XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

CLODOALDO MOREIRA DOS SANTOS JÚNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Marcos Leite Garcia

Lucas Gonçalves da Silva

Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-806-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da UFG - Universidade Federal de Goiás que ocorreu nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2019, em Goiânia, cujo tema foi: CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior, Lucas Gonçalves da Silva e Marcos Leite Garcia, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1- (IN) EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO JURÍDICA SOBRE O PODER ECONÔMICO DAS EMPRESAS PATROCINADORAS QUE OBJETIVAM A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

2 - A (IM)POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

3 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 3

4 - A AUTONOMIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5 - A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO CONQUISTA CIVILIZATÓRIA

6 - A PRESCRIÇÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO PERPETUIDADE DA PENA

7 - A REFORMA TRABALHISTA E A TESE DA INDÚSTRIA DO DANO MORAL SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

8 - A SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSTITUCIONAIS ENTRE A LIBERDADE DE CRENÇA E DIREITO À VIDA: O CASO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

9 - A TUTELA JURÍDICA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

10 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTE DE TESTES DE ORIENTAÇÃO SEXUAL

11 - ACESSIBILIDADE EM ESPAÇOS FÍSICOS: AVANÇOS, EXPECTATIVAS E UTOPIAS CONSIDERANDO AS DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS HUMANÍSTICAS

12 - AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E O ACESSO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.

13 - DO AGENTE POLÍTICO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

14 - EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE: UMA VISÃO LIBERAL E REPUBLICANA

15 - INCAPACIDADE BIOPSICOSSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?

16 - LEI 13.491/2017: UMA QUESTÃO DE RETROCESSO DEMOCRÁTICO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE

17 - O AUMENTO DAS “FAKE NEWS” DURANTE A PROPAGANDA ELEITORAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NO RESULTADO DO PLEITO

18 - O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS FORMAS DE MAXIMIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO ATO DO JUBILAMENTO DE ALUNOS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

19 - OS DIREITOS ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 9.656/1998 E OS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS FIXADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

20 - OS LIMITES DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

21 - RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE DIANTE DE SUA FUNDAMENTALIDADE

22 - TUTELA DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E RELIGIÃO À LUZ DO CONCEITO DE LAICIDADE

23 - UMA ANÁLISE DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior - UFG

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - UNIVALI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS COMO CONQUISTA CIVILIZATÓRIA

THE HUMANIZATION OF THE PUNISHMENT AS A CIVILIZATION CONQUEST

Luciana Bittencourt Gomes Silva [1]
Marcos Leite Garcia [2]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a humanização das penas como uma conquista histórica. Para tanto, descreve-se o contexto do surgimento e evolução dos direitos humanos, culminando com a positivação de normas internacionais sobre o tema; a gênese das penalidades criminais, com menção às espécies de penas aplicadas pelos povos e sua relação com o sistema de poder vigente, e, ao fim, as conquistas humanitárias em matéria de execução penal. No que se refere à metodologia, adotou-se o método indutivo, utilizando-se as técnicas da categoria, do conceito operacional, além da pesquisa bibliográfica direcionada pela técnica do referente.

Palavras-chave: Direito penal, Execução penal, Direitos humanos, Direitos fundamentais, Humanização das penas

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the humanization of sanctions as a historical achievement. Therefore, the context of the emergence and evolution of human rights was described, culminating in the affirmation of international norms on the subject; the genesis of criminal penalties, with reference to the kinds of sanctions applied by the peoples and their relation to the system of power in force, and finally, the humanitarian achievements in criminal execution. In the research phase, an inductive methodological approach was adopted, using the techniques of the category, the operational concept, as well as the bibliographic research guided by the referent technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Penal execution, Human rights, Fundamental rights, Punishment humanization

[1] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI.. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

[2] Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí/SC. Professor do Curso de Mestrado da UPF/RS

Introdução

Relegado a assunto de menor importância, o tratamento desumano destinado aos apenados nas instituições brasileiras demanda atenção urgente. É manifesto o descaso com a matéria, o que tem resultado em reações graves e de difícil controle.

Portanto, considera-se necessário reforçar a ideia de que os apenados são titulares dos direitos humanos que foram conquistados após séculos de lutas, e como tal, merecem tratamento condigno com sua condição humana.

O estudo da história das penas indica que avanços e retrocessos nessa seara são recorrentes e o grau de humanização das sanções é proporcional ao nível de avanço de uma sociedade.

Evidencia-se, por sua vez, que escolhas políticas que levam à implementação do sistema penal em cada momento histórico, são baseadas em motivos como vinculação do Estado à religião, imposição de força pelo detentor do poder e controle social, fatores que influenciam desde a conceituação de crime até as espécies de pena a serem aplicadas.

As normas internacionais de direitos humanos constituem o ápice das conquistas civilizatórias nesse tema e devem direcionar o rumo a ser seguido pelos Estados, uma vez que atualmente estes são os grandes responsáveis pelas condutas violadoras dos direitos dos apenados no mundo.

A partir dessa linha de pensamento, o problema de pesquisa formulado para este estudo pode ser descrito pela seguinte indagação: Como pode a Sociedade atual desenvolver as regras e os critérios para a aplicação das penas e ao mesmo tempo seguir com a defesa da dignidade da pessoa humana diante de posturas desumanizadoras atuais?

