

Artigo original**O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO E OS LIMITES DA RETRIBUIÇÃO****ROSA, G.R.¹****Nome completo:** Gerson Faustino Rosa**Artigo Submetido:** 15 de maio de 2017**Aceito em:** 12 de junho de 2017**Email:** gersonfaustinorosa@hotmail.com**RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica do princípio penal constitucional da humanidade das penas à luz do Estado democrático de Direito, desde a superação da pena capital, com a abertura humanitária proporcionada pelo Direito Canônico

¹ Professor de Direito Penal e Ciência Política nos cursos de pós-graduação e de graduação da Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM); Professor de Direito Penal e coordenador da Pós-graduação em Ciências Penais na UNOESTE de Presidente Prudente-SP; Professor credenciado junto à Escola Superior de Educação em Direitos Humanos do Estado do Paraná (ESEDH); Professor de Direito Penal nos cursos de pós-graduação da Escola Superior da Advocacia (ESA), da UNIFAMMA, das Faculdades Maringá e da Faculdade Integrado de Campo Mourão-PR; Pesquisador do CNPq, com experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Penal e Política Criminal, atuando principalmente nos seguintes temas: expansão e modernização do Direito Penal, parte geral, parte especial do Código Penal brasileiro e terrorismo. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo-SP (FADISP), Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá-PR (2014), pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - PR (2011), pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho - RJ (2008), graduado em Direito pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2007).

às penas, até os dias atuais, em que, pressionado pela opinião pública e pela escassez de recursos, o Estado-execução penal se mostra incapaz de efetivamente cumprir o seu papel. Ao longo do tempo, transformaram-se os duros e degradantes regimes carcerários, desapareceram os grilhões e as correntes, bem como os castigos corporais: a integridade corporal do preso de hoje deve ser preservada.

Palavras-chave: Estado de Direito; Princípios Constitucionais Penais; Humanidade das Penas.

ABSTRACT

The purpose of this article is to carry out a critical analysis of the constitutional penal principle of the humanity of sentences in the light of the democratic State of Law, from the overcoming of capital punishment, with the humanitarian opening provided by Canon Law to penalties. Which, under pressure from public opinion and the scarcity of resources, the criminal enforcement state is unable to effectively fulfill its role. Over time, the harsh and degrading prisons have been transformed, shackles and chains have disappeared as well as corporal punishment: the bodily integrity of the prisoner of today must be preserved.

Keywords: State of Law; Criminal Constitutional Principles; Humanity of Sorrows.

INTRODUÇÃO

O cumprimento da pena pressupõe, obviamente, uma sanção penal imposta, *in concreto*. E a sua aplicação pressupõe, certamente, um processo penal, através do qual, assim que apurada a existência do fato delituoso e a sua autoria, aplicar-se-á a pena cominada *in abstracto* para o crime perpetrado pelo seu agente. Com isso, espera-se que todos os envolvidos neste episódio recebam sua parte: a sociedade, o exemplo; o condenado, a pena; a vítima, o ressarcimento.

Logo, a sociedade é virtualmente vingada. A ordem, restabelecida. A clama e o esquecimento assumem o lugar da inquietude, da irritação e do desejo de vingança causados nos cidadãos honestos quando do cometimento do crime. A repressão é, portanto, virtualmente perfeita com o pronunciamento da pena. Depois da condenação, o silêncio sucede ao rumor dos salões judiciais e o esquecimento à atenção geral. A população se desinteressa pela sorte dos condenados. “A prisão é uma tumba onde se enterram os vivos, e nenhum epitáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão por detrás das grandes muralhas de pedra”².

² BATTAGLINI, Giulio *et al.* *Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*. Roma: Istituto di Studi Legislativi, 1930, p. 129.

Nesse passo, à execução penal não se tem dado a devida importância. Em nível legislativo, olvida-se de vigiar o legislador no momento da elaboração de uma medida executiva, que “se esquece”, no mais das vezes, de anos de conquistas em caminhos de uma execução mais humana de pena. Já em nível doutrinário, os juristas parecem sucumbir diante do sensacionalismo, envergonhando-se de defender posições favoráveis a uma execução penal com fulcro na dignidade humana.

A pena de prisão, indubitavelmente o alicerce da maioria dos sistemas penais conhecidos, a principal sanção, não de hoje demonstra seus reconhecidos males insanáveis, que se agregam àqueles devidos à rotina da execução desse tipo de sanção. A prisão, para quem a conhece, não é apta a reformar o homem, podendo apenas servir como meio de segregá-lo³.

Entretanto, deve fazê-lo com a devida atenção aos princípios penais constitucionais, que pautam a atividade punitiva estatal, limitando e dirigindo a aplicação da pena no Estado democrático de Direito, que há de ser, impreterivelmente pessoal, individualizada e humanamente aplicada em face do delito cometido pelo agente. Dito de outro modo, com o mero cumprimento da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal, uma vez que, a inadequação da aplicação da pena vulnera toda a efetividade do sistema de persecução penal.

Assim, realizar-se-á aqui uma análise crítica do princípio penal constitucional da humanidade das penas à luz do Estado democrático de Direito, desde a superação da pena capital - com a abertura humanitária proporcionada pelo Direito Canônico às penas - até os dias atuais em que, pressionados pela opinião pública e pela escassez de recursos, o Estado-execução penal se mostra incapaz de efetivamente cumprir o seu papel.

