

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

Abdiel Luiz dos Anjos

HUMANIZAÇÃO, PENA E PRISÃO

Paranaíba - MS

2017

Abdiel Luiz dos Anjos

HUMANIZAÇÃO, PENA E PRISÃO

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul –
UEMS, Unidade universitária de Paranaíba - MS,
como exigência parcial para bacharelado do curso de
Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Paranaíba - MS

2017

A619h Anjos, Abdiel Luiz dos
Humanização, pena e prisão/ Abdiel Luiz dos Anjos. - - Paranaíba, MS:
UEMS, 2017.
56f; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade
Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Direitos humanos. 2. Pena. 3. Prisão. I. Anjos, Abdiel Luiz dos. II.
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba,
Curso de Direito. III. Título.

CDD – 323.409

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

Abdiel Luiz dos Anjos

HUMANIZAÇÃO, PENA E PRISÃO

Este exemplar corresponde ao Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em 18/11/2017

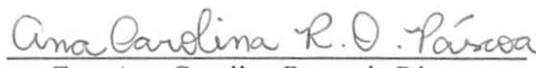
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Isael José Santana (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul



Prof.ª Me. Denise Corrêa da Costa Machado Bezerra



Esp. Ana Carolina Rezende Páscoa
Assessora na Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul 3ª Vara Criminal – Unidade
de Paranaíba

Embora eu deva dedicar a uma pessoa diferente, prefiro dedicar a mim, pois, fui eu quem encontrou coragem quando já não havia mais para redigi-lo.

AGRADECIMENTOS

Com palavras não é possível agradecer as pessoas que estiveram comigo durante toda esta caminhada. Sair de casa para estudar não é tarefa simples, ficar dias e semanas sem ver os pais que tanto luta por você, nos torna mais responsável, responsável, pois já não estão presentes para nos ajudar nas tarefas diárias, daí você fica preocupado com as responsabilidades que não havia antes. Passamos a pensar com cautela para não deixar que algo irresponsável aconteça. A saudade vem e já se torna inevitável não contar ansiosamente os dias para chegar àquele final de semana ou aquele feriado para poder voltar para a casa e rever os pais, os amigos e o tão amado animal de estimação.

Longe de casa conheci pessoas que estão comigo até hoje, pessoas que se fazem presentes em meu círculo de amizades. Com elas aprendi o quão bom é estar presente nas mais diversas situações, uma palavra amiga, um gesto de carinho, são coisas que aprendemos ao passar dos dias e horas deitados no chão após um delicioso almoço. O problema é que o tempo se tornou rude, e estes encontros se tornaram raros.

Deixar para trás os velhos amigos, é sinal de que estamos crescendo, mas isso não quer dizer que eles não serão mais nossos amigos, pois todas as vezes que nos encontramos é como se não tivéssemos nos separado nunca, esta é uma amizade que perdura a mais de dez anos.

Sinto-me feliz por estar aqui escrevendo estes agradecimentos, se hoje eu o escrevo, é porque ao longo de minha caminhada tive grandes profissionais que me deram suporte para chegar onde estou muitos me criticaram muitos me julgaram, outros me rotularam, mas tive aqueles que acreditaram em mim, que ao invés de me apontar, me fizeram acreditar que eu seria capaz.

Talvez estejam se perguntando o porquê de eu não escrever nomes, a resposta é simples, cada parágrafo aqui escrito, pertence individualmente a cada pessoa que esteve comigo, e ao lerem estes agradecimentos, saberão qual parágrafo o pertence.

Deus, muitíssimo obrigado por colocar estas pessoas em minha vida, sem elas eu não saberia me sentir virtuoso. E que assim seja!

Eis o meu segredo: só se vê bem com o coração. O essencial é invisível para os olhos. – Saint-Exupéry.

RESUMO

Desde os primórdios da civilização há a reprimenda em razão do, considerado, injusto socialmente determinado, com a evolução buscou-se a proporcionalidade entre fato de reprimenda, com base nos autores que propuseram uma dosimetria da pena. Para além da quantidade e adequação buscou-se que tivesse caráter de ressocialização do apenado, assim Cesare Bonesano Beccaria e Jean-Paul Marat introduzem a ideia de parcimônia, proporcionalidade e efetividade das penas e em especial, a partir do ideal iluminista, sua humanização. O fato incontestável é que o sistema penitenciário desde o processo penal até a execução padece de estrutura que possa atender a possibilidade de humanização, estrutura que vai dos procedimentos excludentes e marginalizante destinados as classes populares aos muros dos estabelecimentos onde são cumpridas as penas, mais próximas as masmorras da idade média. O cumprimento da pena, mesmo frente a lei de execução penal 7.210/84 que tem por escopo a ressocialização, além da retribuição e prevenção, mas como um de seus objetivos é o reingresso do apenado na sociedade, mas o que se pode constatar nas prisões é uma exposição à marginalização da cidadania, excluindo os direitos fundamentais do cumprimento da pena transformando assim a humanização em uma grande e suportada farsa social.

Palavras-chave: Ressocialização. Lei de execuções penais. Humanização das penas.

ABSTRACT

From the beginnings of civilization there has been a reprimand because of the considered, socially determined unjust, with the evolution was sought the proportionality between fact of reprimand, based on the authors who proposed a dosimetry of the sentence. In addition to quantity and appropriateness, it was sought to be resuscitated by the distressed, so Cesare Bonesano Beccaria and Jean-Paul Marat introduce the idea of parsimony, proportionality and effectiveness of penalties, and especially, from the Enlightenment ideal, its humanization. The indisputable fact is that the penitentiary system from the criminal process to the execution suffers from a structure that can attend to the possibility of humanization, a structure that goes from the exclusionary and marginalizing procedures destined for the popular classes to the walls of the establishments where the penalties are fulfilled, the dungeons of the middle ages. The fulfillment of the sentence, even in front of the law of criminal execution 7.210 / 84 that has the scope of resocialization, in addition to retribution and prevention, but as one of its objectives is the reentry of the grieving in society, but what can be seen in prisons is an exposure to the marginalization of citizenship, excluding the fundamental rights of fulfillment of the penalty, thus transforming humanization into a great and supported social farce.

Keywords: Resocialization. Law of penal executions. Humanization of penalties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. HISTORIA DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITO HUMANOS	9
1.1. Direitos Humanos na Antiguidade.....	9
1.2. Direitos Humanos na Idade Média	11
1.3. Direitos Humanos na Modernidade.....	13
1.3.1. Revolução Mexicana e a Revolução Francesa.....	16
1.4. Direitos Humanos na Pós-Modernidade	17
2. DO SISTEMA PENAL.....	19
2.1. Penas na história.....	19
2.2. Dos mitos e das penas	21
2.3. Penas nos Gregos E Romanos	24
2.3.1. Penas nos Romanos	26
2.4. Penas e o nascimento das prisões	28
3. O ILUMINISMO	36
3.1. Humanização das penas: ideais de Rousseau; a corrupção do homem.....	36
3.1.2. Humanização das penas: um novo pensamento, Cesare Bonesana Beccaria	37
3.1.3. Humanização das penas: um novo plano em Marat.	40
3.2. Penas e Direitos Humanos	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso propõe estudar a humanização das penas partindo de sua historicidade, com objetivo de posicionar uma suposta evolução. Neste sentido a pesquisa terá como base o método dedutivo, sendo fruto de um artigo científico publicado no I Seminário Internacional de Direitos Humanos e Direito Constitucional Latino-Americano que ocorreu na Universidade Federal de Uberlândia, e na época encontrava-se cingido ao grupo de pesquisa “Criminologia Crítica: diálogos interdisciplinares”, da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, vinculado aos diretórios de pesquisa do CNPq.

O direito nasce com as necessidades da vida humana, mas nem sempre esse direito condiz com a realidade, o direito que deveria advir da vontade geral, como preconizado por Rousseau (2006), transforma-se em instrumento de classes, não sendo, no entanto, objeto deste trabalho. Deve-se considerar o Direito Penal desde os primórdios, verificando o que se denominou fase da vingança privada até as modernas legislações e as transformações pelas quais passaram as normas de direito, especialmente, a penal, para buscar entender o sentido de “humanização das penas”.

O Direito Penal tem por escopo regular as relações do indivíduo em sociedade. O mesmo é estabelecido pelo Estado como bem jurídico relevante com a primazia de combater o crime. O Direito Penal é, sobretudo, o poder de punir do Estado, principalmente quando o Estado retrata a vontade de seu soberano, em detrimento do servo. Sem dúvida o Iluminismo, movimento ocorrido na Europa no século XVIII, mais precisamente desenvolvido na França, foi um movimento intelectual marcado por grandes pensadores que desenvolviam suas razões em torno da liberdade e do progresso do homem. Destaca-se por ser um período em que a razão da pessoa humana é o cerne de todas as ciências.

O movimento francês alterou as relações da pessoa humana, passando da servidão para a de cidadão. Rousseau (2006), grande contribuinte deste movimento, acreditava que a pessoa humana poderia submeter-se a um contrato denominado “Contrato Social”, passando a conviver em sociedade. Surgia-se, assim, a sociedade civil em oposição à natural, excluindo desta forma a condição natural e passando para um estado social de direitos e obrigações, em que as normas deveriam ser aplicadas de forma justa, seguidas por um princípio de igualdade.

Rousseau (2006) acreditava que o homem não estava atingindo sua liberdade, assim como pregava a essência do pensamento Iluminista, simplesmente estava pondo uma nova roupagem no clero e na nobreza, permanecendo ainda submisso aos pensadores e cientistas. Por esta razão o autor se posicionava contra o Iluminismo.

Cesare Bonesana de Beccaria contribui com a questão do justo e injusto nas penas, assim como Jean-Paul Marat, o primeiro com o livro “Dos delitos e das penas” (2005), e Marat (2008) com o “Plano de legislação Criminal”. Ambos são pensadores iluministas que contribuíram com os pensamentos da Revolução Francesa, sendo que traços dos trabalhos dos mesmos se encontram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Na obra de Beccaria (2005), escrita com base na de Rousseau “Do contrato social”, apresenta-se uma crítica sobre uma sociedade ajustada em erros e preconceitos. Os pontos mais ressaltados na obra tratam das torturas aplicadas ao réu para conseguir provas e a cruel pena de morte, ainda aplicada como meio de punição. Fortemente o autor critica a tortura para se conseguir provas, pois não é um meio viável de se tratar um ser humano, e simplesmente pelo fato de que, sob tortura, a pessoa para se livrar de um mal maior causado a ela, confessará crimes que não cometeu, ou ainda poderá confessar crimes do qual não está sendo acusada.

A pena de morte é criticada, pois Beccaria remete-se a um pensamento de que, se realmente dentro de um governo organizado é necessário e justo tal punição, entende que, se organizado realmente fosse este governo, não haveria bárbaros nem atroztes vivendo dentro do seu corpo social. Considera que em momento algum se faz necessário a punição pela morte, uma vez que este não é um direito cabível a ninguém.

Em Marat (2008), também com base em Rousseau, defende-se a ideia de um plano de legislação criminal em que se limita o poder do Estado, abominando as leis redigidas sem a participação de todos os membros deste e, principalmente, a má aplicação das normas interpretadas de formas cruéis e opressivas. Marat reconhece a ideia de que não deve o Estado castigar um cidadão enquanto não consiga sanar as necessidades básicas de cada um, pois, assim sendo, um indivíduo que furta para saciar sua fome não comete um crime maior do que o próprio Estado.

Considerando nossa legislação, a lei de execuções penais Lei 7.210/1984 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a efetivação dos dogmas da ressocialização, determinando que o escopo da presente norma seja dúplice: efetivação das decisões contidas na sentença e integração social, sendo assim recepcionada pela Constituição Federal vigente.

O positivismo jurídico não é por si eficiente, os processos legislativos possuem em si objetivos, mas a humanização são as práticas que dão às normas suas finalidades. No caso, como é de domínio conhecimento, o sistema prisional brasileiro é violador permanente das normas legais e tal condição inviabiliza qualquer possibilidade de ressocialização, tornando-a um “mito”.

1. HISTORIA DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITO HUMANOS

1.1. DIREITOS HUMANOS NA ANTIGUIDADE

No início não se existia a concepção de Direitos Humanos enquanto valor posto socialmente, o que se tinham eram apenas as lutas pela sobrevivência, prevalecia então, a lei do mais forte, mas se olharmos a fundo é possível destacar direitos naturais da pessoa humana, direitos estes que sempre existiram e que independem das leis do homem, como por exemplo, o ritual de sepultamento defendido na obra de Sófocles:

ANTÍGONA - Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham punir os deuses! Que vou morrer, eu bem sei; é inevitável; e morreria mesmo sem a tua proclamação. (SÓFLOCLES, 2005, p. 30 e 31)

Observa-se que a passagem aqui descrita, trata-se de um Direito natural e que por sua vez este não está positivado e, em se tratando da positividade da lei, acredita-se que o Código de Hamurabi é a mais antiga lei já positivada, pois, “O Código de Hamurabi é um dos documentos que inaugura o registro de um conjunto de lei escritas” (GUIMARÃES, 2010, p. 96), embora ainda, neste período, os costumes e as práticas culturais eram transmitidos pela tradição oral (GUIMARÃES, 2010).

