

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA HUMANIDADE E PESSOALIDADE NA APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF HUMANITY
AND PERSONALITY IN THE APPLICATION
AND EXECUTION OF PENALTIES

RONAN CARDOSO NAVES NETO¹
MARINA ARAÚJO CAMPOS CARDOSO²
SEBASTIÃO SÉRGIO SILVEIRA³

RESUMO

O presente estudo parte de uma breve análise do histórico das penas aplicáveis e dos movimentos históricos e sociais que resultaram em novos princípios e novas leis quanto às penas e aos direitos dos condenados. Investiga-se a importância dos princípios da humanidade e pessoalidade das penas à luz da Constituição Federal e, após, faz-se um estudo das penas atualmente previstas na legislação infraconstitucional brasileira. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro revela a necessidade de implementação de políticas públicas efetivas capazes de extirpar ou, ao menos, amenizar a violação generalizada de Direitos Fundamentais nos presídios. Presentes na legislação nacional e em inúmeros tratados internacionais, a observância e aplicação destes princípios constitucionais e o respeito a aludidos direitos nos casos concretos e na prática se fazem imperativos, trazendo consigo desafios no que tange aos procedimentos de análise, julgamento, execução e fiscalização da pena e sua efetividade, sempre em observância dos direitos e garantias da pessoa no Estado Constitucional de Direito.

Palavras-chave: Penas. Aplicação. Princípios Constitucionais. Humanidade. Pessoalidade.

ABSTRACT

The present study starts from a brief analysis of the history of applicable penalties and the historical and social movements that resulted in new principles and new laws regarding penalties and the rights of the condemned. It investigates the importance of the principles of humanity and the personality of penalties in the light of the Federal Constitution and, after that, a study is made of the penalties currently provided for in the Brazilian infra-

- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Doutor em Direito pela FADISP. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7555035830332797>.
- 2 Doutora em Direito pela FADISP. Doutoranda em Direito pela UNAERP. Mestre em Direito pela UNAERP. Mestre em Direito pela FUMEC. Graduada em Direito pela UFMG. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7932350970094271>.
- 3 Professor pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal e doutor pela PUC/SP. Coordenador do programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da UNAERP - programa com conceito 4 no Capes/MEC. Ribeirão Preto/SP. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7795231195922277>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2773-4544>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

NAVES NETO, Ronan Cardoso; CARDOSO, Marina Araújo Campos; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. Os direitos fundamentais da humanidade e pessoalidade na aplicação e execução das penas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 286-303, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9239>.

constitutional legislation. The recognition of the Unconstitutional State of Things in the Brazilian prison system reveals the need to implement effective public policies capable of extirpating or, at least, alleviating the generalized violation of human rights in prisons. Present in national legislation and in numerous international treaties, the observance and application of these constitutional principles and respect for human and fundamental rights in concrete cases and in practice are imperative, bringing with them challenges regarding the analysis, judgment, execution and supervision of the penalty and its effectiveness, always in compliance with the rights and guarantees of the person in the Constitutional State of Law.

Keywords: Penalties. Application. Constitutional Principles. Humanity. Personality.

1. INTRODUÇÃO

A situação carcerária no Brasil é um dos maiores problemas a serem enfrentados por governantes de todas as esferas de poder. A aplicação das penas mostra-se extremamente necessária para a efetividade do direito penal, para a concretização da segurança pública e para a promoção do bem-estar e a paz social, todavia, no cenário brasileiro, a violação de direitos humanos dos sentenciados à pena privativa de liberdade é patente.

O Brasil é o terceiro país que mais encarcera pessoas no mundo, atrás somente dos Estados Unidos e China, tendo atingido a marca de 910.513 presos conforme boletim do Conselho Nacional de Justiça⁴.

A Constituição Federal, no escopo de velar pela dignidade da pessoa humana, estabeleceu a necessidade de proteção dos direitos individuais e fundamentais do indivíduo, proibindo penas cruéis ou desumanas, além de delimitar a responsabilização pessoal do indivíduo pelo fato cometido, de modo a afastar o direito penal brasileiro de qualquer resquício do denominado direito penal do autor ou direito penal do inimigo.

As evoluções legais que afastaram a possibilidade de aplicação de penas bárbaras e cruéis representam significativo avanço para a promoção dos direitos humanos, mas a realidade prática das penitenciárias e cadeias brasileiras demonstra que ainda são necessárias inúmeras políticas públicas voltadas ao encarceramento e consequente aumento da efetividade do direito penal, comprometido com a dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, em razão da complexidade do problema e da necessidade de efetivação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais à população encarcerada, por todas as esferas de poder. De igual forma, a inobservância da Constituição Federal na aplicação do Direito Penal e Processual Penal é uma das principais razões dessa violação generalizada de direitos.

O presente artigo busca, pois, estudar a evolução das penas no sistema criminal, ressaltar a importância da observância dos princípios da Humanidade e da Individualização das penas, de modo concluir pela necessidade de inúmeras ações do poder público voltadas para superar o Estado de Coisas Inconstitucional e a violação generalizada de direitos humanos e fundamentais no sistema carcerário brasileiro, sempre com vista à aplicação do Direito Penal e Processual Penal à luz da Constituição Federal.