A hipótese para essa pergunta sinaliza, provisoriamente, o problema de uma postura de desumanização das relações frente às características do direito penal humanizado que será desenvolvido através da história como conquista civilizatória indelével da Sociedade atual.

O objetivo geral deste estudo é estudar a humanização do direito penal no sentido de ser uma conquista civilizatória da Sociedade atual. A partir desses argumentos, o critério metodológico utilizado para a investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo[1], cuja premissa maior é o reconhecimento da

[1] Para Pasold, trata-se da "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral". (PASOLD, 2018, p. 215).

humanização das penas como uma das conquistas civilizatórias do rol dos Direitos Humanos positivados na legislação das democracias atuais. As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica[2], a Categoria[3] e o Conceito Operacional[4].

1. Aspectos destacados da evolução dos direitos humanos

Inicialmente, justifica-se o uso, no presente trabalho, das terminologias "direitos humanos" e direitos fundamentais" como sinônimas. Em adesão ao entendimento de Garcia (2016, p. 10-11), em que pese haver um consenso geral na doutrina em utilizar o termo direitos humanos quando se trata dos direitos positivados nas normas internacionais, e direitos fundamentais (WLOCH; DA SILVA, 2017, p. 278) para os direitos positivados no ordenamento jurídico interno de um Estado, não há prejuízo à adoção de ambas as terminologias como sinônimas.

Gregorio Peces-Barba define direitos fundamentais como uma pretensão moral justificada sobre traços importantes, derivados da ideia de dignidade humana que só depois da recepção no direito positivado podem alcançar sua eficácia.

Com efeito, o autor estabeleceu relevantes reflexões sobre as dimensões dos direitos fundamentais, ao apontar a justiça e validade de uma norma como sua dimensão ética e jurídica, que, somadas à eficácia, formam a teoria tridimensional dos direitos fundamentais.

Segundo Peces-Barba (1995, p. 37), os direitos fundamentais

> [...] podem compreender tanto os pressupostos éticos como os componentes jurídicos, significando a relevância moral de uma ideia que compromete a dignidade humana e seus objetivos de autonomia moral e também a relevância jurídica que converte os direitos em norma básica material do ordenamento, e é instrumento necessário para que o indivíduo desenvolva todas suas potencialidades na sociedade.

Dentre os critérios eleitos por Luigi Ferrajoli (2008, p. 43-44) para definir quais direitos devem ser garantidos como fundamentais, destaca-se o de considerá-los como a lei do mais débil, como alternativa à lei do mais forte

> Em primeiro lugar, o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar os direitos de imunidade e liberdade, contra o arbítrio de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar os direitos sociais, que são direitos à sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.

---

[2] Segundo o mencionado autor: "[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (PASOLD, 2018, p. 217).

[3] Nas palavras de Pasold: "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". (PASOLD, 2018, p. 207).

[4] Reitera-se conforme Pasold: "[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". (PASOLD, 2018, p. 207). Toda Categoria que aparece neste estudo será destacada com letra maiúscula.

A conceituação dos direitos fundamentais não é tarefa fácil, pois não é um conceito estático, imutável; eles vêm sendo reconhecidos ao longo dos séculos e marcam a evolução do homem e da sociedade, carregando forte influência das doutrinas liberal e socialista.

Diversos benefícios decorrentes das conquistas humanitárias foram estendidos aos cidadãos, todavia, salienta-se que de início, foram consequência indireta de outro objetivo buscado, o intento da classe burguesa de impor limites ao poder absoluto do monarca e do Estado.

Em vista disso, denota-se a importância da abordagem do histórico da evolução dos direitos humanos.

Bobbio (1992, p. 2) considera a historicidade uma das mais marcantes características dos direitos humanos, e estes um dos principais indicadores do progresso histórico de uma sociedade.

O autor defende que os direitos do homem, "por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos", originados gradualmente e decorrentes "das lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes". (BOBBIO, 1992, p. 5)

Os direitos humanos não surgem todos ao mesmo tempo, pelo contrário, são gradativos, manifestam-se conforme a demanda exigida em cada momento histórico e dependem das condições necessárias para que os anseios e aspirações passem a ser reconhecidas como direitos.

> Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. (BOBBIO, 1992, p. 6)

Eles são fruto de uma longa caminhada, marcada por luta e sofrimento, visando ao alcance das transformações de vida necessárias ao alcance da dignidade.

Os direitos fundamentais são obra da Idade Moderna, um conceito atual; ideias como dignidade humana, liberdade e igualdade só são compatíveis com o modo de vida da era moderna.

O processo de evolução dos direitos fundamentais descrito por Peces-Barba (1995, p. 115) tem início na passagem da Idade Média à Idade Moderna, período definido pelo autor como "trânsito à modernidade".

Essa transição foi marcada por mudanças econômicas, políticas, de consciência religiosa e intelectuais, ocorridas a partir do século XIV.

