Procedure and the foreign standards that Brazil is a part.

Keywords: Evolution of Punitive Law. Human Rights. Application of Human Rights in the Brazilian Criminal Provisions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PUNITIVO	11
2.1 Vingança Privada (Lei do Talião)	13
2.2 Vingança Divina	13
2.3 Vingança Pública (Penas Cruéis)	14
2.4 Direito Penal Romano	14
2.5 Direito Penal Germânico	14
2.6 Direito Canônico	15
3 A ARQUITETURA DOS PRESÍDIOS COMO MEIO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS	15
4 DOS TEMPOS BÁRBAROS À LUZ LANÇADA POR CESARE BECCARIA	17
5 AS ESCOLAS PENAIS	22
5.1 Escola clássica	23
5.2 Escola cartográfica	24
5.3 Escola positivista	24
5.4 Escola crítica	25
5.5 Escola Eclética (Terza Scuola)	25
5.6 Escola moderna alemã	25
5.7 Escola da Nova Defesa Social	26
5.8 Pensamento atual	27
6 EVOLUÇÃO PARA A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS	28
7 O SIGNIFICADO DO QUE SEJA DIREITOS HUMANOS	28
8 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DAS NORMAS PENAIS BRASILEIRAS	31
9 PRINCÍPIOS QUE REGEM A NORMA PENAL	34

9.1 Princípio da individualização da pena	36
9.2 Princípio da proporcionalidade	36
9.3 Princípio da responsabilidade pessoal	37
9.4 Princípio da limitação das penas	39
9.5 Princípio da legalidade	40
9.6 Princípio da proibição da analogia “in malam partem”	42
9.7 Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa	42
9.8 Princípio da humanidade (limitação das penas)	42
10 PRINCÍPIOS QUE REGEM À NORMA PROCESSUAL PENAL	43
10.1 Princípio da imparcialidade do juiz	44
10.2 Princípio do contraditório	44
10.3 Princípio da ampla defesa	45
10.4 Princípio da verdade real	45
10.5 Princípio do juiz natural	46
10.6 Princípio do promotor natural	47
10.7 Princípio do devido processo legal	47
10.8 Princípio da proporcionalidade	48
11 AS REFORMAS INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011	48
12 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1 INTRODUÇÃO

“A pena não é mais que um ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal”. Eugênio Raúl Zaffaroni: **Em busca das penas perdidas.**

Com o presente trabalho pretende-se mostrar a correlação do direito penal e processual penal com os direitos humanos, princípio basilar para uma correta aplicação das normas penais, que têm como objetivo a ressocialização do preso e não uma punição por ter cometido uma conduta que transgrediu as normas vigentes.

Porém, não se pretende, com a realização deste trabalho, deixar impune quem cometeu determinado ilícito; o que se quer, isso sim, é que o sistema seja digno, para depois o Estado não saber o que fazer com determinada pessoa, que ao cumprir a pena, devido ao péssimo ambiente dos presídios, torne-se um criminoso contumaz. Pois, como bem explícita Flávia Piovesan (2009, p. 27): *“Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.* (grifei)

O problema maior hoje em dia, como bem esclarece Juliana Carlesso Lozer (2004, p. 15), não é o reconhecimento desses direitos, mas sim a sua concretização. Ou seja, que deixem o campo teórico, a legislação, e sejam postos no mundo, que passem a valer e sejam praticados.

O respeito à dignidade da pessoa humana tem que ser uma norma fundamental hoje em dia, pois sem respeito à pessoa humana, determinado Estado, não passará de um aglomerado de pessoas. No sentido, o precioso entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 36):

O respeito à dignidade humana, estampado entre os fundamentos da República no art. 1º, III, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.

Inicialmente será apresentada a evolução que foi o pensamento de Cesare Beccaria, na sua famosa obra *Dos Delitos e das Penas*, onde a pena deve ser vista como um meio, para quem cometeu uma transgressão, possa voltar ao convívio social, onde não se permitem julgamentos secretos, torturas etc, vindo a influenciar de forma decisiva na legislação vigente na época. Pois, como bem esclarece Rogério Greco (2011, p. 07):

Dando um salto nos séculos, chegaremos ao período iluminista, ao século das luzes, onde a razão acendeu uma fogueira, colocando luz à escuridão existente até aquele momento. Os séculos XVII e XVIII foram de fundamental importância não somente ao efetivo reconhecimento, como para a consolidação da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos.

Finalmente, serão apresentados o significado do que se entende por direitos humanos e sua aplicação por uma norma penal mais justa e coerente. A Constituição e os tratados internacionais que o Brasil faz parte, que é um meio de se atingir medidas mais justas na aplicação do direito. O Tribunal Penal Internacional, órgão máximo de punição, que atua quando o ilícito penal extrapola as fronteiras de determinada nação ou é feito contra uma parcela de sua população. Para concluir, serão abordados os princípios que regem a norma penal e processual penal, que são princípios que visam impor um limite a aplicação da pena, pelo magistrado, para que não incorra em medidas que extrapolem o que estipula a lei.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PUNITIVO

O sistema punitivo penal não pode ser nem rigoroso nem brando demais. Se assim fosse, geraria uma revolta geral, pois puniria qualquer fato praticado por determinada pessoa; e um sistema muito brando, acarreta a falta de controle por parte do Estado, onde os cidadãos tudo podem e teriam a certeza da impunidade. No sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 224), ao falar sobre o excesso descritivo por parte do legislador:

Insistindo-se nesse método, pode o legislador interferir em demasia no âmbito da proteção de bens jurídicos. Tornar condutas inofensivas como criminosas não contribui para o avanço do Direito Penal; ao contrário, gera perplexidade.

Michel Foucault, em sua obra máxima, *Vigiar e Punir* (1987, p. 12), publicada em 1975, e ainda hoje atual, ao expor seu entendimento sobre a evolução do sistema punitivo, assim aponta:

Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplicios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como 'humanização' que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. *Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal* (grifo nosso).

Conforme aponta Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 108), ao falar sobre a pena e a medida de segurança, *verbis*:

A pena é a sanção proveniente da confirmação da existência do crime e de seu autor, *com rigor punitivo e finalidade ressocializadora*. A medida de segurança, por seu turno, emerge do *fato* criminoso (e não do delito, por ausência de culpabilidade), com rigor fiscalizador e finalidade curativa (grifo nosso).

Mais uma vez Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 163), em salutar entendimento, *litteris*:

O ser humano, portanto, valendo-se de sua inteligência e de seus sentimentos racionalmente detectáveis, necessita conferir o bom exemplo de que justiça se faz com sabedoria e sensatez, sem se igualar, em hipótese alguma, àqueles que desafiam as normas e ferem os interesses de terceiros.

E continua seu entendimento (2012, p. 163), *verbis*:

Retribuir o *mal* do crime com uma maldosa pena deixa de constituir virtude para assumir o papel de vilania, equiparando o Estado à figura do agressor, situação que o deslegitima a atuar em nome do Direito e da Justiça.

O desaparecimento do sistema punitivo corporal deixa de ser uma máxima utilizada pelo Estado a partir do século XIX. Como bem demonstra Michel Foucault (1987, p. 16 e 17):

Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848.

2.1 Vingança Privada (Lei do Talião)

A vingança privada, no início, era aplicada de forma geral, ou seja, atingia a todos, do que tinha provocado o ilícito, passando pelos membros de sua família até atingir outros integrantes da tribo do qual fazia parte. Como podemos ver, era uma coisa sem limite, que ia num crescente e que não sabia onde terminar, podendo dizimar centenas de pessoas por uma simples causa penal.

Contudo, houve uma melhora, se é que pode ser assim entendido, que foi a Lei de Talião, para o qual a pena a ser aplicada só podia atingir dessa vez, quem tivesse dado causa ao ilícito, porém a pena não tinha um caráter humano, pois atingia o infrator da mesma forma e intensidade com que tinha feito a vítima. Não é a toa que talião significa tálion + onis, ou seja, o castigo deve ser aplicado na medida da culpa.

As principais codificações que utilizam a Lei do Talião eram o código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas.

Porém, tal instituto deu outro passo em direção a uma aplicação mais amena, passou a aplicar a composição, que nada mais era do que o ofensor pagar a injúria cometida com dinheiro, gado, armas etc.

2.2 Vingança Divina

A vingança divina era a aplicação de sanções por pessoas ligadas às religiões, tendo um teor fundamentalmente teocrático. Mesmo o Direito se confundido com as religiões não que dizer que a pena aplicada teria um caráter humanitário na sua aplicação, pois o crime era visto como um pecado e a pena seria um castigo divino para que purificasse e salvasse a alma de quem tinha cometido a infração.

O principal código que fazia uso desse sistema foi o de Manu, mas os seus princípios eram utilizados na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (2003, p. 11).

2.3 Vingança Pública (Penas Cruéis)

Esse foi o período mais obscuro na imposição das penas, pois eram pensados os piores castigos que seriam infligidos nos corpos de quem cometesse um crime, ou seja, o corpo era a medida da pena e tudo podia ser feito nele caso contrariasse as normas vigentes. Era bastante comum nessa época a aplicação da morte na fogueira, roda, esquartejamento, sepultamento em vida, confisco dos bens etc. Visto que o poder religioso diminuía sua influência e o poder do monarca crescia cada vez mais foi necessária a aplicação desse tipo de pena, pois era a segurança do rei que estava em jogo e esse tipo de pena, servia para intimidar.