4 Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>, consulta em 08.08.2022.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Na Idade Antiga e na Idade Média, até o século XVIII, as penas criminais tendiam a ser corporais e demasiadamente aflitivas, sendo expressão do poder absoluto estatal e forma de reprimir o mal causado pelo agente infrator.

O direito era predominantemente sacral, místico e divino. A concepção de penalidade visava precipuamente manter o poder e a ordem hierárquica entre as diversas classes, castas ou estamentos sociais. A pena apresentava-se por uma concepção bárbara, promovendo a divisão dos delitos em públicos e privados. Aqueles seriam reprimidos com penas corporais cruéis, ao passo que estes seriam perseguidos e reprimidos pela própria vítima ou seus familiares. (PRADO, 2019b).

O Direito Romano, por sua vez, antes de tudo, era estritamente legalista, visto como manifestação do poder político, ao qual o *ius puniendi* estava estritamente relacionado. As penas tinham caráter fixo e imperativo e, em alguns casos, eram tidas como expressão religiosa. Nesse período, prevaleceu a compreensão de que a função da pena era destacadamente retributiva e intimidativa.

A pena de morte era aplicada e executada de diversas maneiras, tais como: decapitação, crucificação, *cuellum* (o agente era introduzido e costurado num saco de pele, com outros animais, e após atirado no mar); *ad gladium* (decapitação por meio de espada); *damnatio ad bestias* (o agente era oferecido como comida a animais no teatro público). Além da pena capital, outras cruéis também eram aplicadas, como a deportação, o confisco de bens, expulsão, exílio voluntário, escravidão nas minas, entre outras. (PRADO, 2019b).

A Lei das XII Tábuas ainda previa, entre as penas corporais, a flagelação, a qual era distinguida de acordo com o instrumento empregado: *fustibus* (bastão de pau), *virgis* (vara) e *flagelis* (chicotes de couro).

Resquícios de crueldade também foram verificados no direito penal germânico e canônico.

No período medieval, o delito era visto como doença e a pena como remédio. A legislação penal da época se caracterizava por grande crueldade na execução da pena, cujo objetivo era apenas vingança social, intimidação e eliminação. O lema era “causar mal ao corpo e à alma, e corrigir o mal”. (PRADO, 2019b, p. 61).

Aníbal Bruno bem destaca os excessos penais cometidos nesse período histórico:

[...] sob o regime desse direito, nos países, 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, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. (BRUNO, 1977, p. 88-89).

Com efeito, nesse período, eram aplicadas além da pena de morte, enterro de pessoa viva, penas de mutilação, castração, marca de ferro quente, açoite, confisco, expulsão e outras.

Em síntese, até a Revolução Francesa e o período Iluminista, o direito criminal era totalmente desumano, razão pela qual Voltaire denominou os magistrados de seu tempo de *bárbaros de toga*.

De fato, apenas após o Século XVIII, denominado século das luzes, é que se verificou uma reação humanitária e reformadora decorrente do Iluminismo e da Revolução Francesa. Tal período foi caracterizado por uma crítica racional a todas as áreas da experiência humana.

O teocentrismo típico do medievo é substituído pela soberania da razão humana e a secularização do direito. No pensamento penal iluminista, a questão punitiva desvincula-se de questões éticas e religiosas. O delito encontra seu sentido no contrato social e a pena é tida como medida preventiva. A propósito, valendo-se de bases racionais e humanas, há o abrandamento das penas criminais e preferência por sanções detentivas e pecuniárias.

O ser humano, nesse período, é alçado ao mais alto dos valores. Nesse sentido, os reformistas propõem uma resposta penal mais certa e mais moderada, justa e humana, reduzida ao que é necessário ao interesse da sociedade. (PRADO, 2019b).

Segundo Asúa Batarrita "*decían los Ilustrados, que las Luces traerían la libertad*" (ASÚA BATARRITA, 1990, p. 36), ou seja, com o Iluminismo, as luzes trariam a liberdade, transformando o pensamento e modificando a visão do binômio pena – ser humano.

Nesse ponto, importante destacar a importância da obra *Dei delitti e dele pene* publicado em 1764 por Beccaria, inspirado nas concepções de Montesquieu, Rousseau, Locke e Helvétius. Aludida obra marcou o nascimento do direito penal moderno, uma vez que tal autor foi o primeiro a desenvolver a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, erigindo três postulados fundamentais: legalidade pena, estrita necessidade de incriminações e penologia utilitária.

No tocante à pena, Beccaria destacou que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade, vale dizer, a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; defendeu ainda a abolição da tortura e da pena de morte.

Nessa época, também se destacou Lardizábal, responsável por realçar a regra da proporcionalidade na aplicação das penas. De fato, as penas deveriam ser proporcionais e suficientes para conter o delito e corrigir o delinquente.

No Brasil Imperial, o iluminismo jurídico penal também se fez presente, na medida em que deu origem ao Código Penal de 1830 e estudos variados.

