



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL  
E PROCESSO PENAL**

**FELIPE MOREIRA SEABRA**

**DAS ESPÉCIES DE PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO À LUZ  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL DE 1988**

**FORTALEZA – CEARÁ  
2014**

FELIPE MOREIRA SEABRA

**DAS ESPÉCIES DE PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO  
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal realizado pela Escola Superior do Ministério Público e a Universidade Estadual do Ceará como requisito parcial para o título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Mestre Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

FORTALEZA – CEARÁ  
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Seabra, Felipe Moreira.

Das espécies de pena no direito penal brasileiro à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 [recurso eletrônico] / Felipe Moreira Seabra. - 2014.

1 CD-ROM: il.; 4 ¾ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 94 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Monografia (especialização) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, Fortaleza, 2014.

Orientação: Prof. Me. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito Penal. 3. Constituição Federal de 1988. 4. Espécies de Pena. I. Título.

FELIPE MOREIRA SEABRA

DAS ESPÉCIES DE PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 17/11/2014

BANCA EXAMINADORA



---

Prof. Ms. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira (Orientador)  
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



---

Profª. Ms. Lise Alcântara Castelo  
Escola Superior do Ministério Público - ESMP



---

Profª. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima  
Universidade Estadual do Ceará - UECE

À minha esposa Clarissa e minha filha Lia, que nasceu no decorrer deste curso de pós-graduação.

Aos meus familiares, que me apoiaram neste desafio.

Aos operadores do direito, que vivenciam e se interessam pelo tema abordado em minha monografia.

## AGRADECIMENTOS

A minha esposa Clarissa e a minha filha Lia, que compreenderam minhas ausências e ansiedades durante este curso de pós-graduação e na elaboração da monografia de conclusão do curso.

Aos meus pais, Edson e Zulmira, que nunca mediram esforços para me proporcionar boas condições de estudo.

Aos familiares, primos, irmãos, tios, que compreenderam a minha ausência em determinados eventos, bem como me apoiaram em meu trabalho.

Aos meus amigos, que me apoiaram e me incentivaram, bem como compartilharam momentos de descontração durante este semestre.

Aos colegas deste curso de pós-graduação, com os quais compartilhei boas horas de estudo e momentos de alegria e aprendizado com os mesmos.

Ao professor orientador de conteúdo e colega de profissão Marcus Vinícius Amorim de Oliveira por aceitar a tarefa de orientação e pelo apoio prestado na realização deste trabalho.

A professora orientadora de metodologia Manuela Barros, pela dedicação e tranquilidade com que passou a orientação metodológica para formação deste trabalho.

Aos colegas de trabalho, que compreenderam a minha ausência em alguns momentos ao longo do ano.

## RESUMO

A importância da pesquisa sobre os Direitos Fundamentais e as espécies de pena aplicadas pelo Direito Penal brasileiro está em esclarecer se o legislador ordinário que criou a legislação penal e processual penal do Brasil, principalmente no tocante as espécies de pena prevista no Código Penal, observou os mandamentos constitucionais dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Pois como se sabe, uma nação que possui uma Constituição, a qual é a lei maior de um país, e a qual aborda os Direitos Fundamentais dentre suas normas jurídicas positivadas em tal estatuto, acaba por vincular toda a atividade estatal de acordo com os direitos fundamentais ali expostos, vinculando assim o Legislativo, Judiciário e o Executivo a exercerem suas atribuições sempre em observância ao que tais normas determinam. Logo, diante de um quadro de violência acentuada em nosso país, e em meio ao período político atual, uma bandeira que se levanta na discussão sobre a solução da violência é sobre como se poderiam endurecer as penas que são aplicadas atualmente no Brasil. Porém, uma possível vontade de mudar as espécies de pena no Brasil não seria possível apenas com uma mudança no Código Penal brasileiro feita pelo legislador ordinário sem levar em consideração critério algum, pois será necessário analisar o que a Constituição Federal de 1988 disciplina em matéria penal através dos direitos fundamentais ali expostos, pois por se tratar de uma Constituição analítica, ou seja, muito detalhada, ela chega a especificar quais os tipos de pena que serão disciplinadas pelo legislador ordinário e quais os tipos de pena que são vedadas a sua regulamentação pela legislação brasileira.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Direito Penal. Constituição Federal de 1988. Espécies de Pena.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	09
<b>1 – DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	12
<b>1.1 Expressões similares aos Direitos Fundamentais.....</b>	13
1.1.1 A expressão liberdades públicas.....	14
1.1.2 A expressão direitos individuais.....	15
1.1.3 A expressão direitos subjetivos.....	15
1.1.4 A expressão direitos públicos subjetivos.....	15
1.1.5 A expressão direitos humanos.....	16
<b>1.2 Da delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais.....</b>	16
<b>1.3 As características dos Direitos Fundamentais.....</b>	19
1.3.1 Fundamentalidade.....	20
1.3.2 Universalidade.....	21
1.3.3 Autonomia.....	22
1.3.4 Indivisibilidade.....	22
1.3.5 Historicidade.....	23
1.3.6 Constitucionalização.....	24
1.3.7 Interdependência e inter-relação.....	25
1.3.8 Abertura e inexauribilidade.....	25
1.3.9 Projeção positiva (prestacional).....	26
1.3.10 Perspectiva objetiva.....	26
1.3.11 Dimensão transindividual.....	27
1.3.12 Aplicabilidade imediata.....	27
1.3.13 Concordância prática ou harmonização.....	27
1.3.14 Restringibilidade excepcional.....	28
1.3.15 Eficácia horizontal ou privada.....	28
1.3.16 Proibição de retrocesso.....	29
1.3.17 Maximização ou efetividade.....	29
<b>1.4 Dos sujeitos dos direitos fundamentais.....</b>	30
1.4.1 Distinção entre titular e destinatário.....	30
1.4.2 A pessoa natural como titular de direitos fundamentais.....	31
1.4.3 Os direitos fundamentais antes do parto e no <i>post mortem</i> .....	32
1.4.4 As pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais.....	33
<b>1.5 Destinatários dos direitos e garantias fundamentais.....</b>	34
<b>1.6 As gerações dos direitos fundamentais.....</b>	35
<b>2 DIREITO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	38
<b>2.1 Teoria do garantismo penal.....</b>	38
<b>2.2 Constituição e Direito Penal.....</b>	40
<b>2.3 Princípio da legalidade penal orientado ao conteúdo normativo da Constituição.....</b>	41
<b>2.4 O modelo de três níveis proposto pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha - TCFA.....</b>	42
<b>2.5 A tríplice relação axiológica-normativa entre a Constituição e o Direito Penal....</b>	43
2.5.1 A Constituição como limite material ao Direito Penal.....	43
2.5.1.1 Inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	45
2.5.1.2 Inciso XL do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	46
2.5.1.3 Inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	47
2.5.1.4 Inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	48

2.5.2 A Constituição como fonte valorativa do Direito Penal.....	55
2.5.3 A Constituição como fundamento normativo do Direito Penal.....	56
2.5.3.1 Inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	57
2.5.3.2 Inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	57
2.5.3.3 Inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	58
2.5.3.4 Inciso XLIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	59
<b>3 DAS ESPÉCIES DE PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>61</b>
<b>3.1 Das origens do direito de punir.....</b>	<b>62</b>
3.1.1 Direito e sociedade.....	63
3.1.2 Do instituto da pena e seus fins.....	65
<b>3.2 Do Direito Penal e sua finalidade.....</b>	<b>,70</b>
<b>3.3 Das espécies de pena do Direito Penal brasileiro.....</b>	<b>71</b>
3.3.1 Da individualização da pena e suas fases.....	72
3.3.2 Da pena de privação ou restrição de liberdade.....	74
3.3.3 Da pena de perda de bens.....	80
3.3.4 Da pena de multa.....	81
3.3.5 Da prestação social alternativa.....	83
3.3.6 Da pena de suspensão ou interdição de direitos.....	84
3.3.7 Da prestação pecuniária.....	86
3.3.8 Da substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito.....	87
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>90</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>93</b>

## INTRODUÇÃO

Como se sabe o Brasil passou a ser proclamado como uma República Federativa regida pelo Estado Democrático de Direito através da Constituição Federal de 1988 promulgada por uma Assembleia Constituinte na data de 05/10/1988.

Referida Constituição, considerada por muitos como uma Constituição cidadã, pôs fim ao regime ditatorial exercido pelos militares brasileiros por um período de quase vinte anos, onde os militares com mão de ferro governavam o país com bastante repressão aos movimentos que buscavam mudanças, interferindo bastante nas liberdades de expressão dos brasileiros, utilizando instrumentos como torturas, prisões arbitrárias e ausentes de processos judiciais ou procedimentos administrativos que as justificassem.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 diante de tantas violações de direitos humanos realizadas no Brasil, bem como em consonância com as transformações vivenciadas pelo mundo no Pós-Segunda Guerra Mundial, onde vários países adotaram constituições com normas fundamentais indispensáveis aos indivíduos e ao convívio em sociedade, adotou também em seu artigo 5º um rol de direitos e garantias individuais que constituem verdadeiros direitos fundamentais da nação brasileira.

Referidos direitos fundamentais influenciam diretamente os Poderes Constituídos do Brasil, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário a atuarem em acordo com referidos direitos durante o exercício de suas atribuições.

Dentre alguns dos direitos fundamentais, os quais dispõem de variados temas, existem alguns que versam sobre a matéria penal, principalmente de que forma o Estado brasileiro exercerá seu direito de punir os indivíduos que transgredirem o ordenamento jurídico abrangido pelo Direito Penal, de forma que lá existe previsão das espécies de pena que poderão ser aplicadas e as que não poderão ser aplicadas pelo Brasil.

Considerando, que nossa Constituição Federal de 1988 já completou vinte e cinco anos de vigência em nosso país, regulando assim o Direito Penal do Estado brasileiro, e que depois deste período muitas críticas surgiram sobre o sistema penal e processual penal brasileiro no sentido de que a criminalidade teria aumentado bastante, e que as leis brasileiras não têm surtido efeito, chegando a alguns seguimentos da sociedade levantar a questão do endurecimento das penas, como a possibilidade da pena de morte, prisão perpétua ou mesmo trabalhos forçados aos presidiários.

Por outro lado, existe um seguimento da sociedade que alinhado aos Direitos Humanos por questionarem o efeito ressocializador do sistema penal brasileiro, o qual praticamente não consegue resgatar preso algum, ou com índices muito baixos de recuperação, comentando-se que o número de reincidências dos egressos do sistema penal é grande fazendo surgir críticas de que o cumprimento de pena no Brasil é muito cruel e ineficiente para solucionar o problema do sistema carcerário em nosso país.

Desta forma, considerando que no cotidiano do meu trabalho a matéria penal se faz muito presente, seja na realização de análise de processos criminais, inquéritos policiais, visitas em estabelecimentos penitenciários e as queixas da sociedade por ausência de segurança pública, resvolvi, dentre o leque de opções que o direito penal e o sistema carcerário propicia para um projeto de pesquisa, elaborar uma monografia para fazer uma análise da relação entre Direitos Fundamentais e o Direito Penal de maneira a identificar de que forma o Estado poderá interferir no direito de punir os indivíduos que cometem crimes em nosso país no que diz respeito as espécies de pena aplicáveis, pois a Constituição brasileira como nossa lei maior fixa algumas penas que deverão ser prevista no Código Penal ao mesmo tempo que limita a implementação de algumas penas no ordenamento jurídico penal, impedindo assim o legislativo brasileiro de legislar de forma independente sobre as espécies de pena.

Esta pesquisa está dividida em três capítulos, onde no primeiro apresenta-se um estudo sobre os Direitos Fundamentais, explicando assim em que consiste a teoria geral dos direitos fundamentais e os efeitos de tais direitos em uma sociedade.

No segundo capítulo busca-se uma análise da relação entre Direito Constitucional e Direito Penal no Brasil, de forma que se poderá identificar que o Direito Penal no Brasil diante do momento histórico já vivido ao longo dos tempos não pode estar dissociado dos mandamentos constitucionais, devendo sempre estar em consonância com os direitos fundamentais previstos em nossa constituição.

No terceiro capítulo, analisa-se as espécies de pena previstas no atual Código Penal para verificar a relação existente entre tais espécies e o que determina a nossa Constituição Federal de 1988, podendo-se ao final verificar se tais espécies penais estão de acordo ou não com a constituição.

Por fim destacam-se as referencias utilizadas para a condução do estudo.

## 1 DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são institutos jurídicos que passaram a se tornar muito presentes no período pós-segunda guerra mundial através de suas fixações nos documentos constitucionais dos países ao redor do mundo que se comprometeram em criar condições de respeitar os indivíduos através do respeito a sua natureza essencial que é a sua dignidade como ser humano.

O crescimento do reconhecimento dos direitos fundamentais pelas nações não começou de repente, mas sim de uma evolução histórica ao longo dos tempos onde se constataram muitos atos de violência contra o ser humano através das batalhas e guerras entre as nações, bem como a forma como algumas nações tratavam seus nacionais com um regime rigoroso e com pouca liberdade para os mesmos se manifestarem e participarem da vida política de seus países.

Desta forma, verifica-se que doutrinadores do mundo inteiro vêm estudando os Direitos Fundamentais através da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais onde se verifica vários aspectos dos direitos fundamentais, desde sua origem até a eficácia dos direitos fundamentais nos dias atuais.

Neste capítulo, buscar-se-á fazer uma análise da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e a função do Direito Penal para uma vida em sociedade, onde as pessoas abdicam parcela de sua liberdade para que o Estado crie normas e regramentos, bem como uma estrutura de persecução penal e aplicação de punição àquelas pessoas que vierem a transgredir a lei. Porém, a punição não está ao crivo discricionário do Estado-legislador ou aplicador da lei, visto que a pena deverá se submeter a limites de atuação previstos nos direitos fundamentais com previsão nas Constituições dos Estados-nações ao redor do mundo.

Realizando pesquisa sobre o tema dos direitos fundamentais, pode-se dizer que é inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Uma teoria proposta para entendê-los na medida de sua aplicação em um ordenamento jurídico, levando-se em conta a terminologia de

tais direitos, bem como as expressões que com ele se assemelham, mas que com ele não se confundem, bem como se buscará também encontrar um conceito para os direitos fundamentais que nos mostre a essência de sua existência e sua importância nos dias atuais, independentemente de eles estarem presentes em um texto constitucional ou não.

Não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, uma vez que tal reconhecimento e proteção são o núcleo essencial da democracia constitucional como salienta Loewenstein *apud* Cunha Júnior (2009).

Os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los).

## **1.1 Expressões similares aos Direitos Fundamentais**

A doutrina utiliza várias expressões e diferentes sentidos para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e cidadão; tais como: liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos, direitos fundamentais, entre outras, são empregadas indistintamente, sem a mínima delimitação científica.

Cunha Júnior (2009) em sua doutrina sobre os direitos fundamentais afirma ter como opção a expressão “direitos fundamentais” em relação as outras expressões que são muito utilizadas pela doutrina, tais como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos humanos”, entre outras.

Referido autor afirma ainda que a opção terminológica por ele adotada em relação a expressão *direitos fundamentais* se dá não só por questões pragmáticas, pois é a terminologia adotada pela Constituição de 1988, como por questões eminentemente técnicas, haja vista que referida expressão direitos fundamentais é mais abrangente e comprehende todas as demais.

Desta forma, faz-se necessário averiguar quais são as expressões e significados das palavras referentes aos direitos fundamentais para assim conhecer sua delimitação, conceito, fundamento histórico e assim poder constatar se a expressão direitos fundamentais é a expressão que melhor representa o conjunto de direitos que são atribuídos aos cidadãos e devidamente positivados em um texto constitucional.

### 1.1.1 A expressão liberdades públicas

Surgiu na França no final do século XVIII e foi empregada expressamente no art. 9º da Constituição de 1793. Ela é empregado pela doutrina francesa para designar um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do estado.

Entretanto, referida expressão é muito limitada, pois não compreende os direitos sociais e econômicos no entender de Rivero e Colliard *apud* Cunha Júnior (2009), as liberdades estariam ligadas ao *status negativus*, e por meio delas busca-se defender o indivíduo contra a ingerência estatal.

Para Colliard *apud* Cunha Júnior (2009) as liberdades públicas são direitos positivos que tendem a reconhecer uma esfera de autonomia em favor dos indivíduos, negando esse autor a existência de qualquer direito superior à ordem jurídica positiva.

Já Rivero *apud* Cunha Júnior (2009), contudo, embora concordando que as liberdades públicas são poderes de autodeterminação reconhecidos pelo direito positivo, afirma que, a despeito disso, as liberdades públicas também se vinculam as exigências do direito natural, enquanto que as liberdades fundamentais seriam mais restritas referindo-se apenas a algumas liberdades fundamentais e não a todas.

Portanto, a expressão liberdades públicas caracterizaria autênticos direitos subjetivos oponíveis ao Estado, mas que por não abranger os direitos sociais entrou em desuso, tendo em vista a evolução das gerações dos direitos fundamentais.

### 1.1.2 A expressão direitos individuais

Está associada ao indivíduo isoladamente considerado, indicativa dos direitos civis apartados dos direitos políticos. Ela reflete a filosofia individualista do liberalismo que fundamentou o aparecimento das declarações setecentistas.

Na Constituição brasileira, é usada para exprimir alguns direitos fundamentais referentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

### 1.1.3 A expressão direitos subjetivos

Refere-se aquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico. Nesse contexto, os titulares desses direitos subjetivos podem deles livremente dispor, até para renunciá-los, podendo esses direitos desaparecer por via de transferência ou prescrição, o que não se coaduna com os direitos fundamentais, que são, em princípio, inalienáveis e imprescritíveis conforme doutrina LUÑO *apud* Cunha Júnior (2009), razão pela qual a referência a esses direitos vem sendo progressivamente abandonada na doutrina e legislação.

Portanto, considerando a precariedade da expressão direitos subjetivos em relação a importância dos direitos fundamentais, verifica-se que tal expressão não seria a que melhor representaria os direitos fundamentais, pois sua natureza se dá em relação a direitos provenientes do ordenamento jurídico infraconstitucional sem apresentar característica de direitos fundamentais dispostos na Constituição.

