

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Francisco Lozzi Da Costa
Murilo Muniz Fuzetto

Resumo

A execução da pena no Brasil, do descobrimento até os dias atuais, em termos legislativos recebeu significativos avanços, indo da previsão da aplicação da pena de morte e do pelourinho até sua humanização proibindo penas, de morte, perpetua, degradantes ou cruéis, garantindo o completo respeito à dignidade da pessoa humana. O aparato legislativo se adaptou ao direito interno e internacional no tocante à execução da pena, não seguindo a mesma linha sua efetivação, pois ainda há violações na execução da pena onde impera a superlotação, maus tratos, humilhações e o domínio de facções como forma de “equilíbrio” do sistema.

Palavras-chave: Limitações constitucionais, Poder punitivo, Execução da pena, Sistema prisional, Efetivação de direitos

Abstract/Resumen/Résumé

La sentencia en Brasil, el descubrimiento hasta la actualidad, la legislación recibió avances, la aplicación de la predicción de la pena de muerte y la picota a su humanización que prohíbe las plumas, la muerte, perpetua, degradantes o crueles, garantizando el respeto de la dignidad de la persona humano. El aparato legislativo adaptado a la legislación nacional e internacional en relación con la ejecución de la condena, y no después de su ejecución, con violaciones en ejecución de la sentencia dominado por el hacinamiento, los malos tratos, humillaciones y las facciones de dominio con el fin de sistema de "equilibrio"

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Limitaciones constitucionales, Poder punitivo, Ejecución de la sentencia, Sistema penitenciario, Ejecución de los derechos

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo demonstrar a evolução da legislação brasileira, das ordenações do reino à Constituição de 1988, em especial esta última que procurou limitar ainda mais o poder punitivo do Estado, com o respeito integral à dignidade da pessoa humana e muito embora o legislador tenha se preocupado em adaptar e modernizar o sistema legislativo, ainda não se verifica esta correspondência entre o sistema legal e o dia a dia das prisões.

A evolução do Direito Penal no Brasil em face da execução da pena recebeu atenção a partir do ano de 1500. Quando do descobrimento do país, recebeu este também a legislação imposta pelo colonizador, passando pela independência e as diversas leis e Constituições que se seguiram, sempre registrando consideráveis avanços, como a abolição da pena de morte e do pelourinho, até chegar aos dias de hoje onde se observa um respeito maior às regras internacionais dos direitos humanos, sobretudo nos aspectos de elaboração da norma e no processo judicial.

Há ainda consideráveis violações na execução da pena em presídios onde impera a superlotação, maus tratos, humilhações e o domínio de facções do crime organizado como forma de “equilíbrio” do sistema, aspectos esses que revelam uma parcela de omissão do Estado no controle carcerário, no recrutamento e treinamento de seus agentes e na edificação de instalações seguras e em quantidade suficiente à demanda crescente de internos, que garantam àqueles que desrespeitaram as regras de convivência em sociedade, o respeito à sua dignidade como ser humano.

No tocante à questão da aplicação das penas aos infratores, da norma que foi introduzida no Brasil com o seu descobrimento (disciplina jurídica do povo colonizador - português), até os dias atuais as legislações sofreram considerável adaptação condizente com a evolução social do país, norteadas na atualidade a execução de penas os princípios regentes da Constituição Federal, além do Código Penal e da Lei de Execução Penal, em especial os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, pessoalidade, individualização da pena, além de outros direitos garantidos pela Constituição, como a garantia da integridade física e moral, assistência religiosa, direito de petição, assessoria jurídica integral e gratuita, indenização por erro judiciário, por prisão além do tempo fixado na sentença e entrevista pessoal e reservada com seu advogado.

Fica ainda o Estado responsável civilmente por eventual dano acontecido ao preso como homicídio ou até mesmo suicídio, caso em que, tem sido obrigado a indenizar seus herdeiros, como tem reconhecido o Poder Judiciário.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou também a tese com repercussão geral, evocando dispositivo da Constituição Federal considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

2 EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Na vigência das Ordenações do reino de Portugal a aplicação da pena e sua execução eram o seu ponto principal, as penas cominadas aos crimes eram severas e cruéis (açoites, degredo, mutilação, queimaduras, etc.), tinham por fim incutir o temor pelo castigo, sendo também aplicada em larga escala a pena de morte, executada pela força, pela tortura, pelo fogo, etc., eram comuns as penas infamantes, o confisco e as galés.

Dado marcante na aplicação da pena no Brasil desse período foi a chegada da força na cidade de São Paulo no ano de 1564, como símbolo de representação da justiça, vindo inclusive a fazer parte do primeiro Código Criminal do Império e só foi abolida pela Constituição de 1891. Também não menos importante símbolo de justiça desse período foi o Pelourinho que teve sua implantação na cidade de São Paulo no ano de 1610 só sendo extinto pela Lei 3.310 de 1886 e se destinava a afixar avisos e editais da Câmara e expor os criminosos e escravos fugidos que teriam de ser castigados (VIEIRA, 1965, p. 127-131).