Beccaria e seus precursores foram expoentes da denominada escola clássica, a qual tinha viés liberalista, garantista e humanitário. Francesco Carrara é considerado o grande representante da aludida escola. Dentre seus postulados, destacam-se a visão da pena como meio de tutela jurídica e como retribuição da culpa moral comprovada pelo crime.

No contexto desta escola, o objetivo primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade, alterada pelo delito. Consequentemente, a sanção penal deve ser aflitiva, exemplar, pública, certa, proporcional ao crime, célere e justa. (PRADO, 2019b).

Não obstante, algumas críticas à escola clássica podem ser apontadas como a exclusão do exame da personalidade do agente, já que parte da premissa de que todo homem é absolutamente livre; a exclusividade da pena como instrumento de defesa contra o crime, reduzindo-a à prevenção geral e a ignorância total da execução da pena, pois considera que o problema do direito penal se encerra com a condenação.

Com efeito, a pena teve diferentes significados para cada uma das principais escolas do Direito Penal, é o que se pode observar nos itens elencados abaixo.

Para a escola positiva a pena era concebida como meio de defesa social, com função preventiva e ainda defendia melhor individualização da reprimenda, seja no âmbito legal, judicial ou executivo. Já para a escola crítica a pena possui função defensiva ou preservadora da sociedade. Segundo a escola moderna alemã, a pena e a medida de segurança se mostram como um duplo meio de luta contra o delito, realçando o caráter defensivo da pena, a qual deve ser orientada conforme a personalidade do delinquente, coexistindo a prevenção geral e a prevenção especial, com prevalência desta e, finalmente, a escola penal humanista concebia a pena como medida educativa.

Certo é que dentro do contexto histórico e social de cada época a pena foi sendo reinterpretada e sua execução também, alterando inclusive e especialmente a forma de se ver a pessoa do infrator, inserindo-se novos conceitos ao Direito Penal.

Por isso, se traz à baila as penas previstas em nossa legislação penal para posteriormente vê-las sob o aspecto dos Princípios da Humanidade e da Pessoaalidade das penas.

De fato, o constitucionalismo contemporâneo impõe que a aplicação e execução do direito penal e mais especificamente das penas seja pautada pela observância dos direitos fundamentais e da garantia de mecanismos processuais capazes de concretizar a proteção a aludidos direitos.

Nesse contexto, José Alfredo de Oliveira Baracho bem destaca o escopo de proteção das garantias fundamentais à luz da Constituição Federal:

O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional.

A proclamação que advinha da “Declaração Francesa dos Direitos do Homem”, em seu artigo 16 (as sociedades em que a separação de poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos, carecem de Constituição), torna-se cada vez mais importante para os dias de hoje.

A recepção dos direitos fundamentais, pelas Constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes. [...]

A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional. (BARACHO, 1997, p. 66).

Nos dias atuais, principalmente em nosso país, um dos grandes desafios postos é a necessidade de compatibilização da garantia de segurança pública aos cidadãos, com a correta aplicação das normas de Direito Penal, com o respeito à dignidade dos condenados, pois “o Direito Penal só será bem interpretado se amoldado às novas necessidades do Estado contemporâneo, com seus objetivos substanciais a serem alcançados. É a chamada interpretação teleológica-constitucional do Direito Penal” (CARVALHO, 1992, p. 142).

Nessa esteira, o que se observa na prática brasileira é a reiterada violação dos direitos e garantias objeto do presente estudo, o que culminou, inclusive, na declaração do Estado de Coisas inconstitucional nos presídios brasileiros, de modo que se faz necessária a implementação de inúmeras políticas públicas voltadas a extirpar ou amenizar a situação crítica e caótica vivenciadas nos presídios brasileiros.

3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA HUMANIDADE DAS PENAS

A evolução do direito penal exigiu uma mudança no caráter das penas aplicadas. Principalmente após o Iluminismo e a Revolução Francesa, passa-se, paulatinamente, das penas de morte e corporais para as penas privativas de liberdade e destas para as penas alternativas, tais como multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

O princípio da humanidade das penas está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, que veda qualquer sanção cruel, tratamento desumano ou degradante.

Segundo Bustos Ramírez a dignidade da pessoa humana é “o último e fundamental limite material à atividade punitiva do Estado” (PRADO, 2019b, p. 154). O princípio ora em estudo não circunscreve o Direito Penal ou o Processual Penal, mas deve nortear todos os atos dos poderes do Estado, afastando qualquer sofrimento físico ou moral que possam contribuir para a degradação ético-social da pessoa humana.

O Princípio da Humanidade está também estritamente relacionado aos princípios constitucionais da culpabilidade, da igualdade e da personalidade da pena. A punição jurídica do delito não pode se traduzir na violência do homem ao homem.

De acordo com o princípio da humanidade das penas, independentemente da gravidade da conduta realizada, do dano social causado ou dos efeitos ressocializadores que se pretende obter, é inadmissível a cominação, aplicação ou execução de sanções penais eticamente consideradas inaceitáveis.

Vários tratados internacionais foram editados com o fito de afastar a aplicação de penas degradantes ao gênero humano.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 preconizou, nos arts. III e V, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu art. 7º, estabeleceu que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.”