Empregar-se-á, para tanto, os métodos lógico-dedutivo e indutivo-argumentativo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografia nacional, estrangeira e periódicos.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES À INTERVENÇÃO PENAL

³ LYRA, Roberto. *Direito penal científico. Criminologia*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, p. 56. Neste sentido Bettiol afirma que “se do ponto de vista formal a pena é a sanção como consequência do delito, do ponto de vista substancial, a pena é *malum passionis propter malum actionis*. A pena é e sempre será retributiva” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 85. *Vide* ainda CARRARA, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale (parte generale)*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1987, v. 2, p. 32).

Tendo em vista a incansável busca por um Estado ideal, promotor de significativas alterações no seio social, poder-se-ia falar, então, em “três momentos evolutivos de Estado de Direito, os quais correspondem, igualmente, a três dimensões de direitos fundamentais”⁴. Assim, no Estado liberal de Direito, são principalmente garantidas as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal⁵. Nesse passo, exige-se do ente dominante uma prestação negativa, uma abstenção estatal em respeito ao surgimento dos direitos civis e políticos dos cidadãos.

O Estado democrático de Direito é, pois, um Estado constitucionalmente conformado e por isso, pressupõe a existência de uma Constituição e a afirmação inequívoca do princípio da constitucionalidade. E é na Constituição – ordenação normativa fundamental e suprema – que o primado do Direito do Estado democrático de Direito encontra sua primeira e decisiva expressão⁶. Constituição essa que garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Nesse sentido, o Estado de Direito é um Estado de distância, pois os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos; de outra banda, o Estado de Direito é um Estado antropologicamente amigo, ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade⁷.

E o Direito Penal, como subsistema do controle social formal de um Estado democrático e social de Direito, não pode ser desenfreado, arbitrário e sem limites. É evidente que esse controle deve estar submetido, no plano formal, ao princípio da legalidade⁸ – leia-se:

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76. *Vide* ainda: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564, leciona que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São, por igual, direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

⁶ SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 83.

⁸ Pois a liberdade é valor inalienável, é o norte buscado por todos os povos. A restrição ao seu exercício só pode decorrer do princípio da legalidade. Fora daí, reina o arbítrio e enfraquece a proteção dos direitos humanos (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 122).

à subordinação as leis gerais e abstratas que disciplinem as formas de seu exercício - e, deve servir, no plano material, à garantia dos direitos fundamentais do cidadão⁹.

Nesta senda, o art. 1.º da Constituição Federal brasileira de 1988 constituiu juridicamente, na República Federativa do Brasil, um Estado democrático de Direito. Importa ressaltar que, apesar da ausência de menção do Estado social na denominação do modelo de Estado brasileiro, o legislador não deixou de adotá-lo, vez que o Estado democrático é a conjugação dos modelos liberal e social, que surge na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como mera aposição de conceitos, mas como conteúdo próprio, onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo, constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*, da realidade, de modo que o seu conteúdo transcende o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de reconstrução de um projeto de sociedade, buscando solucionar o problema das condições materiais de existência.

Ademais dessa otimização do grau de participação cívica na vida e nas decisões societárias, o Estado democrático de Direito também possui uma dimensão antropocêntrica, na medida em que se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana, ou seja, centra-se num ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto¹⁰.

A explicitação das principais características do modelo jurídico pátrio mostra-se de suma relevância para a análise, compreensão e fixação dos limites do sistema global de controle social formal, de modo que cada subsistema, em especial o Direito Penal, deverá plasmar-se nos valores e princípios estruturantes da ordem jurídica, sendo a dignidade da pessoa humana o centro e o traço de ligação entre a ordem social e da ordem jurídica¹¹,

⁹ Não há, portanto, poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis. No Estado de Direito, todos os poderes encontram-se limitados por deveres jurídicos, relativos não só a forma, mas também aos conteúdos, cuja violação é causa de invalidez dos atos, acionáveis judicialmente, bem como, de responsabilização para seus autores. Eis a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado democrático de Direito do Direito Penal do Estado simplesmente legal, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes sem nenhum limite substancial à primazia da lei (SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34). É este o ponto crucial de distinção entre garantismo e o autoritarismo penal, entre o formalismo e o substancialismo jurídico, entre o Direito Penal mínimo e o máximo (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Andrés Ibáñez e outros. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 857).

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 420.

¹¹ SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

dignidade esta que vincula-se ao direitos e garantias fundamentais, responsáveis por reconhecer e formalizar os valores essenciais para um vida digna¹².

2 O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À RETRIBUIÇÃO ESTATAL

Historicamente, “é a partir do cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos e possuídos de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade”¹³. Difunde-se, a partir do desenvolvimento da teologia cristã, a convicção segundo a qual o homem era o único ser vivo sobre a terra feito à imagem e semelhança de Deus: cada alma humana é obra mestra de Deus. E a expressão *pessoa* é definida por Boécio, no século V, como sendo “uma substância individual de natureza racional”, definição essa, reelaborada no século XIII por Santo Tomás de Aquino em sua Suma Teológica (I, q. 29, art. 1)¹⁴, constituindo a matriz teológica cristã da ideia de dignidade da pessoa humana. Pessoa esta que deve ocupar uma posição absoluta, central, concreta e operativa¹⁵.

No século XVII, como ideário do Direito natural racional, em especial na obra de Samuel von Pufendorf, aflora a noção de *humanitas* como princípio jurídico, dispondo que a natureza exige que o homem seja sempre considerado como semelhante, ainda que nada de bom se possa esperar dele, sendo essa a razão suficiente para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica¹⁶.