Este código possui grande importância na história da evolução dos Direitos, principalmente quando o assunto é Direitos Humanos, pois este código foi o primeiro que se preocupou em registrar leis que regulassem a vida em sociedade e que sanassem as necessidades básicas das pessoas:

O Código de Hamurabi datado de, aproximadamente, 1700 a. C., é um documento que revela em seu conteúdo características da sociedade da época. A atenção às especificidades que marcam seus artigos é um convite à reflexão sobre o modo como as diferentes sociedades se preocuparam em estabelecer regras de convivência para garantir e preservar direitos essenciais à vida humana. Elaborado por Hamurabi, sexto rei da Babilônia, conta com 282 artigos esculpido na rocha, que remetem à necessidade de se regulamentar, por escrito, direitos considerados básicos para a convivência humana naquele momento histórico (GUIMARÃES, 2010, p. 96)

Embora tenha sido criado para aquele determinado momento histórico, não podemos abandonar a severidade que constavam as entrelinhas dos artigos descritos, pois, desde o seu primeiro dispositivo gravado à pedra, a pena para o delito cometido era a de morte, assim

sendo, "Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte". (O Código de Hamurabi, The Eleventh Edition of the Encyclopedia Britannica, 1910).

Os Direitos Humanos surgiu justamente para combater severidades como as descritas no Código de Hamurabi, limitando-se o poder de quem oprime, e abalando-se possíveis momentos em que não se viam a pessoa humana em sua totalidade, sendo assim:

No caso dos direitos humanos, o seu cerne é a luta contra a opressão e busca do bem-estar do indivíduo; conseqüentemente, suas "ideias-âncoras" são referentes à justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. Nesse sentido amplo, de *impregnação de valores*, podemos dizer que a evolução histórica dos direitos humanos passou por fases que, ao longo dos séculos, auxiliaram a sedimentar o conceito e o regime jurídico desses direitos essenciais: (RAMOS, 2016, s/p)

Acredita-se, no entanto, que o Cilindro de Ciro é a primeira Declaração de Direitos Humanos, pois, após Ciro conquistar a Babilônia, declarou que todos os escravos estavam livres e afirmou dentre outros direitos, a livre escolha pela religião, no qual foram suas palavras registradas em um cilindro de barro, e daí originou-se o nome "Cilindro de Ciro":

O Cilindro de Ciro, de 539 a. C., é considerado para muitos historiadores o primeiro tratado de Direitos do Homem. O texto escrito pelo rei da Pérsia e gravado em um cilindro de barro após a conquista da Babilônia, presume-se que seja representativo da tradição mesopotâmica de valorização do rei justo. O caráter humanitário desse documento está evidenciado no decreto que o rei Ciro II autoriza os exilados a voltarem às suas terras de origem: (GUIMARÃES, 2010, p. 97)

Ainda na Antiguidade, influenciam-se na evolução histórica dos Direitos Humanos, as práticas políticas exercidas em Atenas durante os séculos V e IV a. C., pois se experimentava aqui um governo democrático, uma vez que, os cidadãos se expressavam e participavam de decisões de interesses da comunidade. É fato que o modo de se expressarem e participarem das decisões, ou seja, da prática da democracia, dá aos seus cidadãos características de pessoas humanas, no entanto, deve-se ressaltar que nem todos participavam das decisões como, por exemplo, os escravos e as mulheres, devendo-se, mais uma vez, levar em consideração o momento histórico dos fatos:

O exemplo ateniense evidencia o caráter histórico dos direitos humanos: a sociedade que respeita a vontade geral da maioria dos cidadãos, que têm a liberdade de se manifestar publicamente pela palavra de forma direta em assembleia é, também, aquela que se assenta sobre o trabalho escravo e exclui a participação das mulheres das decisões da comunidade, entre outras questões atualmente inadmissíveis. (GUIMARÃES, 2010, p. 97)

Por oportuno, a República Romana também possui grande importância na evolução histórica dos Direitos Humanos, pois, é neste momento que surge o direito dos povos bem como o princípio da legalidade, o que consagrou direitos aos cidadãos, como por exemplo, o de propriedade, liberdade e entre outros:

Uma contribuição do direito romano à proteção de direitos humanos foi a sedimentação do *princípio da legalidade*. A Lei das Doze Tábuas, ao estipular a *lex scripta* como regente das condutas, deu um passo na direção da vedação ao arbítrio. Além disso, o direito romano consagrou vários direitos, como o da propriedade, liberdade, personalidade jurídica, entre outros. Um passo foi dado também na direção do reconhecimento da igualdade pela aceitação do *jus gentium*, o direito aplicado a todos, romanos ou não. (RAMOS, 2016, s/p)

Consoante ao esposado em testilha, os Direitos Humanos vêm passando por transformações e provavelmente suas mutações ocorrerão inevitavelmente, isso, pois, a sociedade está em constante evolução, e o embrião dos Direitos Humanos está além do que grava a antiguidade.

1.2. DIREITOS HUMANOS NA IDADE MÉDIA

O período da Idade Média ficou marcado pela organização feudal, ou seja, caracterizava-se pela servidão, sendo característica deste momento histórico a hierarquização das classes.

Segundo Fábio Konder Comparato:

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero' (COMPARATO, 2015, s/p)

É plausível destacar que este período foi dirigido pelos estamentos, ou se preferirem assim dizer, Direitos Estamentais, o que implica dizer a hierarquização sobre a condição social das pessoas, a classe menos favorecida, como em toda história, era a dos servidores, ou seja, os que serviam seus Senhores Feudais, sempre em condições desiguais e desfavoráveis:

As desigualdades entre as posições sociais eram consideradas naturais, sacralizadas e imutáveis, tornando-se praticamente impossíveis de serem modificadas. Os direitos das pessoas eram direitos estamentais, ou seja, relativos aos estamentos de origem, determinados desde o nascimento. Os principais estamentos eram os nobres,

proprietários de terra; o clero, que gozava de grande prestígio social e influência política; os servos, composto basicamente de camponeses, ligados à terra dos senhores feudais e obrigados a executar uma série de tarefas para garantir a sobrevivência. (GUIMARÃES, 2010, p. 98)

Malgrado a organização feudal, surgiram então os primeiros movimentos contra determinados estamentos, eram reivindicadas liberdades sobre estes, guiando-se ao que denominamos de Estado Moderno, ou seja, um Estado politicamente organizado:

(...) esse é um período em que se evidencia a trajetória em direção à constituição do Estado Moderno, a partir do momento em que a insatisfação com o abuso de poder real passou ser documentada publicamente. Liberdade, segurança pessoal, propriedade privada, participação em decisões políticas e contrariedade com os altos impostos passaram a fazer parte da pauta de reivindicações da nobreza, estamento que inaugurou as manifestações institucionais contra os abusos do poder real. (GUIMARÃES, 2010, p. 99)

Ora, um Estado politicamente organizado não era o que esperavam os Senhores Feudais, e devido ao poder absoluto, fizeram surgir a Declaração das Cortes de Leão adotada na Península Ibérica em 1188, que "deu-se contra o abuso da concentração do poder nas mãos de um Rei e de um Papa, ou melhor, era uma manifestação de repúdio à instituição de um poder real soberano" (SILVA, 2013, s/p).

Com os primeiros movimentos surgiu também, durante este momento histórico, a chamada Magna Carta de 1215. Esta é o que acreditam os historiadores ser o documento que originou os direitos fundamentais. Previam-se neste documento as liberdades postuladas pelos movimentos acreditando-se ser o embrião dos Direitos Humanos:

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, sem favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – , com algumas concessões em benefício do "Terceiro Estado", o povo. (COMPARATO, 2015, s/p)

Este é o documento de grande importância para os estudos da evolução dos Direitos Humanos, visto que foi o primeiro documento a garantir direitos de liberdades aos que estavam subordinados e sob a tutela abusiva de poder. A Magna Carta limitava o real poder e dizia que homem algum estaria acima da lei, respeitando-se as liberdades individuais da pessoa humana:

A Carta Magna, manuscrita, redigida em latim e assinada pelo rei João Sem Terra diante de barões e do alto clero em 1215, foi considerada o primeiro documento oficial com o propósito explícito de garantir as liberdades e direitos dos súditos e

impedir os abusos de poder real. Em termos gerais, estabelecia que nenhum homem está acima da lei, nem mesmo o rei, por dádiva divina ou favores da igreja. Os 63 artigos exigiam direitos estamentais e limitação do poder real, a partir de um entendimento com a nobreza, prioritariamente com os barões e, em seguida, com os demais súditos. O princípio básico que inspirou a formatação final do documento foi à sujeição do poder do rei às liberdades individuais de seus súditos. (GUIMARÃES, 2010, p. 99)

Diferente do momento histórico da Antiguidade, na Idade Média, a Magna Carta preocupou-se em registrar em documento oficial a liberdade dos indivíduos como sendo um Direito Humano, daí sua importância para os estudos:

O grande avanço que a Carta Magna (1215) trouxe está contido na própria idéia de se colocar em documento oficial o direito humano de ser livre, restringido na Idade Média pelos abusos do poder monárquico, diferente da Antiguidade, quando não havia nenhum tipo de regulamentação capaz de frear o poder governamental. O texto escrito, assinado pelo rei, reproduzido e distribuído aos condados ingleses para o conhecimento dos três estamentos feudais - nobreza, clero e súditos - tem lugar de destaque na história dos direitos humanos por sua representatividade, em si mesmo, e pela trajetória em defesa de direitos fundamentais que deveriam ser resguardados e que o Estado não poderia desrespeitar ou ignorar. (GUIMARÃES, 2010, p. 100)

Assim sendo, a Magna Carta de 1215 do Rei João sem Terra, era para ser, como determinado pelos historiadores, um documento local, que se espalhou frente ao seu conteúdo que afrontava o poder real e absoluto instituído tornando-se este documento símbolo dos Direitos Humanos, o que acarretou mais tarde as revoluções, sem modificar o seu conteúdo esposado, lutavam-se pelas liberdades e entre outros direitos que garantissem maior proteção à pessoa humana.

1.3. DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE

Durante o período da Idade Moderna já não prevalecia o feudalismo, pois, neste momento histórico tínhamos o que conhecemos drasticamente como capitalismo, drástico, pois este é o que prevalece até os dias atuais oferecendo as pessoas apenas o individualismo.

Neste sentido, é oportuna a definição de capitalismo para melhor entender o esposado no parágrafo antecedente:

A palavra capitalismo tem uma longa história, mas, desde sua origem, tem recebido frequentemente conotações ideológicas negativas. Como estas lhe foram impostas pelos pensadores socialistas, que identificam a sociedade capitalista à idéia de uma “exploração” sem piedade dos “proletários” pelos proprietários privados (...). (BOUDON, BOURRICAUD, 2004, p. 41)

No entanto, não deixa de ser este momento histórico de grande importância para os estudos dos Direitos Humanos, pois neste período, herdamos grandes importantes documentos para a evolução histórica dos Direitos Humanos. Pois bem, estes documentos são a *Petition of Rights*, a *Bill of Rights* e a Declaração de Virgínia.

A *Petition of Rights*, possui sua importância em detrimento de ser considerado o primeiro documento de direitos contemporâneos, no qual, por exemplo, a pessoa humana não sofreria penalidades se não em razão de sentença:

No século XVII, o Estado Absolutista foi questionado, em especial na Inglaterra. A busca pela limitação do poder, já incipiente na Magna Carta, é consagrada na *Petition of Right* de 1628, pela qual novamente o baronato inglês, representado pelo Parlamento, estabelece o dever do Rei de não cobrar impostos sem a autorização do Parlamento (no taxation without representation), bem como se reafirma que “nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país”. Essa exigência – lei da terra – consiste em parte importante do devido processo legal a ser implementado posteriormente. (RAMOS, 2016, s/p)

Complementando o entendimento:

A Petição de Direitos, de 1628, escrita pelos lordes espirituais e temporais e comuns, foi enviada ao rei Carlos I com o propósito de conter os excessos e impor limites àquele reinado. O objetivo principal era defender o patrimônio dos membros do parlamento, ainda que seu texto também versasse sobre transgressões de caráter moral e ético. Pela época em que foi escrita é considerada o primeiro documento da modernidade a expor as expectativas dos direitos contemporâneos: um requerimento objetivo, de poucas palavras, que manifesta a contrariedade dos parlamentares com os desmandos reais. O texto roga respeito e atenção às deliberações já expressas na Carta Magna (1215), principalmente aquelas referentes à cobrança de impostos ilegais e às questões que se traduzem em “[...] ofensa das leis e costumes para a grande queixa e vexame do povo.” (PETIÇÃO DE DIREITOS, 1628). (GUIMARÃES, 2010, p. 101)

No entanto, é plausível destacar que este documento não teve tanta notoriedade quanto ao *Bill of Rights*, pois este:

Como manifestação pública, a Petição de Direitos (1628), não teve a mesma notoriedade da Declaração Inglesa de Direitos, originalmente conhecida como *Bill of Rights*, e escrita com objetivos semelhantes, ainda que mais rigorosos, principalmente no que se refere aos limites da autoridade real. (GUIMARÃES, 2010, p. 101)

Para melhor entender o que foi este documento:

(...) em 1688 o trono inglês era ocupado por Jaime II, destituído pela invasão de Guilherme de Orange. *Bill of Right* foi um documento composto de 16 cláusulas, que determinava o que o novo rei deveria obedecer, como condição para ser

empossado. Tornou-se representativo de um movimento conhecido na história da Inglaterra como Revolução Gloriosa. (GUIMARÃES, 2010, p. 101)

Não muito diferente, e complementando o esposado em testilha:

Ainda na Inglaterra, em 1689, após a chamada Revolução Gloriosa, com a abdicação do Rei autocrático Jaime II e com a coroação do Príncipe de Orange, Guilherme III, é editada a “Declaração Inglesa de Direitos”, a “Bill of Rights” (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se “que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento”; “que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento” e que “a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento”. (RAMOS, 2016, s/p)

Este documento é importante pelo simples fato de que nele foram registrados os descontentamentos das pessoas em relação ao que dispunha o poder real, consoante ao exposto:

É uma demonstração de descontentamento com as proporções assumidas pelo poder real; uma petição de direitos e uma advertência para que não “[...] se reproduzam os atentados contra ‘a religião, direitos e liberdades’, no país”. (ALTAVILA, 1989, p. 289). Ainda que na introdução os lordes espirituais mereçam destaque e em sua última cláusula sejam condenados os atentados religiosos, o Bills of Right (1689) foi construído independente da “[...] idéia de realeza do direito divino” (ARAUJO FILHO, 1998, p. 37), anunciando a secularização como um caminho sem volta. (GUIMARÃES, 2010, p. 101)

Por fim, tem-se a Declaração de Direitos da Virgínia, considerada pelos historiadores como a primeira declaração de Direitos Humanos da modernidade, foi escrita em 1776 com intuito de proteger a pessoa humana além das arbitrariedades decorrentes de um poder real, pois:

Enquanto os documentos anteriores se preocuparam em restringir o poder do rei e proteger os indivíduos contra as arbitrariedades, seu texto, logo no art. 1º, vai além, ao esclarecer que existem determinados direitos que são “certos, essenciais e naturais” a todos os homens. Sobre esse princípio, de que existem direitos que são inerentes à condição humana e não podem ser destituídos ou violados por nenhum tipo de contrato, é que a Declaração vai estabelecer “[...] o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção” (ALTAVILA, 1989, 288). (GUIMARÃES, 2010, p. 102)

De mais a mais, vale ressaltar ainda que, a Declaração de Direitos da Virgínia, trouxe ao plano, de que todos os homens são guiados pela sua própria natureza, sempre tentando seu aperfeiçoamento, e a principal inovação descrita nesta declaração é de tornar-se sua matéria constitucional, assumindo os direitos individuais, cunho de lei suprema.