2.4 Direito Penal Romano

Mesmo o grande feito romano ter sido o instituto do direito civil, foi nessa época que o direito penal passou a ter uma preocupação maior em relação ao ser humano, pois a vingança privada foi abolida e o Estado tomou para si a persecução penal. Eles fizeram a distinção do crime, do propósito, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo e dolo mau (*dolus malus*), além de correção da pena.

2.5 Direito Penal Germânico

Essa escola não via o direito penal como um sistema punitivo, mas sim um sistema de paz, onde só se utilizava quando essa mesma paz era quebrada. De início utilizava-se os mesmos meios obscuros que tanto prejudicavam o direito penal, fazendo ser uma norma unicamente punitiva, ou seja, fazia-se uso da vingança privada e da composição (que como já mencionei, foi um avanço em relação à vingança privada, pois podia ser torçado por bens materiais). Contudo, devido à invasão romana, o poder do Estado foi aumentado, retirando, assim, do povo, o sistema punitivo, que para o bem de todos passou a ser estatal.

2.6 Direito Canônico

No início, tal direito era unicamente disciplinar, contudo, com o aumento do poder papal, passou a atingir a todos, tendo como objetivo a recuperação dos criminosos através do arrependimento e para isso se utilizava de penas severas, não distinguindo em nada os institutos anteriores que só visavam à dor física, o corpo como fim da pena. Ou seja, de religioso esse direito só tinha o nome. Esse período obscuro do direito canônico ficou conhecido como inquisição.

Nessa época, contudo, foi que surgiram as penitenciárias, um local onde o condenado podia se arrepender do mal que tinha feito a seu semelhante e podia voltar ao convívio social.

3 A ARQUITETURA DOS PRESÍDIOS COMO MEIO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS

O Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, tem uma diretriz de que como se deve dar a construção de um presídio. Trata-se de uma medida importante, pois se caso determinado Estado queira reduzir seu número de reincidências, trazendo mais segurança para a população, nada mais natural que invista em presídios que valorizem o detento, que ele se sinta útil novamente, que seja oferecida a ele uma segunda oportunidade.

No sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 163):

No cenário das penas privativas de liberdade, impõe-se o regime fechado para delitos graves, moldado por várias regras mínimas a serem observadas, com o objetivo de assegurar a humanização de seu cumprimento. Portanto, torna-se obvio e evidente que celas, em presídios, não podem ultrapassar a sua capacidade máxima, transformando-se em *depósitos de seres humanos*, em lugar de regime fechado, destinado à ressocialização de alguém. Não se reeduca sem respeito às próprias leis vigentes. Se o Estado, por seus agentes, fere a norma, como se pode esperar que o preso assimile as regras reputadas civilizadas para a convivência em sociedade.

E continua seu entendimento (2012, p. 197), *verbis*:

A desproporção salta aos olhos e a finalidade ressocializadora da pena desfaz-se por completo, em particular, pelo fato de, no Brasil, qualquer possibilidade de lançamento de alguém ao cárcere pode representar sério risco de vida ou de grave lesão à integridade física ou à sua saúde.

No anexo I, que trata das Orientações Gerais para a Construção, Ampliação e Reforma de Estabelecimentos Penais em Parceria com o Governo Federal (2011, p. 10), *litteris*:

Este trabalho visa a consolidar a relação de cooperação entre o Ministério da Justiça e as Unidades da Federação, no tocante às iniciativas de construção, ampliação ou reforma de estabelecimentos penais.

A revisão desta diretriz valorizou as contribuições já trazidas nos textos das resoluções anteriores, de 1994 e 2005, aperfeiçoou a forma de dimensionamento usando o critério de proporcionalidade do uso, inseriu novos conceitos como acessibilidade, permeabilidade do solo, conforto bioclimático e impacto ambiental, considerou recomendações de outros órgãos governamentais e Ministérios, em especial da Saúde e da Educação, bem como da sociedade que se manifestou por meio de uma consulta pública.

Esta resolução é referência para todas as obras nacionais com fins penais, representando o acúmulo político e social do Estado Democrático de Direito e o conhecimento científico disponível.

No anexo III, que trata da Conceituação e Classificação de Estabelecimentos Penais (2011, p. 25), é feita uma distinção conceitual do que seja cada um desses estabelecimentos:

- a) estabelecimentos penais: todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar ou atender pessoas presas, quer provisórias, quer condenadas, ou ainda aquelas que estejam submetidas à medida de segurança;
- b) estabelecimentos para idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções, ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou as que completem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;
- c) cadeias públicas ou estabelecimentos congêneres: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório;
- d) penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado, dotadas de celas individuais e coletivas;
- e) colônias agrícolas, industriais ou similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semiaberto;
- f) casas do albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;
- g) centros de observação criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;

- h) hospitais de custódia e tratamento, aqui denominados serviço de atenção ao paciente judiciário: estabelecimentos penais destinados a atender pessoas submetidas à medida de segurança;
- i) complexos ou conjuntos penais: conjunto arquitetônico de unidades penais que formem um sistema de atendimentos com algumas funções centralizadas e compartilhadas pelas unidades que o constituem;
- j) central de penas e medidas alternativas: estabelecimentos destinados a atender pessoas que cumprem penas e medidas alternativas.

Por ser um marco importante para o instituto penal, os presídios são muito importantes como um aumento na qualidade da política penitenciária nacional (2011, p. 11):

A elaboração e a oferta de tais projetos-padrão implicam um importante salto de qualidade na gestão da política penitenciária nacional. A experiência revela que, sobretudo em função da carência de equipes técnicas, muitas das Unidades da Federação vinham transferindo a empresas privadas a responsabilidade pela elaboração dos projetos. Dado que, na maioria dos casos, as empreiteiras têm compromisso apenas com o resultado financeiro de seus empreendimentos, nem sempre os estabelecimentos eram concebidos em harmonia com as finalidades e circunstâncias ideais da execução penal.

E continua dizendo que (2011, p. 11):

Ao trabalhar com duas estratégias de colaboração com as Unidades da Federação – a oferta de projetos-padrão e a fixação de diretrizes para a elaboração de projetos próprios –, o Ministério da Justiça procura criar condições para cumprir suas atribuições legais, no sentido de assistir técnica e financeiramente os sistemas locais na implementação dos princípios e regras estabelecidas na LEP e na Constituição Federal, e de prezar por sua fiel aplicação em todo o território nacional.

Porém diante de todo esse esforço do Governo Federal, através do Ministério da Justiça, das 513.802 pessoas que cumprem pena no Brasil, apenas 94.816 estão em algum programa de ressocialização (<http://portal.mj.gov.br/depen>). Isso só demonstra a pouca importância que ainda se dá em relação as atividades ressocializadoras no âmbito penal brasileiro.

4 DOS TEMPOS BÁRBAROS À LUZ LANÇADA POR CESARE BECCARIA

O sistema punitivo era, até em torno do século XVIII, baseado no sistema da vingança privada, em que o cidadão, que tivesse seu direito usurpado, mesmo fazia a justiça. Porém, ao passar esse poder ao Estado, não houve uma melhoria, pois o modelo punitivo estatal era baseado em critérios subjetivos, onde os indivíduos eram tratados

pela sua posição social e pelo seu status. Ou seja, a uma minoria, os ricos e influentes, a mão da lei não alcançava; enquanto aos pobres eram impostas penas severas, que não condiziam com a realidade, suportando castigos físicos e ao cumprimento da pena em ambientes degradantes. A lei, que era para servir como uma espécie de redenção do homem pelo seu erro cometido, para que tivesse uma aplicação justa, servia como punição aos indesejados socialmente. Ou seja, a lei, e, por conseguinte, a aplicação da pena, não era utilizada para ressocializar, mas sim para castigar os homens.

No sentido, as palavras de Cesare Beccaria (2005, p. 26), *verbis*:

Concede-se, em geral, aos magistrados incumbidos de fazer as leis, um direito que contraria o fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender, de modo discricionário, os cidadãos, de vedar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos e, conseqüentemente, de deixar em liberdade os seus protegidos, apesar de todas as evidências do delito.

Esse período do surgimento do pensamento de Beccaria é intitulado como sendo um período humanitário, onde houve, durante os anos de 1750 a 1850, uma grande profusão de pensadores que se voltaram contra os ideais absolutistas vigente na época.

Tal entendimento, primeiramente esposado por Cesare Beccaria, pode ser entendido na esclarecedora e salutar definição de Damásio de Jesus (2007, p. 07):

Como vimos, o Direito Penal tem na sanção o seu meio de ação. Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem o direito de aplicar sanções. Só o Estado é o titular do *jus puniendi*, que é o Direito Penal subjetivo. Mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular, pois o Estado conserva o monopólio do direito de punir.

A importância da obra de Beccaria é demonstrado por Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 62), *verbis*:

O destino da pena, até então, era a intimidação pura, o que terminou saturando muitos filósofos e juristas, propiciando, com a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o nascimento da corrente de pensamento denominada *Escola Clássica*. Contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou o Marquês de Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal, até por que contrapôs-se ao arbítrio e à prepotência dos juizes, sustentando-se que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o

princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, o que era fato corriqueiro até então. A pena, segundo defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso.

Miguel Reale (2002, p. 347) preceitua que:

Não existe sociedade sem crime. É por esse motivo que a sociedade se organiza, para preservar-se contra o delito e atenuar-lhe os efeitos. Não é no Direito Penal, porém, que se estuda o delito como fato social, que é objeto da Criminologia, baseada em pesquisas de ordem sociológica, antropológica, psicológica etc. O Direito Penal estuda, mais propriamente, as regras emanadas pelo legislador com a finalidade repressiva do delito e preservativa da sociedade. É claro, todavia, que nenhum penalista poderá compreender o significado das normas penais sem ter noções científicas sobre o *fato social e psicológico do delito*, em necessária conexão com os *valores* ou *fins* determinantes ou condicionantes da conduta delituosa.