### 1.1.4 A expressão direitos públicos subjetivos

Essa categoria de direitos foi elaborada pela dogmática alemã do direito público no fim do século XIX, com o objetivo de situar os direitos do Homem em um sistema positivo de relações jurídicas entre os Estados e os indivíduos.

Eles representam uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, encontrando-se, por essa razão, superados pela própria dinâmica econômico-social dos tempos hodiernos, em que o desfrute de qualquer direito fundamental reclama uma atuação positiva do poder público conforme as palavras de LUÑO *apud* Cunha Júnior (2009).

Referida expressão por ser criada para fazer uma autolimitação do Estado para com os indivíduos em relação a determinada esfera de direito privado não pode também representar a visão atual do direitos fundamentais que mais do que abster o Estado de interferir na vida dos indivíduos em algumas situações, atualmente reclama do próprio Estado que adote medidas que assegurem outros direitos fundamentais de natureza prestacional, ou seja, positiva do Estado e não apenas negativa como sugere tal expressão

### 1.1.5 A expressão direitos humanos

Na lição de Luño *apud* Cunha Júnior (2009) os direitos humanos constituem um conjunto de faculdades e institutos que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Desta forma, tais direitos compreendem assim todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual, centrando-se na pessoa no homem como destinatário de todo direito que seja necessário a sua sobrevivência com dignidade dentro da sociedade, cujo entendimento ultrapassaria as fronteiras das várias nações dada a sua universalidade.

## 1.2 Da delimitação terminológica e conceitual dos direitos fundamentais

Examinadas as várias terminologias utilizadas para designar os direitos do Homem, reiteramos que a doutrina brasileira assim como o legislador originário adotou a opção pela expressão *direitos fundamentais*, que está alinhada com a terminologia utilizada pela Constituição de 1988, que adota como epígrafe do Título II o termo “*Direitos e Garantias*

*Fundamentais*”, dispondo-o como gênero ou categoria genérica que abrange todas as espécies de direitos, sejam eles referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial e designadamente, os direitos civis individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos (título VII).

Deveras, os direitos fundamentais vêm sofrendo mutações e assumindo novas dimensões com o volver da história, o que dificulta uma conceituação material ampla e proveitosa, sendo preciso encontrar alguns critérios fundamentais que possam servir de vetor que permita identificar, na ordem jurídica, os direitos fundamentais, sobretudo os previstos implicitamente na Constituição ou existentes fora de seu catálogo expresso, até porque o que aqui almejamos é encontrar, para além de uma terminologia adequada e abrangente já definida, um conceito constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais.

Sarlet *apud* Cunha Júnior (2009) afirma que é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais, de forma que há na doutrina forte tendência em reservar a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a concernente a “direitos humanos” no plano das declarações e convenções internacionais.

Os direitos fundamentais, embora radiquem no direito natural, não se esgotam nele e não se reduzem a direitos impostos pelo direito natural, pois há direitos fundamentais conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas (direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos, das empresas, etc.) e muitos deles são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionamentos do respectivo Estado conforme Miranda *apud* Cunha Júnior (2009).

Cunha Júnior (2009) estipula como melhor critério para conceituar materialmente os *direitos fundamentais* o da *dignidade da pessoa humana*, pois os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua fundamentalidade material. Desta forma, tal

princípio constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau.

Entretanto, Canotilho *apud* Cunha Júnior (2009) adverte que referido critério não é absoluto e nem exclusivo, porquanto há direitos fundamentais também reconhecidos às pessoas jurídicas que se reconduzem a outros princípios fundamentais, o que significa que nem sempre a ideia de dignidade da pessoa humana pode, pelo menos diretamente, servir de vetor para a identificação de direitos fundamentais.

Desta forma, pode-se conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas.

São fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive. Como bem sublinha Nunes Júnior *apud* Cunha Júnior (2009, 538): “o termo fundamental destaca não só a imanência desses direitos à condição humana, como também faz deles depender a própria existência do estado de direito”.

Os direitos fundamentais possuem um duplo sentido: de um lado, porque são essenciais aos homens em sua convivência com outros homens; de outro lado, porque eles representam os pilares ético, político e jurídicos do Estado, fornecendo as bases sobre as quais as ações dos órgãos estatais se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos) conforme Rocha *apud* Cunha Júnior (2009).

Miranda *apud* Cunha Júnior (2009) entende que os direitos fundamentais seriam como direitos ou posições jurídicas subjetivas dos seres humanos, individualmente ou institucionalmente considerados, previstos na Constituição, seja no aspecto formal seja no material.

Essas considerações evidenciam a necessidade de se formular um conceito de direitos fundamentais que leve em conta não só a sua fundamentalidade formal, mas sobretudo a sua fundamentalidade material, uma vez que a mera conceituação formal não é constitucionalmente adequada, posto que revela sua insuficiência ao tornar os direitos fundamentais em um rol taxativo devidamente expresso na Constituição de um país.

Cunha Júnior (2009) afirma que existe na Constituição de 1988 uma cláusula materialmente aberta que admite a existência de outros direitos fundamentais para além dos expressos no catálogo, seja com assento na própria Constituição, seja fora dela, fazendo menção ao art. 5º, §2º que determina o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Referido doutrinador conclui em sua obra então que os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base da legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana, de modo que se impõe aos órgãos do poder político o dever à efetivação das normas constitucionais com a emanação de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

### **1.3 As características dos Direitos Fundamentais**

Verificada as diversas espécies de designações e expressões similares aos Direitos Fundamentais, pode-se extrair um certo peso de responsabilidade aos poderes constituídos de

uma nação em observar seus preceitos e implementá-los no mundo jurídico da sociedade de um Estado-país.

O termo Direitos Fundamentais ao representar muito para um povo e sua constituição é dotado de características que se fazem necessárias sua distinção e conceituação para uma melhor compreensão de tais direitos.

### 1.3.1 Fundamentalidade

Interessante comentário acerca do conceito de Fundamentalidade foi elaborado por Rothenburg (2014 : p.3) que afirma o seguinte:

A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo dos direitos fundamentais (o que é dito: a referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a preocupação com a promoção da dignidade), e revela-se também a qualidade normativa (“onde” e “como” isso é dito: expressão no ordenamento jurídico como normas da mais elevada estatura: na Constituição ou em norma fundamental de direito internacional). Concorrem, portanto, ambos os critérios (material e formal) para definir a fundamentalidade de um direito.

Calil *apud* Rothenburg (2014 : p.4) sobre a fundamentalidade, embora em âmbito dos direitos sociais afirma “pode ser considerado o mínimo existencial como o núcleo essencial”.

Cumpre destacar ainda que a doutrina de Rothenburg (2014) entende que a característica da fundamentalidade é essencial para viabilizar o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não estejam devidamente positivados na Constituição de um país.

Portanto, o que se verifica de marcante nesta característica é o fato da norma de direito fundamental se encontrar positivada na lei maior de um Estado – a Constituição, de forma que toda a ação do Estado, seja por meio de seu Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário deverá atentar para fundamentalidade da norma fundamental que se encontre sob análise de um desses poderes constituídos revelando assim a essencialidade dos conteúdos das normas de direito fundamental, a qual não se limita apenas ao texto constitucional, pois conforme será

visto mais adiante poderá ser encontrado um direito fundamental também na ordem infraconstitucional, mas esta não é a regra.

### 1.3.2 Universalidade

Sobre a universalidade dos Direitos Fundamentais Rothenburg (2014, p.) afirma que:

São universais os direitos fundamentais porque inerentes à condição humana. Peculiaridades individuais, locais ou ocasionais não tem o condão de afastar o dever de respeito e promoção dos direitos fundamentais, senão reconhecer direitos fundamentais na própria diferença.

Porém, referido doutrinador alerta acerca da aceitação dos direitos fundamentais por determinado grupo ou comunidade que não concorda com tal direito, não se podendo utilizar o argumento da universalização como uma forma de impor determinados direitos, os quais não são aceitos por tal grupo de acordo com o contexto histórico, geográfico e mesmo cultural vivido por determinada sociedade, o que demonstra que tal característica é relativa e não uma uniformidade absoluta junto a todos os povos.

Comparato *apud* Rothenburg (2014, p.7) afirma sobre a característica da universalidade dos direitos fundamentais faz a seguinte análise: “algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas bem ao contrário, fontes de valores positivos e como tal devem ser protegidas e estimuladas.”

Zagrebelsky *apud* Rothenburg (2014, p.7) em relação a relatividade da universalização dos direitos fundamentais entende que se deve ter cuidado com a opressão da maioria, afirmindo o seguinte “assegurar que o povo não se feche em si mesmo, sufocando por mesmo, quem não se reconhece no grupo”.

Como se sabe nenhum direito é absoluto. Logo, tal fato não seria diferente com os direitos fundamentais, o que fica claro com a característica da universalidade, uma vez que por mais saudáveis que sejam os direitos fundamentais para determinado povo a ponto de tais direitos se universalizarem rumo a legislações de outros povos, tal universalização poderá

esbarrar com aspectos culturais, religiosos, políticos, econômicos e até mesmo de assegurar o direito de minorias de determinadas nações que não se identifiquem com algum direito fundamental já utilizado e consagrado em outra nação.

### 1.3.3 Autonomia

Trata-se de uma qualidade dos direitos fundamentais onde o sujeito de direitos tem a faculdade de exercer ou reivindicar seu direito fundamental a uma prestação do Estado no momento em que entender necessário.

Cada direito fundamental deve ser exercitado com autonomia por seu titular, que deve poder saber de seu alcance. Há o livre-arbítrio de exercer ou não o direito outorgado, afirmam D. Dimoulis e L. Martins. Os direitos fundamentais não toleram uma heteronomia muito extensa, pois deve ser definidos, antes de tudo, pelos próprios titulares.

O direito há de conferir um estatuto (regime jurídico) que preserve e promova a autonomia. Fundamentada na “dignidade da pessoa humana”, a autonomia relaciona-se com os diversos direitos fundamentais, destacadamente liberdade, igualdade e privacidade, bem como os direitos à expressão, à educação, à segurança e a condições materiais. Sendo assim, a autonomia, ao mesmo tempo que é um aspecto dos direitos fundamentais, também é um objeto que se realiza por intermédio deles.

(ROTHENBURG, 2014 : p.12 e 13)

Portanto, a autonomia é a característica do direito fundamental que propicia ao seu titular analisar o momento oportuno para pleitear ou reclamá-lo de quem de direito, podendo inclusive dispor parcial ou totalmente do seu direito fundamental.

### 1.3.4 Indivisibilidade

Essa característica parte da ideia de que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma integral, não se admitindo sua aplicação de forma parcial, ou seja, incompleta, deve-se respeitar o núcleo essencial do conteúdo do direito fundamental.

Diógenes Júnior (2012) afirma que o descumprimento a um deles constitui uma violação de todos ao mesmo tempo, ou seja, no caso de descumprimento seria com relação a todos.

A indivisibilidade dos direitos fundamentais demonstra que o Estado deverá respeitar o núcleo essencial de cada direito fundamental, seja no aspecto individualizado ou sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais no sentido de não poder aplicar alguns direitos fundamentais e ignorar outros, pois a autonomia caberia ao indivíduo dispor dos seus direitos fundamentais de forma parcial ou total, e não o Estado dispor de tais direitos na prestação negativa ou positiva.

### 1.3.5 Historicidade

Os direitos fundamentais são originados ao longo da história, sendo fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural nascendo com o cristianismo, passando por revoluções e guerras e chegando aos dias atuais.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

(BOBBIO *apud* DIOGENES JUNIOR, 2012, p. 1)

Interessante comentário acerca da historicidade dos direitos fundamentais em casos práticos foi feita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes a seguir:

A ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmado acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não

necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004.

(Mendes *apud* Diógenes Junior, 2012, p.1)

A característica da historicidade demonstra que os direitos fundamentais não nasceram por revelação, ou seja, em linguagem bem objetiva “não nasceram do nada”, eles advieram ao longo da experiência do homem na história, nas civilizações existentes ao longo dos tempos, onde o conhecimento humano foi evoluindo depois de muitos conflitos e sofrimentos gerados por seus pares uns aos outros ao longo de guerras e batalhas, onde o homem chegou a conclusão de que tem que existir um núcleo essencial de direitos – os direitos fundamentais, para resguardar as condições dignas de todo indivíduo que vive em uma sociedade sem ser vítima de seus pares ou do próprio Estado de forma abusiva, injusta e desproporcional. Tal conhecimento adveio com a experiência ao longo do tempo onde se foi construindo os direitos fundamentais.

### 1.3.6 Constitucionalização

Tal característica pode ser conhecida também por positivação e supra constitucionalização, o que em tese se quer dizer que os direitos fundamentais são núcleos essenciais de normas que devem reger qualquer sociedade como normas básicas que irão reger o direito naquela sociedade exigindo determinadas prestações do Estado ou impondo-lhe limites de atuação junto ao indivíduo.

Desta forma, tais direitos passam a ser positivados nas constituições de suas sociedades, ou seja, em determinados Estados, bem como passam também a serem positivados em tratados e normas de direitos entre as nações como reconhecimento da importância de tais direitos, daí também o caráter supraconstitucional.

Ocorre que, em termos jurídicos, a “revelação” dos direitos fundamentais faz-se primordialmente (por questão de representatividade democrática, de racionalidade e de segurança) por meio da positivação histórica em dado ordenamento jurídico (normas jurídicas). Daí falar-se da positividade (em oposição a uma concepção transcendental) dos direitos fundamentais.

(ROTHENBURG, 2014, p. 17)

A constitucionalização representa a necessidade de positivação dos direitos fundamentais de preferência nos estatutos normativos mais elevados do Estado como forma de demonstrar sua importância, bem como dificultar processos de mudança ou reformas tendentes a abolir tais direitos, podendo inclusive tais direitos fundamentais passarem do nível constitucional para o nível supraconstitucional quando os Estados se reúnem para reconhecimento de tais direitos, o que demonstraria ainda mais a importância dos direitos fundamentais.

### 1.3.7 Interdependência e inter-relação

No dizer de Diógenes Júnior (2012) em relação a interdependência os direitos fundamentais se vinculam uns aos outros, como se fossem um bloco que apresenta interpenetrações, de maneira que as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas principais finalidades, podendo-se exemplificar com o direito de liberdade a locomoção, que está relacionado à garantia do habeas corpus e ao devido processo legal, de maneira que o desrespeito a essas garantias fundamentais o direito a liberdade também restará prejudicada sua proteção.

A inter-relação, embora pareça ser similar a interdependência, estaria voltada ao fato dos direitos fundamentais terem abrangência regional e mundial, onde o indivíduo poderia fazer a opção de que âmbito de proteção se utilizaria para afastar uma violação de direito fundamental.

### 1.3.8 Abertura e inexauribilidade

Vale dizer sobre essa característica que os direitos fundamentais podem expandir-se em número e em conteúdo, de modo que sua interpretação deve ser ampliativa, buscando

assim uma eficácia irradiante, bem como o rol dos direitos fundamentais não são exaustivos, pois no dizer de Alárcon *apud* Rothenburg (2014 : p. 19) “ a afirmação positiva dos direitos fundamentais é progressiva”.

Cumpre destacar que é de conhecimento notório que o Supremo Tribunal Federal tem evoluído seu entendimento quanto a estatura das normas advindas de tratados e convenções internacionais, consideradas hoje acima das leis ordinária (supralegalidade), porém abaixo das normas constitucionais (infraconstitucionalidade) à exceção justamente daqueles que versam sobre direitos fundamentais, desde que sejam aprovados de modo semelhante às emendas constitucionais e que, então, como tais valerão.

### 1.3.9 Projeção positiva (prestacional)

Trata-se de característica em que os direitos fundamentais apresentam também uma notável projeção positiva, reclamando ações que proporcionem a satisfação das necessidades e a realização dos valores estipulados conforme preconiza Rothenburg (2014).

Tal característica surgiu com a superação do modelo liberal do Estado, onde a abstenção deste em relação aos indivíduos era festejada pelos defensores das liberdades individuais, porém com a complementação do estado Social de Direito a violação dos direitos fundamentais não são causadas por cometimento de ato do Estado, mas pela omissão deste, muitas vezes necessárias para garantir direitos fundamentais aos cidadãos do Estado.

### 1.3.10 Perspectiva objetiva

Essa característica visa ampliar o conceito de aplicação dos direitos fundamentais não apenas aos titulares de direitos, mas em qualquer aplicação do Direito deve estar objetivamente ajustada aos direitos fundamentais.

De acordo com essa característica, pode-se dizer que o Estado deve instrumentalizar as instituições públicas de forma adequada para poderem, dentro de suas atribuições quando for o caso, promover as medidas necessárias para garantir o cumprimento dos direitos

fundamentais dispostos na Constituição independente do interesse individual do cidadão, pois as instituições, como por exemplo, o Ministério Público, de forma autônoma, poderá acionar o Estado para cobrar efetivação de direitos fundamentais, principalmente os de natureza coletiva, social e difusa.

### 1.3.11 Dimensão transindividual

Trata-se de uma característica visível nos direitos fundamentais da terceira dimensão, conhecidos por fraternidade ou de solidariedade, de maneira que no dizer de Sarlet *et al* (2014) a transindividualidade se caracteriza pelo fato dos direitos fundamentais se desprenderem da figura do indivíduo como seu titular destinando-se a proteção de grupos humanos (povo, nação), o que caracteriza uma titularidade transindividual ou meta individual.

Trata-se de uma característica dos direitos de terceira geração que se trata dos direitos de solidariedade onde os direitos fundamentais passam a abranger não apenas um indivíduo, mas passam a surgir os direitos fundamentais que abrangem toda uma coletividade.

### 1.3.12 Aplicabilidade imediata

No dizer de Rothenburg (2014) as normas jurídicas em que expressam os direitos fundamentais não necessitam de integração normativa e podem ser aplicadas diretamente, pois, sob o aspecto jurídico-normativo, eles podem ser reivindicados desde logo pelos indivíduos, tendo inclusive o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 ter positivado que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Tal característica é de fundamental importância, uma vez que os direitos fundamentais dada sua indispensabilidade no momento atual entre indivíduo e Estado, tais direitos devem possuir aplicação imediata para que os indivíduos não fiquem vulneráveis ao depender do legislador ordinário para implementá-los ou o Estado fazer uma recusa na prestação de tais direitos sob a alegativa da falta de aplicabilidade, podendo ele alegar falta de recursos, mas não de eficácia de tais direitos.