Recorde-se, outrossim, das célebres palavras de Cesare Beccaria (século XVIII), para quem “não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa”¹⁷.

Nesse passo, em um modelo de Estado cujo centro ético, político e jurídico é a pessoa – leia-se, em um Estado democrático de Direito - são expressamente vedadas a

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Andrés Ibañez y otros. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 857-858.

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 3.

¹⁴ CATTANEO, Mario Alessandro. *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, p. 278, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 169.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 169.

¹⁶ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971, p. 143, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, XXVII, p. 316, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 170.

criação, a execução ou qualquer outra medida, a título de resposta penal, que atente contra a dignidade humana. E é justamente na dignidade humana que reside o fundamento material do princípio da humanidade enquanto limite da atividade punitiva estatal¹⁸.

Não há que se confundir a dignidade humana com o princípio da humanidade. Repita-se, aquele é fundamento material desse, que surge em decorrência da “contribuição do denominado período humanitário ou iluminismo penal, graças, sobretudo, ao jusnaturalismo e ao Direito Canônico”¹⁹ quando se abrem as portas para a benignidade das penas²⁰.

E no ideário da ilustração, que dominou os séculos XVII e XVIII, consagra-se o princípio da humanidade no Direito Penal moderno, promovendo-se a superação dos postulados do *Ancièn Régime*. Os arautos do século das luzes propugnavam a transformação do Estado a partir de duas ideias fundamentais: a afirmação dos direitos inerentes a condição humana²¹ e a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato²², no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes. Assim, os direitos humanos passaram a integrar o instrumento jurídico do pacto social, qual seja, a Constituição²³.

O princípio da humanidade das penas permite detectar, sob a ótica da dimensão histórica, uma gradativa propensão na humanização das penas que foram tornando-se, num perpassar evolutivo, menos severas em seu tempo de duração e em sua carga aflitiva²⁴. “Das penas de morte e corporais, passa-se progressivamente, às penas privativas de liberdade, e destas, às penas alternativas a prisão (v.g. multas, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana)”²⁵. Transformaram-se então, paulatinamente, os duros e degradantes regimes carcerários, desapareceram os grilhões e as

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183-185.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 3-4.

²⁰ No Direito Canônico as penas visavam à justa retribuição, bem como o arrependimento e à emenda do condenado (*poena medicinalis*). Poderiam ser elas espirituais (excomunhão, penitência) ou temporais. Ademais disso, os tribunais eclesiásticos não costumavam aplicar a pena capital. A igreja defendeu sempre a mitigação da pena (COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56).

²¹ Cf. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961, p. 25.

²² Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O Contrato Social*. Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

²³ LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 47.

²⁴ SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

correntes, bem como os castigos corporais. A integridade corporal do preso de hoje deve ser preservada; já não se impõe aos reclusos raspar a cabeça; nem os designam mais por números; não se usam mais os infames trajas listrados e nem se aplicam mais os trabalhos degradantes e improdutivos²⁶.

Nos atuais modelos jurídicos de Estado de contextura democrática, o princípio da humanidade encontra ampla ressonância constitucional. E a Constituição brasileira de 1988, que estabelece como fundamento do Estado democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1.º III, CF), encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror, bem como em normas garantidoras de direitos de pessoas privadas de liberdade, objetivando tornar as compatíveis com a condição humana. Assim, de um lado, o princípio da humanidade da pena encontra eco na proibição de tortura e do tratamento cruel ou degradante (art. 5.º, III, CF) e na proibição da pena de morte, da pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5.º XLVII, CF); de outro, decorre do processo individualizador da pena, na sua fase executória (art. 5.º, XLVI, CF), no asseguramento aos presos do respeito à integridade física ou moral (art. 5.º XLIX, CF), no direito de cumprir a pena em estabelecimentos distintos (art. 5.º, XLVIII, CF) e na salvaguarda às presidiárias das condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, L, CF)²⁷. Tal princípio implica, portanto, não apenas numa proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada²⁸.

Nota-se que, para além da proibição de penas desumanas, tem-se no Estado democrático de Direito a busca por uma paulatina redução do conteúdo aflitivo das sanções, e um propósito de compatibiliza-las, na medida do possível, com o máximo desfrute dos direitos do recluso, cuja restrição não seja mais imprescindível para o fim das sanções²⁹. Examinando-se assim, o princípio da humanidade também como valor positivo, como norma reitora de todo o processo de execução da pena, sem esquecer-se que a pena possui, por si,

²⁶ CUELLO CALÓN, Eugênio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 259.

²⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 121.

²⁸ SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

²⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Universitas, 1996, v.1, p. 89-90.

natureza aflitiva, através da qual a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito³⁰.

O princípio humanitário restringe o trabalho do legislador na elaboração das leis penais, sendo a pena, a “resposta jurídica à conduta delituosa”³¹. Castigo como restrição ao comportamento. Restauração, no sentido de repor a ordem ofendida. Retribuição, porque castigo e restauração”³². Dito de outro modo, a pena é retribuição jurídica e utilidade pública que não pode consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade e deve atender à reeducação do condenado³³.

Nesse diapasão, o art. 59, do Código Penal, assinala que a pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime³⁴, de modo que a pena aplicada reprova o delinquente e, na execução será utilizada para impedir o retorno à criminalidade. Assim, a finalidade da pena não é ressocializar, como sinônimo de pensar e agir como a sociedade (pelo menos como padrão médio)³⁵. “Busca, isso sim, retribuir juridicamente o dano social causado pelo crime”³⁶.

