

Individualização e espécies de pena ínsitas no texto constitucional

Individualization and unique penalty species in constitutional text

Acram Isper Jr.

Submetido em: 20/01/2022

Aprovado em: 22/01/2022

Publicado em: 15/02/2022

DOI: 10.51473/rcmos.v2i1.266

Resumo

A partir da análise da Constituição é possível observar que esta funciona não só como fundamento, mas, principalmente, como limite ao *jus puniendi*, especialmente através de seus ditames principiológicos, por isso, o presente artigo utilizou do método bibliográfico para buscar arcabouço teórico, embasado tanto na doutrina brasileira quanto na estrangeira, que fosse capaz de modificar o debate acerca da aplicação do *potestas puniendi*. Destarte, analisa-se a evolução existente na forma de como o poder de punir estatal é tratado em discursos tradicionais e buscou discorrer a maneira que o constitucionalismo contemporâneo acarreta inúmeras modificações e como este entrelaça-se com o direito penal, a partir do pressuposto de um Estado Democrático de Direito como Estado Constitucional e, por isso, são geradas diversas alterações estruturais, tendo em vista a adoção deste paradigma. Ademais, apresenta-se que, diante das inovações ocorridas diante do advento da promulgação da Carta Magna de 1988, o direito penal não pode permanecer fechado, devendo permitir ter sua atuação e aplicação de sanções modificadas, haja vista os ditames de valores democráticos, recebendo um novo sentido, não somente meramente repressivo e punitivo, mas também ressocializador.

Palavras-chave: Prisão. Individualização da Pena. Ressocialização. Princípios Constitucionais. Limites do Poder Punitivo.

Abstract

From the analysis of the Constitution, it is possible to observe that it works not only as a foundation, but mainly as a limit to the *jus puniendi*, especially through its principiological dictates. Therefore, this article used the bibliographic method to search for theoretical framework, based on both in Brazilian and foreign doctrine, that was able to modify the debate about the application of *potestaspuniendi*. Thus, the existing evolution in the way in which the state's punishing power is treated in traditional discourses is analyzed and sought to discuss the way that contemporary constitutionalism entails numerous modifications and how it intertwines with criminal law, based on the assumption of a Democratic State of Law as a Constitutional State and, therefore, several structural changes are generated, in view of the adoption of this paradigm. Furthermore, it is presented that, in view of the innovations that occurred in view of the advent of the promulgation of the 1988 Constitution, criminal law cannot remain closed, and should allow its performance and the application of modified sanctions, given the dictates of democratic values, receiving a new feeling, not only merely repressive and punitive, but also re-socializing.

Keywords: Prison. Individualization of Penalty. Resocialization. Constitutional principles. Limits of Punitive Power.

1 INTRODUÇÃO

Na seara da atividade jurisdicional do Estado, uma das suas funções é a proteção de um bem jurídico, isto é, por ele tutelado. Em caso de violação desse bem, a lei brasileira autoriza a aplicação de penalidades àquele que violou um direito, ou seja, atentou contra o bem jurídico tutelado. Sendo assim, a Magna Carta exprime em seu art. 5º, XLV, mesmo que não exaustivamente:

Artigo 5º XLV: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

Além disso, o Código Penal, da mesma forma, apresenta de forma taxativa, no Título V, em seu capítulo I, as espécies de penas:

Título V
Das Penas

- Capítulo I
Das espécies das penas
Art. 32:As penas são:
I - Privativas de liberdade;
II - Restritivas de direitos;
III - de multa.

Perante o supra referido, é de suma importância reiterar que o direito à liberdade é um dos valores norteadores do ordenamento pátrio, tendo, portanto, o encarceramento um caráter excepcional e temporário, sendo possível sua aplicação apenas nos parâmetros estabelecidos na legislação penal.