### 1.3.13 Concordância prática ou harmonização

Interessante comentário sobre essa característica pode-se verificar a seguir:

Também designado pela doutrina germânica de princípio da harmonização, o princípio da concordância prática implica que bens jurídicos reconhecidos e protegidos constitucionalmente precisam ser ordenados de tal forma que, notadamente onde existirem colisões, um não se realize às custas do outro, seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato.  
 (SARLET *et al.*, 2014, p. 223)

A presente característica busca na verdade aproveitar ao máximo os direitos fundamentais e os colocar em situação de igualdade, nunca de superioridade ou inferioridade entre um e outro direito fundamental em um aparente conflito de norma, sendo este resolvido diante da análise do caso concreto pela harmonização da interpretação dos direitos fundamentais supostamente em conflito para aplicar aquele que mais se identifica com a solução do caso concreto, e não por ser superior ou prevalecer sobre outro direito fundamental, mas por ser a interpretação mais adequada ao caso e que harmoniza com os demais direitos fundamentais.

### 1.3.14 Restringibilidade excepcional

Os direitos fundamentais não podem ser diminuídos pela interpretação, sobretudo pela atividade normativa infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição esteja expressamente prevista na própria Constituição ou decorra da interação com outros dispositivos constitucionais, mas a limitação nunca poderá atingir o núcleo essencial do próprio direito fundamental conforme preceitua Rothenburg (2014).

Portanto, quando um direito fundamental for submetido a interpretação, esta deverá em regra ser ampliativa como forma de proteger a dignidade da pessoa humana do indivíduo interessado, de maneira que se houver alguma restrição na aplicação de direito fundamental, tal restrição deve estar expressa no texto constitucional, pois a interpretação em nenhum caso poderá restringir o direito fundamental se o texto constitucional assim não o fez.

### 1.3.15 Eficácia horizontal ou privada

Refere-se ao fato dos direitos fundamentais se aplicarem também em relação ao particular, e não apenas ao Estado.

A relação que se dá entre Estado, de um lado, e particular, de outro – agora chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais – continua a existir. Porém, além dessa perspectiva, surge a necessidade de defender, com base no catálogo de direitos fundamentais, o particular nas suas relações com outros particulares, fazendo-se com que nesse novo quadro seja repensada toda a dinâmicaposta para aplicação dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, fala-se em eficácia horizontal ou de direitos fundamentais nas relações privadas. (FERNANDES, 2014, p.345)

Trata-se aqui de fazer uma interpretação ampliativa em relação aos destinatários dos direitos fundamentais, deixando o Estado de ser a única entidade objeto de reclamação por parte daqueles que entendam possuir direitos fundamentais violados pelo mesmo, pois o particular também poderá estar violando direitos fundamentais e portanto será acionado judicialmente, se for o caso, para que deixe de violar ou realize uma prestação necessária para resguarda o direito fundamental de outro particular, de maneira que se denomina efeito horizontal dos direitos fundamentais, pois os particulares estariam, em tese, em situação de igualdade, podendo os direitos fundamentais serem cobrados uns dos outros.

### 1.3.16 Proibição de retrocesso

Essa característica visa fazer com que os direitos fundamentais sejam preservados ao longo dos tempos, de maneira que suas conquistas não sejam objeto de possíveis condutas do estado em futuramente regredir essas aquisições e assim suprimi-los do ordenamento jurídico.

Por isso, existe a característica da constitucionalização que visa colocar os direitos fundamentais no estatuto normativo maior do Estado, que é a Constituição, com o objetivo de demonstrar sua importância e também dificultar medidas que busquem abolir ou reformar indevidamente algum direito fundamental da Constituição ou ordenamento jurídico do país, e assim evitar o retrocesso.

### 1.3.17 Maximização ou efetividade

Busca-se aqui extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, de onde uma maximização ou optimização, não apenas em termos teóricos, mas de forma prática, ou seja, implementação dos direitos fundamentais no cotidiano das relações entre os particulares e entre esses e o Estado.

A maximização inclui o princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, que é a versão positiva da proporcionalidade, quer dizer, é inadmissível deixar de implementar adequadamente os direitos fundamentais. O Supremo Tribunal federal referiu-se à proibição de proteção insuficiente por exemplo, ao declarar a constitucionalidade da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. (ROTHENBURG, 2014, p.35)

Essa característica reflete mais uma vez a importância dos direitos fundamentais na vida das pessoas em uma comunidade, de maneira que tais direitos devem ser implementados de forma efetiva e maximizados no que diz respeito ao seu núcleo essencial, pois tem-se como indispensáveis para uma vida saudável de uma sociedade quando o Estado não poupa esforços para o cumprimento dos direitos fundamentais em uma comunidade, esperando o mesmo comportamento por parte dos particulares em relação aos seus pares.

## 1.4 Dos sujeitos dos direitos fundamentais

Neste tópico, busca-se identificar quem seriam os sujeitos dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles que se beneficiariam dos direitos fundamentais postos no ordenamento jurídico.

### 1.4.1 Distinção entre titular e destinatário

De acordo com Sarlet et al (2014) há que se diferenciar os sujeitos e destinatários dos direitos fundamentais, de modo que o titular de direitos fundamentais é o sujeito ativo da relação de direito subjetivo ao passo que o destinatário do direito é a pessoa (física ou mesmo

jurídica) em face da qual o titular demanda a proteção ou promoção de um direito fundamental.

#### 1.4.2 A pessoa natural como titular de direitos fundamentais

Não se tem dúvida que a pessoa natural é um indivíduo titular de direitos fundamentais, uma vez que esses vieram a existir para proteção de tais indivíduos do poder absoluto estatal seja na proteção ou promoção de um direito, estando sua origem atrelada ao episódio da segunda guerra mundial onde o Estado da Alemanha Nazista praticou diversas atrocidades contra cidadãos seus e de outros países por intolerância religiosa para com os reconhecidamente judeus.

Tais atos de violência se amparavam em normas do ordenamento jurídico legal da Alemanha que sob uma aparência de legalidade na forma dos seus atos por estarem positivados na lei então vigente naquele país, tais atos violariam direitos fundamentais que não poderiam sofrer uma espécie de legalização pela legislação infraconstitucional, devendo os mesmos serem resguardados pela Constituição do país haja vista seu núcleo essencial interessar fundamentalmente ao bem estar do individuo e da sociedade.

No Brasil, o art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determina: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

O dispositivo acima mencionado estabelece de forma clara à pessoas naturais a titularidade dos direitos fundamentais, inclusive aos estrangeiros não estrangeiro no País conforme ampla interpretação da doutrina constitucional e do próprio Supremo Tribunal Federal (HC 94.404 MC/SP), não se podendo ignorar a extensão de tais direitos aos estrangeiros não residentes, tendo em vista os princípios da universalidade dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Quando no seu art. 5º, caput, a Constituição Federal se refere a “brasileiros”, tal expressão é de ser interpretada como abrangendo todas as pessoas que possuem a nacionalidade brasileira, independentemente da forma de aquisição da nacionalidade (ou seja, independentemente de serem brasileiros natos ou naturalizados), ressalvadas algumas exceções previstas na própria Constituição, que reservam aos brasileiros natos alguns direitos. De outra parte, o gozo da titularidade de direitos fundamentais por parte dos brasileiros evidentemente não depende da efetiva residência em território brasileiro, pois a titularidade depende exclusivamente do vínculo jurídico da nacionalidade.

[....]

Uma primeira alternativa de interpretação amis extensiva guarda relação com a definição de estrangeiro residente e não residente, de tal sorte que, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e universalidade (fundamento aqui adotado), seja adotada a interpretação mais favorável ao indivíduo. Assim estrangeiros residentes são considerados todos os que, não sendo brasileiros natos ou naturalizados, se encontram, pelo menos temporariamente, no País, aguardando portanto, algum vínculo com certa duração. (SARLET, 2014, p. 319 e 320)

Cumpre destacar que se faz imprescindível conhecer quais os titulares dos direitos fundamentais, tendo em vista que nesta monografia se buscará analisar a aplicação da pena aos indivíduos que transgridam o ordenamento jurídico penal, de maneira que existem direitos fundamentais que refletem direto na aplicação da pena sobre as pessoas, sejam elas brasileiras ou estrangeiras que venham a cometer alguma infração penal sob a jurisdição do Estado brasileiro.

#### 1.4.3 Os direitos fundamentais antes do parto e no *post mortem*

No tópico anterior falamos que a pessoa natural é titular de direitos fundamentais, independente de ser brasileira ou estrangeira. Neste subtítulo buscaremos analisar a titularidade dos direitos fundamentais nos limites da vida de um indivíduo.

Sarlet (2014) coloca em sua obra que a questão pode ser vista sob os seguintes ângulos: a vida de embriões e fetos com vida uterina, embriões com vida extrauterina e os direitos fundamentais das pessoas mortas.

Sobre o reconhecimento pelo Brasil e a doutrina comparada a respeito dos direitos fundamentais aos embriões com vida uterina e extrauterina, pode-se verificar o seguinte comentário:

No caso dos embriões (e fetos) em fase gestacional, com vida uterina, nítida é a titularidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne à proteção da conservação de suas vidas, e onde já se pode, inclusive, reconhecer como imanentes os direitos da personalidade, assim como, em alguns casos, direitos de natureza patrimonial, embora tais aspectos sigam sendo discutidos em várias esferas. Na seara da proteção penal de bens fundamentais, situa-se, por exemplo, a proibição – ainda que não absoluta – do aborto, embora já se registrem muitas iniciativas, no direito comparado, no sentido da descriminalização.

[....]

Tomando-se como referência – no plano do direito comparado – a doutrina e a jurisprudência da Alemanha, que, em termos gerais, reconhece, de há muito, a tutela constitucional da vida e da dignidade antes do nascimento, resulta evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito a vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção das suas vidas, numa nítida menção à humanidade do embrião e, com ainda maior razão, à condição humana do nascituro. Tal entendimento, a despeito de importantes variações na doutrina, tem sido majoritariamente consagrado na doutrina brasileira, que igualmente assegura uma tutela constitucional e jusfundamental à vida não nascida (intrauterina), mas também reconhece, em termos gerais, um (ainda que diferenciada) proteção à vida embrionária extrauterina. (SARLET et al, 2014, p.322 e 323)

Em relação aos direitos fundamentais ao indivíduo que já morreu, pode-se verificar claramente que alguns direitos fundamentais são aplicáveis ao mesmo enquanto outros já não se demonstram viáveis na prática, podendo-se elencar os direitos ao bom nome, à privacidade, à honra, o respeito ao cadáver e até mesmo o direito a ser doador de órgãos que expressado em vida deverá ser respeitado após a morte do indivíduo.

#### 1.4.4 As pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais

A doutrina entende que as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais, pelo menos de alguns, uma vez que os limites da personalidade jurídica consistente na sua inexistência como um ser humano não permite ser titular por exemplo de direito a saúde, ao lazer ou mesmo a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida, será titular de direito a ampla defesa e o contraditório, ao devido processo legal, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal reconhece direito à assistência jurídica e não admite prova ilícita em relação à pessoa jurídica. As pessoas jurídicas de direito público também podem ser titulares de direitos fundamentais (por exemplo, devido processo legal em relação a garantias que deveriam ser prestadas pela União para que um estado pudesse contrair empréstimos externos). (ROTHENBURG, 2014, p. 59)

Portanto, verifica-se claramente ser viável às pessoas jurídicas serem titulares de direitos fundamentais, observado as peculiaridades desta com os direitos fundamentais que se busca defender, tendo em vista as limitações e diferenças entre pessoa jurídica e pessoa física.

## **1.5 Destinatários dos direitos e garantias fundamentais**

Conforme introduzido no item 1.4.1 anteriormente, titulares e destinatários de direitos fundamentais não se confundem, sendo importante sua distinção ser explicada.

Nos itens acima, buscou-se demonstrar que os titulares de direitos e garantias fundamentais são os indivíduos, pessoa natural, pessoa jurídica, embrião, e até mesmo o direito *post mortem*, que figuram no polo ativo de uma demanda judicial reclamando do destinatário, o qual figura no polo passivo da demanda, o cumprimento a um direito ou garantia fundamental prevista na Constituição Federal de um país.

Note-se que o destinatário será então aquele que se encontra violando um direito fundamental ou garantia fundamental, podendo ser o Poder Público ou mesmo um particular, haja vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.

Destinatário dos direitos e garantias fundamentais são, em contraposição aos titulares, os sujeitos passivos da relação jurídica, em outras palavras, as pessoas físicas ou jurídicas (de direito público ou privado) que estão vinculados pelas normas de direitos fundamentais. Embora se trate de temática também relacionada à eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, é aqui que serão delineadas algumas considerações a respeito do tema. Na medida em que o mandamento da aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF) diz respeito, em princípio, a todas as normas de direitos fundamentais independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação, o problema da eficácia

vinculativa será abordado de forma genérica, considerando-se, todavia, as especificidades das diversas categorias de direitos fundamentais. De outra parte, em que pese uma série de convergências, seguir-se-á a convencional distinção entre o Poder Público e os particulares na condição de destinatários dos direitos fundamentais.

(SARLET et al, 2014, p.333)

Diante de tal comentário, verifica-se que o Poder Público e os particulares figuram na condição de destinatários dos direitos fundamentais, de maneira que em relação a presente monografia que versa sobre as espécies de pena no Brasil à luz dos direitos fundamentais nos faz aclarar que é necessária uma fiscalização ostensiva e vigilante sobre o Poder Estatal em criar espécies de pena e aplica-las aos indivíduos sob jurisdição brasileira, uma vez que tal atividade deve se dar à luz dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 e que interferem na atuação do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário brasileiro no que diz respeito a aplicação da pena no Brasil.

## **1.6 As gerações dos direitos fundamentais.**

Os direitos fundamentais foram se consagrando ao longo de uma evolução histórica, onde seus efeitos foram se irradiando para campos de abrangência maiores que os anteriores, razão pela qual alguns autores chamam de gerações de direitos fundamentais ou então de dimensões de direitos fundamentais.

No dizer de Fernandes (2014), os **direitos de primeira geração**, também chamados de direitos de liberdade, são direitos civis e políticos instituído no final do século XVIII e início do século XIX, e se caracterizam como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, buscando-se deste um dever de abstenção em relação aos indivíduos, tornando estas pessoas mais livres da influência do poder estatal.

Em relação aos **direitos de segunda geração**, Rothenburg (2014) afirma que tais direitos teriam nascido do desenvolvimento econômico, sobretudo a partir da industrialização, onde se verificou a reivindicação por direitos orientados pela ideia de igualdade e que têm por titulares os seres humanos, em uma perspectiva coletiva, onde se pleiteava questões

econômicas, trabalhistas, os chamados direitos sociais. Podem-se exemplificar aqui os direitos trabalhistas, previdenciários, à saúde e à educação.

Nesta geração de direitos fundamentais, o Estado era chamado a propiciar a criação e implementação de tais direitos na vida cotidiana dos indivíduos com reflexo inclusive nas relações privadas, caracterizando essa geração como de ideologia socialista.

Os **direitos de terceira geração** é visto por Fernandes (2014) como um resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas consistente num sentimento de fraternidade ou solidariedade entre o gênero humano, de maneira que tal geração ocasionou o direito ao desenvolvimento, direito a paz, ao meio ambiente e comunicação.

Trata-se de direitos ditos difusos (porque articulados com mais frequência de modo coletivo ou difuso), como o direito ao meio ambiente (um ambiente ecologicamente equilibrado, o que compreende não apenas o ambiente natural, mas igualmente o ambiente artificial dos centros urbanos e das condições de trabalho), à paz e segurança, ao desenvolvimento socioeconômico (especialmente das populações menos favorecidas), de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação etc.  
 (ROTHENBURG, 2014, p. 66)

Os estudos de quarta, quinta e sexta geração ainda se encontram em análise pela doutrina não se encontrando definido seus conceitos atualmente, tendo em vista as diversas correntes doutrinárias sobre tais matérias, de modo que a **quarta dimensão dos direitos fundamentais** para Paulo Bonavides *apud* Rothenburg (2014) se caracteriza pela expansão em escala global do direito a democracia, à informação e ao pluralismo.

Já para Lorenzetti *apud* Rothenburg (2014) afirma que tais direitos fundamentais se caracterizam por uma introspecção do indivíduo, ou seja, uma diferenciação do indivíduo em relação ao outro, surgindo assim o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto e recusar tratamento médicos que levem à morte, caracterizando assim como sendo um direito a ser diferente das demais pessoas.

Os **direitos de quinta geração** na visão de Bonavides *apud* Fernandes (2014) e Rothenburg (2014) surge em resposta à crise global de segurança contemporânea ressaltando o direito à paz entre as nações, sendo este direito trazido da terceira geração à quinta geração dos direitos fundamentais, alcançando assim um patamar específico de fundamentalidade no início do século XXI.

Rothenburg (2014) em seu livro ainda aponta a **sexta geração de direitos fundamentais** como sendo a preocupação com a água potável destinada ao consumo humano e dos animais, de forma que tal elemento da natureza necessita receber uma proteção jurídica expressa do Estado para preservá-la e garantí-la de forma adequada e suficiente a quem dela necessite nos termos da legislação vigente.

Portanto, neste tópico buscou-se fazer uma abordagem sobre os principais pontos da evolução das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais ao longo do tempo, deixando de se ater a uma profunda análise de tais gerações, tendo em vista que o objeto do presente trabalho se relaciona com a aplicação da pena do sistema jurídico de um estado direcionado aos indivíduos transgressores da norma penal então vigente, de maneira que o que mais se identifica com o objeto do presente trabalho seriam os direitos de primeira geração, aqueles que versam sobre a liberdade do indivíduo obrigando o Estado a observar determinadas normas de abstenção em relação às pessoas, estando aqui inclusive a liberdade de locomoção, relaxamento de prisões ilegais e arbitrárias, as garantias processuais penais e até mesmo as espécies de pena vedadas aos cidadãos por determinado Estado.