1.3.1. Revolução Mexicana E A Revolução Francesa

No período da modernidade, podem-se destacar as revoluções que demonstravam o descontentamento dos cidadãos para com o sistema de governo tão absolutista. A este ponto têm-se a Revolução Mexicana e a Revolução Francesa.

Ambas as revoluções marcam os fenômenos contemporâneos, no entanto a Revolução Francesa, sem dúvidas, possui maior reconhecimento pelos historiadores, por ter deixado marcas profundas levando o cidadão o seu devido reconhecimento enquanto pessoa humana:

A Revolução Francesa pode não ter sido um fenômeno isolado, mas foi muito mais fundamental do que os outros fenômenos contemporâneos e suas consequências foram, portanto mais profundas. (...) diferentemente de todas as revoluções que a precederam e a seguiram, uma revolução *social* de massa, e incomensuravelmente mais radical do que qualquer levante comparável. (HOBSBAWM, 2010, p. 99)

Como se pode ver, a Revolução Francesa foi uma revolução social, isto significa dizer que não teve um líder, mas seus ideais foram propagados de modo que a massa social deu à revolução um movimento efetivo:

A Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado. Nem mesmo chegou a ter “líderes”, como as revoluções do século XX, até o surgimento da figura pós-revolucionária de Napoleão. Não obstante, um surpreendente consenso de ideais gerais entre um grupo social bastante coerente deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva. O grupo era a “burguesia”; suas ideias eram as do liberalismo clássico, conforme formuladas pelos “filósofos” e “economistas” e difundidas pela maçonaria e associações informais. (HOBSBAWM, 2010, p. 99)

Embora tenha sido tão marcante, a Revolução Mexicana também possui sua grande importância, e esta ocorreu durante um governo que também possuía métodos repugnantes que causou descontentamento aos seus cidadãos:

A Revolução Mexicana, que marca o início da Idade Contemporânea na América Latina, ainda é pouco conhecida na região. Isso se deve ao eurocentrismo que perpassa o estudo das ciências sociais em nosso continente. Se a Revolução Francesa conseguiu abolir o sistema feudal, abrindo caminho para uma sociedade burguesa moderna, e criou um modelo universal (como apontou Marx) de sistema político, ou seja, a forma clássica e paradigmática do moderno Estado democrático burguês; se a Revolução Russa logrou eliminar o regime político czarista e, sobretudo, superou uma realidade de servidão camponesa, criando, pela primeira vez na história da humanidade, um sistema social não capitalista; a Revolução Mexicana – interrompida ou traída – derrotou a hegemonia da oligarquia, substituindo-a por uma burguesia agrária, desencadeando mudanças significativas na economia, na política, na diplomacia, nos campos social e cultural e nas relações entre Estado e

Igreja. Daí que o alcance da Revolução Mexicana ultrapassa, de longe, as suas fronteiras físicas. (RAMPINELLI, 2011, p90)

Como se pode ver, as revoluções que ocorreram, sempre estão ligadas ao descontentamento dos cidadãos, isso ocorre, pois o governo sempre está defasando com o cenário político, passando por cima dos direitos humanos e os direitos fundamentais da pessoa, a luta sempre será constante por mudanças, talvez não saiba ainda viver em sociedade, e isso após longos anos de revoluções, sempre buscando o sentido de justiça e paz.

1.4. DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE

Os Direitos Humanos na pós-modernidade estão afetados desde a época que se instalou o capitalismo, isso quer dizer, desde a época da modernidade, quando não mais prevalecia o feudalismo, como já explanada no tópico anterior.

Esgotam-se no período da modernidade todos os meios de efetivar os Direitos Humanos, daí a necessidade da época pós-moderna, pois é evidente a deficiência em relação ao esperado em sua essência, nos dizeres de Santos “(...) depois de dois séculos de promiscuidade entre modernidade e capitalismo tais promessas, muitas delas emancipatórias, não podem ser cumpridas em termos modernos nem segundo os mecanismos desenhados pela modernidade” (SANTOS, 1997, p.35).

Corroborando com o que se alega “Quando falamos em pós-modernidade, nos referimos, na verdade, a esta sensação de que a modernidade está irremediavelmente esgotada. Falamos de um sentimento comum de que ela não foi capaz de cumprir o que prometeu” (AQUINO, p. 03, s/a).

Desta forma, o capitalismo, como já mencionado, drasticamente traz à humanidade o individualismo, o que com certeza afeta diretamente a questão dos Direitos Humanos:

Há, como se sabe, fatores profundos, estruturais, radicados na esfera econômica, que, para a esquerda, afetam a credibilidade dos direitos humanos desde, pelo menos, meados do século XIX. Alguns, agora agravados e identificados nas malhas da globalização contemporânea, são denunciados em diversas instâncias e em manifestações de rua, às vezes violentas. Outros, sutis porque plurivalentes, relacionados à noção de pós-modernidade, oriunda da esfera acadêmica e refletida em formas de militância particularistas, permanecem pouco abordados. (ALVES, 2010, p. 54)

O pensamento pós-moderno ataca diretamente a época da modernidade, por entender que, este, foi um período no qual deixou à humanidade próxima a destruição, há crítica também sobre o pensamento dos Iluministas em reduzir o que é verdadeiro em racional,

justificando em culturas diferentes que há outros meios de acessar a verdade, para os pós-modernos as verdades que se opõe não pode ser absoluta tão pouco universal (AQUINO, 2006, s/a).

Isso quer dizer, preclaros, que há grande preocupação em deixar regredir os Direitos Humanos que vêm transformados a forma de pensar a pessoa enquanto humana o que não se espera é deixar que nos tornarmos coisas como objetos descartáveis em decorrência da ignorância, individualismo e poder, esquecendo que somos animal político e, portanto, precisamos uns dos outros, assim sendo, é dizer que devemos amar uns aos outros.

2. DO SISTEMA PENAL

Desde os primórdios da civilização há a reprimenda em razão do, considerado, injusto socialmente determinado. Com a evolução, buscou-se a proporcionalidade entre fato de reprimenda, com base nos pensadores e estudiosos que propuseram uma proporcionalidade, da pena. Para além da quantidade e adequação buscou-se que tivesse caráter de ressocialização do apenado.

O fato incontestável é que o sistema penitenciário desde o processo penal até a execução padece de estrutura que possa atender a possibilidade de humanização, e neste Capítulo, pretende-se traçar historicamente os caminhos percorridos para entender melhor o sentido de Humanização das Penas e a retrocessão que possível ocorre no sistema penal. A proposta de Humanização ou pode ser um farsa ou pode ser um mito.

2.1. PENAS NA HISTÓRIA

O direito nasce com as necessidades da vida humana. Mas, alguns desses direitos, nem sempre condiz com a realidade. No âmbito do Direito Penal é possível destacar algumas transformações em que se fez necessário uma “humanização das penas” aplicadas ao infrator, um exemplo plausível como referência é a “Revolução Francesa”, movimento este que se originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apontando o descontentamento do indivíduo com o sistema de governo e as leis severas aplicadas à pessoa humana.

Primeiramente deve-se entender que, o Direito Penal, tem por escopo, regular as relações do indivíduo em sociedade. O mesmo é estabelecido pelo Estado bem jurídico relevante com a primazia de combater o crime. O Direito Penal é, sobretudo, o poder de punir do Estado (DAMÁSIO, 2011).

Diferentemente dos tempos atuais, o direito penal dos primitivos não eram positivados, porém acompanhavam-se de penas severas e cruéis. Caso houvesse um infrator o mesmo poderia ser condenado à pena de morte, sendo a pena nada mais que uma espécie de vingança. O Código de Hamurabi supracitado no capítulo anterior, bastante se conhece, pois, mesmo sendo muito antigo, este foi um código escrito, excluindo as tradições das leis orais que prevalecia neste período, mas não se exime de ser uma legislação severa, em que também se caracterizava no âmbito da vingança.

A vingança, segundo Mirabete (2010), decorria-se de três fases, sendo a primeira a vingança privada, que durante este período, um agressor do mesmo grupo social (tribo) era expulso ficando a mercê de outro grupo, porém se o agressor fosse de um clã diferente este era punido pela vingança de sangue não importando em nenhum dos dois casos o tamanho da gravidade cometida pelo infrator. A segunda fase ficou conhecida como vingança divina, e durante este período homens eram nomeados como sacerdotes com o objetivo de castigar os infratores através de penas cruéis, desumanas e intimidadoras, no intuito de satisfazer os deuses. A terceira e última fase cujo nome vingança pública, ocorreu por conta de uma maior organização do grupo social, embora as penas fossem aplicadas pelo Estado, isso garantiu uma segurança maior do soberano monárquico, e as penas ainda continuaram com um cunho severo e cruel.

Expressiva foi à evolução do Direito Penal dos hebreus. Observa-se grande influência religiosa durante este período, especificamente no antigo testamento do livro sagrado conhecido como Bíblia; “São estas as leis que você proclamará ao povo” – Êxodo, capítulo 21.

Segundo D. David Perez apud Jorge Medeiros da Silva (1979), a legislação hebraica passa por três etapas distintas. A primeira é caracterizada pelo Período Pré-Mosaico, não diferentemente de outros povos, baseavam-se na vingança privada em que o exercício desta era incorporado a todos os membros do clã, somente depois se restringiu ao parente mais próximo. A segunda etapa ficou conhecida como Legislação Mosaica, teve grande influência de Moisés que viveu no século XVII antes de Cristo em que sua legislação foi tida como avançada para sua época. A terceira e última etapa cujo nome Talmud integrou nas normas mosaicas suas disposições fundadas nos costumes, foi praticamente abolida a pena de morte e foi possível inserir a prisão perpétua ao sentenciado. Eram considerados graves apenas os delitos de lesa divindade e os que lesavam a moral e os bons costumes.

O Direito Penal Germânico constituía-se de penas mais severas, não era um direito escrito, os mesmos baseavam-se nos costumes. Também marcado pela vingança, o infrator poderia ser expulso do grupo, e isto, consistia para ele sua morte, pois era impossível sobreviver isolado.

Segundo Gomes et. al (1999) a fase de vingança de sangue aplicada pelos germânicos, dá espaço a chamada composição, caracterizada por um sistema de sanções, “num minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido”.

Da composição surgiram três tipos de penas, segundo Gomes et. al (1999) a primeira era por uma indenização, em que o infrator dava seu trabalho em favor da vítima ou do grupo; a segunda tratava-se de uma multa paga ao ofendido e; a terceira consistia ao pagamento em dinheiro diretamente ao soberano. Mesmo com este sistema, os mesmos não deixaram de praticar a pena de morte assim como as mutilações nas penas em geral.

É de suma importância considerar o Direito Penal Canônico. Este é o ordenamento jurídico posto pela Igreja Católica. O Direito Canônico tinha por escopo somente disciplinar o indivíduo, mas com o forte poder do papado, passou então a atingir a todos. O importante é ressaltar que o mesmo contribuiu com a evolução das penas, pois, proclamou-se a igualdade entre os homens e a regeneração do criminoso pelo arrependimento, no qual não durou muito tempo. No período da Inquisição este pensamento de forma “renovadora” deu lugar às torturas. Volta um período ruim, no qual foi marcado por grandes atrocidades (Mirabete, 2010).

2.2. DOS MITOS E DAS PENAS

Os direitos humanos são os direitos inerentes à natureza humana que correspondem às necessidades essenciais da pessoa a fim de garantir uma vida plena, com dignidade, sem a violação desses direitos, opressão ou exclusão social.