³⁰ LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Posto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 50.

³¹ *Punitur, quia peccatum est* (SÊNECA. *Sobre a ira. Sobre a tranquilidade da alma: Diálogos*. Trad. José Eduardo S. Lohner. São Paulo: Penguin Classics, 2014, p. 101). Em Hegel, o delito é a negação do Direito e a pena é a negação da negação e, portanto, reafirmação do Direito (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 119-120).

³² Trata-se de retribuição jurídica, que traz ínsita a utilidade pública (princípio do interesse público), como “valor voltado para respeito e consideração ao homem, desde o nascimento até a morte natural. O Estado realiza o bem comum, em cujo conceito não agasalham métodos de eliminação do próprio homem. E o interesse público refere-se também à preservação da dignidade do homem (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 129).

³³ A pena é e sempre será retributiva” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 85). Vide ainda CARRARA, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale (parte generale)*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1987, v. 2, p. 32). Vide também o art. 27 (1), parte final, da Constituição italiana: “Les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d’humanité et elles doivent avoir pour but la rééducation du condamné. La peine de mort n’est pas admise”.

³⁴ Art. 59 – “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (*grifou-se*).

³⁵ É inconcebível, por isso, a pena desprovida de seu caráter retributivo como pretendem alguns, ao afirmarem que “a pena não deve ser considerada, no atual estágio da ciência penal, como castigo, devendo ser eliminado do seu conteúdo qualquer colorido de retribuição. Mantê-la como retribuição é negar a ela uma finalidade social” (BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33). A pena é essencialmente um castigo e não pode ser concebida sem o sofrimento do réu, que entretanto não se confunde com a mera aflição; é dotada de racionalidade pois a privação ou limitação da liberdade é proporcional à culpabilidade do condenado, que resolve-se essencialmente em um bem, e na restauração simbólica da ideia de justiça (SPASARI, Mario. *Diritto penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 127). Tradução livre. Sobre a racionalidade das leis penais, responsabilidade e sanção, vide ainda, Díez Ripollés, José Luís. *A Racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁶ “Note-se que a Constituição proclama a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º, *caput*). Não é lícito, nem mesmo ao Estado, impor orientação de vida a ninguém. Todos são livres para adotar e praticar qualquer filosofia, religião ou ideia política. Cada um se define como melhor lhe parecer. A sentença criminal não pode ser motivo para impor-se ao condenado obrigação de alterar o seu *modus*

E consagrando expressamente o princípio da humanidade das penas, a Constituição Federal de 1988 dispõe que “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” (art. 5.º, XLVII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX, CF)³⁷. Proibindo-se em rol exaustivo, no texto maior, as penas que afrontam o necessário caráter humanitário. Vejamos cada uma delas:

2.1 Pena de morte

No Brasil, a pena de morte estava prevista no Código Criminal do Império de 1830, mas foi revogada em 1851, quando, depois de cumprida a sentença, executando-se o fazendeiro fluminense Mota Coqueiro, se descobriu que ele não havia sido o autor do delito a ele atribuído. Assim, o Imperador Dom Pedro II passou sistematicamente a comutar as penas de morte em galés perpétuas³⁸.

Desde a primeira Constituição Republicana (1891), somente a Constituição de 1937 e a Emenda Constitucional n.º I (1969) não proibiram a pena de morte. Da mesma forma, proibia-se também as penas de caráter perpétuo e de banimento em quase todos os textos constitucionais republicanos, só não o fazendo a Carta polaca e o AI-5³⁹.

A pena capital traduz a verdadeira exacerbação do *jus puniendi*, produto da vingança privada, de um período em que o ofendido podia, a seu bel-prazer, castigar o ofensor. Contudo, ainda consta de várias legislações⁴⁰, embora haja evidente demonstração de redução cada vez maior tendente a ser suprimida.

vivendi. A Constituição não transige com a “lavagem cerebral”, método preferido e largamente empregado nos regimes ditatoriais. A prevenção de que trata o art. 59 tem sentido próprio e específico. Repita-se: incutir a ideia de não repetir o crime” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 126-127). Dito de outro modo, o ideal ressocializador não deve ser entendido como uma substituição coativa dos valores pessoais do indivíduo, nem tampouco como manipulação de sua personalidade, mas sim, como intento realista de ampliar as possibilidades de participação em sua vida social, ofertando-lhe alternativas de futuro que o permitam mudar o comportamento criminal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 44).

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>. Acesso em: 17 out. 2016, p. 9

³⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 109.

³⁹ LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 49-50.

⁴⁰ De acordo com a Anistia Internacional, 57 países ainda aplicam a pena de morte com frequência. Outros 35 têm legislação que permite a pena capital, mas não a aplicam há mais de 10 anos. Em sete países, incluindo o Brasil, a pena de morte é ilegal para crimes comuns, sendo aplicada apenas em contextos de guerra. Em 98 países as execuções foram completamente erradicadas. Entre os que ainda aplicam a pena de morte, estão países como Estados Unidos e Japão - únicos pertencentes ao G8 -, Afeganistão, Botswana, Etiópia, Guatemala, Índia, Nigéria, Sudão, Síria, Zimbábue e Uganda. A pena foi abolida na França, Argentina, Bolívia, Finlândia, Itália,

No Brasil, a Constituição adotou, como regra, a proibição da pena de morte, dando-lhe *status* de *cláusula pétrea*. Entretanto, excepcionou o mandamento geral permitindo a pena capital nos casos de guerra declarada, com a cautela de resposta à agressão estrangeira, autorizada pelo Congresso Nacional ou por ele referendada, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas (art. 5.º, XLVII, c/c art. 84, XIX, ambos da Constituição Federal). Na seara penal, conforme já mencionado, confirmaram-se princípios de garantia, dentre os quais merecem destaque o da humanidade das penas e do interesse público da pena. A pena de morte contrasta com ambos, uma vez que ao Estado incumbe realizar o bem comum, em cuja definição não se agasalham métodos de eliminação do próprio homem⁴¹.