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 1º, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Além

disso, dispõe em seu art. 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. E, ainda, no art. 5º, XLVII, que “não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis”, como já citado anteriormente. Ademais, no inciso XLIX do mesmo dispositivo, “assegura aos presos o respeito à integridade física e moral”.

No que tange à previsão das penas aplicáveis aos crimes, inicialmente tem-se no texto constitucional a previsão de algumas modalidades com possibilidade de aplicação de outras penas regulamentadas em lei, vale dizer, privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, prevê especificamente as modalidades de pena passíveis de aplicação, quais seja, privativas de liberdade, na modalidade reclusão ou detenção; restritivas de direito, dentre as quais, prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Prevê ainda a pena de multa (BRASIL, 1940).

Quanto às privativas de liberdade, esclarece-se que a reclusão será cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, aplicando-se aos delitos mais graves, já a detenção se cumprirá, em regra, em regime semiaberto ou aberto, sendo aplicada aos delitos menos graves, nos termos do art. 33 do Código Penal com demais regras delineadas nos parágrafos deste artigo e nos artigos que seguem⁵.

Neste sentido, vale a citar o art. 38 do Código Penal, pois este limita a pena a tão somente perda da liberdade, ou seja, afeta apenas a liberdade de locomoção e exigindo o respeito à integridade física e moral do condenado por parte das autoridades; note que a privação total à liberdade de locomoção acontece nos regimes fechado e semiaberto, enquanto no regime aberto há uma restrição à liberdade. Assim, as demais liberdades do condenado, tais como de religião, profissão e pensamento, são mantidas e devem ser igualmente respeitadas⁶.

Vale repisar que vários dispositivos constitucionais estabelecem garantias a serem observadas quando da execução das penas privativas de liberdade, destacando-se no art. 5º da Constituição Federal Brasileira⁷.

5 Art. 33- A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º- Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º- As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º- A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º- O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (BRASIL, 1940).

6 Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1940).

7 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;

Em resumo, tendo sua pena definida e sua liberdade de locomoção limitada, o condenado ainda assim deverá ter assegurado tratamentos humanos e não degradantes, cumprindo sua pena em local distinto, considerando seu delito, idade e sexo (para mulheres lactantes devem ainda ser asseguradas condições necessárias para o período de amamentação), sendo vedada a tortura, penas de morte, de caráter perpétuo e cruéis.

Outras modalidades de penas são as restritivas de direito, previstas no Código Penal nos artigos 43 até 48, já elencadas acima. Nos termos do art. 44, estas penas são autônomas e substituem as privativas de liberdade nas situações definidas nos seus incisos – estes trazem os requisitos para a substituição, sendo que a conversão das penas é regulamentada nos artigos 46 a 48, conforme a modalidade a ser aplicada.

A pena de multa é regida pelos artigos 49 até 52 do Código Penal e consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de quantia a ser fixada na sentença e calculada no mínimo de 10 e no máximo 360 dias-multa, devendo ser paga dentro de 10 dias após o trânsito em julgado da sentença ou em parcelas mensais, caso requerido pelo condenado ao juiz e conforme as circunstâncias.

Nesse contexto, impende ressaltar que os princípios constitucionais da humanidade e pessoalidade das penas devem informar tanto a atuação do legislador ordinário na previsão abstrata das sanções penais, como o aplicador e executor da pena, que devem sempre estar comprometidos com os caros princípios constitucionais objeto do presente estudo. Só assim restará concretizado o Direito Penal Constitucional. A execução de políticas públicas voltadas à garantia desses direitos durante a execução das penas é crucial para afastar a violação generalizada de direitos humanos e fundamentais nos presídios brasileiros.

Nas lições de Zaffaroni, o princípio da humanidade torna inconstitucional qualquer pena ou consequência do delito que resulte em uma deficiência física, como morte, amputação, castração, esterilização, intervenção neurológica ou também qualquer consequência eterna do delito. (ZAFFARONI, 1991).

Nesse contexto, vale citar as lições de Giuseppe Bettiol:

Tal princípio constitui corolário da superior exigência de que toda norma constitucional deve respeitar a natureza racional da pessoa humana. A Constituição é feita para a salvaguarda da dignidade e dos direitos de liberdade do cidadão. Uma pena que, na enunciação conceitual ou na sua execução, fosse capaz de desrespeitar a dignidade física e ou moral do condenado, não seria constitucional. Assim, por exemplo, a fustigação, a mutilação, a castração o pelourinho, os tratamentos carcerários cruéis, a segregação celular contínua. Este princípio de humanização não implica contudo em uma debilitação da função punitiva, como se fosse obrigatória uma gradual mitigação da execução penal até apagar toda a diferença entre a vida do cárcere e a de fora como hoje alguns sustentam. **Humanizar as penas significa abandonar modalidades de execução que obstaculizem ou impeçam o processo de regeneração do condenado, mas não quer absolutamente dizer abandono de todo o critério**

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...]. (BRASIL, 1988).

de severidade e seriedade, sem o qual a pena retributiva acaba no ridículo e se compromete gravemente a segurança social. (BETTIOL, 1971, p. 60-61). (Grifo nosso).