Dada às atrocidades penais como demonstrados no tópico anterior, passou-se a discutir a melhor maneira de se oferecer a humanização das pens dentro das normas jurídicas, sendo assim, acredita-se que:

A principal característica das normas jurídicas é a coercitividade. Não há direito sem sanção. Isto significa que, na estrutura penal, a previsão de uma conduta como crime estará sempre vinculada à possibilidade concreta de os Poderes constituídos habilitarem um ato de coerção. (CARVALHO, 2015, s/p)

Nascendo o direito para a regulamentação do homem em sociedade, a pena será precisa, vez que esta é meio para que se prevaleça à ordem e a organização dos indivíduos, que constitui o seio social, sendo assim:

A pena é, pois, como disse ULPIANO, *maxae vindicta*. É indubitável, como afirmou GROCIO, *malum passionis quod infligitur ob malum actions*; mas é também remédio dirigido a fazer que o Direito reine inviolável na convivência humana e, por isso, podemos integrar a noção de pena jurídica, vendo nela uma reação do Direito por obra do Estado sobre a individualidade humana, em razão do delito por esta cometido, que consiste em fazer sofrer alguma privação em nome do Direito, propondo-se reconstituir a violada soberana jurídica, como elemento essencial do

organismo ético da sociedade humana. Assim a pena pode ser definida: ‘o ato da sociedade que, em nome do Direito violado, submete o delinquente a um sofrimento como meio indispensável para reafirmação do Direito’. (PESSINA, 2006, p. 172)

Observando o esposado em testilha, a pena originou-se no momento oportuno da organização das pessoas em sociedade, e para entender o sentido e origem da pena, basta firmar no momento em que foi assinado o chamado contrato social:

A origem das penas reside no ‘contrato social’, ou seja, naquele pacto pelo qual ‘os homens livres e independentes se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra, para gozar uma liberdade que lhes era inútil na incerteza de conservá-la. Sacrificam por isso uma parte dela para gozar a restante em segura tranquilidade’. (GOMES, 2014, s/p)

Como se vê, a pena é repressão do Direito violado pelo indivíduo, assegurando que este perceba a reprovação do seu ato, e sendo um mal necessário:

A própria Constituição, ao estabelecer os princípios que regem o sistema de crimes e de penas, determina que os tipos incriminadores (figuras abstratas que descrevem as condutas criminais) fixem, como consequência de sua violação, uma resposta punitiva (pena), independente de sua espécie (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). (CARVALHO, 2015, s/p)

Extrai-se ainda que:

A pena deve contrapor a força do Estado à força do indivíduo; deve *vim dicere*, isto é, reprimir aquela atividade individual de que o homem abusou. O indivíduo que foi sujeito ativo do delito chega a ser sujeito passivo da pena e, como o delito teve como causa a liberdade humana, consciente de si mesma e da lei, essa liberdade deve sentir a pressão a que está submetida em nome do direito. A pena deve consistir, pois, em algo que restrinja a liberdade do delinquente e seja sentida pelo delinquente como coerção, e coerção derivada do Direito. A pena deve produzir um sofrimento, uma dor; deve consistir em um *pati quiddam*, para que a justiça seja feita. (PESSINA, 2006, p. 172)

Destarte, a Humanização da Pena, traz a ideia de Direitos Humanos à dignidade do indivíduo infrator, e para que seja digna, esta precisa estar sempre correspondendo à infração cometida, por estar razão vêm-se estudando o que se pode extrair do sentido de dignidade, para tanto:

Atribui-se a Kant a seguinte lição: ‘A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna’. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 107)

É fato que a pena deve seguir a gravidade do delito, no entanto não se pode levar a risca de que um homicídio deverá ser punido de forma idêntica, pois a proposta de humanização está ligada a trazer o indivíduo ao convívio social, para que este não cometa novos incidentes, e aplicar a pena em forma de vingança, torna-se um retrocesso à Lei de Talião:

A pena deve ser qualitativa correspondente ao delito, e, portanto, deve negar a atividade na medida em que dela tenha abusado ao delinquir. Por muitos anos acreditou-se que essa correspondência entre a pena e o delito não seria possível a não ser pelo lado do paralelismo, porque se considerou que, para ter como justa uma pena disposta no Código a um dado delito, não há critério que nasça daquele delito e daquela pena; em resumo, pode ser considerada como justa uma pena e aquele delito em suas relações com todo o sistema de penalidade, ou seja, com os outros delitos e as outras penas. (PESSINA, 2006, p. 173)

No montante ao designado, a pena é sempre ato puro do Direito, restringindo a liberdade do indivíduo infrator, sendo precisa em detrimento ao contrato social:

Segundo Kelsen, a coerção jurídica se efetiva na aplicação de um mal ao infrator, mesmo contra a sua vontade e empregando a força física se necessário: *'na medida em que o acto de coacção estatuído pela ordem jurídica surge como reacção contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse acto tem o carácter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o carácter de uma conduta proibida, antijurídica, de um acto ilícito ou delito (...) O direito é uma ordem coactiva, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação - produz coacção psíquica; mas no sentido de que estatui actos de coacção, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens económicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos'*. (GOMES, 2014, s/p)

Como se denota, a maior preocupação é retroceder o que se conquistou ao longo dos séculos, considerarem a pena como vingança, é acreditar que ainda há bárbaros que se recusam a evoluir em um sistema que reprime e ofende a integridade e a dignidade da pessoa enquanto humana, "Se a pena deve ser apresentada como reacção do próprio Direito e não como vingança, nem do indivíduo, nem da sociedade, deve aparecer na esfera social como um ato que deriva do Direito e não do capricho humano" (PESSINA, 2006, p. 176).

Deste modo, para que seja possível a aplicação não arbitrária de uma determinada lei, esta tem que valer para todos, sendo assim, *Nulla paema sine lege*, ou seja, a pena é certa (PESSINA, 2006), o que já se pode considerar mito nos tempos hodiernos.

Acredita-se que, para não recair em arbitrariedade, deve-se limitar o poder Estatal, sendo importante saber que o poder do Estado insta sobre o povo, influenciado pelo contrato

social, "Os cidadãos, consoante a doutrina do contrato social, são os detentores de todo o poder estatal" (GOMES, 2014, s/p).

Além do mais, vale ressaltar ainda que a Constituição Federal de 1988 em seu Parágrafo único do artigo 1^a determina que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Nesta senda "a pena é expiação; como restauração da ordem social, é justa retribuição que provém do Direito sobre aquele que violou seus preceitos" daí é que se extrai o pensamento de ser a pena um mal necessário (PESSINA, 2006, p. 177 e 178).

Pois bem, vejamos:

A pena tem a forma e a aparência de um mal, na medida em que é sofrimento, uma dor, uma restrição, uma privação, uma coerção, isto é, enquanto limita e retinje a atividade humana, consciente de si mesma; mas, no fundo, a pena é um bem. A pena é um bem, na ordem ética do mundo, como negação do mal do delito; e, ainda que ao indivíduo possa parecer um mal, é seu bem real, porque consiste, não em uma expiação que destrói, mas que redime. A pena é um bem para toda a sociedade, na medida em que, sendo aplicada, reafirma o princípio do Direito perante a própria sociedade dirige sua vida segundo os princípios da justiça, sem contar que, a demais desse intrínseco elemento de bem, contém outro extrínseco, qual seja o de inspirar nos ânimos dispostos a violação do Direito um saudável temor e na consciência dos indivíduos e das multidões a maior segurança possível a respeito da incolumidade e firmeza dos direitos de todos e de cada um. (PESSINA, 2006, p. 178)

Sendo assim, o que se espera para uma melhor aplicação da pena é que esta não seja de todo modo aplicada para qualquer situação que cause desconforto em sociedade, até porque, como dizia MARAT (2008) o mais suave castigo é preferível quando se tem o verdadeiro retorno.

2.3. PENAS NOS GREGOS E ROMANOS

Para iniciar o pensamento do Direito Penal nos Gregos, crucial se faz citar as Leis de Dracon, pois aqui é o momento em que um Órgão Institucional toma para si o poder de punir:

Este documento, representado nas leis de Dracon, demonstra que o Estado, no século VII, toma para si, por via exclusiva, o direito de punir quem comete um homicídio. É deste modo que a idéia de delito, de crime, aparece como um comportamento proibido, sancionado por um órgão institucionalmente competente. (GASTALDI, p. 46, s/a)

Embora o poder de punir encontrava-se unido a figura de um Órgão Institucional, "Na Grécia Antiga, em seus primórdios, o crime e a pena continuaram a se inspirar no sentimento religioso" (BITENCOURT, 2014, p. 74).

O que se pode notar é que, passava-se da fase da vingança para uma repressão social, pois, "a parte lesada ficava obrigada a levar o culpável perante os magistrados e a reconhecer que o direito de punir caberia somente aos representantes da cidade" (GASTALDI, 2006, p. 46).

Não se pode dizer data vênua, em uma Humanização das Penas, pois, se olharmos o que escreveu Platão, veremos ainda penas consideradas cruéis, "As penas a serem aplicadas em tais casos serão a morte, a prisão, os açoites, determinadas posturas humilhantes, sentado, de pé, exposto à porta de um templo nas fronteiras do território, ou multas em dinheiro (...)" (PLATÃO, s/a, p. 359).

Nas Leis de Dracon, aparece pela primeira vez a distinção entre homicídio premeditado, voluntário e involuntário, no entanto o ponto mais importante e revolucionário a ser pautado é o chamado *aidesis* que consistia em uma reconciliação após a infração cometida pelo indivíduo, sendo a pena aplicada o exílio, única sanção pública, este poderia então retornar a polis após o cumprimento de sua pena (GASTALDI, 2006).

Posterior à Lei de Dracon, passou-se a vigorar o Código de Sólon, ou Soloniano, no entanto, prevaleceu em vigor a matéria que tratava do homicídio descrita na Lei de Dracon, por ter sido considerada revolucionária à época que foi promulgada, mas, o que nos insta aqui é a importância que o Código de Sólon trouxe ao ordenamento jurídico, pois, suas Leis foram as que fundaram o Estado ateniense, trazendo grandes reformas como a "liberação das cargas" mais conhecida como a abolição da escravidão (GASTALDI, 2006).

Outra reforma revolucionária trazida pelo Código de Sólon e de muita importância para o momento histórico das Leis Gregas foi:

(...) a norma que estabelecia que qualquer cidadão que desejasse poderia empreender uma ação a favor dos agravados e o direito de apelação a um tribunal popular contra a decisão de um magistrado (*epheis*). Portanto, a disposição draconiana que reconhecia a um membro da família lesada o direito de vingança é estendida por Sólon a qualquer cidadão. Surgem, deste modo, as *graphai*, ou ações públicas, junto às *dikai*, ou ações privadas. (GASTALDI, 2006, p. 49)

Por hora, pode destacar-se que, na Grécia:

(...) reproduziram, do direito primitivo e lendário, os institutos da vindicta, a qual se exercia não obstante a idéia de que o crime foi imposto pelo destino (*anankè*) como nos casos de Édipo (parricida) e de Oreste (matricida) entregues à fúria de Erínie. Porém, a isso veio juntar-se a primeira afirmação do poder e dos interesses do Estado, limitando, por um lado, o poder sacerdotal, vindo do Oriente e, por outro, restringindo os excessos das reações individuais, estabelecendo claramente a distinção fundamental entre *crimes públicos e crimes privados*, e ainda começando a

afirmar (perante a vindicta privada - pública - divina) o conceito da justiça penal como função soberana do Estado (...). (FERRI, 2003, p. 36)

Deste modo, devido à *graphai* ou ações públicas a justiça se fortaleceu e "o povo transformou-se, deste modo, em mestre da república" (GASTALDI, 2006, p. 49).

Isto foi tão importante no Direito Grego, pois "O tempo de gestação e de exercício do sistema democrático teve, então, seu primeiro impulso com a constituição de Sólon (...)" (GASTALDI, 2006, p. 49).

Como se não bastasse as penas cruéis, a pessoa que delinquia passava por grandes restrições em decorrência de sua atitude reprovada pela sociedade, isso implica dizer que, a pessoa recebia uma marca, pois:

(...) o homicida está proibido de habitar sob um teto comum e de participar da mesma refeição; e sua presença, na Ágora ou nos templos, deixava a cidade vulnerável à maldição dos deuses. Para ele, só restava o exílio como recurso. (GASTALDI, 2006, p. 50)

Assim, as Leis Gregas, por mais que tenha passado por transformações, não se pode considerar que houve humanização das penas, mas também não se pode ignorar o grau de importância que estas tiveram em influenciar a matéria vergastada.

2.3.1. Penas Nos Romanos

Para iniciarmos o Direito Penal nos Romanos, insta saber que, assim como em tantas, ou se não, em todas as outras culturas, as Leis promulgadas pelos Romanos tinham como influência as Leis Divinas "O romano sacrifica diariamente em casa, mensalmente na cúria, e várias vezes por ano em sua *gens* ou tribo. Além de todos esses deuses, deve ainda cultuar os deuses da cidade. Roma tem mais deuses que cidadãos" (COULANGES, 2006, p 337).

Por hora, é possível salientar que "Roma também adotava o sistema de vingança e o sistema religioso" (ISHIDA, 2009, p. 03), isso quer dizer que "(...) a pena era utilizada com aquele caráter sacral que já referimos, confundindo-se a figura do Rei e do Sacerdote, que dispunham de poderes ilimitados, numa verdadeira simbiose de Direito e Religião" (BITENCOURT, 2014, p. 75).

Em consonância com o esposado, "o crime e a pena, predominantemente, têm um caráter público, pois se entendia o crime como atentado à ordem estabelecida, e a pena era a resposta estatal" (TELES, 2006, p. 21), existia-se ainda, "as penas privadas primitivas, executadas pelo *pater familias*, que aplicava o talião e a composição" (TELES, 2006, p. 21).