2.2 Penas de caráter perpétuo

A vedação das penas de caráter perpétuo, no Brasil já é tradição constitucional, uma vez que, a primeira das nossas Constituições proibi-las foi a de 1934⁴². Semelhantemente, a Constituição de 10 de novembro de 1937, também vedou, em seu art. 122, XIII, as penas perpétuas e corporais. A Constituição de 1946, no § 31 do art. 141, repete, por sua vez, a Constituição de 1934. A Constituição de 1967 também vedou. Já o AI-5, de 1969, proibiu a pena de prisão perpétua. Todavia, excepcionalmente admitiu-a nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Atualmente, é dispositivo constitucional, previsto no art. 5.º, XLVII, *b*, que não haverá pena de caráter perpétuo⁴³.

Tem-se como perpétua a pena que impossibilita o condenado de reinserir-se na sociedade após o seu cumprimento. Assim, incumbe ao Estado acenar-lhe com a esperança do retorno à família, aos amigos, ao trabalho enfim, fazer com que efetivamente, permitindo-lhe alcançar melhores dias além do cárcere. Por outro lado, quando o Estado interrompe as perspectivas de vida humana em decorrência do tempo e das condições da prisão, estas situações concretas aproximam-se da pena de morte⁴⁴.

Alemanha, Portugal, México, África do Sul, Suíça, Canadá e Venezuela (CASTRO, Fábio de. Pena de morte ainda vigora em 57 países. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, publicado em 17, jan. 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pena-de-morte-ainda-vigora-em-57-paises,1621316>. Acesso em: 19, out. 2016).

⁴¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 129-130.

⁴² Art. 113, XXIV: “não haverá penas de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro”.

⁴³ LUIZI, Luis. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*. V. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/346/548>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alexandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 132. Tradução livre.

A pena prisão perpétua é uma pena de segurança, pela qual a sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinuiu. Entretanto, “é pena cruel e injusta, que priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal”⁴⁵. Ela impossibilita qualquer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e as condições do criminoso, impedindo a individualização da pena e frustrando qualquer possibilidade de reajustamento social do condenado⁴⁶. “É, em geral, excessiva e não atende à necessária determinação no tempo, por que não findará em uma data fixada na sentença, mas durará enquanto o homem exista”⁴⁷.

As penas de caráter perpétuo constituem, indubitavelmente, um excesso ao exercício do direito de punir do Estado, violador dos princípios do interesse público e da humanidade das penas. É desprovido de sentido, em nossos dias, se privar alguém de exercer a liberdade para o resto da vida. Além de contrariar o anseio de todo homem, não se extrai nenhuma utilidade social, mas ao contrário, apenas propaga os efeitos deletérios do cárcere, a manutenção da ociosidade e a transformação do ser humano em pária⁴⁸.

Importa salientar, outrossim, que a sua inserção no título dos direitos e garantias individuais, com *status* – além de princípio (v. g. humanidade das penas) - de verdadeira regra constitucional, regra esta que também se embasa num princípio. Nesse passo, o *caput* do art. 5º, da Constituinte, também consagra, dentre os mesmos direitos individuais e coletivos, a inviolabilidade do direito à liberdade. E por isso, a sua privação e restrição também há de ter caráter excepcional. A tutela dos bens jurídico-penais (v. g. vida, patrimônio etc) impõe, quando gravemente ofendidos, e as outras sanções que se revelem insuficientes, o sacrifício da liberdade. Porém, a possibilidade de supressão total de liberdade (leia-se: a prisão perpétua) implica na negação de sua inviolabilidade. Não é concebível a inviolabilidade da liberdade sem que se impeça a possibilidade de sua integral eliminação. “Proibir, pois, as penas perpétuas, como o faz expressamente a nossa Constituição, é um consectário necessário do princípio, também constitucional, da inviolabilidade da liberdade”⁴⁹.

⁴⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III, p. 60.

⁴⁶ LUIZI, Luis. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*. V. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/346/548>. Acesso em: 19 out. 2016.

⁴⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III, p. 60-61.

⁴⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 131.

⁴⁹ LUIZI, Luis. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*. V. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/346/548>. Acesso em: 19 out. 2016.

Os códigos penais modernos⁵⁰ revelam tendência de diminuir as sanções muito elevadas. E essa orientação, não é pieguismo, nem enfraquece a eficácia da legislação. Ao contrário, integra o movimento científico de revisão das leis penais de descriminalização e despenalização, voltado para ajustar as normas ao interesse social e para as condenações serem úteis à coletividade. Em verdade, “a pena excessivamente elevada gera desestímulo e revolta ao condenado, que perde a vontade, o alento para um dia, ainda útil, recomeçar a vida em liberdade”⁵¹.