O princípio da humanidade das penas busca então equilibrar o caráter punitivo da condenação com base em regras condizentes com arcabouço legal vigente e adotado, mediante uma execução efetiva, com as garantias de proteção à pessoa do condenado, como o respeito na tratativa e a manutenção de seus direitos constitucionais como preso e como cidadão.

Discorrendo sobre o mesmo tema Luiz Regis Prado enfatiza que a importância do princípio em estudo na execução de penas privativas de liberdade:

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (ex. multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Em um Estado Democrático de Direito, vedam-se a criação, a aplicação ou a execução da pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana (v.g., tratamento desumano ou degradante). (PRADO, 2019a, p. 114).

É certo que embora o arcabouço constitucional assegure o respeito à humanidade das penas, ainda hoje verificamos inúmeras hipóteses de violação a esse princípio. Nesse sentido, assevera Márcia Freitas de Oliveira:

[...] violações aos direitos da pessoa privada de liberdade ocorrem, pois há um **descompasso entre a legislação e aplicação desta, em razão da falta de estrutura física e humana dos locais de internação e do desrespeito dos agentes estatais com a dignidade das pessoas.** Mas, essas violações também ocorrem porque **alguns dispositivos da legislação penal contrariam o princípio da humanidade**, mesmo que aplicados conforme a legislação; **e, também, porque, em alguns casos, apesar de a legislação ser condizente com a humanidade, os aplicadores da lei fazem interpretação que divergem desse princípio.** (OLIVEIRA, 2014, p. 213). (Grifo nosso).

No cenário de superlotação e falta de estrutura de nossos estabelecimentos penitenciários, Luciano Meneguetti Pereira destaca a reiterada violação dos direitos humanos e fundamentais nos presídios brasileiros:

O que se constata atualmente no país é que, no momento em que uma pessoa é reclusa, ela acaba não apenas dando início ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pelos crimes praticados, mas se torna vítima de uma série de violações de direitos que lhe são garantidos por normas domésticas e internacionais. A punição estatal torna-se então um castigo em virtude da falta de respeito com a sua vida e sua dignidade. [...]

A violência que vem ocorrendo em unidades prisionais de alguns Estados brasileiros, como Rio Grande do Sul, Rondônia, Pernambuco, Maranhão, Rio de Janeiro, São Paulo e mais recentemente Roraima e Amazonas, foi responsável nos últimos anos por dizimar, de forma muitas vezes trágica, a vida de centenas de presos e violar a integridade física de outros milhares.

Além do direito à vida e à segurança, muitos outros direitos constitucionais dos presos têm sido violados em razão da precariedade do sistema prisional brasileiro, tais como o direito à integridade física e moral (art. 5º, inc. XLIX), o direito de não ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degra-

dante (art. 5º, III), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea “e”) e o efetivo direito à saúde (CRFB, art. 196), dentre outros. (PEREIRA, 2017, p. 172-173).

Desse modo, ainda que sejam adotados os mais completos sistemas legais de proteção à pessoa do condenado, haverá um caminho longo e complexo a ser percorrido tanto pelo Poder Público quanto pela sociedade, exigindo a conscientização dos operadores de todas as searas envolvidas para que exerçam suas funções observando estritamente os deveres, direitos e garantias previstas na Constituição Federal, especialmente quanto ao tratamento humano para com condenados.

4. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DAS PENAS

O princípio da pessoalidade e individualização das penas encontra-se estampado na Constituição da República no art. 5º, inciso XLV, estabelecendo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (BRASIL, 1988).

Constituições como a francesa e a italiana também preveem tal princípio, por ter relação estrita com a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Os excessos cometidos pelos juízes na Idade Média impulsionaram Cesare de Beccaria propor uma limitação extrema ao arbítrio judicial, de modo que o juiz não deveria sequer interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. O Código Penal Francês de 1791 foi extremamente rigoroso nesse sentido, de modo que ao juiz caberia apenas a aplicação mecânica da lei. Ao verificar o radicalismo de tal posição, o Código Penal Francês de 1810 previu limites mínimos e máximos, dentre os quais poderia variar a reprimenda, de acordo com o caso concreto. A partir daí, atribuiu-se maior importância ao princípio da individualização da pena e sua expansão nos ordenamentos jurídicos modernos. (BITENCOURT, 2006).

De acordo com o princípio da pessoalidade, apenas o autor da infração penal responde pela sua prática, sendo inadmissível a punição por fato alheio. E mais, o direito penal deve estar comprometido com a punição do indivíduo pelos fatos efetivamente praticados, devendo afastar-se da teoria do direito penal do inimigo.

A responsabilidade penal é sempre de caráter pessoal ou subjetiva, própria do ser humano, resultado de sua ação ou omissão, não sendo possível a responsabilização por fato alheio, por representação ou pelo resultado. Trata-se de responsabilidade penal pessoal por fato próprio materialmente causado e, ao mesmo tempo culpável. (PRADO, 2019b).