Cabe, outrossim, ponderar que, dada a sua natureza, que envolve o problema substancial da liberdade humana, o ordenamento jurídico penal se distingue dos demais pelos princípios da *legalidade estrita* e da *tipicidade*, a que já nos referimos em aula anterior. Além disso, prevalecem no Direito Penal contemporâneo as exigências ético-sociais da plena garantia da defesa; do respeito à pessoa do delinquente; do caráter estritamente pessoal da pena; da adequação desta à individualidade do criminoso; do caráter contraditório da instrução criminal, tal como a Constituição de 1988 consagra (art. 5º, XLV a LVII).

Ao falar a respeito de Estado de Direito que deve gerir as nações democráticas e constitucionais, Rogério Greco (2011, p. 23 e 24) menciona o seguinte:

Essa Constituição, na verdade, deverá servir de norte a todos os Poderes, que deverão respeitá-la a qualquer custo. Não poderá o legislador, outrossim, criar normas que a contrariem; tampouco o Poder Executivo poderá administrar contra a vontade do que está expressamente determinado pela Constituição; o Judiciário, a seu turno, deverá ser o guardião dessa Lei Maior, declarando, sempre, a prevalência de seus princípios, em detrimento de tudo aquilo que lhe for contrário.

E continua seu raciocínio (2011, p. 25) *litteris*:

Contudo, por mais que o Estado tenha o poder/dever (ou, melhor, o dever/poder) de fazer valer o seu *ius puniendi*, este deverá ser levado a efeito preservando-se, sempre, os direitos inerentes à pessoa, que não cederam em virtude da prática da infração penal. Assim, por exemplo, se alguém for condenado a uma pena de privação de liberdade por ter praticado determinado crime, somente esse direito é que será limitado através do *ius puniendi*, vale dizer, o direito de ir, vir e permanecer aonde bem entenda. Os demais, a exemplo da sua dignidade, intimidade, honra, integridade física e moral etc., devem ser preservados a todo custo.

Além da figura da vingança privada e da Lei do Talião, surgiu mais tarde, o instituto da arbitragem e quando o Estado chama para si a aplicação da norma penal como última fase evolutiva do Direito Penal. No sentido, as palavras de Rogério Greco (2011, p. 128):

Tempos mais, surge a figura do *árbitro*, ou seja, um terceiro estranho à relação do conflito, que tinha por mister apontar com quem se encontrava a razão. Normalmente, essa atribuição era confiada aos sacerdotes, em virtude de sua ligação direta com Deus, ou aos anciãos, ou seja, àquelas pessoas que, devido à sua experiência de vida, conheciam os costumes do grupo social em que estavam inseridas as partes.

Em um último estágio, o Estado chamou para si a responsabilidade de não somente resolver esses conflitos, como também de aplicar a pena correspondente ao mal praticado pelo agente. Era, portanto, o exercício da chamada *jurisdição*, ou seja, a possibilidade que tinha o Estado de dizer o direito aplicável ao caso concreto, bem como a de executar, ele próprio, as suas decisões.

É como bem explicita Norberto Bobbio (2004, p. 39 e 40), ao falar que o direito de não ter sua integridade física agredida é um direito que não pode ser limitado:

Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais.

Não é porque determinado indivíduo errou (praticou um ilícito penal) que o Estado, como garantidor das normas legais, tem o direito de tratá-lo como um mero objeto. O Estado não pode corrigir o erro com outro erro, ou seja, torturando, tendo que cumprir a pena em local degradante, sem direito a uma ressocialização, que deve ser a prioridade número um das penas hoje em dia, pois um dia ele irá voltar ao convívio social e não pode voltar pior do que entrou, quando passou a cumprir sua pena. Pois, como bem diz Rogério Greco (2011, p. 192), ao não se cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana no sistema prisional “fatos graves, na verdade horrorosos, passam a ser vistos com normalidade no ambiente carcerário”.

O direito de punir não pode ficar ao bel prazer do aplicador das penas, pois, como bem explica Cesare Beccaria (2005, p. 19 e 20):

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

Mesmo ainda hoje, diante de todo avanço já alcançado pelos direitos fundamentais, seja fazendo partes das Constituições da maioria dos Estados ou fazendo parte de um determinado tratado internacional, os mesmo continuam a ser desrespeitados, conforme bem demonstra Norberto Bobbio (2004, p. 43): “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-lo*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (grifos no original).

Norberto Bobbio (2004, p. 168 e 169), com a maestria que lhe é peculiar, bem define a importância da obra de Beccaria, *verbis*:

É preciso chegar ao Iluminismo, no coração do século XVIII, para encontrar pela primeira vez um sério e amplo debate sobre a licitude ou oportunidade da pena capital, o que não quer dizer que o problema não tivesse jamais sido levantado antes. A importância histórica – que nunca será suficientemente sublimada – do famoso livro de Beccaria (1764) reside precisamente nisto: trata-se da primeira obra que enfrenta seriamente o problema e oferece alguns argumentos racionais para dar-lhe uma solução que contrasta com uma tradição secular.

É preciso dizer, desde já, que o ponto de partida usado por Beccaria em sua argumentação é a função exclusivamente intimidatória da pena. ‘A finalidade [da pena] não é senão impedir o réu de causar novos danos aos seus concidadãos e demover os demais de fazerem o mesmo.’ Veremos em seguida a importância desse ponto de partida para o desenvolvimento do tema. Se esse é o ponto de partida, trata-se de saber qual é a força intimidatória da pena de morte com relação a outras penas. E esse é o tema que se põe ainda hoje e que foi várias vezes posto pela própria Amnesty International. A resposta de Beccaria deriva do princípio introduzido no parágrafo intitulado ‘Doçura das penas’. O princípio é o seguinte: ‘Um dos maiores freios contra os delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade dessas, e, por conseguinte, a vigilância dos magistrados, e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser útil à virtude, deve ser acompanhada de uma legislação doce.’ Suavidade das penas. Não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias. Basta que sejam certas. O que constitui uma razão (aliás, a razão principal) para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de será de algum modo punido. Subsidiariamente, Beccaria introduz também um segundo princípio, além da certeza da pena: a intimidação nasce não da intensidade da pena, mas de sua extensão,

como é o caso, por exemplo, da prisão perpétua. A pena de morte é muito intensa, ao passo que a prisão perpétua é muito extensa. Portanto, a perda perpétua total da própria liberdade tem mais força intimidatória do que a pena de morte.

A luta por uma pena mais justa e que seja conforme o crime cometido e o cumprimento da pena em local adequado não será feito por “pena” ao condenado, mas sim para que ele não volte a delinquir e se torne um eterno problema para a sociedade que não saberá o que fazer com ele.

Devido ao pensamento acima, merece a integral transcrição, ao explicar sobre o princípio da dignidade humana em matéria penal, a bela exposição feita por Gilmar Mendes, dos fatos presentes na decisão proferida pela Corte Constitucional alemã, pois lança uma “luz” sobre os motivos da exposição deste trabalho:

No campo da luta contra a delinquência, é onde se estabelecem os mais altos requisitos de justiça, o art. 1º da Lei Fundamental determina a concepção da essência da pena e da relação entre culpa e expiação. O princípio ‘nula poena sine culpa’ é dotado de hierarquia de um princípio constitucional (BVerfGE 20,323 (331). Toda pena deve estar em adequada proporção com a gravidade do fato punível e a culpa do delinquente (BVerfGE 6,389 (489) 9, 167 (169) 20, 323 (331) 25, 285 s.). O mandato de respeitar a dignidade humana significa especialmente que se proibam as penas cruéis, desumanas e degradantes (BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439). O delinquente não pode converter-se em simples objeto da luta contra o crime com violação de seus direitos ao respeito e à proteção de seus valores sociais (BVerfGE 28m 389 (391). Os pressupostos básicos da existência individual e social do ser humano devem ser conservados (BVerfGE 45, 187).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 23) elenca determinados direitos, direitos esse importantes, como o “direito à vida” e “à incolumidade física”. Porém, ele ressalta que não é preciso alguém que lhe preste algo para fazer valer tais direitos, mas que basta que esse outrem “não os embarace, não os turbe. Isto é, requerem, para seu gozo e exercício, um comportamento omissivo de terceiros”.

5 AS ESCOLAS PENAIIS

As escolas penais podem ser entendidas como as diversas linhas de pensamento que procuraram entender como o direito penal era posto no mundo prático, ou seja, como se dava a aplicação da pena, como a mesma era cumprida e como era vista a situação do condenado após o cumprimento da sentença.

Aníbal Bruno (1967, p. 77) entende as escolas penais como sendo:

As escolas penais são corpos de doutrinas mais ou menos coerentes sobre os problemas em relação com o fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetos do sistema penal.

Cármine Antônio Savino Filho (2012, p. 03), desembargador do TJRJ, em artigo publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sobre a evolução do direito penal, *litteris*:

Como o Direito Penal enquadra o homem de forma mais envolvente, devido à pena privativa de liberdade e outras suas específicas complexidades, exigiu ele, da humanidade, as melhores pesquisas filosóficas, procurando-se recolher dos estudos feitos a forma melhor de uma aplicação penal com o objetivo de melhorar o nível social das pessoas no seu convívio humano, numa dinâmica de direitos e obrigações, a possibilitar aos grupos maior tranquilidade e mais apurada confiança no existir como pessoa dentro de uma comunidade.