> A mudança na situação econômica e social, com o amadurecimento do sistema econômico que levará ao capitalismo, com o surgimento de uma classe social progressista e ascendente, a burguesia; a mudança no poder político, com a aparição do Estado, como um poder racional, centralizador e burocrático; a mudança de mentalidade, impulsionada pelos humanistas e pela Reforma, com o progresso do individualismo, do racionalismo, do naturalismo e do processo de secularização; a mudança da ciência e o novo sentido do Direito, serão elementos decisivos na gênese dos direitos humanos. (PECES-BARBA, 1995, p. p. 114)

Peces-Barba identifica os traços importantes dessa passagem para a modernidade, com início pelas mudanças no sistema econômico vigente, marcadas pela ascensão da classe burguesa que buscava liberdade para exercer a indústria e o comércio e com a origem do capitalismo, que incutiu no homem uma visão individualista, antropocêntrica e libertária.

A gênese dos direitos humanos ocorre exatamente nos países em que as mudanças no sistema econômico estavam mais adiantadas, onde estavam mais avançadas as ideias do capitalismo e da revolução industrial. (PECES-BARBA, 1995, p. 116)

Outra característica da Modernidade foi o declínio da monarquia feudal no Ocidente, dando lugar ao Estado absoluto, unificador das normas jurídicas e detentor exclusivo do uso legítimo da força para garantia da paz social.

> No campo político, o pluralismo do poder será substituído pelo Estado como forma de poder racional centralizado e burocratizado. O Estado é soberano, na construção doutrinal que se inicia com Jean Bodin, ou seja, o Estado não reconhece superior e tem o monopólio no uso da força legítima. Seu crescente poder como Estado absoluto e a utilização do direito como *instrumentum regni* exigirão como antítese, para garantir ao indivíduo um espaço pessoal, a reclamação de uns direitos. (GARCIA, 2005, p. 421)

Por conseguinte, inicia-se a consolidação da ideia de que "a primeira função de todo poder político e todo sistema jurídico é a organização pacífica da convivência". (PECES-BARBA, 1995, p. 119)

Os avanços também são atribuídos à mudança da mentalidade, advinda da influência do Humanismo e da Reforma, como contraponto à Igreja Católica e ao pensamento reacionário.

O Iluminismo na filosofia e o Renascimento nas artes reacendem as ideias da cultura grega que colocavam o homem figurando no centro do universo, com o reconhecimento de sua autonomia, do valor do trabalho e da atividade humana.

Sob influência de mudanças multifatoriais, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais, que abarca as liberdades civis.

As consequências da evolução de mentalidade são muitas, e mesmo que tenham sido instauradas como reação da burguesia aos entraves criados pelo Estado ao exercício do livre comércio e mercado, mostraram-se proveitosas aos demais estratos da sociedade.

Exemplo disso foi o acesso à informação e à educação, antes monopólio da Igreja Católica, estendida aos homens após a ruptura com a unidade religiosa, permitindo o conhecimento da história e da ciência sem a necessidade de intermediários.

Como afirma Hunt (2009, p. 26), para que um indivíduo fosse considerado moralmente autônomo "duas qualidades relacionadas, mas distintas estavam implicadas: a capacidade de raciocinar e a independência de decidir por si mesmo", o que só foi possível após a instauração de uma nova cultura, representada pela secularização, pelo naturalismo, racionalismo e individualismo.

No racionalismo tem-se a razão como instrumento de conhecimento, para domínio da natureza e descoberta das leis físicas e sociais. Pela razão o homem alcança autonomia, liberdade de pensar, opinar e agir.

> O racionalismo, por um lado, potenciará o poder da burguesia através do domínio da natureza, e por outro, garantirá esse domínio com umas regras jurídicas, direitos naturais derivados do exame racional da natureza humana, que se converte no Direito justo. (PECES-BARBA, 1995, p. 131)

Por último, o individualismo é a característica mais definidora da Idade Moderna. O homem burguês é o protagonista da história, deixando de ser visto tão somente como integrante de uma comunidade ou de uma corporação gremialista, como nos tempos medievais. (PECES-BARBA, 1995, p. 133)

Da nova ciência, o esforço dos cientistas em conquistar o direito a uma investigação racional e livre dos dogmas religiosos resulta na luta pela liberdade de pensamento e expressão e *"*produzirão, na sociedade dos séculos XVI e XVII, uma esperança na liberdade, um modelo de participação e autonomia que pode ser estendido a outras áreas como a econômica e política."(PECES-BARBA, 1995, p. 134)

Um novo direito surge como produto da necessidade de regular a novidade do monopólio do uso da força legítima pelo Estado.

O Direito Romano reincorpora-se progressivamente na cultura jurídica a partir do século XII e especialmente com o humanismo do século XV, e é decisivo para a formação do Direito moderno. Contudo, Peces-Barba ressalta que essa incorporação ocorre de forma rearranjada para servir ao novo poder e à burguesia. Nessa época, inicia-se a profissão de jurista e as exigências de formação dos juristas, diante das dificuldades técnicas que exigiam uma interpretação e construção jurídicas, impossíveis para o cidadão comum. (PECES-BARBA, 1995, p. 136)

Conforme leciona Garcia (2007), “os direitos fundamentais são conquistas que somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano”.

No que diz respeito às linhas de evolução dos direitos humanos, identificam-se quatro fases, analisadas por Gregorio Peces-Barba.

Anteriormente a elas, acontece o importante processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, que consiste em definir qual será seu conteúdo, em complemento aos questionamentos acerca do por quê (?) e do para quê (?) dos direitos. Garcia (2007) ressalva que esse é um processo que nunca deixa de existir, dada a característica de mutabilidade do conceito de direitos fundamentais, que acompanha a evolução da sociedade.