Corroborando com o até então apresentado:

Nos primórdios de Roma – como nos de qualquer povo primitivo -, o direito penal teve uma origem sacra. Não obstante, a partir da Lei das XII tábuas (século V a.C.), o direito já se encontra laicizado e estabelece-se a diferença entre delitos públicos e delitos privados. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 165)

Sobre a Lei das XII Tábuas, pode-se destacar, consoantes as mais diversas doutrinas que "foi o primeiro código romano antigo escrito, que resultou da luta entre patrícios e plebeus. Essa lei inicia o período dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a lei de talião, além de admitir a composição" (BITENCOURT, 2014, p. 75).

Acrescentando ao conhecimento:

Trata-se da primeira codificação segundo a opinião da maioria dos autores. Foi elaborada pelos Decênviros (dez juristas) encarregados de pesquisar as fontes gregas e elaborar a lei. Grande importância teve essa codificação pelas inovações, entre elas, a distinção entre direito público e privado." O direito penal embora em menores proporções, encontra nessa codificação abundante manancial, especialmente no que diz respeito ao furto, o homicídio, o dano, o falso testemunho. O direito processual radica-se na legislação decenviral através das ações da lei. (MEIRA *apud* CRUZ, 2009, p. 152)

Sobre os delitos públicos e delitos privados "Os delitos públicos eram perseguidos pelos representantes do Estado, o interesse deste, enquanto os delitos privados eram perseguidos pelos particulares em seu próprio interesse" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 165).

Embora marcada por repressão, vingança e religião, como demonstrado, Roma modificou seu ordenamento jurídico conforme as transformações que vieram ocorrendo por durante a República, pois bem:

Ao longo da República, paulatinamente vão desaparecendo os delitos privados e predominando a regulação do Estado na seara Penal. Uma vez tornada pública a função de aplicar a sanção penal, praticamente desaparece a pena de morte, nada obstante fossem aplicadas penas infamantes, de desterro, corporais, de trabalhos forçados, entre outras. (FADEL, 2012, p. 66)

Corroborando com o entendimento:

No período da república, vão diminuindo os crimes privados, desaparecendo a vingança privada, assumindo o Estado suas funções de jurisdição, tendo por certo e pouco tempo, imperado ali algo parecido com o princípio da legalidade" (TELES, 2006, p. 21).

Com as transformações ocorrendo dentro do Direito Romano "Durante o Império, época em que o poder do soberano foi exercido de forma absoluta, surgem os crimes extraordinários, cabendo exclusivamente ao magistrado a tarefa de acusar" (FADEL, 2012, p. 66).

Deve-se destacar ainda que "(...) os romanos tinham já uma noção de dolo - *intenção* - e de culpa - *negligência* -, noções fundamentais do Direito Penal moderno" (TELES, 2006, p. 21).

Além do mais, acrescentando ao conhecimento:

Possuíam noções a respeito dos elementos subjetivos do delito (dolo e culpa), bem como de causas de exclusão de ilicitude (legítima defesa e estado de necessidade), tendo desenvolvido teorias a respeito da culpabilidade e levado a efeito distinção entre imputável e imputável. (FADEL, 2012, p. 66)

Embora sejam notáveis as transformações pertinentes no Direito Penal Romano, insta destacar que:

Se Roma conduziu à vitória o Direito Penal público, e em particular, a doutrina da culpabilidade, de influência ainda em outros aspectos, no complexo, porém, do direito da época imperial, com a sua incerteza, seu vigor, seu arbítrio, não representa um modelo. (SIQUEIRA *apud* TELES, 2006, p. 22)

Assim, é possível dizer que o Direito, embora haja transformações, este segue um modelo religioso, independentemente de qualquer cultura, apregoando-se aos chamados dogmas, resta dizer que o Direito é dogmático.

2.4. PENAS E O NASCIMENTO DAS PRISÕES

As penas, como se observa nos tópicos antecedentes, tem ligação direta com o Direito, pois as Leis se tornam necessária para repelir o mal, mas estas, ao longo do que se conhecem, sempre foram de cunho severas e cruéis:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu de camisola, carregando uma tocha de cera de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 2009, p. 9)

Por hora nos resta entender a terminologia e/ou a origem da palavra pena:

Não é certa a origem da palavra pena. Para uns, viria do latim *poena*, significando castigo, expiação. Suplício, ou ainda do latim *punere* (por) e *pondus* (peso), no sentido de contrabalançar, pesar, em face do equilíbrio dos pratos que deve ter a balança da Justiça. Para outros, teria origem nas palavras gregas *ponos*, *poiné*, de *penomai*, significando trabalho, fadiga, sofrimento e *eus*, de expiar, fazer o bem, corrigir, ou no sânscrito (antiga língua clássica da Índia) *puny*, com a idéia de pureza, virtude. Há quem diga que deriva da palavra *ultio* empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado a quem desrespeita o mando da norma. (FERREIRA, 2004, p. 3)

Para conceituar a pena, existem vários autores em que podemos buscar a melhor definição para a matéria, embora haja muitos que a conceitue vale ressaltar que o conceito de pena tem sempre o sentido de um mal:

Franz Von Liszt define a pena como sendo o *mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito.*

Ernest Von Beling a conceitua como o *sofriemnto que o ordenamento jurídico impõe ao autor de um determinado fato ilícito.*

(...)

Para Jeremias Betham, é um mal legal que deve recair *acompanhado das formalidades jurídicas, sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro.* (FERREIRA, 2004, p. 3 e 4)

O mesmo autor que traz estes conceitos por doutrinadores estrangeiros nos apresenta conceitos de autores brasileiros o que nos permite ver que sempre há a ideia de um mal:

Dentre os autores nacionais, Anibal Bruno a conceitua como sendo a *sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definida na lei como crime.*

Para Heleno Cláudio Fragoso, era a *perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime.*

Magalhães Noronha afirmava que era retribuição, *privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado.* (FERREIRA, 2004, p. 4)

Este mesmo autor após trazer estes conceitos dos mais diversos doutrinadores, nos completa conceituando com suas palavras que, "Portanto, a pena é a consequência jurídica - o mal que se impõe -, que implica a diminuição de bens jurídicos, ao autor imputável de fatos descritos na lei como crimes" (FERREIRA, 2004, p. 5).

Dada as mais variadas origens da palavra pena e o seu conceito, nos é conveniente atentar-se na história bíblica, mais precisamente no primeiro livro da sagrada escritura intitulado Gênesis:

Para aqueles que se filiam à teoria criacionista, a pena nasceu quando Eva, estando proibida por Deus e cedendo à tentação da serpente, resolveu comer determinando fruto, tudo com a participação de Adão, com o que ambos praticaram aquela que seria a primeira transgressão. Com isto, foram punidos com a pena de degrado, sendo obrigados a deixar o paraíso. (FERREIRA, 2004, p. 5)

Corroborando com o pensamento supra:

Segundo o livro de Gênesis, capítulo 3, versículo 8, Deus se encontrava com o homem sempre no final da tarde, ou seja, na virada do dia. Seu contato era permanente com ele. Contudo, após a sua fatal desobediência, Deus se afastou do homem. Começava, aqui, a história das penas. A expulsão do primeiro casal do paraíso foi, com certeza, a maior de todas as punições. Logo após provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, o homem deixou de lado sua pureza original, passando a cultivar sentimentos que até então lhe eram desconhecidos. (GRECO, 2011, p. 125)

Além da teoria criacionista tem-se também a teoria evolucionista, ou seja, pautada nos que acreditam em nossos antepassados primatas, vejamos:

Para os partidários da teoria evolucionista, a pena surgiu quando os primatas, obrigados a descer das árvores (muito provavelmente devido à escassez de alimentos) resolveram se fixar na terra, em pequenos grupos. A primeira reação tida por esse grupo contra um ataque externo, caracterizou certamente, a par do instinto de defesa, a primeira punição, portanto, a primeira pena – um ato de defesa e de retribuição pelo mal praticado, uma vingança. (FERREIRA, 2004, p. 6)

É-nos oportuno destacar ainda, as teorias sobre as fundamentações e fins das penas. Consistentes em três teorias são elas as absolutas, relativas e mistas. (FERREIRA, 2004).

Sobre a teoria absoluta, é plausível dizer, preclaros estudiosos, que traz a pena como retribuição, isso quer dizer que retribui o mal pelo mal, vejamos:

A pena tem caráter exclusivamente retributivo. O mal pelo mal, mais ou menos como no talião: *malum propter malum, bonum propter bonum*. Nem por isso se pense que a pena não alcançará outros objetivos definidos por outra correntes. Punindo com justiça o infrator com aplicação de um mal, não só ele emendará, como afastará desse idéia, pelo exemplo, outros membros da sociedade. Mas, isto não tem a mínima importância. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. A preocupação pois é ética e se volta para o passado. (FERREIRA, 2004, p. 25)

Deste modo, nos é permitido observar que a pena para esta teoria é um instrumento mais de vingança do que de justiça, e sendo assim, é perceptível a fase de vingança que a muito já esposamos em oportunidades anteriores:

O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível

superpoder. E com a necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo. (FOUCAULT, 2009, p. 87)

Os defensores desta teoria acreditam que está é o melhor meio da manutenção social, visto que é o meio de defesa da sociedade:

Giuseppe Bettiol é um ardoroso defensor da pena retribuição. Advoga que a pena, enquanto retribuição, é o melhor meio de defesa da sociedade, já que detém força coesiva suficiente para assegurar uma convivência social ordenada. Coloca que a questão da defesa social, da correção do criminoso, nada tem a ver com a pena, senão que dela é consequência lógica. A defesa da sociedade, que autoriza inclusive a eliminação do criminoso, a correção para fins de purificação e cura, fazem parte da periculosidade, das medidas de segurança e neste âmbito devem ser estudadas. (FERREIRA, 2004, p. 26)

Nesta senda, a pena mais uma vez nos permite dizer que representa uma dor e um sofrimento imposto pelo homem no intuito de repelir o mal causado pelo autor do delito, buscando seu conceito na vingança eficaz (PESSINA, 2006).

Sobre a teoria relativa, esta é diferente da anterior, pois bem, enquanto a absoluta se preocupava com o mal pelo mal, a relativa se preocupa com a prevenção de novos delitos, sendo assim:

Muito ao contrário das teorias absolutas, que fundamentam a punição com uma questão ética, baseada na retribuição do mal, e, portanto, voltadas ao passado, as teorias relativas se voltam para o futuro atingindo o delinquente não para lhe impingir um mal, mas para evitar que volte a delinquir ou que incentive outros a fazê-lo, pelo seu mau exemplo. A punição visa à prevenção, como meio de segurança social e defesa da sociedade. A pena, pois, não é retribuição, e sim um instrumento útil capaz de evitar o crime, pelo temor que impõe. *Punese ne peccetur*. (FERREIRA, 2004, p. 26 e 27)

A este ponto já é possível ver uma possível moderação das penas, e por moderação entende-se que:

O princípio da moderação das penas, mesmo quando se trata de castigar o inimigo do corpo social, se articula em primeiro lugar como um discurso do coração. Melhor, ele jorra como um grito do corpo que se revolta ao ver ou ao imaginar crueldades demais. A formulação do princípio de que a penalidade deve permanecer "humana" é feita, entre os reformadores, na primeira pessoa. Como se exprimisse imediatamente a sensibilidade daquele que fala; como se o corpo do filósofo ou do teórico viesse, entre a fúria do carrasco e do supliciado, afirmar sua própria lei e impô-la finalmente a toda a economia das penas. (FOUCAULT, 2009, p. 87)

Diante dos fatos, a prevenção de que trata a teoria relativa é obtida por dois meios diferentes, mas que possui ligação entre ambos:

A prevenção de que tratam as teorias relativas seria obtida por dois meios. Um *geral*, voltado à coletividade e tendo como instrumento a intimidação. Outro *especial*, voltado ao próprio delinquente, e se daria através da emenda ou da segregação. Aquele tem função social, e visa proteger a sociedade de novos crimes; este individual, tendo por objetivo evitar a reincidência. (FERREIRA, 2004, p. 27)

Deste modo, e corroborando com o caso em testilha, nos é apresentada a ideia de que "A intimidação ou coação psicológica para impedir o delito, a segurança social e individual, quer em relação à pessoa, quer em relação aos bens; impedir, seja por meio de ameaça da pena, seja exemplaridade do castigo infligido, que o número de delitos cresça" (PESSIMA, 2006, p. 171 e 172).

Por fim, a teoria mista, como seu próprio nome diz, é uma síntese das duas outras teorias até então apresentadas:

Como meio termo entre estas duas teorias, há aquelas que, conciliando, atribuem duplo fundamento à pena. Para elas, portanto, a pena tem duas razões: a retribuição, manifestada através do castigo; e a prevenção, como instrumento de defesa da sociedade.

Para Francesco Carnelutti o fim principal da pena não poderia ser outro senão a retribuição como reação contra o delito, expressada através da expiação ou da vingança, ressaltando, no entanto, que a pena tinha um fim secundário, acessório, que consistia na prevenção especial, de impedir que o réu voltasse a delinquir. (FERREIRA, 2004. p. 29)

É-nos oportuno dizer que "(...) para a teoria em comento, há uma tríplice finalidade das penas: retribuição, prevenção e ressocialização" (TRIGUEIROS, 2012, p. 25), nesta senda, adotou o nosso Código Penal a teoria mista e ela está nitidamente descrita no artigo 59, *caput*, da lei supra:

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.