5.1 Escola clássica

Como já foi escrito um capítulo só sobre Cesare Beccaria, e sua importância na humanização da aplicação das normas penalistas, farei apenas um breve comentário a respeito dessa escola para não perder a linha de raciocínio, devido a sua importância e por ter sido a primeira das escolas penalistas.

Na escola clássica, que teve como seu maior expoente Cesare Beccaria, ela vai levar em consideração, pela primeira vez, a função humana na aplicação da pena e que o condenado tinha o direito de cumpri-la em local decente, pois não é porque tenha cometido um erro que o Estado podia corrigir esse desvio de conduta praticando outro erro.

No sentido o entendimento do Professor João Batista Machado Barbosa (2004, p. 29 e 30): “É uma escola basicamente filosófica, fruto do iluminismo, principalmente na França e Itália. É representada principalmente por Beccaria e Carrara, como vimos acima”.

É como bem diz Cármine Antônio Savino Filho (2012, p. 05):

Surge em 1764 a obra de CÉSAR BECCARIA *Dei Delitti e Delle Pene*, inaugurando uma estrada para o pensamento penal, ao resumir as ideias antigas e dando uma nova unidade nos estudos sobre os delitos e as penas. O conteúdo da obra é essencialmente de respeito

humano. É um clamor por leis mais claras, mais precisas, mais fáceis de interpretação (Grifo do autor).

5.2 Escola cartográfica

Essa escola via o crime pelos olhos da estatística, ou seja, o crime era visto como um fenômeno concreto. No sentido, o entendimento do Professor Me. Rodrigo Moretto (2009, p. 08):

A escola cartográfica verifica o crime como um fenômeno concreto o qual deve ser analisado através de estatísticas. Trata-se de mapear o crime através da análise de dados. O grande nome desta escola é Quetelet, o qual levará a cabo este pensamento no séc. XIX.

5.3 Escola positivista

Talvez essa seja a escola mais polêmica entre as existentes, pois baseia seus estudos pela composição física das pessoas. E aí reside o seu erro, pois o criminoso não se distingue pelo seu externo, mas sim pela sua mente. Outra crítica que se faz a tal escola, é da que na época em que foi elaborada, a maioria dos detentos eram das classes mais baixas. Como se os ricos e influentes não cometessem crimes! A verdade era, e ainda hoje é assim aqui no Brasil, que os ricos não vão presos.

Seu principal expoente foi César Lombroso. Contudo, existem três fases distintas, como bem demonstra o Professor João Batista Machado Barbosa (2004, p. 30): “São reconhecidas três fases distintas nesta escola: a fase antropológica, com Lombroso; a fase sociológica, com Ferri; e a fase jurídica, com Garafolo”.

Cármine Antônio Savino Filho (2012, p. 07), *verbis*:

CÉSAR LOMBROSO (1836-1909), publicando seu livro *L'Uomo Delinquente*, nos anos de 1871 e 1876, vem abrir novos horizontes aos estudos sobre o criminoso e pena, quando se preocupou com o homem delinquente. Observava-se o homem, antes de se observar o crime. Primeiro o doente, depois a doença (Grifo do autor).

Contudo, o referido autor, baseado na lição de Enrico Ferri, faz uma crítica ao pensamento dessa escola idealizado por Lombroso:

A obra de LOMBROSO nasceu com dois pecados de origem: primeiro por ter dado valor primordial aos dados craniológicos e antropométricos. Depois, por haver amalgamado, nas duas primeiras edições, todos os delinquentes em um só tipo, distinguindo apenas (na 2ª edição), pela descrição dos caracteres que os diferenciavam em criminosos por paixão e os loucos dos verdadeiros delinquentes.

5.4 Escola crítica

A escola crítica foi um movimento jurídico-penal que tinha como principal característica ser contrário ao positivismo criminológico. Como bem esclarece o Prof. Rodrigo Moretto (2009, p. 09 e 10), *litteris*:

Para esta escola o delinquente não nasce delinquente, mas se torna por influência do meio. É aqui que vai começar o estudo da Teoria da Imitação, ou seja, o homem imita o seu próximo, tendo o próximo, e quanto mais próximo e superior, como paradigmas. É este pensamento que dará base a Sudherland, para falar da Imitação na criminalidade econômica. Um dos pensadores desta escola é Gabriel Tarde.

Essa escola, que nasceu no século passado, tinha como característica tentar criar uma postura que abarcasse o que havia de melhor nas escolas clássica e positiva. Seus principais expoentes foram Gabriel Tarde, Von Liszt, Alimena e Ingenieros (Cármine Antônio Savino Filho, 2012, p. 08).

Eles alegam que há responsabilidade moral, mas não há o livre-arbítrio e a responsabilidade criminal tem por base a responsabilidade moral. Para eles, o crime se apresenta como um fenômeno individual e social. O criminoso é aquele que tem predisposições orgânicas, por isso a pena tem por fim a defesa social, mas sem, contudo, perder seu caráter aflitivo (Cármine Antônio Savino Filho, 2012, p. 08).

5.5 Escola Eclética (Terza Scuola)

Como o nome sugere, é uma escola onde são apresentadas duas vias de castigo para quem resolve quebrar o pacto social do convívio harmônico, qual seja: uma função punitiva e outra curativa. É como bem explica Rodrigo Moretto (2009, p. 10):

A escola eclética (Terza Scuola) vai surgir no final do séc. XIX em face das lutas entre a escola clássica e a escola positiva.

Por ser uma junção das duas escolas, esta entende a pena com uma dupla função (punitiva e curativa), motivo pelo qual irá apresentar o sistema do duplo binário, ou seja, além da pena o delinquente era submetido a uma medida de segurança.

5.6 Escola moderna alemã

A escola moderna alemã tinha como ideia principal afastar o Direito Penal da criminologia, pois, para os pensadores dessa escola, o meio social influenciava no criminoso. No sentido, o entendimento do Professor João Batista Barbosa Machado (2004, p. 31):

Considera que o crime é um fato jurídico, mas, não esquece que ele apresenta aspectos humanos e sociais. Não aceita a figura do criminoso nato de Lombroso, porém, considera real a influência do meio social.

E continua seu entendimento (2004, p. 31 e 32), *verbis*:

Nesta escola se distinguia o conceito de inimputável e imputável, baseado na determinação do indivíduo, não no livre arbítrio, bem como se incentivou o uso das medidas de segurança, sursis e liberdade condicional. Por fim, impugnou o fim das penas de curta duração, dando um passo importante para as futuras penas alternativas.

5.7 Escola da Nova Defesa Social

Essa escola procurou se preocupar com o princípio da individualidade do delinquente, ou seja, o criminoso passou a ser visto como um ser unitário e não como uma estática num universo de vários que cometeram o mesmo crime. Isso faz com que essa escola seja, ao lado da clássica, uma das mais humanas, pois, por vezes, o agente criminoso não age pro que teve vontade de agir, mas sim pela necessidade. Como bem diz Cármine Antônio Savino Filho (2012, p. 09): “Preocupa-se a Escola da Nova Defesa Social com a transformação dos sistemas penais da atualidade em sistemas de educação e tratamento, em relação com a personalidade individual dos delinquentes”.

E continua seu pensamento (2012, p. 11), *litteris*:

O que podemos ver na Nova Defesa Social de MARC ANCEL é exatamente uma aproximação do Direito Penal com o Direito do Menor. Nessa escola, a pena supera sua função meramente repressiva, passando a adotar medidas de tratamento para a execução de uma pedagogia corretiva na educação ou reeducação do homem delinquente. O que se procura é ampliar para as pessoas imputáveis medidas de tratamento, no sentido de possibilitar a reinserção social dos delinquentes.

Tal movimento surgiu na Itália, nos anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a fundação, em Gênova, por Filippo Gramatica, do Centro de Estudos de Defesa Social. Os principais expoentes dessa escola foram: Marc Ancel (França), Filippo Gramatica (Itália) e Mergen (Alemanha) (Cármine Antônio Savino Filho, 2012, p. 09).

5.8 Pensamento atual

Existem três linhas de pensamentos em relação como se deve dar a aplicação do Direito Penal hoje no Brasil, quais sejam: I – o Abolicionismo; II – o Direito Penal Mínimo e o Movimento Lei e Ordem.

O primeiro pode ser entendido como uma escola que visa o despenalização do Direito Penal. No sentido, o entendimento de João Batista Machado Barbosa (2004, p. 33):

O Abolicionismo alerta para a crise da pena privativa de liberdade, como já reconhecido em relação à pena de morte. Prega um movimento de descriminalização e despenalização no Direito Penal, como, no Brasil, ocorreu nas reformas do Código Penal em 1984, com a eliminação do sistema duplo binário (pena + medida de segurança), em 1998 (inclusão de novas penas alternativas) e com a Lei dos Juizados Especiais, com os institutos da transação e suspensão do processo.

O Direito Penal Mínimo visa trocar as penas privativas de liberdade por outras medidas, para que o objetivo principal seja a ressocialização do condenado, deixando a privativa de liberdade como última alternativa. É o que diz o Professor João Batista Machado Barbosa no seu livro *Primeiras Linhas de Direito Penal* (2004, p. 33):

O Direito Penal Mínimo, por sua vez, funda-se no princípio de que, embora comprovadamente a pena privativa de liberdade não seja um instrumento eficiente de controle social, não existe ainda outra forma de reação estatal para reprimir alguns tipos de crimes, bem como contra delinquentes, cuja liberdade seja fonte permanente de insegurança para a coletividade.