Diante deste prisma, observa-se que o legislador admite no sistema jurídico brasileiro a aplicação de penas alternativas, não se atendo somente a punições corpóreas. Estas penas alternativas são tuteladas desde o ano de 1984, com a lei 7.210 (execução penal), abrindo um leque de opção no que concerne à aplicação de sanções, facilitando e operacionalizando, assim, o Princípio de Individualização das penas, pois amplifica as possibilidades para moldar a legislação aos casos concretos. Porém em 1988 as penas alternativas se expandiram, acrescentando mais duas, todas dispostas no art. 43 do Código Penal:

- I- Prestação pecuniária;
II-perda de bens e valores;
III- prestação de serviço a comunidade;
IV- Interdição temporária de direitos;
V- Limitação de final de semana;

Desta maneira, o sistema jurídico nacional compreende em seu texto normativo, conjugando texto constitucional com a lei infraconstitucional de natureza penal, três modalidades de penas: Pena Privativa de Liberdade, Pena Restritiva de Direitos ou Alternativas e por fim, Pena de Multa, abordadas posteriormente.

Os presídios superlotados e o grande número de reclusos reincidentes dão foco e abrem discussão quanto à eficácia das formas institucionalizadas de sentença, pois o aumento de presídios e a irredutibilidade da lei parecem não estar surtindo efeitos positivos, quando analisados isoladamente.

No presente trabalho, delinaremos a história da pena, partindo desde os primórdios, com penas desproporcionais e baseadas em rituais de crueldade, inexistindo a ideia de ressocialização do réu, ora apenado, até penas humanizadas, pautadas por entes internacionais, baseando a ressocialização nas penas alternativas. Assim, retrataremos a realidade brasileira diante desses incentivos internacionais e apontaremos as possíveis soluções para, de fato, ocorrer uma efetiva ressocialização. Destarte, diante da crise mencionada, no direito penal e seus discursos legitimadores, é de extrema necessidade analisar o problema minuciosamente a fim de encontrar a raiz do problema, isto é, no próprio agente causador.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES AO PODER PUNITIVO

Com os adventos de acontecimentos históricos do século XX, cita-se, por exemplo, as duas grandes guerras e os horrores acarretados por tais, trouxe à tona diversas modificações no seio social e na forma em que ela se organiza, dentre as modificações podemos ressaltar a limitação do poder punitivo, proporcionando uma sensível modificação na própria teoria do direito, desapegando de teorias meramente positivistas e dando lugar aos princípios, que passaram a ser o núcleo dos sistemas constitucionais.

Vale ressaltar que os princípios constitucionais não se confundem com os princípios gerais do direito, pois estes se formam a partir de outro vetor de racionalidade, qual seja fático, normativista ou axiológico, isto é, a ideia de causalidade que é incorporado em maior ou menor medida pelos diversos positivismos, baseando o conceito num caráter meramente matemático. (Cf. OLIVEIRA, 2008; ABOUD et alii, 2015). Distintivamente dos princípios gerais do direito, os princípios constitucionais abrem uma possibilidade de dimensão existencial ao direito, pois “a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito, porque, por meio dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” (STRECK, 2014b, p.288).

362

Nesse sentido, é importante dizer que estes princípios constitucionais [...] diferem dos princípios do direito, sendo, agora, princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade. (NEVES *apud* ABOUD et alii, 2015, p. 315.).

Desta forma, é válido evidenciar que os princípios constitucionais não se suprem com uma adequação racional, sendo normativos e distanciando sua normatividade “[...]de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade” (STRECK, 2014, p. 67), exigindo, além da racionalidade, uma conformação do ser do próprio sistema jurídico. Na mesma forma, “Os princípios (constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico (no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem,

para o modo de esse homem serno mundo, na facticidade” (op. cit., p. 234).

No entanto, para se compreender o cerne do conceito de bem jurídico a partir da Constituição dentro de quaisquer umas das duas Teorias Constitucionais do bem jurídico, é necessário compreender o significado da expressão Política Criminal. Que, segundo Liszt, citado por Luiz Regis Prado (1997, p. 33) “a Política Criminal vem a ser um compêndio sistemático de princípios conforme os quais o Estado leva adiante a luta contra o delito”. Segundo Luiz Regis Prado, para Liszt o bem jurídico se encontra no limite entre a Política Criminal e o Direito Penal (1997, p. 33). Já em se tratando do bem jurídico no argumento da Constituição o pensamento não se difere muito, vez que segundo o mesmo autor “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma condição de normatização de diretivas político-criminais” (1997, p. 51).