Com a primeira Constituição do Brasil de 1824 é que começam a surgir elementos de humanização da execução da pena como se verifica no texto do art. 179:

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja.

XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

Mesmo após a independência do Brasil de Portugal e a após ter outorgado sua primeira Constituição (1824) o país ainda elaborava sua lei penal com forte influência do direito português até então vigente. Na aprovação do Código Criminal do Império sancionado em 16/12/1830, manteve em seu texto o uso da força e do pelourinho entre os povos independentes. “A pena de morte a ser executada pela força, só foi aceita depois de acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes entre os escravos (MIRABETE; FABBRINI 2013, p. 23)”. O Código Criminal do Império é quem regia a aplicação das penas mais duras, ou seja, a morte pela força e o açoite este reservado aos escravos, muito embora tivesse tal prática sido abolida na Constituição de 1824, teve vigência até 1886 onde se extinguiu tal instituto com a abolição da escravatura no Brasil, e por fim abolida a pena de morte pela Constituição de 1891 sendo suas expressões legais no Código Criminal do Império:

Art. 40. O réu com o seu vestido ordinário, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á força, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, onde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar.

Art. 60. Se o réu for escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de sofrê-los, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. (Revogado pela Lei 3.310, de 3.310, de 1886) (PIRANGELI. 2001 p. 242-243).

Data de 28 de abril de 1876 o último relato sobre a utilização da força no Brasil, através do jornal Diário de Alagoas que noticiou a execução de tal condenado de nome Francisco.

Proclamada a Republica no ano de 1.889, em 11/10/1890 foi editado um novo estatuto chamado de Código Penal considerado um marco na legislação penal brasileira, que teve como principais avanços a abolição da pena de morte e instalação do regime penitenciário de caráter correcional.

O atual Código Penal Brasileiro foi sancionado na vigência da Constituição Federal de 1.937, suas penas e medidas de segurança, que tinha uma tendência evidentemente autoritária, permaneceram até mesmo depois de sancionada a Carta Magna de 1946.

Apesar de várias tentativas de reforma, o Código Penal de 1940 somente foi modificado em 1984 com a reforma de sua parte geral tendo por base o princípio do “nullum crimen sine” culpa e o desejo de reformulação dos antigos institutos de aplicação da pena.

Essa reforma trouxe um sentido mais humanístico ao Código Penal, uma vez que se criaram penas mais brandas para crimes de menor potencial ofensivo bem como o respeito à dignidade da pessoa do preso.

Para reformular e atualizar a lei de execução criminal, em 1957 foi sancionado a Lei nº 3.274, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário. A execução criminal cada vez mais se firma como ciência própria, diferente do direito penal e do direito processual penal, e também de caráter jurídico, não meramente administrativo.

Com a edição da Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, surge a atual e vigente Lei de Execução Penal, mas é na Constituição Federal de 1988 que o direito penitenciário é elevado à categoria de ciência autônoma, dispondo em seu artigo 24 ser competência da União legislar sobre suas normas.

A lei de execução penal brasileira atual é tida como avançada, e seu espírito filosófico se baseia na efetivação da execução penal como sendo forma de preservar os bens jurídicos relevantes e de reintrodução, de quem foi acusado da prática de uma infração criminal, à comunidade.

Em 1998 como forma de atenuar o rigorismo da pena, através da Lei nº 9.714 foi reformada o Código Penal na parte referente a aplicação das penas restritivas de direitos, sendo acrescentados dois tipos de penas, o da prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

A conversão poderá ocorrer também, se a pena for inferior a quatro anos de reclusão. No que diz respeito à pena do crime culposos esta poderá ser substituída independente do quantum aplicado

Através da Lei nº 9.099/95 criou-se o juizado especial criminal e pela Lei nº 10.259/01, introduziram-se os Juizados Especiais Criminais Federais para que estes julguem os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes onde a pena máxima não ultrapasse dois anos ou multa.

3 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Dentre os sistemas penitenciários pensilvaniano ou filadélfico caracterizado pelo cumprimento da pena em severo isolamento celular, dia e noite, aplicado inicialmente em duas prisões da Filadélfia e o auburniano que se apresentava pelo trabalho em comum durante o dia, dentro do mais rigoroso silêncio, e isolamento celular noturno, aplicado num estabelecimento penitenciário de Auburn, ambos porém com base no regime celular, pelo qual se esperava estimular no preso a meditação. O sistema irlandês ou progressivo, surgido após os sistemas pensilvaniano e auburniano, em que se aplicam três estágios distintos: inicial (isolamento), o de trabalho em conjunto e, o do livramento condicional. Uma característica a mais e esta foi acrescentada no Brasil o do trabalho em colônia agrícola, antes do livramento condicional.

