



FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO

MIRELLA SANTOS SILVA DE AGUIAR

DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS: A MULHER NO CÁRCERE.
UMA ABORDAGEM SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB
PERSPECTIVA DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

02/2020

MIRELLA SANTOS SILVA DE AGUIAR

**DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS: A MULHER NO CÁRCERE.
UMA ABORDAGEM SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB
PERSPECTIVA DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do curso de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Valdeci Ataíde Cápua e coorientação do Professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ

02/2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
38/2020

A283d Aguiar, Mirella Santos Silva de

Direitos humanos prisionais: a mulher no cárcere : uma abordagem sobre a violação dos direitos humanos sob perspectiva do artigo 5º da constituição federal / Mirella Santos Silva de Aguiar. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2020.

86 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2020.

Orientador: Valdeci Ataíde Capua.

Coorientador: Tauã Lima Verdan Rangel.

Bibliografia: f.79-86.

1. DIREITOS HUMANOS 2. CÁRCERE 3. PENA 4. PRISÃO 5.
DIREITO PENAL I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 365.6098165

MIRELLA SANTOS SILVA DE AGUIAR

**DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS: A MULHER NO CÁRCERE.
UMA ABORDAGEM SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB
PERSPECTIVA DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. Me. Valdeci Ataíde Cápua
Orientador

Prof. Ma. XXXXXXXXX
Revisor de Metodologia

Prof. Esp. XXXXXXXXXXXX
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, 12 de novembro de 2020.

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, somente através da ajuda da Inteligência Infinita de Deus que este trabalho foi concluído de forma satisfatória. Agradeço e dedico essa monográfica a Ele. Dedico também aos meus familiares que me ajudaram a percorrer esse caminho.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente a Deus por me proporcionar perseverança durante toda a minha vida.

Aos meus pais Luciene e Eduardo e ao meu padrasto Paulo Roberto pelo apoio e incentivo que serviram de alicerce para as minhas realizações.

Aos meus irmãos Eduardo Júnior, Heitor, Gabriel e Luisa pela amizade, atenção e afeto dedicados quando sempre precisei.

Aos meus professores orientadores Valdeci e Tauã pelas valiosas contribuições dadas durante todo o processo.

A todos os meus amigos que fiz durante o curso de graduação que compartilharam dos inúmeros desafios que enfrentamos, sempre com o espírito colaborativo.

Também quero agradecer as minhas tias, que nunca mediram esforços para que meu aprendizado fosse o melhor.

“O grau de civilização de uma sociedade pode ser medido pela maneira como tratam seus prisioneiros”.

Fiódor Dostoiévski

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, analisar a respeito dos direitos humanos prisionais com enfoque sobre aquelas mulheres que se encontram em cárcere, tema este que possui suporte sobre diversos âmbitos da área judicial, entre eles os Direitos Humanos com uma perspectiva baseada sobre o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, é possível analisar que tempos não muito distantes estas mulheres que se encontravam privadas tinham recursos totalmente escassos para se manterem nestes locais, locais estes que se tornavam mais prejudiciais para quem se encontrava lá do que um local de reabilitação. Desta maneira, é possível observar que contemporaneamente os direitos humanos femininos ainda são assiduamente violados, contudo hoje estas mulheres possuem uma voz, possuem uma garantia através da lei, garantia está que por muito tempo era desconhecida ou até mesmo inexistente. Esta garantia pode ser vista em prática com o momento em que se começou a pôr em prática a tríplice função da pena, função está que é retribuir, ressocializar e reinserir na sociedade, momento este em que os tratamentos puderam começar a mudar um pouco. Diante disto, cumpre analisar no decurso da presente pesquisa a imprescindibilidade do tema para a atual sociedade e observar também a maneira como aconteciam tais fatos, visto que, a sociedade por si só exige e necessita uma evolução na qual abandone pensamentos arcaicos, como acontecia em tempos não muito distantes com relação a estas mulheres que se encontravam em cárcere.