De início, foi essencial a distinção entre ética pública e ética privada, possibilitando a ideia de desvinculação do Estado com a religião:

> [...] Thomasius desenvolve com sua distinção entre Direito e Moral a convicção, que se ia consolidando, de que o Estado e seu Direito não eram o instrumento adequado para realizar a concepção do bem de uma Igreja ou confissão, com o que anunciava, além da separação do Estado da religião, também a distinção entre ética pública e ética privada, tão decisiva para a compreensão do conceito de dignidade humana, que é um dos pilares da atual teoria dos direitos fundamentais. (GARCIA, 2005, p. 426)

Somente em seguida, contextualiza-se o processo de definição dos direitos fundamentais, que compreende as fases de positivação, generalização, internacionalização e especificação, com o propósito de alcance da efetividade dos direitos fundamentais.

O processo de positivação é o primeiro na linha de evolução dos direitos fundamentais e tem por objetivo incorporar a um estatuto jurídico as denominadas pretensões morais justificadas, ideias anteriormente concebidas como direitos naturais, com a finalidade de conceder aos seus titulares eficácia e proteção.

É a passagem da discussão filosófica do direito natural racionalista ao direito positivo, com a positivação da primeira geração dos direitos humanos, os direitos de liberdade.

Em seguida, o processo de generalização consiste em estender a titularidade dos direitos de uma classe a todos os membros da sociedade.

Contudo, Peces-Barba (1995, p. 160) esclarece que na realidade, a generalização consiste no equilíbrio de duas afirmações: uma que entende que os direitos devem ser titularizados por todos os seres humanos, por serem naturais, e outro que constata que na prática eles eram restritos a uma determinada classe social, a burguesia.

Os direitos fundamentais surgem do individualismo, que propiciou à classe burguesa maior liberdade de comércio e desenvolvimento fora do sistema gremialista medieval, no qual o homem só podia ser parte de uma corporação fechada.

Por consequência disso, decorreu a necessidade da generalização dessas conquistas que, a princípio, significaram limitação aos poderes do Estado absoluto, e, como consequência, o alcance de privilégios à classe burguesa, como o direito à propriedade, inexistente até então.

> Propriedade, liberdade de indústria e de comércio respondiam mais diretamente aos interesses da burguesia comercial, mas outros que a ajudaram a alcançar o poder, como os direitos individuais, as garantias processuais e seu direito à participação política eram mais gerais e respondiam à necessidade de superar os esquemas do Estado absoluto. (PECES-BARBA, 1995, p. 118).

A internacionalização é a terceira fase de evolução dos direitos humanos e advém da necessidade de abertura da realidade social para além das fronteiras dos Estados, em decorrência do reconhecimento da existência de adversários dos direitos humanos em mais de um Estado, como as multinacionais, que controlam e violam os direitos dos trabalhadores e consumidores, os narcotraficantes e terroristas, e também as tragédias ocorridas na Segunda Guerra. (PECES-BARBA, 1995, p. 176).

O Direito internacional dos direitos humanos é o conjunto de normas e medidas internacionais que objetivam a proteção dos direitos humanos; possuem um aspecto protetivo, servem para a proteção do ser humano e não dos Estados.

A preocupação com o resguardo dos direitos do homem teve início pouco antes da Primeira Guerra Mundial e consolidou-se após o fim da Segunda Grande Guerra.

O direito internacional até então não tinha como foco a proteção das pessoas, era usado para reger o relacionamento ente os Estados. Essa mudança de paradigma foi necessária diante das inúmeras violações e abusos decorrentes das guerras.

Após a Primeira Guerra, surge o Direito Humanitário, um conjunto de normas destinadas a evitar a prática de tortura a prisioneiros de guerra, a garantir atendimento de saúde a combatentes feridos e manter civis a salvo de risco.

Mas somente com o fim da Segunda Guerra Mundial o processo de internacionalização dos direitos humanos toma corpo.

Com o legado de milhões de pessoas mortas e a prática das mais diversas formas de degradação humana, torturas, morte por inanição e uso de pessoas para experiências científicas, surge a necessidade de regulamentação de questões que tratassem de um mínimo ético que não pudesse ser violado, direitos intocáveis que deveriam ser protegidos.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), e, em paralelo, de entidades regionais como o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização da Unidade Africana (União Africana) foram decisivos para a afirmação dos direitos humanos, por meio de sistemas de proteção a que os países a eles vinculados estão sujeitos.

A ONU, fundada em 1945, possui papel central no processo histórico de afirmação dos direitos humanos, constituindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada por sua Assembleia Geral, em 1948, documento fonte de interpretação de todo o Direito Internacional de Direitos Humanos, que proclamou valores básicos visando ao alcance da dignidade humana.

O último passo de evolução dos direitos fundamentais consiste no chamado processo de especificação, que tem a finalidade de vincular os direitos às pessoas de seus titulares, de forma mais íntima. Para isso são consideradas, algumas situações, como a condição social ou cultural de pessoas que se encontram em estado de inferioridade e que necessitam de proteção especial ou a condição física de pessoas que, por alguma razão, se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais.