Logo, a sanção criminal não pode ser transmitida a terceiros. A responsabilização criminal apenas deve recair sobre quem é autor, partícipe ou instigador, segundo seu comportamento e sua culpa. Está intimamente relacionado à autoria e à participação, bem como à imputação subjetiva e à culpabilidade.

Nesse contexto, o princípio da pessoalidade da pena, está intimamente relacionado ao princípio da individualidade da pena, devendo se manifestar desde a cominação feita pelo

Poder Legislativo, na aplicação realizada pelo Poder Judiciário e na efetiva execução da pena, fiscalizada por atos administrativos do Poder Executivo.

Pelo princípio da individualização da pena, esta deve ser proporcional ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico protegido e a medida de segurança relacionada à periculosidade criminal do agente.

A necessidade de individualização da pena está expressa no art. 5º, incisos XLVI, XLVIII, XLIX, L, todos da Constituição da República, transcritos abaixo, segundo os quais de fato, a lei deverá regular a individualização da pena e, adotará, dentre outras, a privação ou restrição de liberdade, a perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. Na fase de execução, a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos no momento da amamentação⁸.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento, com a edição recente de inúmeras súmulas a respeito ao princípio da individualidade da pena, visando prevenir abusos judiciais comumente verificados, destacando-se a Súmula Vinculante 26 e as Súmulas 718 e 719, cujos verbetes são os seguintes:

Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Portanto, na análise de cada caso o julgador deve mediante uma avaliação criteriosa de todos os aspectos relacionados, não apenas de um ou outro aspecto, mas sim do conjunto, determinar a pena a ser cumprida, com isenção e parcialidade, desconsiderando sua opinião e critérios pessoais de julgamento, sendo que somente por motivações idôneas será possível a exigência de cumprimento mais severo do que o determinado.

Enfim, no tocante à individualização da pena tem prevalecido no direito brasileiro a “polifuncionalidade” da sanção penal, que mescla a função retributiva, como resposta penal adequada à ofensa de determinado bem jurídico, e a função ressocializadora presente na individualização pelo juiz ou presente na execução, em que se baseia na pessoa do acusado.

8 [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

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

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...] (BRASIL, 1988).

De fato, o que se percebe é que muitos presos são esquecidos no precário sistema prisional brasileiro, sem assistência jurídica suficiente para implementar o princípio constitucional da individualidade das penas, impondo a atuação de todos os Poder Públicos, inclusive Ministério Público e Defensoria Pública, no sentido de efetivar os direitos fundamentais dos que estão encarcerados de forma injusta ou inadequada.

5. A NECESSIDADE DE EFRENTAMENTO E SUPERANÇA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A realidade carcerária brasileira é uma das questões mais sensíveis da realidade social e jurídica. A violação de direitos humanos e fundamentais são constantes no interior dos presídios brasileiros, sem a apresentação de alternativas contundentes capazes de amenizar essa deplorável situação. O que se observa é um reiterado desrespeito e profunda ineficácia das normas constitucionais.

A superlotação e a situação degradante dos presídios violam não só a Constituição da República e diversas normas internas, mas vários instrumentos internacionais dos quais o Brasil faz parte como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos, de 1955; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1948.

Conforme repisado neste trabalho, os princípios constitucionais da Humanidade e Pessoalidade das penas impõem um olhar dos Poder Públicos para a situação lastimável dos presídios brasileiros, nos quais a violação de tais direitos é recorrente e parece se intensificar.

A situação precária que envolve o encarceramento em nosso país é abordada por Luciano Meneguetti Pereira:

Levantamentos estatísticos feitos no ano de 2015 revelaram que o número de presos no país dobrou nos últimos 10 anos, passando de aproximadamente 300 mil em 2005, para mais de 600 mil em 2015, o que acabou por gerar um déficit de 244 mil vagas, uma vez que o país, naquele momento, contava com 615.933 presos alocados em 371.459 vagas disponíveis nos presídios. Naquela ocasião aferiu-se que muitos presos (39%) estavam encarcerados provisoriamente, um fator de agravamento da situação. [...]

Outro dado que revela a precariedade do sistema prisional é a ausência ou ineficiência de organização, integração e intercomunicação entre os órgãos e estabelecimentos prisionais, bem como a falta de gestão eficaz nas unidades penitenciárias e de controle de expedientes ligados à execução das penas. Dados oficiais apontam que mais de 60% das unidades prisionais não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade dos presos, embora haja gastos anuais absurdos para manutenção e custeio de pessoal (idem).

[...]

Atualmente a superlotação tem constituído o maior fator de potencialização das violações de direitos humanos no interior dos presídios brasileiros, pois dá ensejo a motins, rebeliões e disputas entre facções criminosas, que acabam culminando em centenas de mortes violentas, além de ocasionar toda a forma de violência (física, psíquica, moral, sexual) entre os presos, o vício em drogas e a proliferação de diversas doenças infectocontagiosas, dentre outros males que tem atingido a população carcerária. (PEREIRA, 2017, p. 170-172).

Vários são os problemas existentes nos presídios brasileiros que configuram verdadeira violação aos direitos humanos e fundamentais, dentre os quais destacam-se: superlotação; péssimas condições de higiene; falta ou ausência de tratamento médico e psicológico adequados; condições insatisfatórias de alimentação e vestuário; falta de assistência jurídica adequada; falta de estrutura física interna adequada; tratamento cruel e degradante por parte de agentes penitenciários, dentre outros.