E continua seu entendimento, *verbis*:

Esta corrente pugna substituir o máximo possível as penas privativas de liberdade por outras formas de medidas penais, daí o designativo Direito Penal Mínimo, cuja aplicação só deve-se justificar em casos extremos, na esteira do princípio da intervenção mínima.

O Movimento Lei e Ordem é o mais rigoroso dos três pensamentos atuais, pois visa a implementação, inclusive, da pena de morte e penas mais duras para quem é reincidente na prática criminosa. No sentido, o entendimento do Professor João Batista Machado Barbosa (2004, p. 33):

O Movimento Lei e Ordem, por sua vez, prega uma maior abrangência do Direito Penal, defendendo, em última análise, que a sanção penal traduz-se no necessário remédio para todos os males. Por

motivos óbvios, o movimento cresce a cada recrudescimento da violência no país, inclusive, pugnando a volta da pena de morte.

6 EVOLUÇÃO PARA A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Como pode se ver acima, as escolas penais se desenvolveram sem um marco que definisse o seu final, ocorrendo muitas vezes de se sobrepor umas as outras. No sentido, o entendimento do Professor Rodrigo Moretto (2009, p. 01), *litteris*:

Evolução 'histórica' do Direito Penal: antes de entramos no tema devemos ter claro que as escolas não seguem uma ordem estanque, ou seja, quando acaba uma outra começa. Na verdade as escolas vão sofrendo transformações, tendo períodos em que mais de uma escola é encontrada, porém uma com mais adeptos que outra.

Mesmo ocorrendo uma sobreposição de escolas, essa evolução em direção a um direito penal mais humano na sua aplicação ocorreu de forma lenta. O corpo só deixou de ser o fim último da pena de uns 200 anos para cá, ou seja, em todo o período anterior da história da humanidade se fez uso das penas cruéis, cuja única finalidade era punir e não corrigir.

A evolução do entendimento de como se devia aplicar a pena ocorreu quando a sociedade evoluía no campo das ciências, conhecimentos e medicina e passou a ver a aplicação da pena com outros olhos, onde devia se respeitar a pessoa do condenado, deixando de ser o seu corpo o intuito final da pena. Cámine Antônio Savino Filho (2012, p. 03), *verbis*:

Como o Direito Penal enquadra o homem de forma mais envolvente, devido à pena privativa da liberdade e outras suas específicas complexidades, exigiu ele, da humanidade, as melhores pesquisas filosóficas, procurando-se recolher dos estudos feitos a forma melhor de uma aplicação penal com o objetivo de melhorar o nível social das pessoas no seu convívio humano, numa dinâmica de direitos e obrigações, a possibilitar aos grupos maior tranquilidade e mais apurada confiança no existir como pessoa dentro de uma comunidade.

7 O SIGNIFICADO DO QUE SEJA DIREITOS HUMANOS

Direito humano pode ser entendido como aquele que nasce dos seus próprios titulares, qual seja: a pessoa humana. Contudo, como explicita Rogério Greco (2011, p. 37): "Não se pode precisar, com exatidão necessária, a origem do raciocínio relativo aos direitos humanos. No entanto, podemos afirmar que sua discussão não é recente, e remonta há mais de dois mil anos".

Rogério Greco (2011, p. 38) é do entendimento que antes de analisar o reconhecimento de novos direitos humanos, deve-se lutar pela sua correta aplicação dos que existem atualmente:

A maioria dos países prevê, tanto em suas Constituições como em suas legislações infraconstitucionais, um elenco enorme de direitos do homem, já consolidados universalmente. Todavia, mesmo com tais previsões, muitos deles, na prática, são desrespeitados, a exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, com o direito de não ser torturado etc.

Assim, modernamente, mais do que lutar para adquirir novos direitos, a preocupação reside na sua efetiva observação, pois de nada adianta ter um direito constitucionalmente previsto se esse direito é constantemente desrespeitado até mesmo pelo próprio Estado.

É o que bem demonstra o Programa Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República (2010, p. 127), *litteris*:

A cultura arraigada de rejeitar as evidências acumuladas pela pesquisa e pela experiência de reforma das polícias no mundo era a mesma que expressava *nostalgia de um passado de ausência de garantias individuais, e que identificava na ideia dos Direitos Humanos não a mais generosa entre as promessas construídas pela modernidade, mas uma verdadeira ameaça*. (Grifo nosso)

Inocência Mártires Coelho (2009, p. 171), em salutar entendimento, ao falar sobre o Princípio do Estado Democrático de Direito, *verbis*:

A essa luz, o princípio do Estado Democrático de Direito aparece como um superconceito, do qual se extraem – por derivação, inferência ou implicação – diversos princípios, como o da *separação dos Poderes*, o do *pluralismo político*, o da *isonomia*, o da *legalidade* e, até mesmo, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, em que pese, com relação a este último, a opinião de inúmeros filósofos e juristas do maior relevo, como Miguel Reale, por exemplo, para quem a pessoa é o *valor-fonte* dos demais valores, aos quais serve de fundamento como categoria ontológica pré-constituente ou surpaconstitucional (Grifo do autor).

E conclui seu pensamento (2009, p. 172), *verbis*:

Pois bem, é sob essa concepção metafísica do ser humano que reputamos adequado analisar a *dignidade da pessoa humana* como um dos princípios – desde logo considerado de valor pré-constituente e de hierarquia *supraconstitucional* – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988 (Grifo do autor).

Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 77), ao falar sobre a seguridade social como direito humano, bem explícita a pessoa humana como titular principal dos direitos humanos:

Como se sabe, os direitos humanos não são preexistentes, mas sim construídos pela sociedade. Ao longo dos anos, novas conquistas vão se agregando ao rol de garantias, tendo sido as últimas voltadas justamente para a redução das desigualdades, relacionadas ao tema da fraternidade, usualmente chamadas de 3ª geração.

E conclui o raciocínio (2011, p. 77), *litteris*:

Tais direitos humanos, com sua respectiva internacionalização, foram dimensionados, em um primeiro momento, como resposta ao holocausto nazista, impondo respeito e ações concretas em prol da humanidade, dentro de uma perspectiva caracterizada pela universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Roberto A.R. de Aguiar (1990, p. 153) bem esclarece o que vem a ser direitos humanos:

Para uns é o direito que se cristaliza a partir do nascimento do homem, para outros é o corolário da própria dignidade intrínseca do homem. Ainda terceiros acreditam que tais direitos existem e devem ser respeitados em virtude do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus.

E continua (1990, p. 155), *litteris*: “os direitos humanos, em sentido lato, vão se constituir como o fruto de uma luta pela garantia de faculdades mínimas a cada um dos homens”.

Rogério Greco (2011, p. 36 e 37), *verbis*:

(...) os direitos humanos aparecem como direitos morais, quer dizer, como exigências éticas e direitos que os seres humanos têm pelo fato de serem homens, independentemente de qualquer contingência histórica ou cultural, característica física ou intelectual, poder político ou classe social. O qualificativo *morais* aplicado a *direitos* representa tanto a ideia de uma fundamentação ética como de uma limitação no número e conteúdo dos direitos que podemos compreender dentro do conceito de direitos humanos: são somente os que têm que ver mais estreitamente com a ideia de dignidade humana.

Porém, Rogério Greco (2011, p. 38), *litteris*:

Antes de analisar essas etapas, é importante frisar que, nos dias de hoje, mais do que a preocupação com a fundamentação desses direitos humanos, devemos nos preocupar com a sua efetiva proteção.

Norberto Bobbio (2004, p. 35 e 36), fala com precisão e autoridade, *verbis*:

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.

Rogério Greco (2011, p. 45), ao falar sobre os direitos humanos de primeira geração, mais que vale para os de outras gerações, devido a sua grande importância, esclarece que “a partir do instante em que esses direitos humanos são abrigados nos textos constitucionais, passam a ser reconhecidos como *direitos fundamentais*” (grifo no original).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 09 e 10), ao falar sobre o processo de criação de leis, *litteris*:

Em cada período histórico os legisladores constituintes, de regra, incorporam nas Leis Fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época. Fazem-no, muitas vezes, com simples propósito retórico ou porque não se podem lavar de consigná-los. Mas, animados de reta intenção ou servindo-se disto como blandicioso meio de atrair sustentação política ou de esquivar-se à coima de retrógradas, o certo é que geralmente as Cartas Constitucionais estampam versículos prestigiadores dos *mais nobres objetivos sociais e humanitários* que integram o ideário avalizado pela cultura da época. (Grifo nosso)

8 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DAS NORMAS PENAS BRASILEIRAS

Determinada pessoa, ao se ver privada de sua liberdade por ter cometido determinado crime, continua a sustentar certos direitos e garantias fundamentais tais como: a integridade física e moral, a liberdade religiosa e, principalmente, os direitos à vida e à dignidade humana. Pois, as prisões penais, como bem esclarece Alexandre de Moraes (2006, p. 284), “são aquelas resultantes do trânsito em julgado da sentença condenatória e aplicáveis pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal, em virtude da prática de uma infração penal”.

Contudo, Rudolf von Ihering (2004, p. 19) leciona que não se deve lutar “pelo direito em todo e qualquer tempo, mas apenas naqueles casos em que a agressão ao direito representa um desrespeito à pessoa humana”.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 57) conceitua o direito penal como sendo: “o conjunto de normas jurídicas voltado à *fixação dos limites do poder punitivo do Estado*, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação” (grifei).