Os regulamentos penitenciários brasileiro preveem ainda a concessão de benefícios gradativos aos condenados, remissão de pena pelo trabalho na prisão, possibilidade de visitas íntimas com a esposa ou companheira, visita à família em datas específicas, ao lado de castigos e restrições disciplinares que não lhes ofendam a dignidade humana nem coloque em risco sua saúde.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Os princípios e direitos norteadores do cumprimento das penas e medidas de segurança de privação de liberdade, leva em consideração de que o interno é sujeito de direito e não se acha como tal excluído da sociedade, mas continua formando parte da mesma. Nas relações jurídicas referentes à violação de uma norma penal a aplicação da pena impostas ao condenado, deve ter somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que lhe foram impostas, sendo regentes os seguintes:

Princípio da reserva legal previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXIX, pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

O Marquês Beccaria segundo Cretela e Cretela, (1997, p. 27) já nos ensinava em 1724: "[...] só as leis podem determinar as penas para os crimes, esta autoridade somente pode residir no legislador".

Na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 8º também trata do referido Princípio:

“Ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Tão pouco se imporá pena mais grave que a aplicável no momento da comissão do delito”.

Outro decorrência do princípio da legalidade é o da determinação taxativa, ou seja, de que as leis penais precisam ser elaboradas de forma que sejam claras, precisas, procurando-se evitar que fiquem lacunas nas leis ou se utilize de palavras ambíguas ou equívocas que poderão dar lugar a arbitrariedade posteriormente.

Regis Prado (2000, p. 87) elucida: “o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico. (lex certa),

Por fim outra decorrência do princípio da legalidade é a irretroatividade da lei penal, conforme se estabelece no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal.

Princípio da intervenção mínima pelo qual a restrição ou privação dos direitos invioláveis (liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade) somente se legitima se estritamente necessária à sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social, sendo assim só se deve penalizar condutas que realmente sejam graves e que estejam atingindo os valores básicos de convívio social.

O princípio da humanidade fundado na dignidade da pessoa humana é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] A república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma capitis diminutio para toda a vida. (ZAFARONI; PIRANGELI, 2007, p. 157).

É da lição da Declaração dos Direitos do Homem em seu artigo 5º, que:

[...] ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante". No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, de 1966, dispõe em seu artigo 10, inciso I, que: "o preso deve ser tratado humanamente, e com o respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana.

Princípio da pessoalidade também chamado de intranscendência ou personalidade da pena, é considerado como sendo “[...] a pena uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete terceiros (ZAFARONI; PIRANGELI, 2007, p. 156).

A pena aplicada não poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, somente a pessoa que praticou o delito será condenada e obrigada a cumprir a pena, conforme explicitado no art. 5º, inciso XLV da CF.

Pelo princípio da individualização da pena previsto no art. 5º inciso XLVI da CF, cabe a Lei regular a individualização da pena, que se divide em três etapas distintas, legislativa, judicial e a executória.

A legislativa é a fase da lei em que há delimitação das penas para cada caso concreto, para cada tipo de delito. É nela que se estabelece o tipo de pena que poderá ser aplicada, se é cumulativa, alternativa ou exclusiva.

Na fase judicial ocorre a individualização realizada pelos juízes, onde diante do que foi fixado pela legislação o juiz terá que decidir qual a pena e quantidade a ser aplicada, com parâmetros do art. 59 do Código Penal.

Na última fase, a executória ou administrativa, a individualização ocorre com a sua execução aí que começa verdadeiramente a atuação da sanção penal sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação.

A Constituição Federal por sua vez pontua preceitos que devem ser observados na fase executória, como no inciso XLIX do artigo 5º que diz ser:

[...] assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”, como também no inciso XLVIII, do mesmo artigo que impõe que a pena será cumprida em estabelecimentos que podem atender “a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

5 DIREITOS CONSTITUCIONAIS NA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

O artigo 5º da Carta Política de 1988 traz diversos direitos e garantias individuais que são asseguradas a todos os cidadãos. Contudo, importante salientar que da mesma forma com que o artigo 5º traz garantias e direitos, também estabelece algumas limitações para alguns desses direitos, atribuindo, com isso, legitimidade ao Direito penal, e é através desse motivo que se pode apontar a interligação do Direito Penal, em especial as medidas de sua executoriedade pela aplicação da pena, com o Direito Constitucional.