Ressalte-se, ademais disso, que as penas excessivamente altas adquirem caráter perpétuo. Uma vez que a lei não pode cominar pena, cujo máximo a transforme em sanção que impeça o condenado de recuperar o exercício do direito de liberdade. Assim, considerando que a imputabilidade penal inicia-se, cronologicamente, a partir dos 18 anos de idade, o limite de pena deve projetar-se a partir daí, e ser fixado de modo que não impeça o retorno ao convívio social do condenado. Ou seja, a conjugação desses dois fatores (início da imputabilidade penal e limite de pena) projeta limite razoável para que alguém possa cumprir sanção elevada e, mesmo assim, ter oportunidade de retornar à sociedade⁵².

2.3 Trabalhos forçados

Durante o período colonial, importa mencionar a previsão dos trabalhos forçados nas Ordenações Filipinas (1603), em que os indivíduos que blasfemassem mais de uma vez contra os santos ou contra Deus pagariam a soma de quatro mil-réis em dinheiro e seriam degredados às galés durante um ano. A Inquisição determinava que diversos delitos poderiam levar o indivíduo a ser condenado às galés, onde realizavam trabalhos forçados⁵³. Era “um ambiente sujo, sem ventilação, com um calor insuportável. Neste lugar, os homens conviviam com alimentos estragados e corriam o risco constante de contrair doenças”⁵⁴.

O art. 46 do Código Criminal do Império preceituava que a pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho, que lhes for destinado

⁵⁰ São exemplos os Códigos Penais espanhol, alemão e português.

⁵¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 132.

⁵² CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 132.

⁵³ CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: Wolkmer, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 331.

⁵⁴ SOUZA E SILVA. Emanuel Luiz. Condenados às galés. *Revista de história*. fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/condenados-as-gales>. Acesso em: 24 out. 2016.

dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiais das mesmas prisões⁵⁵.

No Brasil, o processo de abolição da escravidão deu-se de modo gradual, iniciando-se nos idos de 1850 com a Lei Eusébio de Queirós, seguida pela Lei do Ventre Livre de 1871, dos Sexagenários de 1885 e concluída pela Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353), sancionada em 13 de maio de 1888⁵⁶. Extinta a escravatura o labor gratuito e/ou forçado, ainda que imposto pelo Estado, e mesmo na execução penal, perdeu o sentido, assentando-se definitivamente o trabalho remunerado⁵⁷.

Nesse sentido, o Código Penal⁵⁸ dispõe que o trabalho do preso será sempre remunerado e a Lei de Execução Penal⁵⁹ assegura o piso de remuneração em três quartos do salário mínimo⁶⁰, mas não está sujeita ao regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, conforme preceitua o art. 28, § 2.º, da LEP (Lei 7.210/1984). Entretanto, se o trabalho do detendo é prestado ao Estado, merecerá tratamento diversos, pois formulam-se duas relações jurídicas, interdependentes, entretanto, distintas. “Numa, há o resgate da sanção penal, noutra, a prestação de serviços a outrem”, podendo o labor ser prestado dentro ou fora do estabelecimento prisional⁶¹.

Hodiernamente o preso não perde sua individualidade, pois deixou de ser objeto, passando a figurar como sujeito da relação jurídica. Assim, apesar da condenação, conservam-se todos os direitos, exceto aqueles afetados pelas restrições inerentes à execução da pena. Dessa forma, deverá ser declarada inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que restrinja para além da previsão legal, ou daquilo que é essencial ao estrito cumprimento da pena⁶².

O trabalho como castigo não deve ser confundido com a laborterapia, que é perfeitamente legal e até recomendada em razão de seu sentido pedagógico. A atividade

⁵⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 out. 2016. Tradução livre.

⁵⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil, Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58.

⁵⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 132.

⁵⁸ Art. 39, CP: “O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da previdência Social”.

⁵⁹ Art. 29, LEP: “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. § 1.º: O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime (...); b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado (...).”

⁶⁰ Vide interessante crítica em: MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Carcel y Fabrica: Los orígenes del sistema penitenciário (siglos XVI-XIX)*. Madrid: Siglo veintiuno, 1980.

⁶¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 134-135.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alexandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 139. Tradução livre.

ocupacional da pessoa privada de liberdade tem fim educativo e produtivo. Também importa diferenciar os trabalhos forçados da prestação de serviços à comunidade, enunciada no art. 46, do Código Penal. Apesar da gratuidade, a prestação de serviços à comunidade é ônus inerente ao cumprimento da pena. A causa da relação jurídica é a sanção concretizada na sentença condenatória, representando a restrição do direito do condenado. Já o trabalho é diferente, pois a causa da relação jurídica é o acordo de vontades, através do qual uma pessoa se obriga à prestação pessoal de atividade dirigida, não eventual, a outrem, mediante pagamento, tendo a remuneração como essencial⁶³.

2.4 Banimento

O art. 50 do Código Criminal do Império incluiu a pena de banimento no rol de sanções, como sendo a privação para sempre dos direitos de cidadão brasileiro, inibindo os condenados perpetuamente de habitar o território nacional.

Importa distinguir o banimento das penas de degredo e de desterro. O degredo obrigava os réus a residir em lugar apontado pela sentença condenatória, devendo nele permanecer durante o tempo indicado na decisão (art. 51, Código Criminal do Império). O desterro, por sua vez, determinava que o réu saísse do local do delito, de sua principal residência e da principal residência do ofendido, não podendo neles adentrar durante um período determinado da sentença penal condenatória (art. 52, Código Criminal do Império). Verifica-se que o banimento, o degredo e o desterro possuem um ponto em comum: a obrigatoriedade de deslocamento do condenado do lugar em que habita. O banimento em sentido amplo, compreende o degredo e o desterro⁶⁴.