A aplicação da lei penal brasileira e o cumprimento da pena deve ser baseada no princípio da recuperação do condenado, tanto que, na medida do possível, a execução da pena se dará de forma individualizada, como bem define o inciso XLVIII da CF/88 e o artigo 8º da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

A ONU, por meio da publicação do Centro de Direitos do Homem (GE. 94 – 15440), prevê a necessidade de separação dos reclusos em diversas categorias, levando em conta o sexo, a idade, antecedentes penais, razões para a detenção e medidas necessárias a aplicar.

Dentre os direitos que regem o princípio da dignidade humana do preso, ou presa, estão: direito ao aleitamento materno; o direito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa; a vedação das provas ilícitas; da presunção de inocência; vedação da identificação criminal quando já identificado civilmente, dentre outros.

Rogério Greco (2011, p. 71), ao falar sobre a importância do respeito à dignidade da pessoa humana, *verbis*:

Na verdade, o primeiro trabalho, e um dos mais importantes, atribuídos a esse princípio, diz respeito à averiguação da conformidade da lei com a Constituição. De nada adiantaria, por exemplo, a Constituição fazer previsão expressa da proteção da dignidade da pessoa humana para, logo em seguida, o legislador infraconstitucional criar uma norma que permitisse, por exemplo, a tortura, como meio oficial de obtenção da confissão dos réus, nas ações de natureza penal.

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 69) aponta que, *litteris*:

Sob tal prisma, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais em sentido material são os direitos supraestatais, reconhecidos como inerentes à dignidade da pessoa humana pela maioria das nações e que formam, na atualidade, o cerne das Declarações Universais dos

Direitos do Homem, seja a de 1789 (França) ou a de 1948 (ONU), mas também todos os que figuram nos inúmeros tratados celebrados e assinados pela comunidade internacional.

A regra geral em nosso ordenamento será a da liberdade, como bem esclarece o inciso LXVI do artigo 5º da CF de 1988; sendo a exceção prevista no inciso LXI também do artigo 5º da Carta Magna de 1988, onde é estipulado que:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

As prisões penais, como bem esclarece Alexandre de Moraes (2006, p. 284):

São aquelas resultantes do trânsito em julgado da sentença condenatória e aplicáveis pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal, em virtude da prática de uma infração penal.

Rogério Greco (2011, p. 19) com muita propriedade, afirma que, *verbis*:

No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o chamado *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em *sentido objetivo*, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em *sentido subjetivo*, quando esse mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável.

Os direitos humanos são tão importantes para uma correta aplicação do Direito Penal, que vale a pena a transcrição do voto do relator da Extradicação nº 811, solicitada pela República do Peru, onde o Ministro Celso de Mello, em parte do seu voto, diz que o extraditando sempre ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos, não vendo os seus outros direitos colocados em segundo plano só por que será entregue a outro país. Ou seja, o mesmo pode ser transposto para o nível interno onde o réu não tem os seus outros direitos subtraídos em face da condenação:

(...) O respeito aos direitos humanos deve constituir vetor interpretativo a orientar o Supremo Tribunal Federal nos processos de extradicação passiva. Cabe advertir que o dever de cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns não exime o Supremo Tribunal Federal de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do extraditando, que ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos, impedindo, desse modo, que o

súdito estrangeiro venha a ser entregue a um Estado cujo ordenamento jurídico não se revele capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (*fair trial*), com todas as prerrogativas inerentes à cláusula do *due process of Law*.

Outro fator importante que liga os tratados internacionais de direitos humanos e a norma penal brasileira é vedação da prisão civil por dívida a não ser no caso do alimentante que não cumpre com sua obrigação. Tal norma vem estipulada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme demonstra Gilmar Mendes no seu Curso de Direito Constitucional (2009, p. 737):

As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proibem expressamente qualquer tipo de prisão por civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

O art. 7º (n. 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 – dispõe desta forma: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

9 PRINCÍPIOS QUE REGEM A NORMA PENAL

Os princípios podem ser entendidos como os trilhos do direito, onde não podem sair desse caminho, pois, ao sair, configurariam um verdadeiro abuso a norma. Paulo Bonavides (2006, p. 45), *verbis*:

O Direito Constitucional relaciona-se também com outros ramos do Direito Público, ministrando as regras capitais de certos institutos. Com o Direito Penal, no caso da Constituição brasileira, a relação manifesta-se diante das garantias penais de natureza constitucional que se estendem do inciso XXXVII ao inciso LXVII do art. 5º do Capítulo I, sobre direitos e deveres individuais e coletivos.

E ao falar sobre os princípios que devem reger toda norma jurídica, Paulo Bonavides (2006, p. 283), é do entendimento que: “Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”.

No sentido, o importante entendimento de Rogério Greco (2011, p. 27):

No que diz respeito ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, seus princípios deram origem a pensamentos que foram reconhecidos como ‘garantistas’, justamente por se trabalhar com um princípio maior, vale dizer, a dignidade da pessoa humana, que deveria nortear todo o chamado devido processo legal (*due process of Law*).

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 31) a seu turno, entende que:

Princípio, no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo. É conveniente destacar, desde logo, constituírem os princípios de Direito Penal a face orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da interveniência do poder repressivo estatal, aplicando, como decorrência, a mais grave das sanções, a penal, formatada através da pena, em suas múltiplas feições. Extenso deve ser o alcance dos princípios penais, pois permitem a harmonia do sistema, conferindo coerência às normas criadas pelo legislador, nem sempre com boa técnica e permitindo aplicação sensata.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 34), em lapidar entendimento sobre os princípios de um modo geral, menciona que:

Eis a razão por que em outra oportunidade assinalamos: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Damásio de Jesus (2007, p. 03), ao discorrer sobre as noções fundamentais do direito penal, *litteris*:

O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência. É no Direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica.

Já Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 43), entende que:

(...) até que se possa impor a pena justa, dentro de critérios e princípios de humanidade, proporcionalidade, individualização e responsabilidade pessoal.

Por derradeiro, em nosso entendimento, todos os princípios garantistas, que regem as matérias de penal e processo penal, diretamente vinculadas aos mais relevantes valores humanos, são sempre *princípios*, na mais pura acepção, não se confundindo com meras regras ou normas.

9.1 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena pode ser entendido como a cominação de penas que irão variar conforme a importância do bem a ser tutelado.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 71 e 72), *litteris*:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. É o que prevê o art. 5º, XLVI, da Constituição....

Salutar a luz lançada por Gilmar Mendes (2009, p. 658) ao tratar sobre tal princípio, *verbis*:

Não é difícil perceber que a fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental. O regime integralmente fechado para todos é incompatível, até mesmo do ponto de vista semântico, com a ideia de individualização.

Tal princípio está estipulado na CF/88 que em seu art. 5º, inc. XLVI preconiza que:

Art. 5º [...]:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

9.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como a pena aplicada sendo proporcional ao delito cometido.

A prática de um delito de menor potencial ofensivo, como uma simples agressão verbal, não pode ser punida com uma pena de morte, por exemplo; nem, por

outro lado, uma pessoa que comete um homicídio pode ficar apenas um mês preso o uso pagar uma multa.

Assim aduz Rogério Greco (2007, p. 77), citando Alberto Silva Franco, ao dissertar sobre o princípio em tela:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Damásio de Jesus (2007, p. 11) entende que:

Chamado também 'princípio da proibição de excesso', determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

Porém, Rogério Greco (2011, p. 81), ao falar a justiça do tempo como pena, alerta que:

O certo é que penas desproporcionais nos trazem a sensação de injustiça. A ideia de proporção é inata ao ser humano. Contudo, um dos maiores problemas que o Direito Penal enfrenta é, justamente, encontrar a pena proporcional, sobretudo quando se tem em mira a descoberta de sanções alternativas à pena privativa de liberdade, penas intermediárias que procuram dar a resposta ao 'mal' praticado pelo agente, mas com os olhos voltados para o princípio da dignidade da pessoa humana.

9.3 Princípio da responsabilidade pessoal

O princípio ora em análise é o de que somente o condenado poderá pagar pela infração que cometeu. Foi-se o tempo em que a responsabilidade recaia sobre os demais membros da família de quem tenha cometido determinado ilícito. Era uma regra

totalmente descompassada com a realidade, tão grave quanto à vingança que privada, que hoje em dia não tem mais espaço para esse tipo de punição sem limites e sem freios.

O inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal determina que:

Art. 5º [...]:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Rogério Greco (2007, p. 79) afirma que:

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como *princípio da pessoalidade* ou da *intranscendência da pena*, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que lhe foi aplicada pelo Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social.

E continua seu raciocínio (2007, p. 79) dizendo:

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada – privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multas –, somente o condenado é que deverá cumpri-la.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 71) diz que tal princípio:

Significa que a punição, em matéria penal, não deve ultrapassar a pessoa do delinquente. Trata-se de outra conquista do direito penal moderno, impedindo que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado.

Já Gilmar Mendes (2009, p. 646), faz uma salutar explanação ao falar sobre tal princípio:

O princípio da responsabilidade pessoal do agente é uma conquista do direito penal liberal a partir do Iluminismo está previsto, expressamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Também a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, consagrou expressamente essa ideia.

9.4 Princípio da limitação das penas

O princípio em questão visa proibir a prática de penas que não visem o motivo maior da pena, qual seja: a ressocialização de quem por uma falta de oportunidade cometeu determinado crime. O Estado deve pensar olhando para frente, pois essa pessoa que hoje está detida amanhã estará nas ruas e se não cumpriu uma pena com educativo, mas só punitivo, voltará a delinquir se tornando um problema endêmico para o Estado. No sentido, o entendimento de Rogério Greco (2011, p. 11 e 12):

Veja-se, por exemplo, o que ocorre, via de regra, com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase que impossível, pois não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Tal princípio está insculpido no inciso XLVII do artigo 5º da CF/88:

Art. 5º [...]:

XLVII - 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.