É o processo em que se considera a situação específica do titular, para atribuir-lhe prerrogativas específicas, como os direitos da mulher, do idoso, do consumidor, ou para considerá-lo como alvo de direitos, como o direito à paz, a um meio ambiente saudável. São os direitos de terceira geração, direitos de solidariedade e de titularidade difusa.

Com a positivação e a internacionalização dos direitos humanos diversas inovações foram conferidas aos acusados e condenados, com o intuito de efetivar os ideais de igualdade e humanidade.

2. Origem das penas

Para traçar a origem do direito de punir, Cesare Beccaria (2015, p. 23) aponta a situação dos homens primitivos que "cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança."

> A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.
> Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protege-lo contra as usurpações de cada particular [...].
> Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis. [...]

> [...] só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante.
> O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. (BECCARIA, 2015, p. 22)

Podem ser diferenciadas 3 fases da evolução da vingança como pena: a vingança divina, a vingança privada e a vingança pública.

Na fase da vingança divina, em que imperava o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, castigava-se o infrator que praticasse um ato que desagradasse a divindade, com a finalidade de purificação da alma do criminoso.

Por vezes, as normas possuíam um caráter consuetudinário, não escrito, portanto, a interpretação dos sinais enviados pelos deuses era tarefa dos detentores do poder, ocupantes das classes mais altas.

Os povos que contavam com leis escritas, como a Lei das Cinco Penas (China), o Código de Manu (Índia), os Cinco Livros (Egito) e o Pentateuco (Israel), prescreviam sanções extremamente cruéis e degradantes, aplicadas pelos sacerdotes, que agiam em nome das divindades.

> Na China, a história mais remota confunde-se com a lenda. Nos primórdios históricos comprovados eram conhecidas as chamadas "cinco penas": o homicídio penalizado com a morte, o furto e as lesões penalizados com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com a amputação do nariz e os delitos menores com uma marca na testa. Posteriormente, se conheceram penas mais cruéis, como abraçar uma coluna de ferro incandescente, esquartejamento, tortura, açoitamento, espancamento, distintas formas de pena de morte, furar os olhos com ferro candente e, especialmente, a extensão do castigo à família do autor. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 181)

Evolui-se então, para a vingança privada, que entregou a titularidade da execução da pena ao indivíduo ou ao grupo a que o lesado pertencia.

Aquele que desrespeitasse os interesses do grupo era punido com a perda da paz, consistente na expulsão do convívio do grupo e perda da proteção da sua comunidade, autorizando-se que fosse morto por qualquer pessoa. Caso o violador fosse estranho ao grupo, a ele aplicava-se a vingança de sangue.

Imperava o caráter retributivo da pena e, pelo fato de ser titularizada por indivíduos ou grupos, não havia espaço para a prisão como sanção penal; esta era utilizada somente como custódia, para garantir a execução da punição ou para garantir o pagamento de dívidas.

Após a devastação de grupos e tribos com a prática das vinganças coletivas, surge a Lei de Talião, adotada no Código de Hamurabi, na Babilônia, no direito penal hebreu e na Lei das XII Tábuas dos romanos, para garantir maior proporcionalidade à punição, podendo ser

considerada o primeiro traço de humanização das penas, limitando a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado pelo ofensor (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). (BITENCOURT, 2008, p. 29)

Em consequência disso, decorre um considerável aumento de deformidades nas populações, pelas mutilações de membros, motivando em alguns povos uma abertura para a composição penal, gênese da atual pena pecuniária.

Com o início da fase da vingança pública, o Estado toma para si o poder de manter a ordem, em especial a segurança do soberano, ainda coexistindo a vingança divina e a privada, na Grécia e Roma Antigas. A ofensa a um indivíduo passa então a ser considerada uma ofensa também ao Estado, à ordem e ao soberano.

A laicização da legislação penal, apesar de não constituir uma conquista definitiva na história do homem, é considerada um marco de evolução de humanização das penas.

Na Antiguidade, o direito greco-romano é o que apresenta o maior grau de laicização do direito penal. Da leitura dos fragmentos de sua legislação, constata-se a considerável diminuição da crueldade das punições, como consequência da perda da base teocrática da lei. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 185)

Dentre os povos germânicos, o efeito de secularização do poder punitivo ocasionou atenuação da crueldade das penas e o reforço da possibilidade de composição (*Wergeld* – pagamento de uma reparação pecuniária ao ofendido ou à sua família), importante característica do direito penal germânico, até hoje considerado exemplo para teorias abolicionistas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 190-191)

> As leis bárbaras definiam detalhadamente as formas, meios, tarifas e locais de pagamentos, segundo a qualidade das pessoas, idade, sexo, e ainda de acordo com a natureza da lesão. Era quase uma indenização tarifária. (BITENCOURT, 2008, p. 33)

Destaca-se que as sanções pecuniárias dessa época não detinham um caráter reparatório ou indenizatório. Consistiam em uma compensação pela renúncia da vítima ao direito de vingança; parte do valor era destinado à vítima ou a seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o *preço da paz*. (BITENCOURT, 2008, p. 33)

Caso o conflito não fosse solucionado pela composição, havia a possibilidade do uso do combate judicial e das ordálias, que consistiam em provas de resistência do corpo do acusado a diversos martírios: "O acusado era jogado às águas dentro de um saco fechado e se sobrevivia era considerado inocente. Se passava a mão em azeite fervente ou caminhava sobre carvões sem queimar-se, era inocente." (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 186)

O Direito Penal Canônico introduziu a prisão mediante reclusão em celas monásticas, daí provindo o nome "penitenciária".