A Constituição republicana de 1891, aboliu a pena de galés e a de banimento judicial (art. 72, § 20), e o fez conjuntamente em razão da aplicação simultânea das penas, pois os condenados banidos, no mais das vezes, eram também levados às galés⁶⁵. Trata-se de espécie

⁶³ Nesse sentido a lição de Cernicchiaro ao dispor que a prestação de serviços à comunidade é retribuição, e a gratuidade é da essência dessa modalidade sancionatória: caso contrário, o crime passaria a ensejar lucro, contrariando o sentido retributivo da pena. O condenado desempenhará atividade de interesse coletivo, em particular, assistencial; reporá, em parte, o dano social decorrente do crime e, de modo efetivo, sentirá a retribuição, desempenhando serviço que, sem afrontar a sua personalidade, de maneira digna, incutir-lhe-á o senso de responsabilidade para desestimulá-lo a retornar a criminalidade (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 134-138).

⁶⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 139-140.

⁶⁵ As galés eram espécies de embarcações de guerra europeias que antecederam o desenvolvimento da navegação, a partir do século XVI. Elas possuíam velas que, apesar de serem muito rudimentares, auxiliavam em sua movimentação. Entretanto, para que ganhassem os mares, era necessário recorrer à força de cerca de 250

de pena que não poderá ser instituída no País. “Generalizada no passado, hoje encontra repulsa em todos os Estados democráticos”, pois “hoje, não se tolera a violência de impedir que alguém more no local de sua escolha ou se lhe imponha onde ficar”⁶⁶. Ademais disso, nos termos do art. 12, § 4.º, da Constituição Federal, somente se declarará perdida a nacionalidade do brasileiro que, tiver cancelada a sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, ou por adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.

2.5 Penas cruéis

A Declaração dos Direitos do Homem (1948) estabelece que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoa (art. III), e ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V)”. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe que “ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁶⁷. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas” (art. 7.º); e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) define e pune a tortura (arts. 1.º e 4.º)⁶⁸.

A Constituição Federal de 1988 também veda, expressamente, em seu art. 5.º, XLVII, e, as penas cruéis, traduzindo-se na ideia de se infligir a pessoa privada de liberdade desnecessário padecimento físico ou moral. Crueldade essa, que afronta a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1.º, III, CF), bem como o ideal democrático, que tem na pessoa o seu núcleo axiológico⁶⁹.

Nesse diapasão, o legislador ordinário valeu-se da interpretação analógica para delimitar o tratamento cruel empregado pelo sujeito ativo do delito, descrevendo, ora como

homens, recrutados de diversas formas. Eles podiam ser escravos condenados pela Justiça, que trocavam suas penas por trabalhos temporários nas galés (SOUZA E SILVA. Emanuel Luiz. Condenados às galés. *Revista de história*. fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/condenados-as-gales>. Acesso em: 24 out. 2016).

⁶⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 141.

⁶⁷ Verifica-se que, no plano internacional, o critério definidor baseia-se na intensidade do sofrimento provocado, quando se tem, progressivamente, os tratamentos e as penas degradantes, desumanas e cruéis e, por fim, a tortura.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.

⁶⁹ Nesse sentido, importa reiterar que a República há de ser uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais (CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225).

circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ora ainda, qualificando o homicídio, quando perpetrado com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel. De tal sorte, não pode o mesmo Estado que repele a crueldade perpetrada como meio na execução de determinados delitos - punindo o seu agente mais severamente por isso – infligir padecimentos físicos ou morais ao condenado, sendo vedado até cominar penas que, em si, conduzam a essa situação⁷⁰, pois denotam sempre o extremo afastamento da piedade, manifestadas com o fim de causar um sofrimento desnecessário à pessoa⁷¹.

Logo não se admite que a pena em si mesma e na sua execução, ofenda a dignidade do homem. É o que ocorre quando o condenado é físico-moralmente submetido a tratamento degradante⁷². Historicamente, as Ordenações Filipinas previam como pena, em seu Livro V, a obrigação do delinquente sair à rua vestindo capela de chifres, do preso permanecer com os pés amarrados com barras de ferro a fim de impedir-lhe os movimentos, de provocar marcas no corpo do condenado e tantos outros exemplos que ficaram na história, mas que hodiernamente, devem ser banidos de modo absoluto⁷³.

Importa salientar que, as penas cruéis, preocupação do constituinte, não devem ser confundidas com o padecimento físico ou mesmo moral suportado pelo condenado, próprios das penas supressivas da liberdade ou restritivas de direitos. Pois é fato inerente ao cumprimento da pena⁷⁴. O problema é que a dramática visão que oferecem os centros penitenciários e a originária contradição que suscita o binômio pena de prisão-ressocialização⁷⁵, induzem-nos concluir que o atual sistema de persecução penal fomenta a estigmatização e a dessocialização do condenado⁷⁶.

CONCLUSÕES

⁷⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 142.

⁷¹ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 303.

⁷² CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 143.

⁷³ Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁷⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR. Paulo José da. *Op. cit.*, p. 143.

⁷⁵ Sobre o “ideal ressocializador”, não deve ser mais entendido como uma substituição coativa dos valores pessoais do indivíduo, nem tampouco como manipulação de sua personalidade, mas sim, como intento realista de ampliar as possibilidades de participação em sua vida social, ofertando-lhe alternativas de futuro que o permitam mudar o comportamento criminal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 44). Para um estudo mais detalhado, vide BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁶ OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996, p. 62.