## 2 DIREITO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo se buscará fazer uma relação entre Direito Penal e os Direitos Fundamentais, demonstrando que o ramo jurídico do direito que se ocupa da criação de tipos penais, os quais quando infringido leva a aplicação de uma pena como forma de retribuição do Estado pela conduta grave praticada pelo indivíduo, possui ou, pelo menos, deverá possuir uma relação bem próxima com os direitos fundamentais, os quais conforme dito anteriormente constitui em direitos básicos e essenciais estipulados em uma sociedade que deverão obrigatoriamente ser observadas pelo Estado no trato cotidiano com seus cidadãos, inclusive na seara penal, pois será demonstrado no decorrer deste capítulo que até mesmo as penas instituídas pela legislação brasileira e sua aplicação sofrem limitações de ordem constitucional e de respeito aos direitos fundamentais nela instituída.

### 2.1 Teoria do garantismo penal

Muito se fala atualmente que determinados autores, doutrinadores ou operadores do direito penal são simpáticos a um *garantismo penal*, agindo muito em favor de interpretações favoráveis ao réu quando de sua intervenção no direito penal de um caso concreto, enquanto outros operadores seriam antigarantistas ou mesmo antipáticos a interpretações da legislação que venham a beneficiar indivíduos que transgridam a lei penal e assim pratiquem fatos típicos ensejadores de uma reprimenda estatal através da pena.

Interessante notar que a expressão *garantismo penal* ganha força quando se analisam as decisões do Supremo Tribunal Federal, que ao se depararem com determinado processo penal proferem decisões que em um primeiro momento possa ser entendida apenas como uma interpretação favorável da lei e da Constituição Federal ao réu, o que em determinados casos contraria as expectativas de terceiros que não compreendem bem o que acontece.

Cumpre destacar que é dever do Supremo Tribunal Federal resguardar o cumprimento das normas constitucionais, dentre elas os direitos e garantias fundamentais, de maneira que ao prolatar uma decisão judicial, seja ela colegiada ou monocrática, sobre o dever de observância de normas constitucionais por parte da atuação do Estado em determinado

processo penal, a corte suprema nada mais nada menos está a fazer do que uma interpretação e aplicação do que a Constituição Federal determina em relação a uma dada situação concreta de natureza penal envolvendo algum indivíduo.

Não se pode a partir daí fazer presunções ou julgamento se tal decisão assume uma característica garantista quando na verdade o garantismo penal nada mais é do que a observância correta do que determina os direitos fundamentais de uma constituição, o que é feito pela suprema corte de uma nação incumbida de dar a palavra final sobre eventual desrespeito as normas constitucionais de um país.

O garantismo se deve compreender, sobre tudo: (a) como uma teoria de base constitucional (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização, (d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, (e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos.

(FELDENS, 2012, p. 53)

De acordo com Feldends (2012) a expressão garantismo penal está associada ao doutrinador italiano Luigi Ferrajoli, o qual é conhecido por assumir uma ideia de que o Direito Penal deveria atuar em núcleos essenciais de condutas com o intuito de exclusiva proteção de bens jurídicos primários, não sendo assim atribuição do Direito Penal sua intervenção exacerbada na vida dos indivíduos, mas apenas quando fosse essencial sua utilização para proteção e bens jurídicos tidos como relevantes por uma sociedade para assim trazer uma paz social à mesma.

Convém notar entretanto, que em sua teoria do garantismo Ferrajoli serve-se de *uma concepção* de direitos fundamentais. Precisamente de uma concepção *unidirecional*, onde os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia meramente negativa (funcionando direitos oponíveis contra o Estado), e tem-na como suficiente para sustentar *sua concepção* de garantismo penal. No particular, a teoria de Ferrajoli não padece de qualquer incoerência interna. Apenas que ela retrata um modelo de Direito Penal que se estrutura à base de *uma determinada concepção* de direitos fundamentais que se traduz em *uma determinada versão* de garantismo, a qual não parece corresponder à multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais. (FELDENS, 2012, p. 55 e 56)

Portanto, verifica-se que o Direito Penal quando exercido em Estado nos estreitos limites que os direitos fundamentais recomendam na seara penal estaria manifestando assim o garantismo penal no sentido de que o poder estatal estaria limitado pelos direitos fundamentais quando da intervenção na vida dos individuos, de forma que o garantismo não seria uma conduta interpretativa em apenas beneficiar os réus de processos penais, mas antes disso o garantismo penal seria o cumprimento fiel dos direitos fundamentais que buscam abster o Estado de adotar determinadas condutas que violariam os direitos fundamentais dos membros de sua sociedade e não apenas um trabalho de interpretação mais favorável para os litigantes em processo penal.

## **2.2 Constituição e Direito Penal**

Neste tópico, busca-se averiguar a relação entre Direito Penal e Direito Constitucional, uma vez que aquele é um ramo do direito público destinado a regular os fatos típicos em que os cidadãos deverão se abster de cometê-los sob de pena de aplicação de uma sanção penal pelo Estado-Juiz.

Porém, as normas de direito penal não estão dissociadas das normas materiais constitucionais, as quais servirão de norte para atuação do Estado-Juiz, Legislador e Executivo de uma nação no trato com seus réus e condenados no cumprimento das penas a eles aplicadas ao fim de um processo penal.

Feldens (2012) afirma que a Constituição Federal chega a projetar um impacto sobre a validade do Direito Penal, de forma que a configuração do legislador penal, conquanto regra, não é absoluta, bem como o Direito Penal não é um âmbito isento de controle pela jurisdição constitucional do país.

Considerando que o Direito Penal a ser produzido pelo órgão legislativo de um país deverá se orientar pelas normas constitucionais, pode-se concluir em um primeiro momento que as espécies de pena, que servirão como sanção penal do estado aos transgressores da lei, limitar-se-iam ao que determina a constituição, especificamente no capítulo dos direitos fundamentais previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

[....] surge-nos a noção de *Constituição Penal*, aqui concebida como o conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição, as quais compreendem os princípios e regras gerais respeitantes à matéria criminal (pena e processual penal) positivados na ordem constitucional; ademais uma vez assentada a missão precípua do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, as linhas compreensivas da *Constituição Penal* assumirão uma perspectiva material para abranger, em seu núcleo de problematização, os efeitos decorrentes do desenvolvimento dogmático dos direitos fundamentais, enquanto proibições de intervenção e imperativos de tutela.

Tal como reconhecido por penalistas de primeira grandeza, trata-se de um debate que, sem prescindir dos aportes oferecidos pela dogmática penal, deve se realizar a partir de um *enfoque constitucional*, e muito especialmente, dos direitos fundamentais. Este, o horizonte de sentido do Direito Penal; este o *enfoque constitucionalista do Direito Penal*. (FELDENS, 2012, p. 60)

A Constituição Penal surge da ideia de que o Direito Penal deve se orientar pelas normas constitucionais que tratam da matéria pena e processual penal de um país. Como regra, essas normas constitucionais tratam de direitos fundamentais que tem por finalidade colocar um freio no direito de punir a ser exercido pelo Estado-Juiz, Legislador e Executivo na medida em que suas atribuições deverão se pautar pelo que determina a Constituição de um país. Desta forma se uma constituição apresenta muitas normas constitucionais que versam sobre matéria penal e processual penal, pode-se dizer que existe então um Direito Penal Constitucional e desta forma uma Constituição Penal a ser observada.

## **2.3 Princípio da legalidade penal orientado ao conteúdo normativo da Constituição**

O art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição federal de 1988 determina o seguinte: não há crime sem lei anterior que o defina, nem penal sem previa cominação legal.

Pode-se verificar que tal dispositivo legal se encontra previsto no capítulo dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988 e demonstra uma delegação feita pelo legislador constituinte ao legislador ordinário para que crie as condutas e as respetivas penas que deverão receber a guarda do Direito Penal no cotidiano da sociedade de um país.

Porém, tal delegação ao legislador ordinário não seria um cheque em branco, conforme afirma Feldens (2012), para que aquele pudesse com ilimitada liberdade restringir ou exceder no cumprimento constitucional da forma como o Direito Penal, em especial as modalidades de pena, deverão incidir na vida das pessoas, principalmente daquelas que transgredirem o ordenamento jurídico, podendo-se concluir então que a Constituição figurara como quadro referencial indispensável da atividade punitiva exercida pelo Estado, contendo as decisões valorativas fundamentais para elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para tal legislação, de forma que a atividade do legislador encontra seu objeto previsto por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz pré-constituída ao legislador.

## **2.4 O modelo de três níveis proposto pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha - TCFA**

Neste tópico, busca-se trazer o modelo proposto pela jurisprudência alemã a qual verifica uma relação entre Constituição e o Direito Penal, que no comentário de Feldens (2012, p.62,63) se daria da seguinte forma:

a) Cada norma penal contém um juízo de desvalor ético-social, exercido com autoridade estatal. O conteúdo concreto deste juízo de desvalor resulta do suporte fático penal e da ameaça penal (*BverfGE* 25,269 [286]). A graduação das diversas penas, segundo seu conteúdo de desvalor (injustiça), corresponde, no Estado de Direito, à sanção estipulada, segundo o tipo de injusto e o montante da pena. As penas, mensuradas de acordo com a ideia de Justiça, precisam estar objetivamente sintonizadas entre si, em face do suporte fático sobre a qual incidem. Por um lado, o montante da pena se direciona conforme o valor normativamente fixado ao bem jurídico protegido por disposição legal que foi lesado pela culpa do autor. Por outro lado, só é possível extraír o peso (a carga) de um crime a partir do conteúdo de desvalor da ação. Assim, também a ameaça de punição é de significado decisivo para a caracterização, avaliação e interpretação dos fatos delituosos. Somente a partir de uma avaliação diferenciada do conteúdo de desvalor dos diferentes crimes é que se justifica a graduação das sanções penais de forma comprehensível e objetiva. Ela também se fundamenta na diferenciação entre crimes e meras irregularidades (ilícitos extrapenais); b) é tarefa do Direito Penal proteger os valores elementares da vida comunitária. *O que sem dúvida pertence ao núcleo do Direito Penal consegue-se averiguar com base no ordenamento de valores da Lei Fundamental (BverfGE 5,85 [204 e seguintes]; 6, 32 [40 e seguintes]; 7, 198 [204 e seguintes]; 21, 362[372]) Com a mesma determinação pode-se dizer que certos*

*suportes fáticos de menor importância estão fora deste núcleo. Mais difícil é traçar a linha limítrofe exata entre o núcleo do Direito Penal e o âmbito das meras irregularidades (ilícitos extrapenais), uma vez que nesta área limítrofe, os enfoques (pontos de vista) que dominam na comunidade jurídica acerca da avaliação do conteúdo de injustiça nos modos de conduta particulares estão sujeitos a mudanças especiais. [BverfGE 27, 18(29), §§36-37, 16/07/1969].*

As relações entre Constituição e Direito Penal se dariam da seguinte forma, em um primeiro nível, quando aquilo que pertence indiscutivelmente ao núcleo do Direito Penal se pode deduzir da ordem constitucional de valores, incluindo os direitos fundamentais e, também, os interesses coletivos.

Em um segundo nível, poder-se-ia afirmar que certos fatos de menor importância estão fora deste núcleo essencial, e portanto não mereceriam proteção jurídico-penal.

O terceiro nível, sob a ótica do TCFA, seria a necessidade de traçar a linha limítrofe exata entre o núcleo do Direito Penal e o âmbito dos demais ilícitos, consistindo em um âmbito intermediário entre os dois níveis anteriores, onde a decisão de proteger penalmente, ou não, o bem ou interesse envolvido corresponderia por completo ao legislador ordinário.

## **2.5 A tríplice relação axiológica-normativa entre a Constituição e o Direito Penal**

No Brasil, Feldens (2012) visualiza a relação entre Constituição e o Direito Penal como sendo uma relação axiológico-normativa a partir da qual se podem deduzir três níveis de interação; a intervenção constitucionalmente proibida, ou seja, o limite material do Direito Penal; a intervenção penal constitucionalmente possível, que seria a fonte valorativa do Direito Penal; a intervenção penal constitucionalmente obrigatória, ou seja, o fundamento normativo do Direito Penal onde se apontaria zonas de obrigatoriedade intervenção do legislador penal. (grifo nosso)

## 2.5.1 A Constituição como limite material ao Direito Penal

A constituição exerceria um papel limitador sobre a atividade legislativa do Estado quando da construção de tipos penais. Ou seja, neste caso os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal seriam fontes de força normativa que impediria o Direito Penal de tentar criminalizar condutas que são garantidas pela Constituição através dos direitos fundamentais.

Poder-se-ia exemplificar essa limitação material da Constituição através dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, liberdade de pensamento, o direito de reunião e associação, o direito à greve, entre outros, os quais impediriam o legislador penal de intervir nessa esfera de direito da sociedade.

A limitação material da Constituição sobre o Direito Penal também seria melhor visualizada na situação de ilegitimidade de criminalização em proteção a valores ou interesses constitucionalmente proscritos, no caso, pode-se citar o exemplo do princípio da igualdade dos cidadãos perante a Lei.

Apenas como exemplo dessa hipótese, a Corte Constitucional italiana, tendo por base a aplicação do princípio da igualdade dos cidadão *sem discriminação de religião*, declarou a inconstitucionalidade do art. 402 do Código Penal, o qual punia o vilipêndio tão somente da religião católica[....]Também sob essa perspectiva, e dentre outras razões, estaria vedada a criminalização do homossexualismo.

Feldens (2012, p.66)

A limitação material da Constituição também se manifestaria na ilegitimidade da criminalização de condutas socialmente irrelevantes, obrigando o legislador penal a atuar apenas nos casos em que detectar uma ofensa significativa a um bem, interesse ou direito alheio, uma vez que o direito de liberdade é direito constitucional fundamental, razão pela qual a suspensão de tal direito contra um indivíduo deve se dar por situações que demonstrem uma ofensividade a bem jurídico significativa.

Enquanto requisito legitimador da criminalização, a exigência de ofensividade encontra fundamento no próprio direito (fundamental) de liberdade, que não pode estar ameaçado de restrição por ingerências

estatais excessivas (inadequadas ou desnecessárias). Sob tal perspectiva, se se pretende atribuir à exigência de ofensividade – além de diretriz político-criminal – a capacidade operativa de afastar ou reduzir, por ilegitimidade, o âmbito de incidência da norma penal, esta categoria não será outra coisa senão a transposição, para a linguagem dogmático-penal, do princípio da proporcionalidade, enquanto dever de proscrição de ingerências inadequadas, desnecessárias ou concretamente excessivas no âmbito das liberdades individuais.

Feldens (2012, p.67)

Neste tópico, buscar-se-á apresentar alguns exemplos de limitação constitucional da atividade do legislador penal prevista nos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal de 1988.

#### 2.5.1.1 Inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)

O referido inciso aborda dois exemplos de limitação material do legislador penal ordinário, do Poder executivo e do Judiciário, pois primeiramente deverá existir uma lei anterior que defina que determinada conduta é crime, de forma que a autoridade policial não poderá prender um cidadão por fato que não seja tipicamente enquadrado em uma lei anterior como crime, o que constitui o **princípio da anterioridade penal**.

De outro lado, o Judiciário não poderá aplicar uma pena a determinado crime sem que a mesma esteja cominada dentre as possíveis para aquele crime criado por uma lei anterior ao fato, constituindo assim o **princípio da reserva legal**.

Esses princípios, como garantia essencial de um Estado de Direito, asseguram que a regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado, e consequentemente da liberdade do indivíduo, depende exclusivamente da prévia manifestação de vontade dos representantes populares, detentores de mandatos letivos, diretamente eleitos pelo povo, conforme parágrafo único do art. 1º da Constituição federal.

Os princípios da reserva legal e da anterioridade no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*); que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex previa*); e, que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*).

Essa revisão é tradicional nas constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, de 26-8-1789, com a seguinte redação: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”  
 (MORAES, 2013, p. 270)

Não se pode negar a importância de tais princípios, uma vez que a existência de conduta considerada crime e da pena respectiva deverão passar pelo crivo do legislador, onde ali será debatido pelos representantes da sociedade, e no caso de vir a ser promulgada referidas leis, os indivíduos só poderão ser alcançados por referidas leis na prática de fato posterior a entrada em vigência de referida legislação até mesmo por uma questão de segurança jurídica sob pena de violação e direitos fundamentais dos indivíduos que possam vir a ser punidos por fato que só veio a ser considerado crime em momento posterior e não anterior ao seu cometimento.

#### 2.5.1.2 Inciso XL do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu)

Trata-se aqui de dois princípios, o da irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna, de forma que neste caso a Constituição Federal de 1988 impõe uma limitação material ao Poder Judiciário quando da interpretação de um caso concreto em que deva analisar qual lei penal irá aplicar, estando assim o Estado-Juiz impedido de aplicar de forma retroativa uma lei mais severa, bem como deverá aplicar de forma retroativa a lei mais benéfica ao cidadão objeto de um processo penal.

A regra geral em matéria de direito penal é a irretroatividade da lei penal, sem a qual, como salienta Damásio E. de Jesus, “não haveria segurança nem liberdade na sociedade, uma vez que se poderia punir fatos lícitos após sua realização, com a abolição do postulado consagrado no art. 1º do CP”[...]Porém, admite-se constitucionalmente, sempre a favor do agente da prática do fato delituoso, a retroatividade da lei penal mais benigna.  
 (MORAES, 2013, p. 276)

Portanto, considerando que a lei que rege o fato típico é aquela do tempo em que o mesmo é praticado, no caso de lei posterior deixar de considerar tal fato típico como crime as

pessoas que cometem tal fato não serão responsabilizadas criminalmente, de maneira que os legisladores entenderam por bem estender tal efeito abolicionista àqueles que se encontram respondendo a processo criminal ou até mesmo os que já possuem condenação com trânsito em julgado, pois não faria sentido o Estado dispender recursos com a manutenção de processos ou mesmo de detenção de pessoas em seus presídios por fato que a sociedade através do legislativo não considera mais um fato típico a merecer uma reprimenda do Direito Penal, podendo assim tais indivíduos receberem a extinção da punibilidade quando tenham cometido tal fato típico quando ainda era considerado crime pela legislação anterior.