Isso constitui que o bem jurídico penal numa expectativa constitucional deve partir da observância dos princípios constitucionais que ensaiem caminhos mais convenientes para Estado na sua ação contra o delito.

Dessa mesma maneira, como se vê da contextualização evolutiva tanto do bem jurídico, feita no primeiro item deste artigo, como do registro evolutivo do pensamento jurídico do jusnaturalismo mais primitivo até o pós-positivismo, o bem jurídico-penal, hodiernamente deve ser enquadrado numa perspectiva pós-positivista, que dado o estudo ora realizado, melhor se desenvolve dentro da Teoria Constitucional de caráter amplo.

Assevera este argumento a afirmativa de Luiz Regis Prado (1997, p. 54) quando fala dos princípios fundamentais e bem jurídico: “O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteadas pelos princípios fundamentais da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade”.

3 DIREITO PENAL E PENA

Podemos medir o nível de evolução humanitária conforme a evolução das penas no âmbito social. Desta forma, quanto mais graves e desumanas as penas, mais precário era o desenvolvimento ético-filosófico. O abandono das penas aflitivas, controversas à dignidade da pessoa humana, representaria, assim, a evolução social, mesmo que ainda haja resquícios destas penas na modernidade, presente nas penas privativas de liberdade.

Nos liames históricos da pena no Direito Clássico, é notório a influência de três correntes: retributivas, preventivas e mistas ou ecléticas.

Para os retribucionistas, como já explícito pelo próprio nome, o crime, sendo uma conduta transgressora, merece uma resposta, uma espécie de vingança, deixando o âmbito privado, tornando-se público. Na ideologia do Estado absolutista, o crime se trata de uma ofensa ao soberano, o que provoca uma ira que deve ser correspondida em penalidades corpóreas severa, o que já explica os inúmeros conflitos da época. Entretanto, mesmo o Estado passando a se organizar num Estado liberal, a mesma ideia permanece, mas agora se trata de um atentado contra a ordem jurídica e à vida em sociedade, estando, também, à mercê de uma punição à altura da gravidade do ato.

Originada na ideia do Talião (“olho por olho, dente por dente”), baseia a concepção de justiça na igualdade do mal do crime a mal da pena. Por se assemelhar à vingança, tal teoria infunde-se de racionalidade, pois não busca a pacificação, mas assevera mais ainda a violência.

Observa-se que na reprovação está a ideia de retribuição da pena, com cita Roxin, “a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de uma mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria absoluta porque para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense” (ROXIN, *apud* GRECO, 2008, p. 489).

Distintivamente da teoria retributiva, a corrente preventiva assevera a busca de uma consequência positiva para o delito, postergando seus efeitos, visto que o que já foi praticado não é reversível, reduzindo, assim, o ato praticado. Neste caso, busca-se uma prevenção de natureza geral, de forma a dissuadi-los de atos criminosos. A prevenção geral negativa se baseia em uma linguagem de ameaça, estabelecendo penas rigorosas, uma espécie de Direito Penal do Terror. Já a geral positiva acredita no resgate da confiança dos componentes da sociedade, onde o cumprimento da pena nada mais é que a garantia que o agente irá pagar pelo que cometeu. Abandona-se a ideia de mera vingança para basear-se em foros de defesa social.

Ainda numa perspectiva preventiva, advém uma preocupação não comente àquele que venha a praticar o crime, mas também a quem já praticou, de forma de não volte a praticar. Destarte, numa dimensão negativa, usa-se instrumentos de segregação social, em forma de pena restritiva de liberdade, com o intuito de coibir o agente de praticar novos delitos. Em matéria de prevenção positiva, fala-se de uma prevenção voltada ao agente, de maneira a ressocializá-lo aplicando métodos pedagógicos a fim de resgatar valores sociais ora abandonados.

Baseadas nas correntes supracitadas, surgem as ecléticas ou mistas, que compreendem tanto os aspectos da vingança como

o da prevenção, que regrados pela punição limitada da culpa, são dosados simbioticamente.

4 CONCEITO DE PENA E SISTEMAS PRISIONAIS

Na visão de Luiz Vicente Cernicchiaro, a pena pode ser analisada diante de três aspectos, “substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio do contraditório; e teleologicamente, mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.” (Cernicchiaro apud MIRABETE, 2000, p. 46).