Assim sendo, a pena nos dias de hoje não mais pode entender na obediência cega e dogmática de retribuir o mal pelo mal, é necessário que a pena busque a ressocialização e a prevenção de novos delitos, a vingança não constrói, pois esta gera ainda mais vingança. (FERRERIA, 2004)

2.4.1. O Nascimento Das Prisões

A pena privativa de liberdade se reflete nas chamadas prisões, estas são tão antigas quantos as masmorras, mas o sentido das prisões durante os tempos antigos eram somente para que o delinquente ficasse à disposição da justiça, a prisão pena se reflete na modernidade:

Como se sabe, a pena de privação da liberdade não é antiga. No passado a prisão se destinava única e exclusivamente como meio preventivo para manter o delinquente detido e à disposição da justiça até que fosse executado. Era, pois, uma maneira de se evitar a fuga, algo como a prisão preventiva ou a prisão cautelar hoje, um instituto de direito processual, portanto. O próprio Ulpiano já dizia que o cárcere serve para conter os homens, não para os castigar. Daí o ditado: *Carcer ad continendos homines, non ad opuniendos haberi debet*. Contudo, a prisão de então não tinha qualquer respeito com a pessoa do criminoso, sendo cumprida em masmorras e poços situados na parte mais recôndita dos castelos. (FERREIRA, 2004, p. 32)

Corroborando com o esposado:

A princípio, a prisão não tinha a finalidade de cumprir um papel de condenação principal àquele que havia violado a norma, praticando determinada infração penal. A prisão do acusado era tida como uma custódia de natureza cautelar, tão somente processual, uma vez que, como regra, aguardava a decisão que se concluísse pela sua responsabilidade penal, o condenaria a uma pena de morte, ou mesmo a uma pena corporal, ocasião em que, logo depois de aplicada, seria libertado. (GRECO, 2011, p. 143)

Fato curioso é que a prisão pena nasceu em decorrência dos atos da Igreja, o que não é de se ficar surpreso, pois se levarmos em consideração a interpretação da palavra penitencia, ato que ocorria na Igreja em decorrência dos pecados dos fiéis, possui ligação direta com penitenciária, lugar que hoje se cumpre pena:

Mas em verdade, quem deu início à pena privativa de liberdade foi a Igreja. Esta tinha o hábito de punir seus infiéis com a pena de penitência (daí penitenciária e prisão celular), realizada nas celas. Aí, privado da liberdade e isolado de qualquer contato humano, sofrendo e meditando, a alma do homem se depura, se regenera e se penitencia. A esse tempo também deu-se conta de que, por mais perverso que fosse, o delinquente representava força de trabalho e essa força estava sendo desperdiçada na medida em que se aplicava a pena corporal. Por essa mesma razão, urgia prender os vagabundos e mendigos para que, compulsoriamente, abandonassem o ócio e passassem a produzir. Esses fatos - a prisão para penitenciar e o desperdício de mão-de-obra - fizeram nascer em toda a Europa a idéia de que a

privação da liberdade poderia perfeitamente realizar de forma muito proveitosa os objetivos da pena. (FERREIRA, 2004, p. 32 e 33)

Corroborando com o pensamento:

As prisões, como local de efetivo cumprimento de pena, eram normalmente destinadas aos monges, que nelas ficavam recolhidos a fim de cumprir uma penitência, ligada a algum ato religioso. Daí o nome penitenciária, utilizado para designar, nos dias de hoje, os lugares onde as pessoas cumprem suas penas. (GRECO, 2011, p. 143)

Uma das referências trazidas pelos pesquisadores e estudiosos do tema sobre o nascimento das prisões é o estabelecimento de casas correcionais criadas na Holanda, no entanto, Walnut nascida em Filadélfia possui mais importância para o estudo:

Em 1790 nasceu na Filadélfia a prisão de Walnut, que se notabilizou por impor a segregação absoluta inicial e o trabalho em comum, mas em silêncio, para os delinquentes que tivessem cometido crimes de menor gravidade. Depois vieram as prisões de Pittsburgh (1818) e Cherry Hill (1829), que adotaram o sistema de completo isolamento, o chamado solitary system, através do qual o condenado permanecia recluso dia e noite sem qualquer contato com o mundo exterior. (FERREIRA, 2004, p. 33)

Nestes moldes, podemos destacar que:

Os "modelos" da detenção penal – Gand, Gloucester, Walnut Street – marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à "humanidade". Mas também um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles colonizam a instituição judiciária. (FOUCAULT, 2009, p. 217)

Ainda corroborando com a ideia do sistema penitenciário de Filadélfia, é plausível destacar que:

No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, também conhecido como celular, o preso era recolhido à sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado ao arrependimento pela leitura da Bíblia. Os únicos contatos que tinham com o mundo exterior consistiam nas visitas constantemente empreendidas pelos oficiais encarregados das prisões, ou pelos representantes da sociedade de ajuda aos presos. (GREGO, 2011, p. 173)

Como se pode ver, e o que não é novidade, a religião sempre se fazendo presente nos momentos de penitência do indivíduo infrator, no entanto os representantes da sociedade de ajuda aos presos teve grande importância:

Uma dessas mais famosas organizações de sociedades comunitárias, que objetivava levar aos condenados ao cárcere um tratamento mais digno, foi a *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, fundada no ano 1787. Sua luta era pela modificação de leis que infligiam penas de trabalhos forçados, açoites e até mesmo a pena de morte, sendo vitoriosa em grande parte de suas reivindicações. (GRECO, 2011, p. 173 e 174)

Após o sistema de Filadélfia, foram surgindo outros tantos com o intuito de melhorar este sistema que até então era tido como severo (GRECO, 2011). O intuito era encontrar uma formação completa do sistema carcerário:

Tivesse eu que fixar a data em que se completa a formação do sistema carcerário, não escolheria 1810 e o Código Penal, nem mesmo 1844, com a lei que estabelecia o princípio do internamento celular; talvez não escolhesse 1838, quando foram publicados os livros de Charles Lucas, Moreau-Christophe e Faucher sobre a reforma das prisões. Mas 22 de janeiro de 1840, data da abertura oficial de Mettray. Ou melhor, talvez, aquele dia, de uma glória em calendário, em que uma criança de Mettray agonizava dizendo: "Que pena ter que deixar tão cedo a colônia". Era a morte do primeiro santo penitenciário. Muitos bem-aventurados o seguiram, sem dúvida, se é verdade que os colonos costumavam dizer, para fazer o elogio da nova política punitiva do corpo: "Preferiríamos as pancadas, mas a cela é melhor para nós". (FOUCAULT, 2009, p. 278)

Nas palavras de Foucault, Mettray é a completa forma do sistema carcerário, pois:

Porque é a forma disciplinar no estado mais intenso, o modelo em que concentram todas as tecnologias coercitivas do comportamento. Tem alguma coisa "do claustro, da prisão, do colégio, do regimento". Os pequenos grupos, fortemente hierarquizados, entre os quais os detentos se repartem, têm simultaneamente cinco modelos de referência: o modelo da família (cada grupo é uma "família" composta de "irmãos" e de dois "mais velhos"); o modelo do exército (cada família, comandada por um chefe, se divide em suas seções, cada qual com um subchefe; todo detento tem um número de matrícula e devem aprender os exercícios militares básicos; realiza-se todos os dias um revista de limpeza, e uma vez por semana uma revista de roupas; a chamada é feita três vezes ao dia); o modelo da oficina, com chefes e contramestres que asseguram o enquadramento do trabalho e o aprendizado dos mais jovens; o modelo de escola (uma hora ou hora e meia de aula por dia; o ensino era feito pelo professor e pelos subchefes); e por fim o modelo judiciário; todos os dias se faz uma "distribuição de justiça" no parlatório (...). (FOUCAULT, 2009, p. 278 e 279)

Assim sendo, no afã de se ter a pena privativa de liberdade, a história que aqui se encontra, mostra-se falha, embora estejam procurando meios de que haja a humanização nas penas, mas ocorre que a prisão não cumpre com o seu papel de reeducar tão pouco é capaz de evitar a reincidência (FERREIRA, 2004).

3. O ILUMINISMO

É no Iluminismo que o homem deixa de ser encarado como objeto e as penas a serem aplicadas agora se fazem necessárias devidas fundamentações, que muito se conhecem, são baseadas em provas reais de que o indivíduo cometeu o delito e/ou infringiu a Lei:

O período iluminista teve fundamental importância no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na "razão", o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição. (GRECO, 2011, p. 130)

Sem dúvida o Iluminismo, movimento francês que alterou as relações da servidão para a de cidadão, destaca-se por ser um período em que a razão da pessoa humana é o cerne de todas as ciências. Rousseau, grande contribuinte deste movimento, acreditava que a pessoa humana poderia submeter-se a um contrato denominado “Contrato Social”, passando a conviver em sociedade dando-se início a sociedade civil em oposição a natural, excluindo desta forma a condição natural e passando para um estado social de direitos e obrigações, em que as normas deveriam ser aplicadas de forma justas seguidos de um princípio de igualdade.

Cesare Bonesana de Beccaria contribuiu com a questão do justo e injusto nas penas assim como Jean-Paul Marat, o primeiro com o livro “Dos delitos e das penas” e Marat com o “Plano de legislação Criminal”, ambos são pensadores iluministas que contribuíram com os pensamentos da Revolução Francesa nas quais traços dos mesmos se encontram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

3.1. Humanização Das Penas: Ideais De Rousseau; A Corrupção Do Homem

O advento do Iluminismo contribuiu em grande parte para a evolução das penas, sendo um movimento intelectual ocorrido na Europa no século XVIII, mais precisamente desenvolvido na França, surgem neste período, pensadores que desenvolviam suas razões em torno da liberdade e do progresso do homem.

Destaca-se neste período Rousseau, um pensador e filósofo Iluminista. Rousseau acreditava que o homem não estava atingindo sua liberdade, assim como buscava a essência do pensamento Iluminista, simplesmente estava pondo uma nova roupagem no clero e na

nobreza, permanecendo ainda submissos aos pensadores e cientistas, por esta razão, Rousseau se posicionava contra o próprio Iluminismo, pois a pessoa humana não atingiria seu Estado Natural, ou seja, a hipótese do bom selvagem, sendo que as ciências e as artes não contribuíram para a sociedade, pois segundo Rousseau, ambas torna o homem sociável fazendo-os amar a escravidão.

Com o pensamento de Aristóteles em dizer que o homem é um animal político por natureza, passando a viver em sociedade, reflete a obra de Rousseau “Do Contrato Social” que mostra exatamente, como a sociedade, abrindo mão de parte da sua liberdade, deve caminhar para que se alcance uma paz social, dando origem à sociedade civil em oposição a natural, excluindo desta forma a condição natural e passando para um estado social de direitos e obrigações, em que as normas deveriam ser aplicadas de forma justas seguidos de um princípio de igualdade.

Desta maneira, o contrato social é o que permitirá uma vida política entre os homens, em que se tem um soberano para governar de forma justa a vontade do povo que se encontra em aglomerados para que se atinja a denominada paz social.

O que não se esperava com o convívio político e social era o sentimento de egoísmo que despertou na pessoa humana, no momento em que um homem se faz dono de um pedaço de terra, consequências futuras se tornariam incontroláveis, forte desgraça para a sociedade, afirma Rousseau:

O primeiro que, cercando um terreno, se lembrou de dizer: Isto me pertence, e encontrou criaturas suficientemente simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Que de crimes, de guerras, de assassinatos, que de misérias e de horrores teria poupado ao gênero humano aquele, desarraigando as estacas ou atulhando fôssos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Guardai-vos de escutar êste impostor! Estais perdidos se vos esqueceis de que os frutos a todos pertencem e de que a terra não é de ninguém!” (Rousseau, p. 175, conforme original)

Desta forma, o homem passa de seu Estado Natural para um agressivo, pois segundo Rousseau, a sociedade corrompe o homem.

3.1.2. Humanização Das Penas: Um Novo Pensamento, Cesare Bonesana Beccaria

Por meio do pensamento pela razão do homem, é no Iluminismo que se originou o Período Humanitário do Direito Penal. Destaca-se, no entanto, mais um grande pensador e filósofo que contribuiu com o pensamento de humanizar as penas, Cesare Bonesana marquês

de Beccaria, este pensador trabalhou a proporcionalidade do justo e do injusto na esfera do direito penal.

Publicou em 1764 “Dos delitos e das penas”, uma obra em que Beccaria se opôs as técnicas de punição usadas até então pela justiça. É plausível observar que esta obra foi fruto de uma experiência vivida pelo próprio autor, na qual o mesmo foi preso sem preceitos legais, e que não condizia com a realidade o sistema utilizado para punir uma pessoa.

Beccaria precisou ser cauteloso com as palavras ao escrever sua obra, o livro publicado foi referencia nos estudos no plano criminal. Escrito com base na obra “Do Contrato Social” do já mencionado Rousseau, Becarria apresenta uma crítica sobre uma sociedade ajustada em erros e preconceitos. Os pontos mais ressaltados na obra tratam-se das torturas aplicadas ao réu para conseguir provas e a cruel pena de morte ainda aplicada como meio de punição.

Por óbvio, podemos ressaltar em se tratando das torturas Michel Foucault, que nas primeiras linhas de sua obra “Vigiar e Punir” relata uma história de violência que a pessoa condenada se submete, sendo essa violência o suplício, expondo a pessoa em praça pública, sem nenhuma ponderação na pena, torturando o condenado até a sua morte.