O direito de punir do Estado democrático de Direito não é, e nem poderia ser, uma faculdade estatal desenfreada e arbitrária. Ao contrário, tanto a própria estrutura do modelo jurídico optado pelo Poder Constituinte – leia-se: Estado democrático (e social) de Direito -, como o fundamento funcional do Direito Penal – leia-se: a indispensável e amarga necessidade de pena para a tutela de bens jurídicos mediante a proteção dos valores ético-sociais mais elementares - contêm limitações expressas ou implícitas (art. 5.º, §2.º, CF).

Assim como os demais ramos do Direito, o Direito Penal fundamenta-se em determinados princípios - essenciais e diretores – derivados dos valores ético-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social e numa certa época, os quais foram se impondo num processo histórico-político contínuo como sendo basilares à sociedade democrática⁷⁷.

Nesse contexto, as Constituições promulgadas nos últimos decênios, sob um modelo de Estado incorporados dos valores liberais (*Rechtsstaats*) e sociais (*Sozialstaats*), as normas concernentes ao Direito Penal se traduzem em postulados que, de um lado, em defesa das garantias individuais, condicionais restritivamente a intervenção penal do Estado; e de outro, preceituam um alargamento da atuação do Direito Penal, ampliando a área de bens objeto de sua proteção, mesmo diante do vigor libertário daquelas. Dito de outra forma, apesar de as Constituições contemporâneas fixarem os limites do *ius puniendi* estatal, resguardando as prerrogativas individuais, elas também inserem normas propulsoras do Direito Penal para novas matérias, tornando-o um instrumento de tutela de bens metaindividuais, cujo resguardo se mostra indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado.

A presença de matéria penal nas Constituições contemporâneas se dá através de princípios especificamente penais, denominados princípios de natureza *penal* constitucional, bem como, de princípios constitucionais gerais que versam a matéria penal. Enquanto aqueles são princípios penais constitucionais, estes são constitucionais penais. “Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal”⁷⁸.

Realizando uma aproximação crítica ao Estado brasileiro, ao mesmo tempo em que dizemos ter superado as penas desumanas, cruéis, degradantes, perpétuas etc, ainda alimentamos um cenário de permanente descaso e omissão, em especial pelo Estado-administração do sistema prisional, através do descumprimento absoluto da Lei de Execução

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 160.

⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 161-162.

Penal e do atendimento às necessidades básicas das pessoas privadas de liberdade, que vivem indignamente, na maioria dos presídios, sem a devida higiene, espaço, atendimento jurídico, alimentação etc.

Lembre-se que a pena é, tão somente, privativa de liberdade, e não de dignidade, de saneamento básico, de alimentação, de saúde, de higiene enfim. Enquanto fomentarmos um sistema que retroalimenta a alienação e a dessocialização humana, os índices de reincidência e perpetuação delinquencial serão sempre crescentes. É nisso que estamos investindo. É isso que queríamos que acontecesse?

Pois bem, é o que está acontecendo, e não é de hoje. Retribuição desumana, sem ressocialização de pessoas que, em sua maioria, nunca sequer foram socializadas; crescimento exponencial da população carcerária que passa de seiscentas mil pessoas, só no Brasil; crescimento dos índices de reincidência criminosa, que ultrapassa setenta e cinco por cento; tratamento indigno e violento das pessoas privadas de liberdade; fomento da perda da credibilidade estatal, que assiste seus cidadãos-desprezados serem acolhidos pela criminalidade organizada, em suma, rumo ao caos, ao declínio, ao fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1983.
- BATTAGLINI, Giulio *et al.* *Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*. Roma: Istituto di Studi Legislativi, 1930.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, XXVII.
- _____. VOLTAIRE, Jean-François Arouet. *De los delitos y de las penas; con el comentario de Voltaire*. Madrid: Alianza, 2014.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. III.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARRARA, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale (parte generale)*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1987, v. 2.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Fábio de. Pena de morte ainda vigora em 57 países. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, publicado em 17, jan. 2015. Disponível em:
<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pena-de-morte-ainda-vigora-em-57-paises,1621316>.
- CATTANEO, Mario Alessandro. *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.
- COSTA JR, Paulo José; COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRISTIANI, Cláudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: Wolkmer, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CUELLO CALÓN, Eugênio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A Racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4. ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2006.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1982.
- GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1ª. ed. Valencia. 2003.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974; LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

- _____. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*. V. 4, n. 11, mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/346/548>.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Universitas, 1996, v.1.
- LYRA, Roberto. *Direito penal científico. Criminologia*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.
- MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Carcel y Fabrica: Los orígenes del sistema penitenciário (siglos XVI-XIX)*. Madrid: Siglo veintiuno, 1980.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Curso de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Cedecs, 1996.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil, Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos>.
- _____. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Tratado de Direito Penal brasileiro: parte especial: volume 9*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- SÊNECA. *Sobre a ira. Sobre a tranquilidade da alma: Diálogos*. Trad. José Eduardo S. Lohner. São Paulo: Penguin Classics, 2014.
- SILVA FRANCO, Alberto. STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Trad. de Armandina Henriques Puga e Marília Alves Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.

SOUZA E SILVA. Emanuel Luiz. Condenados às galés. *Revista de história*. fev. 2011. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/condenados-as-gales>.

SPASARI, Mario. *Diritto penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1966.

TOMÁS DE AQUINO. Santo. *Suma de Teología*. Madrid, 2001, p. 863. Disponível em: <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf>.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alexandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.