A pandemia da COVID-19 escancarou ainda mais os sérios problemas existentes nas penitenciárias brasileiras. A exigência de distanciamento social para contenção da transmissão do vírus mostrou-se totalmente incompatível com a superlotação e falta de estrutura carcerária. O que se verificou foi a contaminação generalizada em vários presídios, aprofundando a vulnerabilidade da população carcerária. Poucas ações efetivas foram concretizadas para amenizar toda a problemática.

Ana Paula de Barcellos alerta para o pensamento equivocado de parte significativa da população, que acredita e defende a perda de qualquer direito ou dignidade por parte da população encarcerada. Todavia, o que de fato ocorre é que a própria sociedade livre sofre os efeitos deletérios do tratamento desumano verificado nos cárceres brasileiros, que acaba por produzir mais violência. Ao invés de proporcionar qualquer ressocialização ou recuperação do preso, o sistema prisional acaba por gerar ainda mais violência. Conforme ressalta *“o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência.”* (Barcellos, 2010, p. 46)

De fato, o que se verifica atualmente é um Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros, vale dizer, um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de ações ou omissões perpetrados por várias autoridades públicas que, para ser superado, impõe transformações e mudanças nos três poderes da República, que resultem na construção de soluções estruturais aptas a afastar a situação de inconstitucionalidades declaradas.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional está relacionada a questões estruturais, caracterizadas por envolver violação de direitos de um grande número de pessoas; o envolvimento de entidades estatais, que são demandadas judicialmente em razão de sua responsabilidade por falhas reiteradas na implementação de políticas públicas; culminam em ordem de execução mais complexas, em que o Poder Judiciário determina que vários atores públicos empreendam ações coordenadas para a proteção de toda a população afetada e não apenas das partes envolvidas no caso específico.

Com efeito, o Estado de coisas inconstitucional consiste em técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional de Colômbia, no bojo da decisão SU-559 de 1997, cujo escopo foi enfrentar violações sistemáticas e graves aos direitos fundamentais, além de superar profundas falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo ações conjuntas

dos diversos atores estatais. No caso específico, restou reconhecida a distribuição desigual do subsídio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre os vários municípios e departamentos daquele país. (Colômbia, 1997, SU-559)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a presídios brasileiros por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 Distrito Federal. Na ocasião, o relator Ministro Marco Aurélio Mello bem destacou:

[...] a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. [...]

Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. [...]

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. [...]

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. (BRASIL, 2015, p. 6-10).

Mariana Rezende Guimarães elucida o quadro fático calamitoso que justificou aludida decisão:

O perfil do detento compilado pelo levantamento do Infopen robusta o caráter altamente seletivo do sistema penitenciário brasileiro: 56% da população prisional é composta por jovens, 67% é negra, 15% é analfabeta ou alfabetizada sem cursos regulares e 53% possui o ensino fundamental incompleto. Esse quadro calamitoso do sistema prisional brasileiro foi objeto de condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] A situação prisional brasileira é semelhante àquela encontrada pela Corte Constitucional da Colômbia, na época da prolação da sentença T-153/98, em que se constatou uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, cujas causas são de natureza estrutural, isto é, exigem, para a solução, uma atuação coordenada de distintas entidades estatais. A omissão estatal é um resultado perverso da lógica do princípio da maioria norteador dos regimes democráticos, conforme constatado pela Corte colombiana. Os presos condenados não possuem direito ao voto e, conseqüentemente, não possuem relevância quando são formuladas as políticas públicas. (GUIMARÃES, 2017, p. 91-109).

De fato, o reconhecimento da violação generalizada de direitos humanos e fundamentais das pessoas encarceradas pode representar importante passo na determinação de políticas públicas eficazes e efetivas que sejam capazes de extirpar ou ao menos amenizar a aviltação de direitos dos presos, de modo que os princípios da humanidade e individualização das penas sejam garantidos e respeitados pelos poderes públicos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema escancara a necessidade de todos os poderes deixarem a inércia e voltarem a atenção para a violação generalizada de direitos nas prisões brasileiras. Nesse contexto, Daniel Sarmento ressalta a importância da atuação positiva do Poder Judiciário, em consonância com a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais assegurados na Constituição Federal de 1988:

Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna. (SARMENTO, 2009, p. 371).

A violação generalizada de direitos dos presos e que requer providências urgentes e efetivas por parte de todos os poderes da república é característica do estado de coisas inconstitucional, como bem destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal." [...] Por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vem se mantendo incapazes e manifestado falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos. (CAMPOS, 2015, p. 220-220).

Nesse contexto, impende que todos os Poderes estejam efetivamente comprometidos com a aplicação e execução das sanções penais à luz da Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais relacionados sejam observados e garantidos. De igual forma, os mecanismos processuais garantidores de tais direitos devem permanecer hígidos e, de fato, serem suficientes para proteger aludidos direitos, sob pena de não ser possível superar o quadro de violação generalizada atual.