**2.5.1.3 Inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido)**

Trata-se aqui do **princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena** onde a pena, em sede de matéria penal, no dizer de Jesus *apud* Moraes (2013, p. 293) consiste na “sanção aflativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito [...]”, tal pena não poderia passar da pessoa do condenado para familiares, amigos, parentes ou terceiros em geral.

Segue abaixo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de um terceiro cumprir a pena de prestação de serviços de um autor da infração penal.

Prestação de serviços à comunidade por terceiros e princípio da intransmissibilidade da pena: STF – “A prestação de serviços à comunidade constitui sanção jurídica revestida de caráter penal. Trata-se de medida alternativa ou substitutiva da pena privativa de liberdade. Submete-se, em consequência, ao regime jurídico-constitucional das penas e sofre todas as limitações impostas pelos princípios tutelares da liberdade individual.[...]A intransmissibilidade da pena traduz postulado de ordem constitucional. A sanção penal não passará da pessoa do delinquente. Vulnera o princípio da incontangiabilidade da pena a decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de

serviços a comunidade”(STF – 1<sup>a</sup>. T. – HC nº 68.309/DF – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 8 mar. 1991, p.2202).

Logo, verifica-se que o limite material instituído pela Constituição Federal no Direito Penal se dá na proibição do Estado exigir que uma pena imposta a um indivíduo possa vir a ser cumprida por um terceiro em seu lugar, o qual não foi sequer o autor da infração penal não recebendo do Estado uma sentença condenatória, podendo ser transmitida apenas a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens até o limite transferido na herança sob pena de se configurar a transmissão da pena para o terceiro quando esse tem seu patrimônio alcançado pelo cumprimento de pena superior ao que teria recebido do apenado.

#### 2.5.1.4 Inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988

Este inciso traz o seguinte texto:

Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis

Trata-se aqui de um inciso constitucional que demonstra claramente o poder limitador da Constituição Federal de 1988 no Direito Penal brasileiro, pois afirma de forma clara quais penas são vedadas no nosso ordenamento jurídico.

Em uma análise preliminar, verifica-se que a única pena que é relativa sua aplicação no ordenamento jurídico é a pena de morte quando estivermos em estado de guerra declarada nos moldes constitucionais pelo Presidente da República, no caso de agressão estrangeira, devidamente autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas conforme determina o art. 84, XIX da Constituição Federal de 1988.

A pena de morte encontra previsão infraconstitucional no art. 55, “a” do Código Penal Militar instituído pelo Decreto-Lei nº 1001/1969. O art. 56 do referido código militar determina que o modo como se dará a pena de morte será através do fuzilamento.

Em tempo de guerra, poderá ser objeto da aplicação da pena de morte tanto o civil como o militar, conforme se verifica com o art. 707 do Código de Processo Penal Militar (instituído pelo Decreto-Lei nº 1002/1969) afirma que o militar que tiver que ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas, enquanto que o civil será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido.

Nota-se portanto, que o direito à vida, mesmo com a proteção dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal de 1988, não é absoluto, pois de forma excepcional o Estado poderá aplicar uma pena tão severa e definitiva para um indivíduo – que é a pena de morte, a qual perderá a finalidade da pena de reeducação do apenado, fazendo prevalecer apenas a finalidade da retribuição e da prevenção do crime.

O autor Beccaria (2013) em seu livro Dos Delitos e das Penas, escrito no século XVIII, faz o seguinte comentário sobre a pena de morte:

Quem poderia ter dado a homens o *direito* de degolar seus semelhantes? Esse direito não tem certamente a mesma origem que as leis protegem.

A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Mas quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo almejado arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens?

[....]

A pena de morte não se apoia, assim em nenhum *direito*. É uma guerra declarada a um cidadão pela nação, que julga a destruição desse cidadão necessária ou útil. Se eu provar, porém, que a morte não é útil nem necessária, terei ganho a causa da humanidade.

A morte de um cidadão só pode ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de confusão, em que a nação fica na alternativa de recuperar ou de perder sua liberdade; nas épocas de

conflito, em que as leis são substituídas pela desordem; e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade; pode ainda, por suas relações e seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência produzir uma revolução perigosa no governo estabelecido.

Todavia, sob o reino tranquilo das leis, sob uma forma de governo aprovada pela nação inteira, num Estado bem defendido no exterior e sustentado no interior pela força e pela opinião talvez mais poderosa do que a própria força, num país em que a autoridade é exercida pelo próprio soberano, em que as riquezas só podem proporcionar prazeres e não poder, não pode haver nenhuma necessidade de tirar a vida de um cidadão, a menos que a morte seja o único freio capaz de impedir novos crimes. (BECCARIA, 2013, p. 54 e 55)

**A pena de caráter perpétuo** está vedada em nosso ordenamento jurídico em razão da decorrência do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a observância da garantia constitucional da liberdade e à dignidade humana, razão pela qual Bastos *apud* Moraes (2013, p. 298) faz o seguinte comentário:

A prisão perpétua priva o homem da sua condição humana. Esta exige sempre um sentido de vida. Aquele que estiver encarcerado sem perspectiva de saída, está destituído dessa dimensão espiritual, que é a condição mínima para que o homem viva dignamente.

O art. 75 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) prevê que o tempo de cumprimento máximo da pena privativa de liberdade é de 30 (trinta) anos, mesmo na hipótese do apenado vir a ser condenado em vários crimes em que a soma das penas se supere a quantia de trinta anos de privação de liberdade conforme se verifica com o parágrafo primeiro de referido artigo.

Sobre a prisão perpétua, que poderia funcionar como alternativa à pena de morte, faz necessário colacionar comentário de Beccaria (2013, p. 57) sobre o presente tema:

Assim, a escravidão perpétua, substituindo a pena de morte, tem todo o rigor necessário para afastar do crime o espírito mais determinado. Digo mais: encara-se, muitas vezes, a morte de modo tranquilo e firme, uns por fanatismos, outros por essa vaidade que nos acompanha mesmo além do túmulo. Alguns, desesperados, fatigados da vida, veem na morte um meio de se livrar da miséria. Mas o fanatismo e a vaidade desaparecem nas cadeias, sob os golpes, em meio às barras de ferro. O desespero não lhes põe fim aos males, mas os começa.

Dir-se-á que a escravidão perpétua é também uma pena rigorosa e, por conseguinte, tão cruel quanto a morte. Responderei que, reunido num

ponto todos os momentos infelizes da vida de um escravo, sua vida seria talvez mais horrível do que os suplícios mais atrozes; mas esses momentos ficam espalhados por todo o curso da vida, ao passo que a pena de morte exerce todas as suas forças num só instante.

Sobre a vedação **da pena de trabalhos forçados**, mais uma vez a preocupação do legislador constituinte em não submeter os encarcerados do sistema penitenciário brasileiro a violações da dignidade da pessoa humana ao se exigir dos mesmos trabalhos que excedam sua capacidade física de cumprir as tarefas, acarretando muitas vezes uma vulnerabilidade da saúde física e da vida dos mesmos vindo a entrar em conflito inclusive com o direito fundamental assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral previsto no inciso XLIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Cumpre destacar que o que é vedado em nossa legislação são os trabalhos forçados, mas que o direito do preso em obter um trabalho remunerado durante o cumprimento da pena, tal fato é possível, pois inclusive encontra previsão no art. 28 da Lei 7.210/1984 onde o trabalho do condenado é visto como dever social e condição de dignidade humana, tendo a finalidade educativa e produtiva como orientadores.

O trabalho do preso deverá ainda ser remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo conforme o art. 29 da Lei 7.210/1984.

Pode-se verificar que a legislação infraconstitucional se adequa ao que determina a Constituição Federal de 1988 na limitação dos trabalhos forçados pelos presos quando se analisa o art. 31, caput, da Lei 7.210/1984 que assim determina: “o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”.

Referido artigo ao dispor que o trabalho é uma obrigação do condenado a pena privativa de liberdade, o trabalho só poderá ser exercido na medida das aptidões e da capacidade do preso, vedando-se assim uma escolha arbitrária e desmesurada por parte da administração penitenciária para os presos sob sua custódia, devendo a administração observar a capacidade e aptidões de seus presos.

Destaque-se que o art. 32 da Lei 7.210/1984, corroborando a tese da vedação dos trabalhos forçados afirma o seguinte: “Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.” Ou seja, quando a lei determina que serão observadas ainda a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futura do preso, pode-se verificar que o legislador ordinário infraconstitucional buscou afastar a possibilidade de trabalhos forçados, mas sim um trabalho respeitando as condições pessoais de cada preso, suas necessidades e sua habilitação no mercado de trabalho.

Em relação a **pena de banimento**, esta consiste na retirada forçada de um nacional de seu país em virtude da prática de determinada infração penal no território nacional. Tal pena é vedada em nosso sistema penal, possuindo inclusive um mandamento constitucional de que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado conforme se verifica no inciso LI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Em que pese banimento e extradição sejam institutos diferentes, onde aquele seria uma pena aplicada a um nacional que é expulso de sua própria nação em razão de cometimento de crime.

Aquele que perturba a tranquilidade pública, que não obedece às leis, que viola as condições sob as quais os homens se sustentam e se defendem mutuamente, esse deve ser excluído da sociedade, isto é, banido. [...] seria mister que uma lei, a menos arbitrária e a mais precisa possível, condenasse ao banimento aquele que pusesse a nação na fatal alternativa de fazer uma injustiça ou de temer um acusado. (BECCARIA, 2013, p. 62)

Já a extradição, segundo Sarlet et al (2014), seria um procedimento onde um Estado requer a outro Estado que este entregue um indivíduo à justiça repressiva do Estado requerente para que possa ser julgado criminalmente ou cumpra pena já imposta por aquele Estado.

O fato da Constituição Federal de 1988 vedar a extradição de brasileiro nato por crime cometido noutro Estado-nação e não no Brasil demonstra que o constituinte não tem interesse de entregar um nacional seu para outro Estado até mesmo no caso de cometimento de crime

dentro do território nacional, o que se daria através da pena de banimento, a qual foi vedada pela Constituição Federal de 1988.

Em relação a **proibição de penas cruéis** no Brasil, esta proibição se deve pelo fato da Constituição Federal de 1988 prevê como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, de maneira que o legislador constituinte ao proibir as penas cruéis o faz para resguardar os direitos dos apenados, que mesmo recebendo uma condenação criminal com transito em julgado, deverão possuir assegurados o respeito a integridade física e moral.

Desta forma, não poderá haver penas que degradam a dignidade humana e a integridade física e moral dos detentos, podendo-se citar como exemplos, a pena de suplício, a de tortura, os açoites e chicotadas, marca de ferro quente, trabalhos forçados entre outras penas que atente contra a dignidade do ser humano.

Sobre a pena de suplício, cumpre colacionar comentário de Foucault (1998, p. 31):

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena para ser suplício deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, senão medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar: a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em “mil-mortes” e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*.

Portanto, Foucault (1998) entende que o suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento, fazendo-se correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social das vítimas, sendo a dor gerada calculada com o número de golpes do açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira, tipo de mutilação a impor, os quais vão variar de acordo com o crime e os tribunais.

A vedação à aplicação de penas cruéis já encontrava previsão na Inglaterra, no Bill of Rights de 13/02/1689 que em seu item 10 citado por Moraes (2013, p.300) afirmava o seguinte: “*que não devem ser exigidas cauções demasiadamente elevadas, não devem ser aplicadas multas excessivas, nem infligidas penas cruéis e fora do comum*”. (grifo do autor)

A emenda nº VIII da Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 25/09/1789 e ratificada em 15/12/1791 citada por Moraes (2013, p.300) previa o seguinte: “*não seriam exigidas cauções demasiadamente elevadas, nem aplicadas multas excessivas, nem infligidas penas cruéis ou aberrantes.*” (grifo do autor)

A Constituição Portuguesa de 23/09/1822 citada por Moraes (2013, p.300) previa em seu art. 11: “*toda pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o braço e pregão, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis ou infamantes.*” (grifo do autor)

A Constituição Política do Império do Brasil de 25/03/1824 citada por Moraes (2013, p.300) determinava em seu art. 179, XIX: “*desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis*”. (grifo do autor)

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 está alinhada ao art. 16 da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10/12/1984 que citado por Moraes (2013, p.301) determinou o seguinte: “*cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.*”(grifo do autor)

Pode-se concluir que o conceito de penas cruéis deve estar inserido no conceito de tratamentos desumanos e degradantes, que são, em significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, no dizer de Moraes (2013) acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre, não podendo o estado prevê penas que acarretem sofrimentos intensos ou que provoquem humilhação.

Bueno *apud* Moraes (2013, p. 301): “o homem por ser delinquente não deixa de pertencer à humanidade; é de mister que seja punido, mas por modo consentâneo, com a razão, próprio de leis e do governo de uma sociedade civilizada [...]”

Portanto, pode-se verificar que as penas cruéis já vêm sendo abolida do Brasil há muito tempo através das legislações que já regeram este país, e que atualmente com uma Constituição onde um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana seria impensável que o Código Penal brasileiro estabelecesse alguma pena de caráter cruel, pois assim estaria violando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

### 2.5.2 A Constituição como fonte valorativa do Direito Penal

Diferentemente da limitação material da Constituição em relação ao Direito Penal, neste tópico, buscar-se-á demonstrar que a Constituição ao invés de proibir que o legislador penal criminalizasse algumas condutas dos indivíduos ou valores constitucionais assegurados, aqui o legislador penal poderá exercer sua função legislativa orientada pela Constituição de um país, o que no dizer de Feldens (2012) seria dado um sinal amarelo ao legislador e não um sinal vermelho.

Por materializar um consenso valorativo prévio à legislação em geral, é inegável que a Constituição assume aqui uma especial relevância, funcionando como parâmetro de referência dos fatos sujeitáveis à pena. Afinal, se por um lado não se promulga uma Constituição com a finalidade de oferecer ao legislador penal um catálogo de bens jurídicos, não há dúvida de que através da mesma se consolidam normativamente os valores imperantes em um determinado momento na sociedade. Esta relação está logicamente associada à vinculação que há de existir entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos. Entre ambas, verifica-se uma relação e implicação, se não chega ao plano da perfeita identidade, caracteriza-se como uma relação de *analogia material*, fundada numa essencial *correspondência de sentido* (mútua referência) e sob o ponto de vista da sua tutela, de *fins*.

(FELDENS, 2012, p. 68 e 69)

Pensar a Constituição como fonte valorativa do Direito Penal é tonar a atuação do Estado através do direito de punir os indivíduos uma atuação que alcance finalidades que atendam aos interesses constitucionais e não apenas ao legislador ordinário, o qual de forma

desavisada poderia desvirtuar sua atuação ao legislar de forma descompromissada com os objetivos, fundamentos e princípios da República Federativa do Brasil, razão pela qual se torna prudente o legislador utilizar a Constituição Federal de 1988, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, e assim produzir legislações penais que interfiram apenas o necessário na vida dos indivíduos para resguardar os bens jurídicos mais relevantes para vida em sociedade nos termos em que prevê a Constituição Federal de 1988.

### 2.5.3 A Constituição como fundamento normativo do Direito Penal

Pensar a Constituição como fundamento normativo do Direito Penal significa analisar o que a Constituição Federal de 1988, utilizando-se o caso do Brasil, disciplina de forma expressa em sede de matéria penal e processual penal, principalmente no que diz respeito à aplicação de penas e condutas criminais a serem obrigatoriamente observadas pelo legislador ordinário em atendimento ao legislador constituinte originário quando da elaboração da legislação penal e processual penal no mundo jurídico.

Essas normas constitucionais indicam que, ademais de legitimar a atividade do legislador penal, em determinados casos a Constituição exige sua intervenção por meio de normas que designamos *mandados constitucionais de tutela penal* (criminalização). A Constituição funciona, aqui, como *fundamento normativo* do Direito Penal, transmitindo um *sinal verde* ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o veicula, não poderá recusar-lhe passagem. Trata-se, pois de uma zona de obrigatoriedade da intervenção do legislador penal. (FELDENS, 2012, p. 73)

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto mandados explícitos de tutela penal conforme denomina Feldens (2012), podendo-se citar como exemplos alguns incisos do art. 5º de referida constituição que está inserido no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais Coletivos, onde se verifica ali comandos constitucionais exigindo do legislador ordinário a produção de legislação penal e processual penal que abranjam determinadas condutas como crimes e alguns efeitos no cumprimento da pena de tais condutas criminosas.

Buscar-se-á ao longo deste item mencionar alguns casos previstos na constituição de mandados explícitos de tutela penal.

### 2.5.3.1 Inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais)

No dizer de Moraes (2013, p.279): “trata-se de garantia constitucional de eficácia limitada, portanto não autoexecutável e dependente de integração legislativa ordinária, prevista como verdadeiro instrumento à proteção, basicamente, do princípio da igualdade [...]”

Esse mandado explícito de tutela penal, devido a sua abstratividade ao dizer que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais, pode-se verificar exemplos de tais mandados através da Lei 7.716 de 05/01/1989 e Lei 9.459 de 13/05/1997 que definem crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e a Lei 9.455 de 07/04/1997 que define os crimes de tortura.

### 2.5.3.2 Inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei)

Esse mandamento constitucional vem atender também a um dos objetivos da República Federativa do Brasil previsto no art. 3º, IV, que preconiza que a República deverá promover uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A determinação constitucional de criminalização da prática do racismo veicula, assim, um nítido propósito protetivo daquele direito que, haja vista sua transcendência, mereceu incorporação constitucional: o direito fundamental a não ser discriminado em razão de raça. Sob tal perspectiva, revelam-se odiosas todas as formas de discriminação pautadas nas características conformadoras da condição humana, sejam históricas ou biológicas. (Feldens, 2012, p.76)

Pode-se verificar que o legislador ordinário em atendimento a este mandado explícito de tutela penal legislou sobre o tema através da Lei nº 7.716/1989 e Lei 9.459/1997.

2.5.3.3 Inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem).

Os crimes hediondos não são suscetíveis de graça ou anistia, além de serem inafiançáveis, tudo isso por ordem constitucional, devendo-se notar hediondo não constitui um fato típico em si considerado crime, mas uma relação de condutas criminosas já existentes que constituem os crimes hediondos, assumindo para si tal qualidade de crime, o qual irá refletir na forma do cumprimento da sua pena.