Palavras-Chaves: Direitos Humanos. Cárcere. Pena. Prisão. Direito Penal.

ABSTRACT

The present study aims to analyze prison human rights with a focus on those women who are in prison, a theme that is supported by several areas of the judicial area, including Human Rights with a perspective based on article 5. of the Federal Constitution of 1988. Therefore, it is possible to analyze that not too distant times these women who were deprived had totally scarce resources to stay in these places, places that became more harmful to those who were there than a place of rehabilitation. In this way, it is possible to observe that contemporaneously women's human rights are still assiduously violated, however today these women have a voice, they have a guarantee through the law, a guarantee that for a long time was unknown or even non-existent. This guarantee can be seen in practice with the moment when the triple function of punishment began to be put into practice, which is to reciprocate, re-socialize and reintegrate into society, a time when treatments could start to change a little. In view of this, it is necessary to analyze in the course of the present research the indispensability of the theme for the current society and also observe the way in which these facts happened, since, society alone demands and needs an evolution in which it abandon archaic thoughts, as it happened in not too distant times in relation to these women who were in prison.

Keywords: Human rights. Prison. Feather. Prison. Criminal Law.

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

INTRODUÇÃO	11
1 A EVOLUÇÃO DA PENA NO DECURSO DA HISTÓRIA	14
1.1 A PENA COMO VINGANÇA PRIVADA.....	17
1.2 A PENA COMO VINGANÇA DIVINA	24
1.3 A PENA COMO MONOPÓLIO DO ESTADO	29
2 A PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	35
2.1 A CONCEPÇÃO DE PENA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	36
2.2 A TRÍPLICE FUNÇÃO DA PENA: RETRIBUTIVA, RESSOCIALIZADORA E REINSERÇÃO SOCIAL	43
2.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES SOBRE AS PENAS	48
3 DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS: SER MULHER NO CÁRCERE	56
3.1 O AMBIENTE MASCULINO PARA O CORPO FEMININO: A PRISÃO	58
3.2 OS DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS.....	64
3.3 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	70
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O ser humano é um ser social, assim, desde os primórdios, os conflitos são naturais dentro das sociedades. Dessa forma, na tentativa de harmonizar e proporcionar uma maior segurança aos indivíduos o Direito Penal surge e a pena se desdobra como uma forma de “correção” daqueles que cometem condutas indesejadas. A penalidade surge como uma necessidade, na medida que era preciso que houvesse a coibição daqueles atos que poderiam colocar o grupo social em risco.

A pena, no decorrer da evolução das sociedades passou por diversas fases até chegar no que se entende por pena nos dias atuais. Inicialmente, tal instituto possuía caráter privado, onde a pena ganhou contornos de compensação com uma grande ênfase da lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”. Nessa fase, o comportamento do indivíduo gerava a reação da vítima, de seus familiares e até mesmo de todo o grupo social que agiam desproporcionalmente à ofensa podendo atingir o ofensor ou todo seu grupo.

Uma outra fase muito importante para que se compreenda a evolução da pena no decorrer da história é a fase da vingança divina, onde as regras possuíam natureza religiosa. Dessa forma, a pena servia para amenizar a ira dos deuses e recuperar a compaixão deles pois acreditava-se que diversos acontecimentos da natureza como chuvas, trovões e ventos ocorriam em virtude da raiva dos deuses que castigavam ou premiavam a sociedade de acordo com a atitudes dos indivíduos. Nesse momento a lei penal era extremamente religiosa. O direito penal hebreu, chefiado pelas leis mosaicas, representou uma grande amenização pois acabou garantindo alguns preceitos fundamentais em favor do condenado tendo assim, de certa forma, uma índole humanitária.