Segundo Soler, a pena é “uma sanção afliativa imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”. (SOLER, apud MIRABETE, 2000, p. 246). E, Fernando Capez (2002, p. 319), estabelece a pena como:

sanção penal de caráter afliativo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.”

5 SISTEMAS PRISIONAIS

Diante o citado anteriormente, as penas eram impostas de maneira afliativa, onde o corpo do agente pagava pelo ato transgressor cometido.

Neste liame, a pena privativa de liberdade tem seu fundamento na Idade Média, como melhor nos explicita Manoel Pedro Pimentel, quando afirma que a pena “teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus”. (PIMENTEL, apud GRECO, 2008, p. 494).

Já os sistemas penitenciários encontram suas raízes afincas no século XVIII, que, segundo Cezar Roberto Bitencourt, tiveram, “além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia”. (BITENCOURT, apud GRECO, 2008, p. 492).

Durante esta evolução, podemos encontrar destaque nos sistemas Pensilvânico, Auburniano e Progressivo.

No Pensilvânico, também conhecido como celular, o recluso era isolado, recolhido do restante dos presos, privado do exercício de trabalho e de visitas, e imposto a um arrependimento persuasivo pela leitura de sagradas escrituras. O sistema recebeu diversas críticas, pois além de severo e desumano, impossibilitava a reabilitação do agente.

Posteriormente surge o sistema auburniano, onde permitia-se que o preso trabalhasse na sua cela, até em grupo, porém em um total e absoluto silêncio. Este sistema, ainda, proibia visitas familiares e abolia lazer e exercícios físicos, e abriu discussão sobre sua também ineficácia.

No sistema progressivo, como o próprio termo define, tratava-se de uma progressão da pena, dividida em três estágios, onde no primeiro o preso era totalmente isolado, no segundo era permitido que trabalhasse, mas em silêncio, e no terceiro permitia o livramento condicional.

6 CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

De acordo com o art. 32 do Código Penal, as penas podem ser: Privativas de liberdade; restritivas de direitos; e Multa. As penas privativas de liberdade para os crimes ou delitos são as de reclusão e detenção.

Já as penas restritivas de direitos, conforme a nova redação dada ao art. 43 do Código Penal pela Lei 9.714/98 é classificada em: Prestação Pecuniária; Perda de bens e valores; Prestação de Serviços à comunidade ou entidades públicas; Interdição temporária de direitos; e Limitação de fim de semana.

6.1 Penas privativas de liberdade

364 As penas privativas de liberdade, como já citado, no Código Penal, são reclusão e detenção.

Ela vem prevista no preceito secundário de cada tipificação penal, dando margem à análise de proporcionalidade entre a sanção imposta em observância com o bem jurídico ora protegido.

As penas de reclusão e detenção são distintas quando se leva em consideração o escopo em que se encontra, seja no Código Penal ou no Código de Processo Penal, como posto a seguir:

- i. A pena de reclusão será cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a de detenção deve ser cumprida em regime semiaberto, ou aberto, exceto quando há necessidade de transferência a regime fechado

(art. 33, *caput*, CP);

- ii. Havendo concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executando-se primeira aquela (arts. 69, *caput*, e 76 do CP);
- iii. Em relação à medida de segurança, se o fato praticado pelo inimputável for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial;
- iv. Já em referência a prisão preventiva, estando presentes os requisitos do art. 32 do CPP, poderá decretar nos crimes dolosos punidos com reclusão; em contrapartida nos casos de detenção, somente será admitida a prisão preventiva quando o indiciado for vadio, e havendo dúvida sobre a sua identidade (art. 313, I e II, do CPP);
- v. A autoridade policial, por sua vez, poderá conceder fiança nas hipóteses das infrações punida com detenção (art. 322 do CPP);
- vi. No caso dos crimes dolosos contra a vida punidos com reclusão, e, portanto, inafiançáveis, a intimação sempre será feita ao réu pessoalmente (art. 414 do CPP).