Vejamos abaixo comentário de Moraes (2013, p.284) sobre os crimes hediondos:

O legislador brasileiro optou pelo critério legal na definição dos crimes hediondos, prevendo-os, taxativamente, no art. 1º da Lei nº 8.072/1990. Assim crime hediondo no Brasil, não é aquele que se mostra *repugnante, asqueroso, sordido, depravado, abjeto, horroroso, horrível*, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas sim *aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador ordinário, uma vez que não há em nível constitucional qualquer linha mestra dessa figura criminosa*.

Feldens (2012) entende que ao criminalizar a prática da tortura, buscou-se em essência estabelecer a proteção jurídico-penal da vida e da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente tidas por invioláveis, pois essa ostenta uma posição de primazia constitucional, funcionando em sua dupla significação, física e moral, como um valor superior.

O crime de tortura se encontra regulamentado pela Lei 9.455 de 07/04/1997. Os crimes hediondos se encontram regulados pela Lei 8.072/1990 de 25/07/1990. O crime de tráfico encontra regulado pela Lei 11.343 de 23/08/2006.

No caso de cometimento de crime de natureza hedionda nos termos da lei 8.072/1990, o indivíduo começará inicialmente o cumprimento da pena no regime fechado, e para progredir de regime se exigirá mais tempo de cumprimento de pena do que àqueles que cometem crimes não hediondos.

2.5.3.4 Inciso XLIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

Conforme leciona Moraes (2013) esse dispositivo constitucional é mais um mecanismo da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito para solidificar a ideia de democracia na República Federativa do Brasil com o objetivo de afastar qualquer possibilidade de que grupos armados, seja de natureza civil ou militar, insurjam-se contra o estado democrático brasileiro

Porém, trata-se de uma norma constituição que não tem aplicabilidade imediata, pois necessário se faz criar os tipos penais específicos para as condutas da ação de grupos armados e os bens jurídicos previstos no dispositivo constitucional do inciso XLIV do art. 5º da Constituição Federal.

Em obra de indubitável valor histórico, na qual examina a defesa da Constituição (notadamente quem deve patrociná-la), Carl Schmitt, certo que havendo de ser interpretado a partir de seu local de fala, refere que para determinados delitos, como os de alta traição, a proteção da ordem constitucional apenas se lograria por meio do Direito Penal, figurando a Constituição, ela própria, em seu conjunto, como o objeto da proteção jurídico-penal. Este é, precisamente, o âmbito de tutela que se descortina do inciso em referência: a ordem constitucional democrática em seu conteúdo essencial.

O mandado de criminalização em tela abrange as ações de grupos armados, sejam civis, sejam militares, isso quando tais ações sejam praticadas em detrimento da ordem constitucional e do Estado Democrático, nos termos acima expostos; não se trata, enfim, de qualquer grupo armado, mas de grupo armado com objetivos bem definidos.[...] Em sede de doutrina já se propôs que o mandado de criminalização examinado estaria satisfeito pela Lei 7.170/83, no que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. É discutível a validade dessa lei. Haurida em período de matriz autoritária, é realmente pitoresco que possa servir, ela mesma, à tutela

de um Estado Democrático. Embora seu art. 1º refira que a Lei prevê crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão o regime representativo e democrático, tem-se a democracia, no particular, como reduzida a uma regra formal da maioria, no âmbito de um parlamento em regime de exceção (que naqueles tempos haveria de servir para “parlar”, como pronunciado por um general guindando ao cargo de Presidente). Assim, a tornar-se por válida, em tempos atuais, a lei 7.170/83, haveriam de ser substancialmente diversos os conteúdos normativos dela extraídos. Desse modo, eventual salvamento de sua validade haveria de se dar pelo fenômeno da mutação normativa, mediante a obrigatória distinção entre texto e norma, em franca recuperação de sentido de seus enunciados textuais, à luz da realidade política e social do momento. (FELDENS, 2012, p. 78/79)

Portanto, pode-se verificar que tal dispositivo constitucional ainda não foi efetivamente implementado, pois a existente atualmente que poderia se adequar a tal mandado de criminalização trata-se de uma lei anterior a constituição e produzida em um período onde o Estado Democrático de Direito ainda não tinha sido consolidado pela Constituição Federal de 1988 no Brasil.

### 3 DAS ESPECIES DE PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo, buscar-se-á analisar as espécies de pena e sua aplicação no Direito Penal brasileiro, tendo em vista que nos capítulos anteriores realizou-se pesquisa no sentido de identificar o que seriam os direitos fundamentais de uma Constituição, no caso, a Constituição Federal de 1988 e de que forma os direitos fundamentais influenciam no Direito Penal brasileiro, principalmente no tocante às espécies de pena que são combinadas como sanção a uma transgressão de uma infração penal.

Verificou-se no capítulo anterior que a Constituição Federal de 1988 através do art. 5º, inciso XLVII, determina que não haverá penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Desta forma, o legislador ordinário penal não poderá incluir referidas espécies de pena no ordenamento jurídico penal brasileiro, o que demonstra claramente uma interferência da Constituição Federal de 1988 no sistema penal brasileiro como forma de assegurar a efetividades dos direitos fundamentais expressos na “carta magna” brasileira.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha proibido o legislador ordinário de incluir no ordenamento jurídico penal determinadas espécies de pena, a Constituição através do art. 5º, inciso XLVI, prevê as seguintes espécies penais: privação ou restrição de liberdade, a perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos do autor de uma infração penal.

Portanto, verifica-se mais uma vez a influencia dos direitos fundamentais no rumo do Direito Penal brasileiro ao especificar as espécies penais que o legislador ordinário deverá observar, constituindo referido inciso como a manifestação da Constituição da República Federativa do Brasil como fundamento normativo do Direito Penal.

Antes da análise das espécies de pena e sua aplicação, necessário se faz fazer uma análise do histórico do direito penal ao longo do tempo, bem como as origens do sistema

sancionatório para se verificar com mais claridade os objetivos e finalidade de referido sistema na humanidade.

### **3.1 Das origens do direito de punir**

Greco (2008) mencionando a passagem bíblica do Gênesis afirma que a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso quando Eva ao cair em tentação pela serpente do jardim do Éden comeu do fruto proibido juntamente com Adão, razão pela qual foram expulsas do jardim do Éden.

Referido autor cita ainda as leis dos hebreus concedidas por Deus a Moisés durante o período no qual permaneceram no deserto à espera da terra prometida, bem com os Códigos de Hamurábi e de Manu. Existem registros também de aplicação de punição no Direito Penal romano.

Verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII, as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente era quem pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à combinação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade. (Greco, 2008, p. 487)

Embora no século XX, os países ocidentais vêm firmando acordos internacionais com o intuito de impedir que as penas atentem contra dignidade da pessoa humana através da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações unidas em 10/12/1948, o sistema de penas não evoluiu por completo, pois países tido como desenvolvidos como os Estados Unidos da América do Norte aplicam a pena capital sob diversas formas, atentando assim contra a dignidade da pessoa humana.

O direito de punir está associado, principalmente, ao Direito Penal, que é um ramo do direito público responsável pelo estudo, interpretação e aplicação da norma penal dentro de uma sociedade devidamente organizada por um ordenamento jurídico, o qual cria os tipos

penais e as penas correspondentes como forma de assegurar bens jurídicos escolhidos pela sociedade através do órgão legislativo estatal, onde ali está representada a população.

Quando se diz que o direito de punir está associado “principalmente” ao Direito Penal se deve pelo fato de qual tal direito também é exercido pelo poder de polícia administrativo do Estado, vinculado assim ao Direito Administrativo, ou ramo de direito Estado e a população.

### 3.1.1 Direito e sociedade

O filósofo Aristóteles *apud* Azevedo (2014, p. 13) afirma o seguinte sobre o homem e a vida em sociedade:

“A cidade é uma realidade natural e o homem é por natureza um animal político, isto é, um ser destinado a viver em sociedade”. E a razão de ser “mais social do que todos os outros seres, abelhas e outros animais gregários”, reside na possibilidade de exprimir-se através da palavra, destinada a “exprimir o útil e o prejudicial e, em consequência, também o justo e o injusto”, Nisso reside o caráter distintivo do homem em face de todos os outros animais, pois só ele “percebe o bem e o mal, o justo e o injusto e os demais valores”, sendo “a posse comum destes valores que constitui a família e a sociedade”.

Azevedo (2014) afirma que não é dom da palavra, o denotador da razão, não é suficiente para fundar a vida social humana, mas que a mesma é produto de relações sociais, de particularmente densas e extensivas relações sociais. Ou seja, a vida em sociedade é o que permite o desenvolvimento das virtualidades do convívio, servindo assim como veículo de comunicação e de transmissão de experiência.

Platão *apud* Azevedo (2014, p. 14) situando o fundamento da sociedade civil na circunstância de que cada indivíduo: “longe de bastar-se a si próprio, tem, ao contrário, necessidade de um grande número de pessoas”. Desta forma, a sociedade política surge como uma necessidade em razão da multiplicidade de homens vivendo em comunidade e ajudando-se mutuamente, visando a satisfação de necessidades de variada ordem.

Pode-se entender que a vida em sociedade é uma condição indispensável à sobrevivência do homem, o qual vê na pessoa do próximo aquele que irá cuidar de determinada especialidade dentro da vida social que irá suprir a necessidade dos outros membros da sociedade e assim acontecerá com os outros indivíduos, uns vão tomar conta da produção de alimentos, outros da produção de vestuário, outros desenvolverão produtos para casa, transportes, e assim a sociedade vai se desenvolvendo com a participação de cada indivíduo que contribui de alguma forma para saciar as necessidades do outro indivíduo também membro desta sociedade.

Azevedo (2014) afirma ainda que nossa segurança reside nos serviços que mutuamente nos prestamos, de maneira que isolados, patenteia-se a nossa fraqueza, tornamo-nos indefesos. A natureza, por sua vez, nos dá a razão e a inclinação à vida social para superarmos toda a nossa fraqueza e assim primar sobre os demais seres. Portanto, em face da contingência inerente a condição de vida dos indivíduos, o homem se ver constrangido a viver em sociedade, superando assim sua forma de desamparo em que é lançado ao mundo.

A vida em sociedade acarretou aos indivíduos a necessidade dos mesmos se submeterem a regras e normatização jurídica que viabilizasse uma organização da sociedade, importando assim numa mudança cultural de comportamento de seus membros e assim a transmissibilidade a outros seres humanos, fazendo assim surgir o Direito no dia-dia dos membros de uma sociedade.

“Nem a história medieval nem a moderna podem ser escritas e compreendidas sem uma atenção cuidadosa por suas instituições legais”, visto que “desde o feudalismo ao capitalismo, da Magna Carta às constituições da Europa Contemporânea, o historiador encontra o Direito, a cada passo, como fator decisivo”. (FRIEDRICH *apud* AZEVEDO, 2014, p. 16)

Pode-se dizer que a regra jurídica, de acordo com Azevedo (2014), exprime um juízo de valor sobre a situação social que se propõe a reger. O juízo de valor, alternativo ou múltiplo, versará sobre os vários aspectos do fato a ser disciplinado, sobre todas as forças ou interesses a ele correlacionados bem como sobre as repercussões que tal regulação é suscetível de ter sobre o contexto social.

Portanto, as regras e normas jurídicas de determinada sociedade deverão refletir o contexto histórico da época de maneira a vincular os indivíduos de uma sociedade de acordo com os costumes e condutas vividas naquele período do tempo, podendo-se exemplificar que nações desenvolvidas atualmente possuem uma legislação diferente das nações subdesenvolvidas, constatação também verificada pela cultura e comportamento de um povo que mudam ao longo da história.

### 3.1.2 Do instituto da pena e seus fins

No tópico anterior, ficou claro que os indivíduos possuem necessidades as quais não conseguem suprir por conta própria, necessitando assim se agrupar com seus pares para, de forma mútua e assistencial, ajudarem uns aos outros formando assim as primeiras sociedades que foram se desenvolvendo ao longo dos tempos.

Com o surgimento das sociedades, passou a verificar que era necessário por parte daqueles membros criarem regras e normas jurídicas que regulassem a vida em comunidade, viabilizando que a mesma se desenvolvesse de forma pacífica, ordeira e visando o desenvolvimento cultural e comportamental de seus integrantes, transmitindo-se tais ensinamentos aos demais seres humanos ao longo da história.

Cumpre destacar que a instituição de regras e normas jurídicas não são suficientes por si só para inibir a ação de indivíduos que possam perturbar a paz social tão procurada e defendida por uma sociedade, sendo necessário que o órgão legislativo de uma sociedade criasse sanção para o caso do individuo descumprir as regras jurídicas até então vigentes e consideradas indispensáveis à vida em comunidade, fazendo-se assim surgir o instituto da *pena*, ou *sanção*, por descumprimento de uma norma jurídica previamente estabelecida por tal sociedade.

Referida pena ou sanção seria então a recompensa punitiva para aqueles que dentro de uma sociedade, ciente de suas regras e normas, dá o aval para seu representante político autorizar que todos os indivíduos se submetam a tal pena em eventual transgressão do

ordenamento jurídico, pena essa que poderá ser cumprida das mais variadas formas, a depender do contexto histórico da sociedade ao longo do tempo.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado, pelas leis, do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

[....]

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores.

[....]

Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante.

O conjunto de todas essas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. (BECCARIA, 2013, p. 22 e 23)

Verifica-se que Beccaria (2013), em sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas* datada do século XVIII, entende que o instituto da *pena* fora criado pelos indivíduos que vivem em uma sociedade que viram ser necessário todos sacrificarem uma porção da sua liberdade ao dispor em seus regramentos jurídicos uma sanção para o caso dos membros da referida sociedade virem a descumprir as normas jurídicas por tal sociedade disposta.

Porém, a porção de liberdade a ser sacrificada deverá ser aquela estritamente necessária à manutenção da ordem e da segurança dos bens jurídicos escolhidos pela sociedade, sob pena da utilização do instituto da pena de forma abusiva e injusta ao ser utilizada de forma desenfreada, ou seja, sem a estrita necessidade de buscar garantir determinados bens jurídicos que serão protegidos pelo Direito Penal.

Pode-se dizer que no tempo contemporâneo, no Brasil, existe uma limitação de penas, bem como a Constituição Federal de 1988 elenca quais serão as penas que irão ser previstas no ordenamento jurídico penal, razão pela qual seu uso não se dará de forma indiscriminada,

mas atenta aos ditames dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira supramencionada.

Calón *apud* Prado (2014) afirma ser a mais importante das consequências jurídicas do delito, consistindo na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal, possuindo assim várias teorias que buscam explicar seus fins e fundamentos pelo direito penal moderno.

Na **teoria absoluta**, a pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime, sendo assim decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, uma punição pela transgressão do direito seja como expiação do agente.

Entende-se por absolutas aquelas doutrinas da pena intencionalmente desvinculadas de fins outros que não a própria realização do valor que ela ostenta em si mesma, por isso se utiliza a expressão latina <<*absolutus*>>(sic) no sentido de <<*incondicionado*>>(sic) ou <<*desprendido*>>(sic) de uma externa finalidade. Consiste na punição do crime pelo desvalor social insuportável que representa para a comunidade e, nesse contexto, a pena como retribuição é dos elementos característicos do direito penal clássico consubstanciado no que a primeira vista poderia aparentar ser a imposição de um <<mal justo contra o mal injusto do crime>> (sic). (RUIVO, 2012, p.176/177)

Pode-se verificar que a teoria absoluta vai fixar seu conceito de finalidade de pena exclusivamente como uma retribuição a conduta cometida pelo agente autor de uma infração, o qual necessita receber uma reprimenda do Estado pela transgressão do ordenamento jurídico.

As concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência. Manfesta-se dizendo que “a pena judicial (*poena forensis*), distinta da natural (*poena naturalis*), pelo que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas deve-ser-lhe imposta tão somente porque delinquiou; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos de direito real (*Sachenrecht*); diante disso, protege-se sua personalidade

inata, ainda que possa ser condenado a perder a personalidade civil. (PRADO, 2014, p. 444/445)

Desta forma, pode-se concluir que pensar a teoria absoluta da finalidade da pena como uma teoria que preconize finalidade diversa da retribuição da pena, ou seja, um efeito preventivo aos demais cidadãos de uma sociedade, tal fato implicaria uma afronta a dignidade da pessoa humana do agente infrator, pois este estaria sendo utilizado como instrumento para a consecução dos fins sociais da pena, quando na verdade a pena seria uma retribuição de forma individualizada e proporcional ao crime por ele cometido.

**A teoria relativa da finalidade da pena** fundamenta-se na necessidade de se evitar a prática futura da infração penal, ou seja, uma concepção utilitária da pena, não se tratando aqui da necessidade da pena em si mesma, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuro, podendo-se falar em efeitos preventivos gerais e especiais.

Sobre o aspecto da **prevenção geral negativa**, cumpre colacionar o seguinte comentário:

Uma das primeiras teorizações, referida até hoje, com feição preventiva geral negativa é a doutrina da <<coação psicológica>> (sic) (psychologischen Zwang) que concebe <<a finalidade de ameaça da pena>>(sic) literalmente como elemento de <<intimidação>>(sic) do eventual agente do delito. Isto é, a redação legal do ilícito criminal e a associação a ele de uma pena desestimulam, em virtude da ameaça da pena, aqueles interessados em praticar o fato. (RUIVO, 2012, p.186)

A prevenção geral negativa consistiria basicamente no efeito intimidatório infundido aos possíveis delinquentes, capaz de afastá-los da prática delitiva, ou seja, seria uma função pedagógica ou formativa desempenhada pelo Direito Penal ao editar as leis penais.

Já a **prevenção geral positiva ou integradora**, no dizer de Prado (2014) consistia em enxergar a pena como instrumento destinado à estabilização normativa, justificada pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa, de forma que a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.

Portanto, de acordo com referida doutrina, diferentemente do efeito intimidatório, a prevenção geral positiva possuiria o efeito de aprendizagem consistente na possibilidade de recordar aos indivíduos as regras sociais básicas; o efeito de confiança que se verifica quando o Direito se impõe; e por fim o efeito da pacificação social quando se aplica pena demonstrando a intervenção estatal necessária do Estado para solução do problema.