Por relacionar o crime e o pecado à escravidão e a pena à liberação, a prisão era uma oportunidade dada pela Igreja para que, por meio da penitência e oração, os criminosos meditassem sobre o mal causado e se arrependessem dos seus pecados.

> O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo "penitência", de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras "penitenciário" e "penitenciária". Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas. (BITENCOURT, 2008, p. 35)

O direito penal canônico, antes utilizado como punição disciplinar aos religiosos, foi estendido à apuração dos delitos praticados pelos leigos.

> O procedimento penal era o inquisitorial, isto é, secreto, com clara desigualdade entre as partes, em prejuízo do acusado, com um sistema de provas legais e elásticas presunções que permitiam provar quase qualquer acusação contra o réu, o qual dispunha de pouquíssimos recursos defensivos. Em todo o processo estava latente a idéia de que o réu, além de delinquente, era um pecador. Por este motivo, como no sacramento da penitência, o réu pecador devia acusar-se de suas próprias culpas, isto é, confessar seu pecado. Considerava-se também que diante do Tribunal da justiça humana a atitude obrigada por parte do delinquente-pecador era a confissão de seu delito. (GARCIA, 2005, p. 430)

A situação de extrema miserabilidade da população, que assistia a ostentação de luxos e benefícios concedidos à nobreza, inclusive a isenção de impostos, gerou grave insatisfação e revoltas.

Para refrear essa rebelião e dominar a população houve o incremento de leis penais mais rígidas, com grande severidade no tratamento dos criminosos de baixo *status* social, ao tempo em que imunidades eram outorgadas aos integrantes das classes dominantes. Suplícios eram utilizados como espetáculo e a crueldade era exposta a todos,

> Nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam [...] criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, nariz, orelhas, castração; os açoites. (BRUNO, 1967, p. 88-89)

Há registros de que na Inglaterra, durante o reinado de Henrique VIII, aproximadamente 72 mil infratores foram enforcados; no reinado de Elizabeth "vagabundos"

eram pendurados em fila de trezentos a quatrocentos ao mesmo tempo. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 37)

A prisão como sanção criminal constitui prática recente na história do direito penal, anteriormente utilizada como medida processual, preventiva, ou para assegurar o pagamento de uma dívida.

3. Humanização do Direito Penal

A Reforma do sistema punitivo, iniciada no fim do século XVIII, foi deflagrada como resposta às severas críticas ao sistema vigente, formuladas por filósofos como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, e na área penal, por autores como Beccaria, Howard e Bentham. Os trabalhos realizados pelos intelectuais propuseram a revisão do sistema de penas, defendendo um tratamento mais humanitário aos acusados e condenados.

Cesare Beccaria defendeu que a falta de razoabilidade e humanidade nas sanções criminais não surtia o efeito preventivo delas esperado. Ao contrário, a barbárie das penas fomentava a atrocidades na prática criminosa:

> Os países e os séculos em que os suplícios mais atrozes foram postos em prática são também aqueles em que se cometeram os crimes mais horrendos. O mesmo espírito de ferocidade que ditava leis de sangue ao legislador colocava o punhal nas mãos do assassino e do parricida. [...]
> À medida que os suplícios se tornam mais cruéis, a alma, semelhante aos fluidos que se põem sempre ao nível dos objetos que os cercam, endurece-se pelo espetáculo renovado da barbárie. A gente se habitua aos suplícios horríveis; e, depois de cem anos de crueldades multiplicadas, as paixões, sempre ativas, são menos refreadas pela roda e pela forca do que antes o eram pela prisão.
> Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica. (BECCARIA, 2015, p. 53-54)

Apesar de Beccaria defender a humanização das penas, por ser adepto do contratualismo, entendia que todos os integrantes da sociedade teriam igualmente aderido ao pacto e diante da violação às regras caberia a aplicação de corretivos penais.

Sob essa ótica, pregava que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade; que deve ser necessária e aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito, bem como defendeu a abolição da tortura e da pena de morte.

Bentham colaborou de forma muito expressiva no estudo da prisão, tencionando o banimento dos castigos desumanos. De acordo com ele "o homem sempre busca o prazer e foge da dor", e sob esse fundamento visou criar um método de controle de comportamento baseado no princípio ético denominado utilitarismo. (BITENCOURT, 2008, p. 42)

Com as finalidades preventiva e corretiva da pena, a imposição de sofrimento físico foi deixada de lado, dando vez a punições menos físicas e mais humanas.

> Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação [...] em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. (FOUCAULT, 2014, p. 14)

Como expressa Foucault (2014, p. 21), a pena deixa de atingir o corpo e agora é endereçada à alma do condenado: "À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições".

No fim séc. XVIII e começo séc. XIX são eliminadas na Europa a confissão pública de crimes, o pelourinho, as obras públicas com uso de coleiras de ferro e grilhetas nos pés, a marca a ferro quente, o esquartejamento, a roda, ou seja, o castigo-espetáculo perde terreno diante de críticas pela repugnância das cenas e pela inversão dos papéis, além do sentimento de empatia para com o condenado: "[...] fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração." (FOUCAULT, 2014, p. 14)

A punição então, transforma-se em um ato velado, um feito procedimental de mera administração.