Vale ressaltar que a Lei de Contravenções Penais prevê a prisão simples como pena privativa de liberdade. Esta deve ser cumprida em estabelecimento especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. O apenado deverá ficar separado dos condenados à reclusão ou detenção.

6.2 Penas restritivas de direitos

Com o intuito de não deixar os reclusos menos perigosos com àqueles com maior grau de periculosidade, nosso ordenamento dá alternativas de substituições das penas privativas de liberdade por penas alternativas. As alternativas são consideradas autônomas por constituírem um efeito principal na condenação e substitutivas por ser permitido apenas em substituição, motivo este de percebermos a aplicação de uma pena privativa de liberdade, e, posteriormente, uma restritiva de direito. Desta maneira, define Damásio de Jesus as penas restritivas de direito como, “sanções e medidas que não envolvam a perda de liberdade”.

Acrescenta também Fernando Capez ao disciplinar que:

As penas alternativas procuram atingir as seguintes metas: a) diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário; b) favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente; c) reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentre todas, é a que detêm o maior índice de reincidência; d) preservar os interesses da vítima.”

6.2.1 Classificação das penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos classificam-se em genéricas e específicas, onde as específicas são aquelas que se aplicam apenas a crimes especificamente determinados, e as genéricas são as demais, substitutivas de penas de quaisquer crimes. Neste diapasão, podemos classificar as penas restritivas de direitos em: Prestação pecuniária; Perda de bens e valores; Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; Interdição temporária de direitos; e Limitação de fim de semana.

Prestação pecuniária: Trata-se de pagamento monetário à vítima, seus dependentes ou entidades públicas ou privadas com destinação social. O juiz poderá fixar a prestação entre 1 e 360 salários-mínimos. Porém para esta aplicação se deve observar os seguintes requisitos:

- Terá prioridade a vítima e seus dependentes, para poderem estando as entidades públicas e privadas após estes;
- A fixação não poderá ultrapassar o valor acima mencionado (1 a 360 salários);
- No caso de os beneficiários coincidirem, o valor pago, ou à vítima ou a seus descendentes, serão deduzidos do valor total em ação de reparação civil.

Perda de bens e valores: Implica ao recluso perda no que concerne ao Fundo Penitenciário Nacional do montante que tem como teto o prejuízo causado ou a vantagem obtida com a prática criminosa.

Para diferenciar a perda de bens e valores e o confisco, Luiz Flávio Gomes entende afirma que: “só cabe o confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art. 91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens e valores não requer sejam bens frutos do crime (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são seus bens ou valores legítimos, os que integram seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova da origem ilícita deles” (GOMES, apud GRECO, 2008, p. 540).

Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas: Consiste na participação do apenado em tarefas não remuneradas em instituições públicas como escola, hospitais etc. As tarefas atribuídas levam em conta as aptidões do condenado e são calculadas tomando como base uma hora de tarefa por dia de condenação, de modo que não prejudique a jornada normal de trabalho.

Quanto suas especificações, só poderá ser aplicada nas penas superior a seis meses de pena privativa de liberdade, e

se esta for superior a um ano, fica a escolha do apenado cumprir a pena em menor tempo (art. 55 do Código Penal Brasileiro), porém nunca inferior à metade da pena antes afixada.

Interdição temporária de direitos: Esta se subdivide em quatro tipos, sendo:

- Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, ou mandato eletivo;
- Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;
- Proibição de frequentar determinados lugares.

Segundo a previsão legal deverá ter a mesma duração da pena substituída.

Limitação de fim de semana: De acordo o art. 48 do CP, a limitação de fim de semana se trata da obrigação de permanência, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante essa permanência poderá ministrado cursos e palestras ou poderá desenvolver atividades educativas.

6.3 Pena de multa

Consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. O número poderá variar entre 10 e 360 dias-multa, sendo fixada pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário-mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, parágrafo 1º, do CP). Na fixação da pena de multa, o juiz deverá atender, essencialmente, à situação econômica do réu, podendo seu valor ser aumentado até o triplo se o magistrado considerar que é ineficaz embora aplicada no máximo.

A aplicação da pena de multa deve, ainda, encontrar o número de dias-multa a ser aplicado, atendendo-se ao critério trifásico do art. 68 do Código Penal, e atribuir o valor de cada dia-multa considerando-se a capacidade econômica do sentenciado.