Em relação a **prevenção especial**, esta consiste na atuação sobre a pessoa do agente infrator da lei para evitar que o mesmo voltasse a delinquir no futuro, caracterizando esta finalidade como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda ao infrator da lei, reinserção social ou segregação quando incorrigível ou de difícil ressocialização.

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos junto a sociedade da qual foi retirado. [...] Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”. Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime sopesando suas consequências, inibindo ao cometimento de outros. (GRECO, 2008, p.490/491)

Portanto, verifica-se que a prevenção especial tem por finalidade atuar individualmente no agente infrator buscando que o mesmo reflita sobre seu comportamento, o qual recebeu uma punição do Estado, devendo assim evitar incorrer no mesmo erro ou cometimento de outros delitos, uma vez que o mesmo experimentou o amargo gosto da sanção penal promovida pelo Estado.

Porém, cumpre destacar que o Código Penal brasileiro adotou para o ordenamento jurídico brasileiro uma **teoria mista** que engloba tanto os efeitos da teoria absoluta como da relativa, uma vez que de acordo com o art. 59 do Código Penal os efeitos da pena seriam retribuição e prevenção conforme se verifica seguir: “O juiz, [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Desta forma, o Código Penal busca orientar os aplicadores da lei a levar em conta quando da fixação da pena, além do critério da culpabilidade, circunstâncias e consequências

do crime, e comportamento da vitimas, deverá analisar também a necessidade de reprovação e prevenção do crime.

### **3.2 Do Direito Penal e sua finalidade**

De acordo com Greco (2008, p. 4): “Com o direito penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito”.

Referido autor afirma ainda que o critério político para se eleger o que será protegido pelo Direito Penal se deve ao fato da evolução da sociedade ao longo do tempo, a qual em determinado período entende que alguns bens são essenciais aos indivíduos e a comunidade e portanto os elege para receber guarda do Direito Penal, porém em outro momento outros poderão ser os bens essenciais para vida em comunidade e ao indivíduo elegendo assim novos bens jurídicos. Um exemplo da mudança de bens jurídicos no Direito Penal é a revogação os delitos de sedução, rapto e adultério através da Lei 11.106 de 28/03/2005.

Embora, a escolha dos bens jurídicos seja feita por pessoas escolhidas pelo povo para representá-las e assim formular as leis penais, não se pode negar, conforme já foi explanado nos capítulos anteriores desta pesquisa, que a primeira fonte de pesquisa dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal vem da Constituição, a qual dispõe de valores como a liberdade, a segurança, o bem estar-social, a igualdade e a justiça, caracterizando verdadeiros direitos fundamentais a serem observados pelo Estado e pelos particulares na vida em sociedade, pois viabilizam um clima de paz e ordem na nação brasileira.

Prado (2014) conceitua o Direito Penal como o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança. Trata-se aqui do conceito formal. O conceito material se dá pelo fato de comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso seriam objeto do ramo do Direito Penal.

Logo, verifica-se que a função deste ramo do direito público é a proteção de bens jurídico-penais essenciais ao indivíduo e à comunidade, sendo visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica de acordo com Jescheck *apud* Prado (2014).

Portanto, verifica-se a importância de se ter o Direito Penal como um ramo do Direito Público que irá de forma objetiva trazer o conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, e que de forma subjetiva significa o direito de punir pelo Estado, que tem o poder exclusivo de impor sanção criminal diante da prática de um delito por parte de um indivíduo em determinada sociedade.

### **3.3 Das espécies de pena do Direito Penal brasileiro**

Para se falar sobre as espécies de pena do sistema penal brasileiro é importante analisar o que a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o tema, tendo em vista que nos capítulos anteriores buscou-se demonstrar que o Direito Penal está muito interrelacionado com a Constituição, principalmente os direitos fundamentais, pois tal ramo interferirá em direitos e garantias individuais bastante importantes, como o direito de liberdade, de locomoção, propriedade, dignidade da pessoa humana, integridade física e moral, razão pela qual o Direito Penal passa pelo controle da Constituição Federal de 1988.

Analizando o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição brasileira afirma que a lei estipulará as seguintes penas:

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;

Diante da leitura de tal dispositivo constitucional, pode-se extrair que o constituinte atribuiu ao legislador ordinário à tarefa de legislar sobre as penas especificadas acima,

conceituando-as e disciplinando sua aplicação, função esta prevista no Código Penal (Decreto-lei nº 2.848 de 07/12/1940).

Verifica-se também que referido inciso estipulou que a pena necessita ser individualizada para cada agente transgressor da lei sob pena da mesma ser considerada injusta ou abusiva se exceder a proporção necessária para o agente criminoso e o delito praticado, considerando é claro a necessidade da reprovação e prevenção do crime praticado ao agente autor do fato típico.

### 3.3.1 Da individualização da pena e suas fases

De acordo com Moraes (2013) o princípio da individualização da pena seria a exigência de uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão, dependendo assim a imposição da pena do juízo individualizado da culpabilidade do agente.

Greco (2008) que a individualização d'apena passa por fases. Pois inicialmente, o legislador fará a primeira fase da individualização da pena ao selecionar os bens jurídicos relevantes de uma sociedade que será protegido pelo Direito Penal. Passada essa fase de construção das condutas comissivas ou omissivas que constituam crime, o legislador passará a cominação das penas aplicáveis a cada infração de acordo com sua gravidade.

Após a legislação criar os tipos penais e suas penas, a outra fase da individualização passará ao juiz do caso concreto que analisará o fato típico cometido por um agente criminoso, e em concluindo pela existência de crime, fará a aplicação da pena nos termos dos art. 68 e 59 do Código Penal, pois vejamos abaixo:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que

mais aumente ou diminua.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprevação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Diante dos dispositivos acima mencionados, verifica-se o trabalho exigido do magistrado em individualizar a pena a ser aplicada a um agente criminoso quando da decretação da sentença, devendo o magistrado avaliar várias circunstâncias, seja de caráter objetivo ou subjetivo, referentes ao réu, como também do comportamento da vítima, a necessidade de reprevação e prevenção do crime praticado, bem como terá que especificar qual a espécie de pena que será aplicada ao caso, a quantidade da pena, o regime inicial de cumprimento, bem como averiguar a possibilidade de substituição de pena por outra espécie de pena prevista no ordenamento jurídico e cabível ao caso concreto sob análise.

Passada a fase de individualização da pena pelo legislador, e pelo magistrado, passa-se agora a individualização da pena quando da fase da execução penal, tendo em vista que o art. 5º da Lei nº 7.201/1984 assim determina: “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

Mirabete *apud* Greco (2008, p. 72) afirma o seguinte:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse

programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequado, conforme as condições pessoais de cada um.

Diante de tal ensinamento, pode-se concluir que a individualização da pena é medida necessária e prevista em nosso ordenamento jurídico, pois existem diversas espécies de pena, as quais deverão ser proporcionais aos tipos penais previstos em nosso ordenamento, de forma que essa individualização começa com o legislador ao tipificar os crimes e suas penas, passa pelo magistrado na aplicação da pena ao caso concreto, e também se manifesta quando da execução da pena em que o condenado, de acordo com suas características e o crime cometido, não poderá cumprir sua pena de forma homogênea com os demais presos independente dos crimes por eles cometidos devendo-se fazer uma seleção dos presos de acordo com a periculosidade dos mesmos.

### 3.3.2 Da pena de privação ou restrição de liberdade

Como se sabe a pena de privação ou restrição de liberdade é aquele que intervém no direito de liberdade do indivíduo, direito este de caráter fundamental na vida de qualquer cidadão, mas que diante da vida em sociedade e da possibilidade de determinado indivíduo violar um bem jurídico assegurado pelo Direito Penal como relevante e essencial para vida em comunidade, tal indivíduo poderá vir a ter sua liberdade cerceada pelo Estado, que assim age para garantir o cumprimento do ordenamento jurídico e manter a paz social de uma coletividade.

A privação da liberdade se encontra regulamentada pelo legislador ordinário através dos arts. 33 à 42 do Código Penal.

O art. 33 determina o seguinte:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumprir-a 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, cumprir-a em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumprir-a 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Diante de tal dispositivo infraconstitucional, pode-se extrair os seguintes conceitos. Primeiramente a pena privativa de liberdade é dividida em duas subespécies que são as seguintes: a pena de **reclusão** e **detenção**.

Quando o preceito secundário de um crime prever que o mesmo possui uma pena de **reclusão**, isso significa dizer que quando da condenação do acusado, o mesmo poderá cumprir sua pena no regime fechado, semi-aberto ou aberto, enquanto que quando houver a previsão da pena de **detenção** não caberá o regime fechado para o cumprimento de pena, exceto no caso de transferência para o regime fechado de acordo com as normas da Lei 7.210/1984 que regulamente a execução penal.

Prado (2014, p. 463) sobre a diferenciação entre essas espécies de privação de liberdade afirma o seguinte: “[...] a diferença entre reclusão e detenção é meramente

quantitativa, fundada basicamente na maior gravidade da primeira. Não se trata de diferença ontológica – referente ao ser categorial, isto é, à sua natureza.”

O que o autor defende é o fato de que a diferença de nomenclatura entre reclusão e detenção é meramente quantitativa em relação a pena prevista no preceito secundário do crime, demonstrando que os crimes com maiores penas geralmente serão crimes com pena de reclusão com possibilidade de regime fechado, enquanto que os de detenção não possuem como regra o início do cumprimento da pena no regime fechado.

O **regime fechado** de cumprimento de pena se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, será cumprido em penitenciária nos termos do art. 87 e 90 da Lei 7.210/1984, podendo o mesmo trabalhar internamente no período diurno ficando no isolamento durante o repouso noturno, podendo exercer o trabalho externo apenas em serviços e obras públicas conforme se verifica no art. 34 do Código Penal.

O **regime semi-aberto** se dá em colônia agrícola, industrial ou similar, devendo o condenado ficar sujeito ao trabalho diurno no estabelecimento ou então poderá pleitear o trabalho externo ou até mesmo frequentar curso profissionalizante, instrução de segundo grau ou curso de nível superior.

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e responsabilidade do condenado, razão pela qual a lei determina que o apenado poderá trabalhar fora da casa de albergado, ou frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, devendo-se recolher a casa de albergado no período noturno e nos dias de folga, podendo vir a ser transferido para outro regime caso pratique um fato definido como crime doloso ou frustrar os fins da execução da pena lhe atribuída.

O regime fechado se aplica como regra aos apenados a uma pena superior a 8 (oito) anos de reclusão. Já o regime semiaberto se aplica aos apenados não reincidentes cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos. O regime aberto, por sua vez, aplica-se para os condenados não reincidentes cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos.

Desta forma, pode-se dizer que todo condenado reincidente por pena de reclusão ou condenado a pena de reclusão superior a oito anos começará a cumprir a pena no regime fechado. Cumpre destacar que a reincidência, nos termos do art. 63 e 64 do Código Penal, se dá quando o agente comete novo crime dentro do prazo de cinco anos da extinção da pena ou cumprimento da mesma pelo crime anterior.

Prado (2014, p.467) sobre o apenado reincidente em crime com pena de detenção que pratica um novo crime, entende que a reincidência não poderá motivar o cumprimento da pena no regime incialmente fechado propugnando assim que os apenados a pena de detenção reincidentes assim como os não reincidentes condenados a pena superior a quatro anos e inferior ou igual a oito anos iniciem seu cumprimento de pena no regime semiaberto fazendo prevalecer o art. 33, parte final do caput, do Código Penal sob pena de distorções que o entendimento contrário causaria no sistema de aplicação de pena.

No caso de condenação por crime hediondo nos termos da Lei 8.072/1990, o apenado deverá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado independente do quantum aplicado, mesmo quando a pena for igual ou inferior a oito anos conforme acima mencionado, tendo em vista a natureza de tais delitos. O art. 2º, §1º, da referida lei afirma o seguinte: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida incialmente em regime fechado”.

Destaque-se também que a fixação do regime inicial do cumprimento da pena deverá ser feito pelo magistrado não apenas com base no quantitativo da pena aplicada, mas também se levando em consideração o que determina o art. 59 do Código Penal no que diz respeito às condições pessoais do autor do fato, podendo inclusive o condenado atingir uma pena que lhe possibilite o regime semi-aberto ou aberto, mas devido as suas condições pessoas, circunstâncias objetivas e subjetiva do apenado e do fato por ele cometido, o regime de cumprimento de pena poderá ser até mesmo o fechado, desde que sua decisão seja devidamente fundamentada como requer as Súmulas 718 e 719 aprovadas em 24/09/2003 pelo Supremo Tribunal Federal.

Sumula 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.

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

O art. 37 do Código Penal determina que as mulheres sejam submetidas a regime especial para execução da pena privativa de liberdade assegurando-se assim as peculiaridades e diferença existente entre homem e mulher, os quais não poderiam cumprir suas penas em mesmo estabelecimento, observando-se o que determina o art. 5º, inciso XLVIII que determina o seguinte: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”

A penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestantes e parturientes e de creche para abrigar criança maior de seis meses e menor de sete anos nos termos do art. 89 da Lei 7.210/1984, fazendo assim ser observado o que determina no inciso L do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que determina o seguinte: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

O art. 38 do Código Penal determina o seguinte: “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.” Tal dispositivo legal vem a cumprir o que determina o mandamento constitucional do art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988 que determina o seguinte: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

Desta forma, verifica-se que não é porque o apenado está com sua liberdade cerceada pelo Estado para cumprir uma pena, que o mesmo não deverá ter os seus demais direitos respeitados, como o respeito a sua integridade física e moral, tendo inclusive a Lei 7.210/1984 ter previsto alguns de seus direitos.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

Pode-se dizer portanto que o legislador ordinário penal buscou ao máximo seguir os mandados constitucionais de assegurar aos presos o respeito a integridade física e moral, preservando-lhes direitos que não foram atingidos pela sentença condenatória, buscando assim afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana o qual se aplica a todos os brasileiros, inclusive aos detentos do sistema prisional do país.

O art. 39 do Código Penal afirma que o preso quando exercer trabalho no estabelecimento prisional será remunerado, sendo lhe garantido os benefícios da Previdência Social. A disciplina do trabalho do preso se encontra nos arts. 28 a 37 da Lei 7.210/1984, o qual será viabilizado em sede de processo de cumprimento da pena do condenado.

O art. 42 do Código Penal fala sobre a Detração, a qual significa que será computada na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, seja

no Brasil ou no estrangeiro, bem como o de prisão administrativa e o de internação em qualquer estabelecimento de custódia e tratamento psiquiátrico.

Trata-se aqui de um instituto que visa aproveitar o tempo de prisão provisória no caso do condenado que respondeu o processo preso, medida esta proporcional e razoável, pois caso se desconsiderasse o tempo em que esteve preso, tal prisão então poderia ser considerada ilegal por gerar um constrangimento na liberdade do preso sem que tal prisão fosse posteriormente aproveitada, observando-se assim o princípio da individualização da pena.

Sobre a pena privativa de liberdade, interessante registrar o que determina o art. 75 do Código Penal: “O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.” Referido dispositivo legal se encontra em consonância com a Constituição Federal de 1988 quando esta proíbe as penas de caráter perpétuo, pois impõe uma limitação ao cumprimento da pena de prisão, que mesmo na ocorrência de concorrência de crimes com somatório de penas o limite máximo para um indivíduo permanecer no regime fechado será de trinta anos conforme se verifica nos parágrafos primeiro e segundo do referido artigo do código penal.

### 3.3.3 Da pena de perda de bens

Trata-se de uma pena restritiva de direitos do condenado, estando prevista no art. 43, inciso II, e art. 45, §3º, do Código Penal. Busca-se impedir que o apenado obtenha benefício com a prática da infração penal.

Referida pena dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada legislação especial, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Cumpre destacar que este pena de perda de bens e valores pode aparentemente entrar em conflito com o efeito da sentença condenatória previsto no art. 91, II, “a” e “b” do Código Penal – CP , razão pela qual se faz necessário ver os comentários da doutrina.

Ressaltando a diferença existente entre a perda de bens e valores e o confisco previsto no Código Penal, Luiz Flávio Gomes assevera 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 não requer sejam bens frutos de 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”. (PRADO, 2008, p. 538)

Diante de tal comentário, pode-se vislumbrar de forma clara a diferença entre a pena de perda de bens e valores (art. 43, §3º, do CP) em relação ao efeito da condenação de perda em favor da União (art. 91, II, do CP), onde a primeira é uma espécie de pena que será utilizada no caso em que ficar demonstrado que o condenado causou um prejuízo ou obteve proveito com a prática do crime, devendo o valor ser quantificado para ser perdido em favor do Fundo Nacional Penitenciário, podendo esta pena ocorrer no caso de falta de proveito obtido pelo agente, mas quando o mesmo causa um prejuízo em decorrência da prática do crime.

Já a segunda modalidade de perda de bens consiste em um efeito da condenação, podendo inclusive coexistir com pena restritiva da liberdade, tendo por objeto o confisco dos instrumentos do crime e do produto do crime, bem ou valor auferido necessariamente pelo agente com a prática do fato criminoso, sendo tais instrumentos e objetos destinados à União, pois não acontecendo tais hipóteses tal efeito da condenação não será necessário, enquanto que no primeiro caso, o agente mesmo não tendo auferido produto do crime, mas causado um prejuízo poderá ser penalizado com a perda de bens e valores como espécie de pena restritiva de direitos e em substituição à pena de privação de liberdade.

### 3.3.4 Da pena de multa

Trata-se de uma das três modalidades de penas cominadas pelo Código Penal e se encontra prevista no art. 49 a 52 daquele código. Consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença que é calculada em dias-multa.

A quantia será de no mínimo dez e no máximo 360 dias-multa, sendo o valor do dia multa fixado pelo juiz, o qual não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. O valor do dia multa será atualizada quando da execução pelos índices de correção monetária.