Como garantia decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º da CF, decorre no artigo art. 5º da CF inciso LXIII como dever da autoridade de informar quais são os direitos do preso, entre os quais o de permanecer calado, ter assistência da família e de advogado, saber quem são os responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial, bem como ter sua prisão comunicada imediatamente ao juiz; garantia de não ser torturado ou de ter tratamento desumano ou degradante e de ter respeitada sua integridade física e moral, III e XLIX; receber assistência religiosa VII; exercer o direito de todos os cidadãos de peticionar a qualquer autoridade, em defesa de direitos XXXIV; ter assistência jurídica integral e gratuita LXXIV; indenização por erro judiciário na condenação, ou em caso de ficar preso por mais tempo que o fixado na sentença LXXV;

5.1 Responsabilidade civil do Estado

O Estado vem sendo obrigado a indenizar familiares de presidiários quando algum dano a este ocorre em estabelecimento penais sujeitos à administração pública, com fundamento no art. 37 § 6º da Constituição Federal, como ocorre no caso do presidiário ser vítima de homicídio, ou até mesmo se cometer suicídio, bem como na mais recente decisão do STF da possibilidade do preso buscar se ressarcir de danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Tais direitos são reconhecidos em razão da responsabilidade objetiva do Estado em face dos riscos inerentes em que estão inseridos os presidiários.

6 CONCLUSÃO

Dentro daquilo que quer a Constituição Federal de construir de fato um Estado de Direito Democrático, é importante que seu sistema jurídico esteja devidamente alinhado com os princípios estabelecidos por ela, passando especialmente pelo Direito Penal, Processual Penal e por fim que haja uma execução penal que respeite as pessoas que pelas mais variadas razões não se adaptaram ao contrato social relativo à convivência pacífica, execução esta, intimamente ligado ao princípio maior estatuído pelo seu art. 5º CF que é de um lado garantir a segurança e a convivência pacífica dos cidadãos na sociedade e restringir os direitos de liberdade, nos exatos limites por ela estabelecidos, cujo ícone principal é a dignidade da pessoa humana.

Num primeiro plano é a Constituição Federal quem estabelece quais são os bens jurídicos que devem carecer atenção do legislador, pois entende ela que esses bens escolhidos por ela são fundamentais para a manutenção da vida em comunidade, só que também vincula o legislador a observância de determinados princípios, que não observados levaram a invalidade da norma protetiva defeituosa.

Nesse patamar de restrições estabelecido pelos princípios constitucionais é que se norteia a legislação limitadora dos direitos de liberdade do povo brasileiro, cuja fonte principal do legislador é a Constituição Federal quando da elaboração da norma infraconstitucional, sendo ela fonte de referência para o julgador no momento de aplicar a medida restritiva do direito de liberdade e também do órgão do Poder Executivo no instante em que a pena se torna um fato concreto e deverá ser objeto de execução.

É claro o avanço pelo qual passou o país do seu descobrimento até os dias atuais, no que diz respeito à elaboração do Direito Penal, Processual Penal e a Execução Penal, avançamos da pena de morte e do açoite público para a norma que garante o direito a vida e a integridade física do preso, só não obtendo mais avanços quando se trata da fase de execução administrativa da sentença judicial com aplicação da pena de prisão, cujas cadeias (presídios) em sua maioria são depósitos de presos que não garante a individualização da pena, respeito a integridade física e nem a possibilidade de ressocialização, cujo desrespeito conta com o apoio da sociedade e a omissão das autoridades e agentes políticos do Estado.

Pela tolerância do Estado na manutenção de um sistema prisional, o controle do crime impera sobre o Poder Público o qual passa a ditar as regras de convivência interna,

promover ameaças internas e externas, por vezes tornando efetivas essas ameaças perpetrando ações criminosas contra o cidadão comum, autoridades e agentes públicos em especial das forças de segurança (policiais) ou agentes de segurança penitenciário, dos quais é constante a notícia de “abates” desses cidadãos como forma de perpetuação do domínio pelo terror.

Também tem se observado um Estado leniente com aspectos de corrupção de seus agentes quando tolera a entrada de telefone celular, drogas e até mesmo armas branca ou de fogo no interior dos presídios, o que possibilita o domínio interno e o controle externo das ações criminosas.

Por fim a letra da Constituição com seus princípios e direitos é muito promissora no sentido de que haja definitivamente um avanço na sua efetivação, pois só assim poderemos obter a tão sonhada tranquilidade, salubridade e segurança pública, requisitos essenciais para a vida em sociedade e em especial pela manutenção da vida humana no planeta terra.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

CRETELLA, J.J. e CRETELLA, A. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

JESUS, D.E. de. **Direito penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUISE, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

MIRABETE, J.F.; FABBRINI, N.R. **Manual de direito penal**. 29 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.

PIRANGELI, J.H. **Códigos penais do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, L.R. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEIRA, H. **Formação histórica da Polícia de São Paulo**. São Paulo: Serviço Gráfico da Secretaria da Segurança Pública, 1965.

ZAFARONI, E.R.; PIRANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro**. 7 ed. v. 1, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.