No parecer, o esclarecedor entendimento de Rogério Greco (2007, p. 83):

Como se percebe, a proibição de tais penas atende a um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que é a *dignidade da pessoa humana*.

Já Damásio de Jesus (2007, p. 07), preleciona que:

De notar que o Direito Penal subjetivo – o direito de punir do Estado – tem limites no próprio Direito Penal objetivo. Não se compreende um *jus puniendi* ilimitado. A norma penal não cria direitos subjetivos somente para o Estado, mas também para o cidadão. Se o Estado tem o *jus puniendi*, o cidadão tem o direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio Estado.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 72), ao falar sobre os direitos individuais, faz importantes ressalvas sobre o princípio ora em destaque:

Desse modo, são direitos individuais – porque inerentes à pessoa humana – o direito à liberdade de locomoção, garantido, como mencionado, pelo devido processo legal e seus corolários; o direito à liberdade de consciência e de crença, garantido pelo livre exercício de cultos religiosos, protegidos os locais onde se realizam tais cultos e suas liturgias; o direito à livre manifestação do pensamento e o direito à honra, garantidos pelo direito de resposta; *os direitos à vida e à integridade física, garantidos pela proibição da pena de morte e da tortura, e assim sucessivamente* (Grifo nosso).

9.5 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade nada mais é do que o princípio de que alguém não poderá ser punido por um crime se não houver uma lei anterior que o defina. Tal princípio está inserido no inciso XXXIX do artigo 5º da CF/88, que diz: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O primeiro instituto a declarar com precisão o princípio da legalidade, foi a Carta da Declaração dos Direitos do Homem, como ápice da Revolução Francesa, que estipula em seu art. 7º: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.

“O Estado Democrático de Direito jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do princípio da legalidade, consistente no seguinte preceito: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (art. 5º, XXXX, CF)” (Guilherme de Souza Nucci, 2012, p. 92).

Damásio de Jesus (2007, p. 9 e 10), diz que: “Para que haja crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor”. E continua seu raciocínio (2007, p. 14), dizendo que: “Para que haja crime, é preciso uma lei anterior que o defina. Somente quando um fato se ajusta a um modelo legal de crime é que o Estado adquire o direito concreto de punir”.

No sentido, a precisa lição de Rogério Greco (2007, p. 94):

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, Von Liszt diz que o Código Penal é a Carta Magna do delinquente.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 70) entende que tal princípio:

Trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição. Encontra-se previsto, expressamente, no art. 5º, XXXIX, da CF, bem como no art. 1º do Código Penal.

Uma evolução desse princípio é o da anterioridade, que significa que determinada pessoa só pode ver uma lei imposta contra si quando ela tiver sido originada antes da ocorrência do fato. No sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 71):

De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade, sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado, caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas.

Para finalizar a respeito do princípio da legalidade, o salutar entendimento de Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 180):

Quanto ao princípio da *legalidade*, significa, nos termos do art. 5º, inciso II, da nossa Constituição, que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, um preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espraia e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões – *processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultra-atividade da lei, repristinação da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária*, entre outras – as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma ideia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais (Grifo do autor).

9.6 Princípio da proibição da analogia “in malam partem”

Princípio entendido como sendo corolário da legalidade, proibindo a adequação típica por semelhança entre fatos. Ou seja, não se pode aplicar a mesma pena, por ter se praticado uma conduta ilícita que guarda semelhança com uma outra, mas que não são a mesma coisa no mundo jurídico.

Já Rogério Greco (2011, p. 59), *verbis*:

O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).

Gilmar Mendes (2009, p. 637) *litteris*: “Nesse sentido, há de se considerar, igualmente, a proibição da analogia *in malam partem*, ou seja, da adoção de analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravar o seu tratamento penal”.

9.7 Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa

Tal princípio está normatizado no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal de 1988 e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal. Damásio de Jesus (2007, p. 10) conceitua tal princípio como sendo: “a lei posterior mais severa é irretroativa; a posterior mais benéfica é retroativa; a anterior mais benéfica é ultra-ativa”.

A única lei que pode retroagir, segundo o preceito normativo penal, qual seja, o art. 2º do CP, que estipula que: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”, é a que visa beneficiar o acusado ou condenado, ou seja, só irá retroagir se melhorar a sua situação, nunca para piorar.

9.8 Princípio da humanidade (limitação das penas)

O princípio em análise é uma proposição de Damásio de Jesus (2007, p. 11), para o qual o réu não pode sofrer penas que extrapolem o limite do razoável por ter cometido um determinado ilícito penal:

O réu deve ser tratado como pessoa humana. A Const. Federal brasileira reconhece esse princípio em vários dispositivos (art. 1º, III, 5º, III, XLVI e XLVII). Deve ser observado antes do processo (art. 5º, LXI, LXII, LXIII e LXIV), durante este (art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII) e na execução da pena (proibição de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital – art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L).

É o que estipula a letra k da diretriz nº 16, que fala da modernização da política de execução penal, priorizando a aplicação de pena e medidas alternativas à liberdade e melhoria do sistema penitenciário, do Programa Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República (2010, p. 169): “Estabelecer diretrizes na política penitenciária nacional *que fortaleçam o processo de reintegração social dos presos, internados e egressos, com sua efetiva inclusão nas políticas públicas sociais*”. (grifei)

Já Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 72) *verbis*:

Significa que o direito deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas.

E continua seu raciocínio (2008, p. 72) *litteris*:

Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: a) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão dos casos feita no Código Penal Militar); b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX).

10 PRINCÍPIOS QUE REGEM À NORMA PROCESSUAL PENAL

Os princípios por serem as normas orientadoras de todo ordenamento jurídico, eu diria até mais: os princípios são as vigas mestras de todo ordenamento jurídico, quando desrespeitados, o edifício, no caso as leis, veem a baixo. Paulo Bonavides (2006, p. 283), ao mencionar os princípios, é do entendimento que: “os princípios gerais são os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional”.

Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 78):

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos

do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate.

O mesmo autor, acima citado, dá prosseguimento ao seu entendimento, porém em outro livro (2012, p. 44), *litteris*:

Nos campos penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.).

Montesquieu (2004, p. 89) *verbis*:

No governo republicano, é da natureza da constituição os juízes observarem a letra da lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida. Em Roma, os juízes apenas decidiam se o acusado era culpado de determinado crime, e a pena encontrava-se na lei, como percebemos em diversas leis que foram criadas. Igualmente, na Inglaterra os jurados decidem se o acusado é culpado ou não pelo fato que o trouxe perante eles; e, se for declarado culpado, o juiz pronunciará a pena que a lei inflige para esse fato e, para isso, basta que ele tenha olhos.

Paulo Bonavides (2006, p. 46), ao falar sobre as normas constitucionais que regem o processo penal, *litteris*:

Com o Direito Judiciário Penal a relação é manifesta quando a Constituição protege a liberdade individual contra o abuso de poder, a prisão ou detenção ilegal, regula o *habeas corpus*, assegura aos acusados ampla defesa e faz contraditória a instrução criminal.

10.1 Princípio da imparcialidade do juiz

A imparcialidade consiste no entendimento que o juiz não pode ter ligação com nenhuma das partes da lide que irá julgar, para que possa agir com isenção.

No sentido, o salutar entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 46):

A imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção.

10.2 Princípio do contraditório

O princípio em análise, segundo o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 47), “impõe que às partes deve ser dada a

possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual”.

Para Fernando Capez (2008, p. 31) tal princípio significa que: “O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido (*audiatur et altera pars*)”.

Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 597) faz uma importante observação ao tratar sobre tal princípio: “Quando se fazem imputações incabíveis, dando ensejo à perseguição criminal injusta, portanto, viola-se, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição”.

Outro fator de suma importância a ser observado no princípio do contraditório é o fato de que é nula a sentença que condene alguém baseado única e exclusivamente em elemento colhidos no inquérito policial (artigo 5º, LV, da CF/88).

10.3 Princípio da ampla defesa

Princípio bastante importante, ainda mais quando se trata de um estudo sobre direitos humanos, pois está normatizado no artigo 5º da CF/88 que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Tal artigo, no seu inciso LV, diz que deve ser assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 82) *verbis*:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (Grifo do autor)

10.4 Princípio da verdade real

É o princípio que visa um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça, pois como bem preceituam Nestor Távora e Rosmar

Rodrigues Alencar (2009, p. 48): “O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade”.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 105) em salutar parece, que merece integral transcrição, *verbis*:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Note-se o disposto nos arts. 209 (‘o juiz, *quando julgar necessário*, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes’, grifamos), 234 (‘se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, *independentemente de requerimento de qualquer das partes*, para sua juntada aos autos, se possível’, grifo nosso), 147 (‘o juiz poderá, *de ofício*, proceder à verificação da falsidade’, grifamos), 156 (‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz *de ofício*: I – ordenar, *mesmo antes de iniciada a ação penal*, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para *dirimir dúvida* sobre ponto relevante’, grifamos), 566 (‘não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da *verdade substancial* ou na decisão da causa’, destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real. (Grifo do autor)

10.5 Princípio do juiz natural

O princípio em questão estipula a vedação constitucional à criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII da CF/88) e o direitos de ser processado pelo magistrado competente (art. 5º, inc. LIII da CF/88).