Preliminarmente, o juiz estabelece um número determinado de dias-multa, segundo a culpabilidade do autor e considerações de ordem preventiva. Em seguida, de conformidade com sua condição econômica, arbitra o dia-multa em uma quantidade concreta de dinheiro. Multiplicando-se o número de dias-multa pela cifra que representa a taxa diária, obtém-se a sanção pecuniária que o condenado deve pagar. (PRADO, 2014, p.513)

Diante de tal explicação pode-se concluir que o propósito do sistema seria estabelecer um critério duplo a ser utilizado pelo juiz na determinação da pena de multa, considerando-se assim de um lado a análise do injusto e culpabilidade que reflete no número de dias-multa e de outro, circunstâncias pessoais e econômicas que irão refletir no valor do dia-multa fixado, devendo-se o juiz atentar para a situação econômica do réu, não podendo tirar recursos indispensáveis às despesas com sua manutenção e a de sua família.

A pena de multa ostenta um caráter pecuniário, e não de bens patrimoniais, como imóveis ou outros direitos, mas em valor em pecúnia. Costa e Silva *apud* Prado (2014, p.506) afirma que a pena de multa consiste: “na privação de uma parte do patrimônio do delinquente, imposta como pena”.

Cumpre destacar que a multa penal não possui um caráter indenizatório diferenciando-se também da multa administrativa e fiscal, pois estas possuem um caráter objetivo, enquanto aquela carece do juízo de desvalor ético-social inerente a toda pena, uma vez que esta se encontra presidida por postulados do Direito Penal como a legalidade, culpabilidade, individualização da pena e do devido processo judicial conforme se verifica em Prado (2014, p. 507).

O pagamento da multa deverá ser feito até dez dias após o trânsito em julgado da sentença. Porém, se o condenado requerer e analisada as circunstâncias, o juiz pode determinar que o pagamento se realize em parcelas mensais. Quando a multa for aplicada isoladamente, cumulativamente com pena restritiva de direito ou suspensão condicional da

pena, poderá ser feito o desconto no vencimento ou salário do apenado. Porém, o desconto não poderá incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e sua família.

O art. 51 do Código Penal com a redação dada pela Lei 9.268/1996 determinou que a multa após o trânsito em julgado será considerada dívida de valor e portanto será inscrita na dívida ativa da Fazenda Pública, de forma que em eventual inadimplemento da pena de multa pelo apenado, o mesmo não poderá ver tal pena convertida em privativa de liberdade como forma de coação para pagar tal aquantia, devendo o apenado ser cobrado judicialmente pela Fazenda Pública. O art. 52 do Código Penal determina que no caso do condenado ser acometido de doença mental a execução da pena de multa será suspensa caso do condenado ser acometido de doença mental a execução da pena de multa será suspensa.

O art. 60, §2º, do Código Penal prevê a possibilidade da pena de multa ser utilizada como substituição a pena privativa de liberdade aplicada inferior a seis meses desde que o réu não seja reincidente em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Porém, o art. 44, §2º, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição da privação de liberdade para pena que seja igual ou inferior a um ano para pena de multa ou restritiva de direito.

### 3.3.5 Da prestação social alternativa

Trata-se de uma espécie de pena restritiva de direito, estando disciplinada no Código Penal através dos art. 43, II, e art. 46, onde ali é denominada como prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Referida pena é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade, consistindo na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, as quais se darão em entidades assistenciais, hospitalares, escolas, orfanatos e estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado e não será remunerado, pois não existe vínculo empregatício entre aquele e o Estado.

Se a pena de privação de liberdade for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena restritiva de direito consistente na prestação de serviço em tempo menor, nunca inferior a metade da pena privativa de liberdade fixada e que foi substituída pela prestação e serviços alternativos.

### 3.3.6 Da pena de suspensão ou interdição de direitos

Encontra-se regulamentada no Código Penal nos arts. 43, V e VI, 47 e 48, estando identificados em Interdição Temporária de Direitos e Limitação de Fim de Semana.

A interdição temporária de direitos consiste na suspensão temporária, ou seja, pelo mesmo tempo de duração da pena privativa de liberdade substituída, podendo-se elencar os seguintes direitos interditados:

#### Art. 47 [....]

- I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
- IV – proibição de freqüentar determinados lugares.
- V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

As interdições previstas nos incisos I e II aplicam aqueles que cometem crime em dissintonia com os deveres que lhes eram inerentes pela função que desempenhavam, não se podendo aplicar aos réus possuíram tal relação quando de sua condenação.

O inciso III teria aplicação nos casos de condenação de crime culposo de trânsito conforme determina o art. 57 do Código Penal.

O inciso IV prevê a proibição de frequentar determinados lugares, os quais ao que tudo indica ficarão a cargo do juiz da sentença determinar, e que dificilmente poderá fiscalizar, dada a impossibilidade de acompanhar todos dos passos do preso, chegando a se tornar até mesmo um dispositivo legal até certo ponto inútil, o que tem trazido uma crítica por parte da doutrina sobre este inciso.

O inciso IV do art. 47 do Código Penal [...] erige à categoria de pena restritiva a proibição de frequentar determinados lugares. Diante da imprecisão do dispositivo, cabe indagar: seria tecnicamente correto fixar como condição do período de provas da suspensão condicional do processo (art. 89, §1º, II, Lei 9.099/1995) a pena restritiva supramencionada? Subsiste a exigência ínsita no art. 78, §2º, a, do Código Penal, como condição do *sursis* especial? Configura ofensa ao princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP) e aos mais elementares direitos e garantias constitucionais (art. 5º, II, XV, CF) a referência genérica a “determinados lugares”, a serem estipulados ao talante do juiz?

A bem da clareza e determinação que devem necessariamente nortear o estabelecimento da sanção penal (*nulla poena sine lege scripta et stricta*), seria de todo aconselhável a delimitação do conteúdo da pena restritiva de “proibição de frequentar determinados lugares” (PRADO, 2014, p. 495/496)

Sobre tal entendimento acima exposto pelo autor, entendo que quando a lei deixa ao magistrado que indique os lugares que o condenado não poderia frequentar, acredito que não seria o caso de uma norma ilegal por se encontrar de forma genérica, mas sim seria uma expressão do princípio da individualização da pena e até mesmo da proporcionalidade que irão fazer com que o magistrado observando o caso concreto determine quais lugares seriam objeto de proibição por parte do condenado. Porém, entendo que tal espécie de interdição de direitos é inútil, tendo em vista a impossibilidade de se fiscalizar se realmente o condenado estaria cumprindo tal determinação e de que forma se daria a prova de tal descumprimento da sentença.

O inciso V está posto de forma bastante literal onde o condenado poderá ser proibido de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público, de forma que caberá ao juiz diante do caso concreto com base no princípio da individualização da pena e da proporcionalidade

verificar se tal proibição seria aplicável ao caso concreto por ele analisado quando da prolação da sentença.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de o condenado permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, podendo ser ministrados aos condenados durante a permanência cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

### 3.3.7 Da prestação pecuniária

Trata-se de uma espécie de pena restritiva de direito encontrando seu fundamento no art. 43, I, e 45, §1º, do Código Penal, e consiste no pagamento de dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos.

O valor da prestação pecuniária poderá ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários, podendo a prestação pecuniária consistir na entrega de coisa diversa do que dinheiro se houver aceitação do beneficiário, devendo assim tratar de uma proposta do condenado e não da vítima.

Diferentemente da pena restritiva de direitos da perda de bens e valores, a prestação pecuniária apresenta caráter de reparação civil na forma de sanção criminal e é direcionada a pessoa da vítima, enquanto na perda de bens e valores a mesma é destinada ao Fundo Penitenciário Nacional tendo como parâmetro o prejuízo causado, ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro com o crime praticado, não se limitando a trezentos e sessenta salários mínimos.

A prestação pecuniária também difere da pena de multa, pois esta é uma sanção criminal que poderá ser cumulada juntamente com a privação de liberdade, e tem por intuito identificar um valor que penalize o condenado de acordo com suas condições econômicas, tendo em vista que o valor segue o sistema dias-multa que será calculado de acordo com a

reprovabilidade da conduta e das condições do condenado. Referido valor será destinado ao Fundo Penitenciário e não à vítima como requer a prestação pecuniária que substituiu a pena privativa de liberdade, não possuindo assim a sanção penal da pena de multa caráter indenizatório encontrado na sanção penal restritiva de direito de prestação pecuniária.

### 3.3.8 Da substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito

Neste tópico, buscar-se-á analisar os requisitos do Código Penal em relação às hipóteses em que a pena privativa de liberdade será substituída por penas restritivas de direito, buscando desmistificar a ideia de que o indivíduo quando comete um crime com determinada previsão de pena privativa de liberdade, no caso de vir a ser condenado, necessariamente cumprirá a pena imposta pelo juízo na prisão, o que não é verdade e causa estranheza por aqueles que desconhecem o direito e assim as vezes passam a criticar a Justiça por achar que a esma está sendo branda com os criminosos, o que também não é verdade, pois ao aplicador da lei não cabe cria-la, mas cumpri-la.

O art. 44 do Código Penal afirma o seguinte sobre substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

[....]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado

em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobre vindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Inicialmente cumpre destacar que o condenado só pode se beneficiar da substituição da pena se os incisos I, II e III estiverem cumulativamente se aplicando ao caso, tendo em vista a redação do dispositivo legal.

O inciso I traz como o requisito o quantitativo de pena aplicada, ou seja, quando esta não for superior a quatro anos nos casos de crimes dolosos desde que os mesmos não tenham sido cometidos com grave ameaça ou violência a pessoa. No caso de crime culposo, não existe a limitação de pena aplicada.

O parágrafo segundo afirma que no caso de condenação a pena igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita pela pena de multa ou por uma restritiva de direito, se for superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.

O inciso II exige que o réu não tenha sido reincidente em crime doloso, ou seja, se a reincidência for culposa não há óbice a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. O parágrafo terceiro de referido artigo, por sua vez, abra a possibilidade para substituição quando houver a reincidência, mas esta não pode ter sido operada em razão da prática do mesmo crime, e a medida seja socialmente recomendável.

O requisito do inciso III é de natureza subjetiva e compete ao magistrado, dentro do poder de individualizar a pena do condenado, avaliar se mesmo no caso daquele preencher os requisitos anteriores se o mesmo seria merecedor da substituição da pena, tendo em vista a

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Sobre tal inciso Greco (2008, p. 534) afirma: “Esse terceiro requisito serve de norte ao julgador para que determine a substituição somente nos casos em que se demonstrar ser ela a opção que atenda tanto o condenado como a sociedade.”

Portanto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito além de se submeter a requisitos objetivos também se submete a requisito subjetivo que será aferido pelo magistrado que irá analisar caso a caso como uma expressão assim do princípio da individualização da pena.

A conversão da pena privativa de direito em privativa de liberdade poderá ocorrer no caso de descumprimento injustificado por parte do apenado das condições impostas no cumprimento da restritiva de direito, devendo no cálculo da pena privativa de liberdade ser deduzido o tempo cumprido na pena restritiva de direito, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

No caso de condenação a pena privativa de liberdade pelo apenado que já se encontra no cumprimento de pena restritiva de direito, o magistrado pode deixar de aplicar a conversão se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

## CONCLUSÃO

Pode-se verificar, após a elaboração deste trabalho de pesquisa, principalmente no que diz respeito ao Capítulo I, que os Direitos Fundamentais apresentam um papel bastante importante no ordenamento jurídico que regula uma sociedade, pois tais direitos constituem um núcleo essencial que deverá ser respeitado tanto pelo Estado (eficácia vertical) como pelos particulares (eficácia horizontal) em relação aos indivíduos de uma sociedade, núcleo este que poderá tanto se configurar como um dever de abstenção por parte do Estado ou mesmo um dever de prestação por parte do Estado.

Quando se fala em direitos fundamentais que limitam a atividade do Estado de interferência na esfera de direito dos indivíduos, estar-se-ia falando então dos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, dos direitos de liberdade, direitos civis e políticos, os quais foram inspirados no liberalismo, trazendo assim direitos como o habeas corpus, o qual visava proteger a liberdade do indivíduo das prisões arbitrárias, de forma que tal geração de direitos é a que mais se caracteriza com esta pesquisa de trabalho, pois versa sobre as espécies de pena instituídas no Brasil.

Os direitos fundamentais são fruto de uma evolução histórica de conflitos e reclamações de melhorias por partes dos indivíduos ao longo das sociedades, e que durante o pós-segunda guerra mundial, passou-se a intensificar os movimentos constitucionalistas de incorporar referidas normas fundamentais na Constituição dos países como forma de demonstrar sua importância e a dificuldade dos legisladores ordinários tentarem legislar de forma contrária a tais direitos ou até mesmo tentarem aboli-los do ordenamento jurídico para não tornar a sociedade vulnerável aos desmandos e abusos do Estado, caracterizando atualmente pela vedação do retrocesso social a retirada de tais direitos.

Quando da análise do Capítulo II, verificou-se que pelo fato da Constituição do Brasil ser bastante analítica e possuir um rol de direitos fundamentais bastante amplo, é natural que a mesma venha a disciplinar os variados ramos do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo normas para o Direito Financeiro, Civil, Ambiental, Econômico, Administrativo entre outros ramos, de forma que com o Direito Penal não seria diferente, vindo a Constituição trazer normas de direito penal no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Verificou-se que no art. 5º, inciso XLVII, existe mandamento constitucional no sentido de impedir as penas de morte, salvo no caso de guerra declarada, as penas de caráter perpétuo, as de trabalho forçados, a de banimento e as penas cruéis, o que evidencia na relação entre Direito Penal e Constituição, que esta tem o poder de limitar aquele na questão da criação de penas que afrontem a dignidade da pessoa humana, enquanto que no inciso XLVI, que trata das penas que deverão constar no ordenamento jurídico penal, a Constituição Federal de 1988 atua como fundamento normativo do Direito Penal brasileiro ao dispor sobre determinadas espécies de pena que serão adotadas pelo ordenamento jurídico penal, não sendo referido rol exaustivo.

Portanto, dúvidas não há de que o Direito Penal se encontra relacionado com a Constituição brasileira, devendo inclusive ser orientado pelas regras constitucionais lá dispostas, como os direitos fundamentais, que influenciam diretamente no poder de punir do Estado em relação aos seus indivíduos.

Em relação ao capítulo III, pode-se constar que o Código Penal brasileiro está adequado ao que determina a Constituição Federal de 1988, pois previu no rol de espécies de pena aquelas previstas na constituição, não fazendo incluir como pena no Brasil aquelas que são vedadas pela constituição, o que demonstra uma adequação do direito penal no brasil em relação ao que determina os direitos fundamentais previstos no art. 5º na Constituição Federal de 1988.

O fato de existir uma variada espécie de pena demonstra a manifestação do princípio da individualização da pena, tendo em vista o leque de infrações penais existentes em nosso ordenamento jurídico, o que faz com que o legislado individualize a graduação das infrações penais através das penas estipuladas, possibilitando também ao magistrado do caso em análise deliberar da forma mais adequada ao caso concreto da apuração de infração penal, constituindo a pena privativa de liberdade como a pena mais grave, mas que nem sempre é a pena que será cumprida, pois a legislação prevê as regras de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e pena de multa, aplicando-as de acordo com o princípio da individualização da pena, onde a privação da liberdade será o último recurso penal do Estado.

Conclui-se que o direito Penal através do legislador ordinário cumpriu as espécies de pena determinadas pelo o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, afastando assim a

crítica de que as penas no Brasil agredem os direitos humanos, o que não é verdade, pois tais penas estão previstas nos direitos fundamentais constitucionais, devendo-se os críticos buscarem diferenciar o sistema penal do sistema carcerário, pois este sim pode estar falido e se encontrar em péssimo estado de conservação, de maneira que não estaria assim recebendo os presos condenados de forma digna, no sentido de propiciar a verdadeira ressocialização tão preconizada como finalidade da aplicação da pena e também previstas na Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) a qual prevê muitos direitos aos presos e também deveres para assim resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana de tais indivíduos, mas que por vontade ou prioridade política tal sistema carcerário vem sendo abandonado por nossos governantes, de forma que a análise do sistema carcerário, devido a sua complexidade, não fora tema deste trabalho, mas serve de bom tema de pesquisa para uma outra monografia.

Por fim, conclui-se também que o presente trabalho afasta a ideia levantada por alguns seguimentos da sociedade que defende o rigor das penas aplicadas no Brasil, porém referido rigor é bastante limitado pela Constituição Federal de 1988, de forma que sugestões de aplicação de penas do tipo prisão perpétua, trabalhos forçados e a pena de morte em último caso são rechaçadas pelo ordenamento constitucional vigente no Brasil, não podendo o legislador ordinário vir a implementá-las no Código Penal brasileiro, devendo-se pensar outras formas de endurecimento das penas de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Limites e justificação do poder do Estado.** 2<sup>a</sup>. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo Moraes. São Paulo. Edipro.2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Institui o Código Penal Militar.** Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 24.out.2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Institui o Código de Processo Penal Militar.** Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 24.out.2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal.** Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 24.out.2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 24.out.2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 24.out.2014.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 9.455 de 07 de abril de 1997. **Define os crimes de tortura e dá outras providências.** Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 24.out.2014.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal.** 2<sup>a</sup>. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Gabriel Luiz de. **Penas vedadas pela Constituição Federal de 1988.** Jus Navigandi, Teresina, ano12, n.1642, 30 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10802>>. Acesso em: 23 out. 2014.

CAVALCANTE FILHO, JOÃO TRINDADE. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em 24 out.2014

CRUZ, André Gonzalez. **A sanção penal no Brasil.** Revista Jurídica, São Paulo, nov. 2013. Seção Repostagens. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/78/artigo274921-2.asp>>. Acesso em: 06/11/2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 3<sup>a</sup>. Ed. Salvador. Editora JusPodium. 2009.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37841&seo=1>>. Acesso em: 24 out. 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.** 2<sup>a</sup>. Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 6<sup>a</sup>. Ed. Salvador. Editora JusPodium. 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. 17<sup>a</sup>. Ed. Petrópolis. Editora Vozes. 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 10<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro. Editora Impetus. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 10<sup>a</sup>. Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013.

PRADO, L.R; CARVALHO, E. M; CARVALHO, G. M. **Curso de direito penal brasileiro.** 13<sup>a</sup>. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais.** Coordenação André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2014.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, nº. 2,p. 175-199, abril-junho. 2012.

SARLET, I. W; MARINONI, L.G; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** 3<sup>a</sup>. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.