Como ressaltado por Luiz Regis Prado (Prado, Regis, 1995, p. 02). em artigo pela revista dos tribunais:

1. Tem indubitável caráter afletivo, pois impõe ao delinqüente uma privação certa, o que assegura seu efeito intimidante. Alguns habitam-se ao cárcere, mas ninguém se acostuma a pagar multas.
2. É divisível e flexível ao extremo, o que permite adaptá-la facilmente às condições pessoais do condenado, aos seus recursos, às circunstâncias do delito cometido, ect!
3. Ao contrário do presídio, não degrada o condenado nem desonra a sua família; o multado não se corrompe, nem se contamina, permanece com os seus, não perde seu emprego, nem abandona seus meios normais de subsistência.
4. É a mais reparável das penas, pois, uma vez cumprida caso se comprove erro judiciário, pode ser integralmente devolvida, o que não ocorre com as penas privativas de liberdade.
5. É econômica, porque não somente evita os enormes gastos que o Estado deve destinar à manutenção dos estabelecimentos carcerários, mas também pode constituir uma forma de renda para o Estado

De mais a mais, essa pena não lesiona um bem jurídico considerado elementar da pessoa humana, como é a liberdade, mas nem por isso deixa de ter força intimidativa, pois grava sobre bens econômicos e, numa sociedade centrada ao redor do dinheiro, a privação de tais bens tem um peculiar significado. “

7 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DAS PENAS E A RATIFICAÇÃO SEM RESERVAS DO ESTATUTO DE ROMA

A Constituição Federal Brasileira no art. 5º, inciso XLVII petrifica que não são lícitas penas de morte, exceto em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, também vedando as penas, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Logo se verifica, o legislador se atentou em repelir determinadas espécies de pena que pudessem ser configuradas em violação de direitos considerados primordiais, abraçando, desta forma, penas mais humanas. Não existiu o acordo de que as penas severas poderiam trazer maior pacificação guerreando a criminalidade que se intensifica.

366

Desta maneira, compreendeu-se que ao apenado deveriam ser aplicadas penas mais justas, que observem princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, como o da dignidade da pessoa humana.

Tal vedação, por ser um dos direitos e garantias individuais, é tida como cláusula pétrea, sendo, portanto, imutável e não sujeita a reforma ou emenda (art. 60, §4º, inciso IV, CF).

Porém, no Estatuto de Roma existe previsão de pena que não se compatibiliza com os preceitos constitucionais Brasileiros, como exemplo podemos verificar o art. 77, aliena ‘b’, que recepciona a aplicação da pena de prisão perpétua, se existir um elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, o que comprova que nem todas as normas internacionais ratificadas pelo Brasil são coerentes com as nacionais.

Todavia, cabe esclarecer que o Brasil ratificou o Tratado em sua totalidade, não sendo conjecturada a possibilidade de ser realizada a ratificação com reservas. Dessa maneira, o país que faz parte do Estatuto se submete a todas as regulamentações nele contidas, não podendo resistir a norma com o argumento de que contradiz suas leis internas. Mesmo porque há o entendimento de que caso desta forma ocorra, as normas internacionais incompatíveis são automaticamente não recepcionadas. Vale mencionar o entendimento de COMPARATO (2003, p. 468): “O exame atento das disposições constitucionais brasileiras que parecem conflitar com o Estatuto, como bem salientou as autoridades acima citadas, leva à conclusão de que aquelas normas internacionais não de ser aplicadas no Brasil”.

A ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil fez com que este anuísse a todos os dispositivos nele previstos, não podendo ser escolhidos aqueles aplicáveis de maneira mais ritmada com a Constituição Federal. A leitura do texto e do objetivo do Tratado foi oportunizada, abrindo a possibilidade de o Estado parte abrigar ou não a sua integração aos instrumentos internacionais de combate à violação dos direitos humanos.

8 O BRASILEIRO NATO PERANTE TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A APLICAÇÃO DA PENA PERPÉTUA

Com a ratificação assentida sem reservas, posteriormente a vigência do Tratado no Brasil, passou-se a debater se é possível a entrega de brasileiro nato ao Tribunal Penal Internacional; e a aplicação de pena de caráter perpétua a este.