Ricardo Antônio Menezes Cabral Fagundes, nesse diapasão, assevera a necessidade de se conjugar os esforços de todos os poderes na solução da problemática, uma vez que o problema

é social e não eminentemente jurídico, razão pela qual imperiosa a concretização de medidas orçamentárias, administrativas e legislativas para a superação da violação generalizada de direitos fundamentais. (FAGUNDES, 2016, p. 213)

Aqui, é importante não perder de vista a lição de Zaffaroni, e Pierangeli sobre a necessidade de submissão do Direito Penal aos valores da Constituição, ou seja:

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional. (ZAFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 135)

Por fim, é necessário registrar que o crime não subtraiu o seu autor a sua natureza humana e conforme advertência de Michel Foucault, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade” (2002, p. 63)

De igual forma, a ausência de vontade política na implementação de políticas públicas comprometidas com a melhora da situação carcerária não pode mais ser tolerada pelos cidadãos e muito menos pelo Poder Judiciário, que deve zelar pela garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

6. CONCLUSÃO

O princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana deve nortear toda a previsão do Direito Penal e Processual Penal. A Constituição estabeleceu a necessidade de proteção dos direitos individuais e fundamentais do indivíduo, de forma a vedar penas cruéis ou desumanas, além de circunscrever a responsabilização pessoal do indivíduo pelo fato cometido, tencionando afastar o direito penal brasileiro de qualquer resquício do denominado direito penal do autor ou direito penal do inimigo.

A evolução histórica das penas demonstra que a época de barbáries e crueldade ocasional violação direta aos valores e princípios mais importantes ligados à dignidade humana. Assim, as conquistas legais devem ser mantidas e aperfeiçoadas, de modo a sempre diminuir o sofrimento, mas aumentar a efetividade do direito penal, comprometido com o ser humano.

A declaração pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro revela a complexidade do problema e a necessidade de efetivação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais à população encarcerada. É necessário que os três poderes da República envidem esforços no sentido de solucionar as mazelas e violações reiteradas de direitos humanos nos presídios brasileiros.

Afinal, para que sejam efetivos, há de se ter a conscientização dos três Poderes, por seus operadores, quanto ao real significado dos princípios constitucionais envolvidos, pois só então será possível se garantir à pessoa do condenado a individualização da pena e a dignidade e humanidade na tratativa, do início do processo penal ao final da execução. A pandemia da COVID-19 escancarou ainda mais os problemas advindos da precariedade do nosso sistema prisional, com contaminação generalizada de preses e ausência de atendimento médico efetivo e satisfatório.

É necessária a compreensão de que o direito penal e sua aplicação devem visar não o sofrimento ou a utilização do mal pelo mal, mas sim a efetividade do ramo mais severo do direito, sempre comprometido com a legalidade, fragmentariedade e intervenção mínima. É imprescindível que as defensorias públicas funcionem e estejam aparelhadas, sempre com vistas à proteção dos Direitos Fundamentais. É imperiosa a aplicação e execução das penas à luz da Constituição Federal, de modo que o Processo Penal esteja comprometido com todos os direitos e garantias previstos na Carta Magna.

Por isso, há muito o que se caminhar na busca pelo equilíbrio entre a necessidade de garantir a proteção social decorrente da aplicação do Direito Penal e o respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais das pessoas apenadas, pois não somente há uma lacuna na relação entre servidores, cidadãos e condenados, como também há a falta de investimentos públicos e de políticas públicas para que as penas aplicadas sejam efetivas e cumpram sua função social de ressocialização, afastando o Estado de Coisas Inconstitucional que vivenciamos.

REFERÊNCIAS

- ASÚA BATARRITA, Adela. Reivindicación o superación del programa Beccaria. **El pensamiento penal de Beccaria- su actualidad**. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Artigo. 1997. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Ano 1. n. 1 1965-1997. rev 55-56. Belo Horizonte, MG, p. 56-68. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/rev_55_56.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**. nº 254, maio/ago. 2010, p. 39-65.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tomo I. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. Volume II. São Paulo: Editora RT, 1971.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Boletim Nacional de Mandados de Prisão**. Brasília, disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>, acesso em 08.08.2022.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2022.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 27 jun. 2022.
- COLÔMBIA. **Corte Constitucional da Colômbia**. Sentença SU-559/1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 23 jan. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp>. Acesso em: 02 jan. 2022.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por Omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação

em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização (Direito Público). Rio de Janeiro, 2015.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas**. Natal: Caravela Selo Editorial, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. Acesso em 23 jan. 2023.

OLIVEIRA, Márcia Freitas de. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. 2014. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal Medicina Forense e Criminologia). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprincipiodahumanidade.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O estado de coisas inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Artigo. 2017. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>. Acesso em: 27 jun. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial, in: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal – Parte General**, 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 08/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/08/2022
- Avaliação 1: 29/09/2022
- Avaliação 2: 29/12/2022
- Decisão editorial preliminar: 29/12/2022
- Retorno rodada de correções: 25/01/2023
- Decisão editorial/aprovado: 06/02/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2