No sentido, o entendimento de Fernando Capez (2008, p. 27): “Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de serem submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional”.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 85) bem resume o fator mais importante desse princípio processual penal: “A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura”.

10.6 Princípio do promotor natural

Este princípio significa que ninguém será processado senão pelo órgão do Ministério Público.

No sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 99):

Significa que o indivíduo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, vedada a indicação de acusador para atuar em casos específicos. Não está esse princípio expressamente previsto na Constituição, embora se possa encontrar suas raízes na conjugação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

10.7 Princípio do devido processo legal

Se não houver a garantia de um processo que se desenvolva na forma legal (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV), será assegurado a todos, o direito de não ser privado de sua liberdade e de seus bens.

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 95 e 96) *verbis*:

O princípio do devido processo legal é, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art. 5º, LIV, CF). Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso. (Grifo do autor)

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 69), faz uma importante observação sobre o tema, *litteris*:

O devido processo legal, portanto, possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de Direito Penal, e o lado procedimental (processual), de Processo Penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.

10.8 Princípio da proporcionalidade

Tal princípio representa, como bem estipularam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 56), um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 52), *verbis*:

Enfim, crime por crime, todos são igualmente infrações penais passíveis de sanção. As mais graves, aplicam-se penalidades proporcionalmente mais severas; aos considerados mais brandos, aplicam-se as penalidades proporcionalmente mais leves. Em nenhum cenário, admite-se o abuso, o exagero e a desumanidade.

Gilmar Mendes (2009, p. 632), ao falar sobre os mandatos constitucionais, *litteris*:

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do direito penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

11 AS REFORMAS INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011

Neste ponto do estudo, após uma profunda análise dos institutos penais que se relacionam com a preocupação com a proteção aos direitos humanos, em consonância com uma política criminal rigorosa, é importante fazer aqui uma breve reflexão sobre as recentes mudanças legislativas no Código de Processo Penal.

Neste escopo, a lei nº 12.403 de 2011 trouxe várias novidades no âmbito processual penal, principalmente ao que diz respeito às alternativas prisionais, evitando assim uma profusão de gente nos presídios, que como sabemos no Brasil, os presídios servem para tudo, menos para ressocializar, principalmente, quem cometeu crimes de baixa periculosidade. Porém, das novidades trazidas pela nova lei, só nos interessa as modificações presentes nos artigos 282 e 319, ambos do CPP, pois tratam, exatamente, das disposições gerais sobre a prisão e as medidas cautelares diversas da prisão.

No sentido, o entendimento salutar de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 180):

Tal medida evidenciou-se, em clareza, após a edição da Lei 12.403/2011, espelhando-se na nova redação do art. 282 do Código de

Processo Penal. *In verbis*: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

É o que também entende Eugênio Pacelli (2012, 487): “A nova legislação traz relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, *cuidando de inserir – felizmente – inúmeras alternativas ao cárcere (art. 319, CPP)*” (grifei).

No seu livro *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 13) *verbis*: “A nova Lei 12.403/2011 implantou reformas favoráveis ao entendimento de que *a prisão do acusado é uma contingência excepcional*, mas necessária, devidamente regradada e substancialmente motivada” (Grifo nosso).

Outra novidade presente na lei é que, a partir de agora, há nove medidas cautelares, que formam alternativas à prisão provisória, conforme demonstra Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 181):

Há nove medidas cautelares, alternativas à prisão provisória, conforme dispõe o art. 319 do Código de Processo Penal. Assim, além de dever o magistrado avaliar se cabe a aplicação da medida cautelar, conforme critérios de necessidade (art. 282, I, CPP), precisa eleger a *mais adequada* ao indiciado ou réu, no caso concreto (Grifo do autor).

O artigo 282 do CPP dispõe que:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. §1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. §2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. §3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia de requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. §4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art.

312, parágrafo único). §5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. §6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

As normas dispostas no artigo 319 do CPP, que visam uma alternativa ao sistema prisional, são as seguintes:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – monitoração eletrônica.

Ou seja, a prisão só será imposta nos casos mais graves, quando não restar mais nenhuma alternativa se não a pena de prisão. É o que nos ensina Eugênio Pacelli (2012, p. 498), que participou do processo de elaboração da lei em tela:

É que, agora, a regra *deverá* ser a imposição *preferencial* das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando *inadequadas ou descumpridas* aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a nova orientação da legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme ainda teremos oportunidade de referir.

12 CONCLUSÃO

A evolução do sistema punitivo se deu de forma lenta, porém sempre seguindo a direção do bem estar de quem fosse condenado a uma pena privativa de liberdade. Se antes o corpo era o fim último da pena, passando pela instituição da privação da liberdade, mas só como meio de assegurar o cumprimento da pena, que era corporal, até o momento em que o homem tomou consciência que o que comete ilícitos também tem direito a se regenerar, a uma segunda chance, para que não volte a delinquir.

Apesar de todo o esforço do Ministério da Justiça em melhorar o sistema prisional brasileiro, tendo, inclusive, uma diretriz a esse respeito, infelizmente o sistema penal brasileiro não cumpre sua função principal, que é a de ressocializar o apenado. Segundo dados do Infopen de junho de 2011 dos 513.802 pessoas que cumprem pena no Brasil, apenas 94.816 estão realizando alguma tarefa ressocializadora que permita que eles tenham uma profissão ao deixar o sistema prisional. Ou seja, o índice não chega nem a 20% da população carcerária brasileira. É como bem esclarece o Professor Luiz Flávio Gomes (2012, p. 2) em salutar entendimento, *verbis*:

Constitui um truísmo (verdade aceita por todos) afirmar que os presídios brasileiros não estão preparados para produzir efeitos positivos no preso, *ao contrário, eles pioram o encarcerado, sendo assim dessocializadores (embrutecedores)*. Mas uma coisa é certa: os presídios são necessários. Há crimes violentos que justificam o encarceramento. As pessoas que representam sério perigo para a convivência em sociedade não podem ficar em liberdade. A prisão é um mal necessário nas sociedades constituídas de serem humanos imperfeitos (dizia uma proposta político-criminal alemã) (Grifo nosso).

As escolas penais tiveram um papel importante para a melhora do sistema prisional, pois foi através delas que passou a ter importância o fato do preso de não ser um mero objeto para práticas de torturas e toda a sorte de aflições que sofria. Contudo, as escolas penais não foram lineares no seu entendimento, sendo uma hora mais humanas outras vezes mais agressivas como se ainda estivéssemos na idade das trevas. Até mesmo no pensamento atual sobre as escolas a quem defenda medidas mais severas quando da prática do ilícito; já outros defendem a total despenalização.

Os direitos humanos tem um sentido pejorativo hoje em dia, devido à mídia que colocou na cabeça das pessoas, que só defende bandido. O que não é correto! O Estado

não pode reparar um erro cometendo outro erro. É o que bem demonstra o Programa Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República (2010, p. 127), *litteris*:

A cultura arraigada de rejeitar as evidências acumuladas pela pesquisa e pela experiência de reforma das polícias no mundo era a mesma que expressava nostalgia de um passado de ausência de garantias individuais, e que identificava na ideia dos Direitos Humanos não a mais generosa entre as promessas construídas pela modernidade, mas uma verdadeira ameaça. (Grifo nosso)

O Direito Penal e Processual Penal nada seriam sem a estipulação dos princípios que regeram a sua aplicação, pois sem tais princípios, o condenado não teria segurança jurídica, ficando o seu futuro ao bel prazer do juiz que o condenasse. Os princípios, então, servem como um freio ao ímpeto vingador do Estado.

Um passo importante que o Brasil deu em direção a uma pena mais justa, que evite o encarceramento a qualquer custo, principalmente para quem cometeu ilícitos de pouca gravidade, é a Lei nº 11.403 de maio de 2011, pois trata das medidas alternativas da privação da liberdade. Ou seja, o Brasil está indo na direção certa para um sistema prisional mais justo e humano, ainda que estejamos na Idade Média em termos prisionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- BARBOSA, João Batista Machado. **Primeiras Linhas de Direito Penal: Parte Geral**. Natal: Editora FESMP/RN, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7ª ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva 2009.
- BRASIL. **Código Penal**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7ª ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7ª. ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Dados do Infopen relativos a trabalho, renda e qualificação profissional**. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID14A647730CFB45A4BA6FEC41D9AFE2BBPTBRIE.htm>. Acesso em 18/05/2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diretrizes Básicas para a Arquitetura Penal.**

Disponível em: www.portal.mj.gov.br/. Acesso em: 18/03/2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Vol. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

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

Grupo Ciências Criminais. **Precariedade, violência e desordem em presídios do CE.**

Disponível em: <http://grupocienciascriminais.blogspot.com.br/2012/05/precariedade-violencia-e-desordem-em.html?sref=tw>. Acesso em: 18/05/2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** Vol. I. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena: Teoria Geral da Responsabilidade Civil**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: Reformas Processuais Penais Introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. HC nº 70035687532, da 3ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, 06 de maio de 2010. **HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CRITÉRIOS INCONSTITUCIONAIS. 1. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 18/03/2012.

SAVINO FILHO, Cármine Antônio. **Evolução do Direito Penal – Comentários.**

Disponível

em:

[http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/adim/Sistema%20Penal/Sistema%20Penitencia
rio/EVOLUÇÃO%20DO%20DIREITO%20PENAL.pdf](http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/adim/Sistema%20Penal/Sistema%20Penitencia%20rio/EVOLUÇÃO%20DO%20DIREITO%20PENAL.pdf). Acesso em: 17/03/2012.

Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).** Ver. e atual. Brasília: SEDH/PR, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2009.