Nesse momento inaugura-se a autonomia da execução penal como um setor diverso da justiça que apura os fatos, um setor com características administrativas, cumpridor dos efeitos atribuídos pela justiça, na sentença.

> Publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. (FOUCAULT, 2014, p. 15)

A punição passa do flagelo físico à suspensão de direitos, com o distanciamento do corpo do condenado e sem infligir dor.

Até mesmo na execução da pena de morte, ainda admitida em alguns países, o uso de injeções de tranquilizantes, para tirar a vida sem dor, ilustra o que Foucault denominou "penalidades incorpóreas".

A relatividade na aferição do grau de crueldade e desumanidade de uma sanção criminal é uma constante no desenrolar da história. Exemplo disso foi a invenção da guilhotina no séc. XVIII como método garantidor de uma morte mais digna e menos invasiva, solução para dar imediatidade à execução da pena de morte, acabando com a postergação do sofrimento.

Apesar de nos dias atuais a decapitação por guilhotina significar uma penalidade horrenda, à época foi adotado pela preocupação com o bem-estar e para dar tratamento igualitário aos condenados, além de também garantir anonimato e isenção de participação do executor.

> A morte é então reduzida a um acontecimento visível, mas instantâneo. Entre a lei, ou aqueles que a executam, e o corpo do criminoso, o contato é reduzido à duração de um raio. Já não ocorrem as afrontas físicas; o carrasco só tem que se comportar como um relojoeiro meticuloso. (FOULCAULT, 2014, p. 18)

Conforme Marques (2000, p. 67), com a nova fase humanitária "o corpo deixa de ser o objeto imediato do castigo, cedendo lugar à pena de prisão, que prevalece até os dias de hoje".

A prisão assume a posição de pena padrão, pronunciada como um avanço humanitário, com o objetivo de ressocializar e recuperar, por meio do isolamento, e de disciplinar pelo trabalho.

Contudo, mesmo havendo mudança dos métodos punitivos, como afirma Foucault (2014, p. 29), é sempre do corpo que se trata:

> Ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos "suaves" de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão. [...]
>
> Mas o corpo está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso.

Como consequência disso decorre a estigmatização do público alvo dessa disciplina institucional, inicialmente jovens, mulheres, doentes e prostitutas, e, nas instituições contemporâneas, os desprivilegiados sociais, que são a ela submetidos.

Ainda após a abolição de métodos cruéis de penalidade, o princípio da humanidade não teve total implementação na execução penal.

Beccaria (2015, p. 22) assevera que as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

A universalização da pena de prisão que adveio do discurso humanista de extirpação da crueldade não se mostrou eficaz nem para a ressocialização nem como limitação do poder de punir do Estado.

Verifica-se que na prática a prisão nada mais é que um método de isolamento social do indivíduo, adotado hoje como base do sistema punitivo, que propicia o controle social por meio da contenção, possibilitando a ocorrência de abusos por parte do Estado, e gerando a despersonalização do ser humano.

Zaffaroni (2002, p. 137) explicita que "o criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar 'de cima', e sim, em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa".

Por conseguinte, o Estado não tem o poder de tratar o criminalizado como ser inferior, tampouco de desconsiderar qualquer característica inerente a sua condição de pessoa.

Os países que assumiram o compromisso de respeito ao princípio da humanidade devem comprometer-se a executar as penas tratando os homens em condições de igualdade, sem o rebaixamento do *status* de ser humano, e por tempo determinado.

> Como veremos oportunamente com mais detalhe, 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. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 177-178)

Nesse ponto, denota-se a importância dos processos de positivação e de internacionalização dos direitos humanos na seara da execução penal.

> Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. (COMPARATO, 2015, p. 24)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 traçou princípios gerais de justiça: a lei devia ser a mesma para todos, não devia prever a prisão arbitrária ou castigos além daqueles "estrita e obviamente necessários" e o acusado devia ser considerado inocente até que fosse declarado culpado. (HUNT, 2009, p. 137)

Por seu turno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não faz diferenciação hierárquica entre direitos civis, políticos e sociais, destacando-se os seguintes, ligados à humanização no tratamento dado aos reclusos: vida, liberdade e segurança pessoal, proibição de escravidão e servidão, proibição de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante,

proibição de prisão arbitrária, presunção de inocência, reconhecimento como pessoa, dentre outros.

> O § 6º do art. 5º da Convenção Americana de Direitos humanos estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade deve ser "a reforma e a readaptação social do condenado". Em geral podemos afirmar que estes objetivos são os de toda prevenção especial penal que se dirija ao criminalizado [...]. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 178)

O Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992), aprovado em 1966, com aplicabilidade imediata, trouxe a importante garantia de integridade do preso.

Apesar de não abolir a pena de morte, impôs restrições aos Estados que a adotam, como utilizá-la apenas aos crimes mais graves e somente se já prevista pela lei vigente à época do crime; prever a possibilidade do perdão ou comutação por outra espécie de sanção e proibir sua execução a menores de 18 anos e mulheres grávidas.

Em 1989 foi instituído o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que dispôs que a pena de morte seja reservada a crimes praticados em tempo de guerra e somente para condenação de natureza militar de gravidade extrema (BRASIL, 2009).

A Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela ONU em 1984, impôs aos Estados o dever de adotar medidas para impedir a prática de atos de tortura, inadmitindo a invocação de exceção, concedendo-lhe um caráter absoluto.

Em seu art. 1º define o termo tortura, como sendo:

> [...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (BRASIL, 1991)

Posteriormente foi instituído o Protocolo Facultativo à Convenção contra a tortura, em 2002, que fixou um sistema de visitas regulares por órgãos nacionais e internacionais a lugares de privação de liberdade (BRASIL, 2007).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) é o principal documento do sistema interamericano (WLOCH, 2018) e reconheceu o direito à vida, à integridade pessoal, a proibição da escravidão e da servidão, direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição por delito político e garantias judiciais,

como juiz natural e imparcial, presunção de inocência, acesso à defesa técnica, direito à não autoacusação e direito de recorrer da sentença, além de restrições à aplicação da pena de morte, como a proibição de retrocesso em países que já tenham abolido tal prática.

Seu Protocolo Facultativo referente à abolição da pena de morte, aprovado em 1990 (BRASIL, 1998), e ainda não assinado pelos Estados Unidos da América, ressalvou a possibilidade de adoção da pena capital somente em caso de guerra declarada.

Entretanto, mesmo após o avanço normativo interno e internacional na área penal, a falta de efetividade dessas normas permite a ocorrência de recorrentes violações aos direitos humanos, praticadas pelos Estados que assumiram a sua proteção. Com isso, possibilita-se que o fim da penalidade criminal continue sendo o de causar sofrimento ao ser humano, sem perspectiva de recuperação ou ressocialização.

Considerações finais

O Estado como coordenador das ações da sociedade tem o Direito como organizador e integrador. Nesse contexto, busca-se harmonizar o convívio das pessoas aplicando a lei e sancionando aqueles que prejudicam as relações sociais. Apesar da estrutura judicial existente, ainda se enfrenta dificuldade em punir os transgressores sem violar o arcabouço jurídico nacional e internacional.

A luta pela humanização do direito penal perpassa por avanços e retrocessos na história. Dada a caraterística da gradatividade, para que ocorram mudanças evolutivas nos direitos humanos, são necessárias as condições certas e o momento histórico propício.

A evolução do pensamento elevou a autonomia do ser humano e tornou possível o exercício de liberdades conquistadas com as lutas pelos direitos fundamentais. A liberdade de crença, intelectual, política e econômica – levaram a sociedade estamental e teocêntrica a uma sociedade antropocêntrica e individualista.

As lutas pelos direitos humanos na seara penal são fatos históricos recentes, as conquistas vão desde o objeto a ser tutelado pelo Estado, diferenciando-se o delito do pecado, a exclusão de superstições nos procedimentos de apuração criminal, atribuindo-se a racionalidade e a discussão acerca das finalidades da pena.

As conquistas jamais podem ser esquecidas, uma vez que não são definitivas e o risco de retrocesso é iminente. As penas de prisão, quando mal executadas, não resultam em recuperação do indivíduo nem ressocialização, tão somente configuram um meio de controle social que deturpa os reais objetivos da sanção.

É inegável a contribuição do processo de positivação de normas internacionais sobre o tema, mas estas ainda não contam com a cogência necessária para uma eficaz fiscalização e execução.

O banimento das penas cruéis que violavam o corpo dos apenados não significou o reconhecimento definitivo da evolução de direito fundamental na área penal, pois é sabido que diversas violações continuam a ser perpetradas, mas agora de forma velada e não normatizadas.

A ausência de dor física não é sinônimo de humanização da pena em sua completude, se ainda mantidas a humilhação, o autoritarismo exacerbado, a falta de assistência médica, e de instalações físicas condizentes com um mínimo exigido à integridade da pessoa.

Se a pena de prisão ainda se mostra necessária, que seja útil, que traga proveito à humanidade, e, sendo um encargo assumido pelo Estado, que este a execute com respeito à dignidade humana.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 13. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Brasília, DF, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Brasília, DF, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Brasília, DF, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. **Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1998**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, Brasília, DF, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. **Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007.** Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes,

Brasília, DF, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm. Acesso em: 15/02/2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto Legislativo n. 311, de 16 de junho de 2009**. Promulga o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Brasília, DF, [2009]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html. Acesso em: 15/02/2019.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñes. Madrid: Trotta, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humanos. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio. **O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Edição comemorativa 10 anos do convênio de dupla titulação entre a Univali e a Unipg**. ISBN-IT 978-88-99490-04-01, 2016.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul/dez, 2005.

GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito de direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. 31/10/2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2343. Acesso em: 06/02/2019.

HUNT, lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

WLOCH, Fabrício. SILVA, Carlos Roberto da. A efetivação dos direitos fundamentais à luz de Canotilho e de Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, p.

272 - 287, 19 jun. 2017. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12317. Acesso em: 20/02/2019.

WLOCH, Fabrício. Brazilian Citizenship before the Inter-American Court of Human Rights. 2018. **International Journal of Development Research**. 31/01/2018. Disponível em: https://www.academia.edu/35845286/Brazilian_Citizenship_before_the_Inter-American_Court_of_Human_Rights?auto=download. Acesso em: 22/02/2019.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.