É importante mencionar que a Constituição Federal proíbe a extradição de brasileiro nato, ficando silente quanto a entrega. Por isso, é distinto na doutrina o conceito destes institutos para que não haja dúvida quanto aos objetivos, finalidades e procedimento de cada um.

A extradição é porque um Estado, no intuito de cooperar com outro, entrega a pessoa para ser processada e julgada criminalmente. Esta tanto pode ser ativa, quando requerida pelo Brasil, ou passiva, no caso de ser requerida a este por outro país. As duas espécies são regulamentadas por tratados assinados entre os países, porém, caso não tenha sido constituído nenhum tratado entre ambos, caberá ao próprio Direito Internacional do país a quem se requereu regulamentar a respeito. No Brasil, esta matéria está regulamentada na Lei nº 8.815/80 no Decreto nº 86.715/81. E, na Constituição Federal no art. 5º, incisos LI e LII, está previsto que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”; e também que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”, apresentando como cláusulas pétreas a teor do que dispõe o art. 60, § 4º, inc. IV, CF.

Já a entrega, diferentemente da extradição, não se trata de acordo entre dois países, mas sim de um Estado Parte do Estatuto de Roma com um órgão de jurisdição internacional, o Tribunal Penal Internacional. Desta forma, de acordo com o art. 89, § 1º do Estatuto, o Tribunal poderá requerer a entrega de um indivíduo a qualquer Estado em que esta esteja. O próprio Estatuto do Tribunal Penal Internacional distinguiu a entrega da extradição no art. 102, alíneas a e b, entendendo-se por “entrega” a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, e por “extradição” a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado.

Ficando esta diferenciação bem clara e precisa dos institutos de entrega e extradição. Desta forma, atendo-se que a Constituição Federal dispõe sobre a proibição de extradição de brasileiro nato, nada impediria a entrega deste ao Tribunal Penal Internacional. Aliás, conforme é o entendimento de COMPARATO (2003, p; 469), as normas que preconizam sobre a entrega não pertencem ao âmbito da Constituição Federal:

Ora, sendo o Tribunal Penal Internacional, como é óbvio, um órgão do sistema internacional de direitos humanos, não se pode deixar de concluir que a entrega de cidadão brasileiro àquele tribunal refoge ao âmbito de aplicação do art. 5º, LI, da nossa Constituição.

Outra questão que causa consternação é a possibilidade de aplicação de pena de caráter perpétuo aos brasileiros que porventura venham a ser julgados no Tribunal Penal Internacional. A possibilidade decorre do que dispõe o artigo 77 do Estatuto, observando que o artigo 80 do mesmo diploma dispõe que não restará prejudicada a aplicação pelos Estados das penas previstas nos respectivos direitos internos e da legislação de Estados que não possuam as penas previstas no Estatuto.

Diante destas previsões, não se pode descartar que o brasileiro nato pode ser entregue ao Tribunal Penal Internacional, e, ainda, ser condenado e cumprir uma espécie de pena (caráter perpétuo) que é terminativamente impedida no ordenamento jurídico interno. Isto se legitima em virtude de o Tribunal Penal Internacional visar à proteção dos direitos humanos quando houver crimes de natureza grave, rechaçando a impunidade.

Nesse sentido, vale destacar os ensinamentos de PIOVESAN (2010, p. 233):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça.

Na esfera nacional, a pena de caráter perpétuo é definitivamente contrária ao princípio constitucional da dignidade da

pessoa humana, contudo, parece que a intenção é o entendimento de que perante as normas internacionais, sobrepõe a proteção da sociedade internacional, objetivando punir e coibir afrontas aos direitos elegidos inerentes a todos às nações, os direitos humanos. Tanto é assim, que a doutrina aponta que esta sistemática é voltada para um sistema jurídico internacional não se confundindo com regulamentos de legislações internas. Nesse sentido, esclarece MAZZUOLI (2006) que a interpretação mais acertada quanto à vedação da pena de caráter perpétuo na Constituição Federal é no sentido de que essa se direciona apenas ao legislador interno brasileiro, não se estendendo aos legisladores estrangeiros e internacionais, que estão voltados a finalidade de construir um sistema jurídico internacional.