Fortemente se critica a tortura para se conseguir provas, pois, não é um meio viável de se tratar um ser humano, e simplesmente pelo fato de que, sob tortura, a pessoa para se livrar de um mal maior causado a ela, conseqüentemente, ao calor do momento, para se vir livre da agressão sofrida, confessará crimes que não cometeu, ou ainda confessar outros crimes do qual não está sendo acusada. Para Beccaria:

Uma crueldade que o uso consagrou na maioria das nações é a tortura do réu durante a instrução do processo, quer para forçá-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices, ou por quem sabe qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente por outros delitos de que poderia ser autor mais dos quais não é acusado. (Beccaria, 2005, p.69)

Outra situação, que por simples capricho do poder maior, logo após a cessão de suplícios cometida ao réu, caso ele não admita em juramento, o mesmo é submetido a novas torturas, e que muitas vezes o fraco não resistia assim como o forte, mesmo deparando-se com dois culpados ou inocentes o fraco sempre sofrerá tamanha desgraça, “Eu, juiz, devia julgar-vos culpados de tal delito; tu, que és forte soubeste resistir à dor, e por isso te absolvo; tu, que és fraco, cedeste a ela, e por isso te condeno” (Beccaria, 2005, p.74).

Critica-se a pena de morte, pois, Beccaria remete-se a um pensamento de que se realmente dentro de um governo organizado é necessária e justa tal punição, entende-se que por ser organizado não há bárbaros, nem atozes vivendo dentro do corpo social, apesar de que, em momento algum se faz necessário à punição pela morte, uma vez em que este não é um direito cabível a ninguém "A pena de morte não é, pois, um direito [...] mas é uma guerra da nação contra um cidadão, que ela julga útil ou necessário destruir [...] A pena de morte tampouco é útil pelo exemplo de atrocidade que oferece aos homens. (Beccaria, 2005, p. 95 e 99)".

Por óbvio é destacar, em se tratando da pena de morte, o pensador Norberto Bobbio com sua obra intitulada "A Era dos Direitos", mencionando o período do Iluminismo século XVIII e dando referencia ao pensamento de Beccaria:

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. (Bobbio, 2004, p. 68)

Observa-se que Norberto Bobbio parte de um princípio analisado por Beccaria referindo-se a infalibilidade da pena, uma vez em que a crueldade não trará resultados satisfatórios fazendo-se necessário a moderação das penas:

Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade; pois os males, mesmo que os menores, se são inevitáveis, sempre espantam o espírito humano, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade concedida amiúde pela venalidade e pela fraqueza, tudo supre em nós a esperança. (Beccaria, 2005, p. 91 e 92)

Norberto Bobbio refere à obra de Beccaria como ponto de partida para discussões sobre a suposta abolição da pena de morte, nos atenta sobre o sucesso que Beccaria obteve com seu discurso contratualista, apesar de que a pena de morte não foi abolida por todos os estados:

Sabe-se que o livro de Beccaria teve estrepitoso sucesso. Basta pensar na acolhida que lhe deu Voltaire: grande parte da fama do livro de Beccaria se deve sobretudo ao fato de que foi acolhido favoravelmente por Voltaire. Beccaria era um ilustre

desconhecido, ao passo que na pátria das luzes, que era a França, Voltaire era Voltaire. Sabe-se também que, por influência do debate sobre a pena de morte que teve lugar naqueles anos, foi emanada a primeira lei penal que aboliu a pena de morte: a lei toscana de 1786, que no § 51, depois de uma série de considerações (entre as quais emerge, mais uma vez, sobretudo a função intimidatória da pena, mas sem negligenciar a sua função também corretora: “a correção do réu, também ele filho da sociedade e do Estado”), declara “abolir para sempre a pena de morte contra qualquer réu, seja primário ou contumaz, e ainda que confesso e convicto de qualquer delito declarado capital pelas leis até aqui promulgadas, todas as quais ficam revogadas e abolidas no que a isso se refere”. Talvez ainda mais clamoroso tenha sido o eco que obteve na Rússia de Catarina II, em cuja célebre Instrução, proposta já em 1765, ou seja, imediatamente após a publicação do livro de Beccaria, pode-se ler o seguinte: “A experiência de todos os séculos prova que a pena de morte jamais tornou uma nação melhor.” Segue-se uma frase que parece extraída do livro de Beccaria: “Portanto, se demonstro que, no estado ordinário da sociedade, a morte de um cidadão não é nem útil nem necessária, terei feito vencer a causa da humanidade.” (Bobbio, 2004, p. 69)

Beccaria contribui não só com a pena de morte, mas também, com a proporção entre os delitos e as penas, ou seja, é injusto não saber medir a punição para os delitos cometidos, e é sempre justo que se tenha o respeito quanto à pessoa humana.

É errôneo dizer ainda que não se tenha leis para organizar a sociedade, pois a partir do momento que as pessoas fazem o contrato social, as regras ajudarão a facilitar o governo dos indivíduos, mas, mais triste ainda é não saber o tamanho do mal causado a pessoa a que se submete ao suplício, no entanto:

[...] qualquer que seja a finalidade que se pretende propor às leis penais, quer de castigo, quer de correção, de repressão ou de prevenção, de justiça ou de utilidade e tutela social, é preciso reformar o seu sistema, abandonar os caminhos da ferocidade cruel que ataca cega e injustamente, e seguir as vidas das medidas proporcionadas, da moderação que não necessita de continuas exceções de perdões e condenações, da justiça livre de toda ira e que repudia qualquer arbitrariedade. As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. (Beccaria, 2005, p. 16 e 41)

Visível é a luta de Beccaria para conseguir atingir o melhor que homem tem dentro de si, matar ou mutilar não trará resultados satisfatórios. É inegável a contribuição de Beccaria para uma verdadeira humanização das penas, no entanto o espírito do homem que carece de bondade não dá espaço à evolução.

3.1.3. Humanização das Penas: Um novo plano em Marat.

Em meio ao contexto histórico turbulento e marcado por intensas transformações na esfera social, cultural e política que foi o período do Iluminismo, Jean Paul Marat, engajado no estudo sobre criminologia, publicou a obra intitulada “Plano de Legislação Criminal”. No

entanto, esta, somente teve reconhecimento após a Revolução Francesa e a queda do Antigo Regime.

A obra redigida por Marat, com grandes pensamentos Iluministas, assim como a obra de Beccaria, também trabalha a questão do justo e injusto, defende a ideia de um plano de legislação criminal em que limitam o poder estatal.

Com base em Rousseau e sua obra “Do contrato social”, Marat abomina as leis redigidas sem a participação de todos os membros do Estado e principalmente a má aplicação das normas interpretadas de formas cruéis e opressivas.

Segundo Marat, uma lei justa é aquela que não contraria as leis naturais. Essas leis possuem um sentido de justiça social, já apontada por outros autores quando mencionados da constituição da propriedade:

O direito de possuir decorre do direito de viver, assim é que tudo que é indispensável à sobrevivência é nosso e nada que é supérfluo nos deve pertencer legitimamente enquanto outros carecem do que é necessário. Reside aqui o fundamento legítimo de toda a propriedade tanto no estado natural como em sociedade. (Marat, 2008, p. 76)

Marat defende a ideia de que não deve o Estado castigar um cidadão enquanto não consiga sanar as necessidades básicas de cada um, pois assim sendo, um indivíduo que furta para saciar sua fome não comete um crime maior do que o próprio Estado, pois, “[...] o próprio governo obriga os pobres a serem criminosos” (Marat, 2008, p. 79), enquanto uns possuem muitos outros nada tem, fazendo-se necessário uma justiça social, “não devemos castigar os desgraçados pelo mal que os obrigamos a cometer; reparemos nossas injustiças ou ao menos não exijamos nada aos oprimidos pela sorte” (Marat, 2008, p. 79-80).

Outro ponto plausível apresentado por Marat, além de serem justas, as leis devem atender ao bem geral, ou seja, se a lei não atingir a totalidade da igualdade, a mesma se torna opressiva e o homem tirano. Para Marat é preciso que as leis não sejam obscuras, desta forma, deve ser divulgadas para que todos os cidadãos tenham noções do que estão submetidos caso ocorra uma infração:

É necessário que haja em um Estado leis penais justas e sábias. É muito importante que não haja nada obscuro, incerto arbitrário na ideia que se formule dos delitos e das penas, porque importa que cada um entenda perfeitamente as leis e saiba ao que se expõe ao violá-las. O código criminal, então, não deverá ser senão preciso. (Marat, 2008, p. 83)

Além de não serem obscuras, devem as leis ser simples e de fácil entendimento, podendo desta forma atender a premissa de que elas atinjam a todos preservando o sentido de

igualdade e não privando uma parte do povo e favorecendo outra “[...] as leis não devem ser estabelecidas senão para o que realmente interessa à sociedade, para não privar desnecessariamente o homem da liberdade” (MARAT, 2008, p. 83).

Uma crítica apresentada por Marat sobre a justiça, trata-se a respeito da agressividade que ela remete, segurando nas mãos apenas uma espada não honrando com o bem geral e promovendo somente o temor as leis e não se preocupando em prevenir o delito, erro que não alcança a proporcionalidade das penas na qual se faz interesse da sociedade:

Em toda sociedade bem ordenada se cuida mais de prevenir os crimes do que castigá-los e, amiúde, consegue-se a prevenção impondo a menor pena. Isso sem dúvida será promover uma justa legislação ao invés de apartá-la desses dois objetivos. (Marat, 2008, p. 85)

Assim como Beccaria, sem dúvida Marat se preocupa com o pensamento da humanização das penas e que sejam todas proporcionais aos delitos:

Se é justo que as penas sejam sempre proporcionais aos delitos, é humanitário que não sejam atrozés. Os mais suaves castigos são preferíveis quando conseguem seu objetivo. [...] a justiça, mais que castigar a lei violada, deve reeducar aos que a violam. (Marat, 2008, p. 86)

Para alcançar tais objetivos mencionados acima, é importante uma boa base educacional, é com ela que nos tornamos justos e verdadeiros humanos. A preocupação é prevenir o delito, no entanto é preciso que a educação seja perfeita, “[...] o meio mais seguro, porém mais difícil, para prevenir os delitos é aperfeiçoar a educação” (Beccaria, 2005, p. 136).

Marat, assim como Beccaria, defende a ideia de se investir na educação, uma vez que:

[...] nas escolas onde se instrui a juventude é que se deve preparar o homem, pelo conhecimento das leis, a ser cidadão. [...] a base de toda a sociedade reside na formação de seus membros e que a educação é o único caminho para se alcançar a verdadeira justiça. E esta fornecerá a diretriz para a formação de leis apropriadas, adequadas e necessárias para a sociedade. (Marat, 2008, p. 93 e 30)

No entanto, não se pode omitir-se a constante ligação ao governo, pois o mesmo é uma grande falha da educação moderna.

Sobre as legislações vigentes nos tempos atuais, deve-se observar que as aplicações dessas leis têm que ser aplicadas conforme o seu objeto e objetivo, para ser possível a efetivação das mesmas, como já haviam sido pensadas as efetivações das leis por Norberto Bobbio.

Considerando nossa legislação, a lei de execuções penais lei 7.210/1984 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a efetivação dos dogmas da ressocialização, determinando que o escopo da presente norma seja dúplice: efetivação das decisões contidas na sentença e integração social, sendo assim recepcionada pela Constituição Federal vigente.

Os dados demonstram que estão encarcerados ou mortos jovens negros e pardos, apontando uma seletividade nos sistemas, não bastando à negação dos direitos sociais, há a aplicação de uma sobre penalização, por um lado se nega os direitos por outros se agrava os deveres, e desta forma resta a estes o sistema penal “desumanizador”.

Neste sentido Neder (1994, p. 12): “Considerando-se que a seletividade do sistema penal brasileiro atinge os pobres, os negros e os nordestinos (migrantes depauperados), na sua maioria jovens e do sexo masculino, pode-se caracterizar esta prática de extermínio humano como genocida”.

Diferente não é o posicionamento de Queiroz, no mesmo sentido, alega:

Quiçá porque seja conveniente, e até mesmo confortável, manter-se os indivíduos dotados de periculosidade trancafiados. Nessa linha de pensamento, os negros e os pobres entopem as cadeias, já que irrelevantes para a transição democrática que se pretende. E, nesse particular, constata-se que os últimos e incendiários debates sobre a democracia brasileira jamais incorporaram ao seu bojo a situação da prisão, já que somente os não pertencentes às elites ali purgam suas penas. (Queiroz, 1989, p. 22)

O objetivo implícito da segregação nas atuais instituições prisionais é a retribuição, a prevenção e a regeneração (ressocialização) do sentenciado, Thompson coloca: “E à pergunta: alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? – a experiência penitenciária, de mais de cento e cinquenta anos, responde: não, em nenhuma época e em nenhum lugar” (THOMPSON, 1993, p. 10).

3.2. PENAS E DIREITOS HUMANOS

Vale lembrar-vos de que em capítulo anterior foi explanado sobre os Direitos Humanos e as Penas, neste tópico faremos um breve estudo sem que ambos estejam apartados.