Tanto é assim, que o “Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, já autorizou a extradição Estados que adotam a pena de morte, com a condição de que houvesse a comutação desta pena pela de prisão perpétua”. (MAZZUOLI, 2006, p. 42)

Contudo, mesmo diante desta justificativa e das finalidades para as quais se volta a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, não se pode perder de vista que o princípio da dignidade da pessoa humana também compõe este almejado sistema jurídico internacional, e que a pena de caráter perpétua, embora permitida, não se coaduna aos preceitos de proteção dos direitos humanos.

Assim sendo, não se pode olvidar que acima da garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e da soberania do Estado, que o Estatuto busca equacionar (PIOVESAN, 2007), outros valores devem prevalecer a fim de se evitar a contradição de se proteger determinados direitos, violando os demais, tornando o contrassenso de um Tratado Internacional de Direitos Humanos aplicar uma espécie de pena que vai de encontro a toda sistemática que visa trazer mais humanidade aos dias atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto ao trabalho apresentado, colocamos em pauta uma pergunta necessária concernente ao tema: inexistindo a tipificação e penalização dos fatos ora ilícitos, o que seria dos crimes? A resposta seria: um apanhado de normas sem desígnios.

Perante isto, com o intuito de limitar o poder estatal o poder constituinte originário trouxe no texto constitucional, propriamente no art. 5º, XLV, as penas admitidas no sistema jurídico nacional e suas modalidades, quais sejam as Penas Privativas de Liberdade, Penas Restritivas de Direitos e as Penas de Multa.

Diante disso, percebe-se que, sobre tal assunto, o texto constitucional possui não só a faceta de estabelecer fundamentos para aplicação das sanções, mas também, ao delimitar a atuação do *jus puniendi*, não permite que excessos que anteriormente ocorriam, se repitam, como torturas e até penas de morte.

Outrossim, a ideia consolidada da existência de um Estado Democrático de Direito, aproxima a aplicação do poder punitivo estatal ao real e principal objetivo da pena, que é, através do sistema penal, permitir que o indivíduo restabeleça os valores sociais, podendo assim, retornar ao modo natural do homem, convivendo em sociedade.

Com isso, é notório que ao vincular a atuação estatal punitiva aos fundamentos principiológicos da Constituição, pode-se afirmar que o direito penal encontraria sua máxima efetividade e dando sentido ao pressuposto que a este seria instrumento de liberdade, tendo em vista que o encarceramento deve ter caráter excepcional e provisório.

Sendo assim, conclui-se que interpretar o *potestas puniendi*, nos termos aqui apresentados, é consolidar a aplicação do próprio Estado Democrático, onde as liberdades individuais e coletivas são respeitadas e asseguradas pela própria atuação estatal e não por este suprimidas, através da aplicação de penas degradantes e torturante, que não possuem nenhuma função social e não retribuirão a sociedade de nenhuma forma.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892. Disponível em: <http://www2.se-nado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>. Acesso em: 16 set. 2020.

VICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999. Disponível em: <http://www2.se-nado.leg.br/bdsf/item/id/474>. Acesso em: 16 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Brasília/DF.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.** São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COPETTI, André. **Direito penal e o estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FAORO, Raymundo. Os donos do Poder: **Formação do Patronato político brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal.** 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão.** 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

HEGEL, G.W.F. **Filosofia do Direito.** São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** 10. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2015.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes.** Petrópolis, RJ; Bragança Paulista, SP: Vozes; Editora Universitária São Francisco, 2013.

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen.** São Paulo: Cortez, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos Direitos humanos no século XXI. **Revista dos Tribunais**, v.830, páginas 421-442, São Paulo, dezembro/2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** 2. ed. Montivideo; Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte geral.** 3. ed. Curitiba: Icp; Lumen Juris, 2008.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.** Porto Alegre: Edpuers, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General. Tomo I.** Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral. v. 1.** São Paulo: Saraiva, 2017.

369

PRADO, Luiz Regis. **Multa penal. 2. ed.,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PRADO, Luiz Regis. Multa substitutiva: medida de política criminal alternativa, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.722, p.404, 1995.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.