Embora já estudado, Beccaria nos permite absorver muito sobre conhecimentos que corrobora para com o pensamento da Humanização das penas, é evidente que sua experiência na prisão permitiu enxergar as barbáries dentro das prisões, deste modo:

Considerava que nas prisões não devem predominar a sujeira e a fome, defendendo uma atitude humanitária e compassiva na administração da justiça. Criticava as prisões de seu tempo: "Porque parece que no presente sistema criminal, segundo a opinião dominante, prevalece a idéia da força e a prepotência da justiça, porque se atiram confundidos em uma mesma caverna os denunciados e os condenados". (BITENCOURT, 2001, p.38)

Complementando o entendimento:

Os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena têm como antecedente importante esses delineamentos de Beccaria, já que a humanização do direito penal e da pena é requisito indispensável. É paradoxal falar da ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade se não houver o controle do poder punitivo e a constante tentativa de humanizar a justiça. (BITENCOURT, 2001, p.38)

Por óbvio é plausível dizer que com a consciência dos Direitos Humanos que muito se tentam proteger para que estes sejam respeitados e efetivados:

(...) vieram as preocupações com eles. Para quem se dedicava à Ciência Penitenciária e aos serviços das prisões, essa consciência e essas preocupações se estenderam aos presos. Isto é, antes não se cogitava de direito dos presos em geral, porque, se ocorria pensar nisso, e dos condenados, particularmente, porque, se ocorria, entendia-se (ou mais ou menos era subconsciente) que a condenação os suprimia a todos; passou-se, porém - ainda que com alguma lentidão no início - a admitir não ser isso verdadeiro, reconhecendo-se que os presos, provisórios e condenados, sempre têm direitos, sempre conservavam aqueles direitos não atingidos pela situação vital de presos, nem pela situação jurídica quer de presos provisórios quer de condenados. (MIOTTO, 1992, p. 40)

Neste sentido ao depararmos com o cenário carcerário brasileiro, é visível que há deficiência em relação à Humanização das Penas, isso quer dizer que os direitos da pessoa humana não estão sendo preservados, assim sendo:

(...) Noberto Bobbio afirma que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los" (BOBBIO, 1992, p. 24), tendo em vista que o problema não está mais no plano filosófico, mas sim, no plano jurídico, tema que impulsiona o interesse das diversas áreas científicas que façam parte de uma realidade circunscrite. (AMARAL, p. 02, s/a)

Neste sentido, corroborando com o supracitado acima:

(...) não é de causar estranheza que o Direito Penal, considerado "como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica" (PRADO, 2004, p. 55), seja capaz de figurar como uma ferramenta apta a proteger os Direitos Humanos. (AMARAL, p. 02, s/a)

Com esta entranhes a prisão pena, ou mais precisamente o sistema penitenciário, não corrobora com a proposta de humanização tão pouco de ressocialização, deixando-o defasado e:

A prisão, com efeito, está em crise. Essa crise abrange também o objeto ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte dos questionamentos e críticas que se são feitos à prisão referem-se a impossibilidade relativa ou absoluta de obter algum efeito positivo sobre o apenado. Inclusive os próprios detentos estão cômicos dessas dificuldades do sistema prisional: "... até mesmo no sistema assistencial, aceita pelas detentas, adaptadas, à prisão é por elas encarada como totalmente nula no que diz respeito a ressocialização, a prisão mostrou-lhes o número de delações, mentiras, falsidades e corrupção que muitas delas não conheciam". (RODRIGUES, 1995, p. 26)

Por muito tempo se discute a reforma do sistema penitenciário, com intuito de fazer com que as condições que se acometem os infratores tornem-se cada vez mais humanas, neste sentido:

Com profundo sentido humanitário, Howard nunca aceitou as condições deploráveis em que se encontravam as prisões inglesas. Não admitia que o sofrimento desumano fosse consequência implícita e iniludível da pena privativa de liberdade, embora nessa época, como regra, a reforma da prisão não fosse um tema que interessasse ou preocupasse muito ao público ou aos governantes. (...) Howard encontrou as prisões inglesas em péssimas condições, porque o desenvolvimento econômico, que alcançado já havia a Inglaterra, fazia desnecessário que a prisão cumprisse uma finalidade econômica e, portanto, indiretamente socializante, devendo circunscrever-se a uma função punitiva e terrorífica. (BITENCOURT, 2001, p.40)

Do trecho supra esposado acima, nos permite dizer que não há a proposta de ressocialização do delinquente, a prisão então é meio de controle político e meio de intimidar o indivíduo, sendo assim, restou infrutífera a tentativa de Howard para reformar as prisões (BITENCOURT, 2001).

O direito penal está sendo aplicado como forma de solução dos problemas sociais, isto quer dizer que:

O direito penal não é *mais a extrema*, mas sim a *prima ratio* para uma nova solução dos problemas sociais, que é, ao mesmo tempo, repressora (com o aumento da população carcerária e a elevação das penas em muitos países) e simbólica (com o recurso às leis manifestos, com o qual a classe política tenta recuperar perante a opinião pública a legitimidade perdida, acolhendo a sua demanda por aumento de penalidade). (BARATTA *apud* AMARAL, s/p, s/a)

A este ponto nos é viável acrescentar a crítica apresentada por Zaffaroni:

Na verdade, sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso (...) Hoje temos a consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais

jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico. (...) O sentido de 'crise' refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico penal (...) 'crise' para nós, portanto, é o momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região (ZAFFARONI, 2001, p. 15).

Assim sendo, as penas e os direitos humanos, embora estejam tentando caminhar juntos, isto não passa de problemas para a concretização da humanização das penas, pois, o problema se encontra no ordenamento jurídico e não mais no plano filosófico assim como determina Bobbio (1992), e também por estar o direito penal associado à *prima ratio* na solução de problemas sociais, como esposado por Baratta (1997).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente Trabalho de Conclusão de Curso se propôs estudar a humanização das penas partindo de sua historicidade, com objetivo de posicionar uma suposta evolução, não podendo negar que, na esfera do Direito Penal, houve sim, transformações quanto à aplicação das penas.

Nos primórdios, verificamos que as leis não eram positivadas, sendo elas baseadas em costume e na oralidade, as leis aplicadas ao infrator, eram de cunhos severos e cruéis.

Passamos então a investigar como era realizada as leis dos hebreus, que embora baseada nas sagradas escrituras, mais precisamente expostas no segundo livro do antigo testamento, ou seja, baseadas em constantes afirmações religiosas, as leis aplicadas neste período ainda eram um tanto que severas, mas já se podiam observar transformações neste período.

Já o Direito Penal dos Germânicos tinham muito mais agressividade, não era um direito escrito, mas sim, baseados nos costume, as penas aplicadas ao infrator tinham um cunho severos podendo concluir serem os mesmo bárbaros.

Como observamos, o Direito Penal Canônico contribui em parte com a evolução das penas, uma vez em que se proclamou a igualdade entre os homens e a regeneração do criminoso pelo arrependimento, mas com o período da Inquisição essa ideia foi quebrada.

Neste sentido, sendo a pessoa um animal político, passando a viver em sociedade, assim como mostrou Aristóteles, assinamos um contrato em que Rousseau o denominou de contrato social, originando a sociedade civil, que por sua vez deve conter leis em que seja possível a manutenção das tensões ocorridas dentro do corpo social, sendo essas leis justas e de fácil entendimento, atingindo a paz e a harmonia entre todos.

Chegando ao Iluminismo, observamos a constante luta pela mudança do sistema de governo que corrompia a sentido de paz social, este era um governo opressivo, em que houve o descontentamento dos seus cidadãos.

Foi exatamente neste período que se teve o pensamento da humanização das Penas. Pensada por Beccaria, este foi o que trouxe ao estudo criminal, respostas significantes de que torturas e pena de morte são pressupostos para um povo bárbaros e atroz.

A pena de morte não possui qualquer utilidade para o autor, assim ainda permanece o entendimento, de que a morte não se caracteriza enquanto punição e não há modernamente nenhuma prova de que tal pena tenha efeito desejado na criminalidade, ou seja, a mesma

somente se configura enquanto a vingança, o que supostamente estaria extirpada do nosso ordenamento jurídico.

Assim colocamos, pois é de conhecimento geral as ações de extermínio dentro e fora do sistema penitenciário brasileiro, o que não se configura como legal, mas, pelo menos, podemos dizer que foi naturalizado, uma vez que não se encontra com frequência nem a contestação nem mesmo à resistência efetiva a esta postura de marginalização sempre de pessoas que vivem na periferia dos direitos.

Observamos também que após a Revolução Francesa que teve origem no Iluminismo, Mart trouxe outro pensamento sobre o estudo criminal, em que um novo plano de legislação deveria ser elaborado com o intuito de restringir o poder constante do Estado.

Nas legislações atuais, o sentido de humanização das Penas ainda se faz necessárias transformações nas aplicações dos dispositivos legais, uma vez em que Norberto Bobbio nos atenta a efetivação dos direitos, mas, atualmente percebe-se o abandono do cidadão encarcerado, de forma a contrariar os pressupostos legais garantidores de sua dignidade, ou seja, não há o interesse do Estado em ressocializar o encarcerado.

O fracasso das penas pode ser observada quando há a execução dessas penas, uma vez em que o Estado superlota as prisões afrontando os direitos fundamentais dos encarcerados, não garantindo as assistências que a lei de execução penal garante ao preso, ao passo em que “bandido bom é bandido morto”.

O Direito Penal vale lembrar que é um direito do Estado, ou seja, o Estado é quem tem o direito de punir. Mas se o Estado obriga o seu cidadão a ser delinquente, como pode então interferir na liberdade, será que não se configura aqui o fracasso das penas?

Questões como essa precisa de respostas, embora o tema de humanizar as penas não seja novo, falta muito para que se possa evoluir e transformar o Direito Penal. Ao punir um cidadão de modo severo, esta pena também atinge a nós, pois estamos dando espaço ao poder soberano do Estado de interferir nossa liberdade.

Quando se puni alguém, esquecemos que por de trás de quem irá ser punido, existe uma pessoa, uma história e uma vida, pois o sentido de punir em que esta impregnada na sociedade é um sentido de vingança.

Observamos que a educação é o caminho para uma possível mudança, mas a quem devemos educar. O equívoco pode apontar é que há uma inversão de valores essenciais e não excludentes, que a sociedade acredite que a humanização das penas poderá recuperar o cidadão infrator e não a educação, quando o pressuposto deveria ou deve ser, a educação como finalidade de humanizar para a sociedade como um todo, sendo, portanto o crime

resultado da ausência de políticas públicas de inclusão social e garantia de direitos fundamentais, somente para que se atendessem a carta maior, pois quem muda a base é quem já passou por ela, ou seja, deve primeiro educar quem irá educar a base, claro que tem que haver consonância entre ambos os lados, assim quem sabe não conseguiremos fazer com que o pensamento se transforme.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **É preciso salvar os direitos humanos!** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n86/a03.pdf>> Acesso em 25/07/2017.

AMARAL, Erika Babini Lapa do. **Direito penal e direitos humanos: uma possível harmonização mediada pelo garantismo.** Disponível em <<http://www.asc.es.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/babini-novo.pdf>> Acesso em 03/09/2017.

AQUINO, Jorge. **Direitos Humanos e Pós-Modernidade: um diálogo impertinente, mas inevitável.** Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitoglobais/a_pdf/jorge_aquino_dh_pos_modernidade.PDF> Acesso em 25/07/2017.

ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** 3.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BÍBLIA. Disponível em <<https://www.bibliaonline.com.br/nvi/ex/21>> Acesso em: 28/07/2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva. (2014).

BOUDON, BOURRICAUD. **Dicionário crítico de sociologia.** 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga.** eBook Brasil: 2006

CRUZ, José de Ávila. **Direito penal romano e canônico.** Disponível em <<https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/15496/11575>> Acesso em: 29/07/2017.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve história do direito penal e da evolução da pena.** Revista Eletrônica Jurídica – REJUR | n. 1 | p. 60-69 | Jan.-Jun./2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 36 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRI, Enrico. **Princípios do direito penal: o criminoso e o crime.** Campinas: Russell, 2003.

GASTALDI, Viviana. **Direito Penal da Grécia Antiga.** Fundação Boiteux.

GOMES, Claudia Regina. NAKAYAMA, Fábio Takeshi et. al. **A história e as ideias do direito penal.** Disponível em <<http://monografias.brasilecola.com/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>> Acesso em: 24 out. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. **A Construção Histórico-Sociológico dos Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/494/401>> Acesso em 11/07/2017.

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

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848.** São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Curso de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1 : parte geral.** 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MIOTTO, Aemida Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

NEDER, Gizlene. **Violência e cidadania.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

O CÓDIGO DE HAMURABI (cerca de 1780 ANTES DA NOSSA ERA) Fonte: The Eleventh Edition of the Encyclopaedia Britannica, 1910 pelo Rev. Claude Hermann Walter Johns, M.A. Litt.D. Disponível em <<https://historiablog.files.wordpress.com/2013/02/cc3b3digo-de-hamurabi.pdf>> Acesso em 11/07/2017.

PESSINA, Enrico. **Teoria do delito e da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

PLATÃO. **As Leis**. Disponível em
<<https://leandromarshall.files.wordpress.com/2012/05/platc3a3o-as-leis.pdf>> Acesso em
28/07/2017.

PRIVATIZAÇÕES DAS PRISÕES. Coordenador João Marcello de Araujo Junior. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1995. (vários colaboradores)

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **O direito de fugir**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. revi., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMPINELLI, Waldir José. **A Revolução Mexicana: seu alcance regional, precursores, a luta de classes e a relação com os povos originários**. Disponível em
<<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/14401/8147>>
> Acesso em: 05/10/2017.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contra Social**. Trad. Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

_____, Jean-Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, s.d.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SILVA, Jorge Medeiros da. **O Direito penal dos hebreus**. *Justitia*, São Paulo, v. 41, n. 107, p. 19-26, out./dez. 1979.

SILVA, Luzia Gomes da. **A evolução dos Direitos Humanos**. Disponível em
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>>
Acesso em: 19/07/2017.

SÓFLOQUES. **Antígone**. eBook Brasil: 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2006.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. **Direito penal – parte geral II (penas até extinção da punibilidade)**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade penal?** 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **PIERANGELI**, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro volume 1: parte geral**. 7ª ed. rev. E atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.