Depois disso, o Direito penal passa a ser exercido pelo Estado com a finalidade de proporcionar uma melhor precisão dos modelos de convivência entre os homens. No país a pena também passou por várias evoluções até se chegar no posicionamento atual. Antes da chegada dos portugueses em territórios brasileiros, o sistema penal que vigorava era aquele baseado na vingança privada, depois, com a colonização, as penas sofreram várias alterações até despontar na Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, trouxe inúmeras garantias para

todos os indivíduos, em especial para aqueles que hoje se encontram com sua liberdade privada.

Teoricamente, o sistema prisional deveria reinserir o indivíduo na sociedade, porém a reinserção está longe de ser efetivada, pois o que ocorre no plano real é justamente o contrário, as penitenciárias são verdadeiras escolas do crime, onde além de ter quase todos os seus direitos cerceados, o indivíduo sofre apenas a punição e retribuição do delito por ele praticado

O direito brasileiro traz e assegura uma imensa gama de princípios e garantias asseguradas pela Constituição Federal, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Porém ao se analisar a real situação dentro dos cárceres, em especial os femininos, é um verdadeiro esquecimento e abandono dos entes estatais para com essa parcela da população. A violação de direitos básicos como a dignidade e saúde por exemplo, são evidentes diante da superlotação, da falta de preparo estrutural das celas e de diversos outros fatores.

A partir desse contexto, o foco do trabalho presente é discorrer sobre a evolução da pena e do direito penal no decorrer da história voltando o olhar para aqueles indivíduos que se encontram com a liberdade de locomoção privada em decorrência do cometimento de algum ilícito. Além disso, também é objetivo do presente texto trazer à tona as diversas violações à direitos básicos dentro das penitenciárias femininas.

Pois além do descaso e da falta de estrutura, a população carcerária feminina ainda sofre com o preconceito e com os estereótipos de gênero e intolerância familiar, tendo em vista que a população feminina recebe muito menos visitas do que compara a população masculina. A população feminina ainda possui especificidades inerentes ao próprio gênero como necessidade de espaços próprios como maternidade e espaço para a amamentação.

O sistema penal, em geral, precisa de atenção. A população carcerária feminina precisa ser vista e levada em consideração pela sociedade. A cadeia deve ser um lugar que possibilite a tríplice função da pena, garantindo todos os demais direitos que não foram atingidos pela sentença.

Trata-se de uma pesquisa onde buscou-se uma maior familiaridade da situação presente nos estabelecimentos prisionais, em especial os femininos. Através da pesquisa bibliográfica, buscou-se evidenciar a maneira como as mulheres são tratadas e quais condições são expostas, tendo em vista que a

média sobre os presídios brasileiros, atualmente, é de superlotação e tais números crescem gradativamente.

1A EVOLUÇÃO DA PENA NO DECURSO DA HISTÓRIA

Desde o início dos tempos, o homem evidenciou a sua necessidade de viver com outros sujeitos semelhantes por motivos de sobrevivência, especialmente. Os indivíduos tinham a perfeita noção de que solitários eram desprotegidos às intempéries e às feras, precisando, assim, juntar-se para se fortalecer e se defender. (TEIXEIRA, 2008, p.20).

A partir dos confrontos gerados pela coexistência, erguia-se a conveniência de normas que possibilitassem uma ordem social coerente, sendo assim, provável que as leis precedentes da humanidade foram aquelas de caráter principalmente penal, condensados em estabelecer condutas indesejadas e decretar sanções aos infratores, consentindo, então, com o equilíbrio e o controle através dos integrantes de um mesmo grupo ou de grupos rivais. (TEIXEIRA, 2008, p.20).

Categoricamente, a prisão não é o objetivo do homem. A liberdade, sim, é um atributo essencial à este, porém a narrativa da civilização comprova que, já no começo da civilização, o ser humano se tornou audacioso diante de seus similares. A todo tempo, toda comunidade dispôs de normas que interessavam a correção daquele que exercia ações diversas aos interesses desta. Era uma necessidade de sobrevivência do grupo ter alguma espécie de penalidade que possuísse o poder de coibir hábitos que botassem a existência do grupo em perigo. (GRECO, 2017, p. 46-47).

A história do Direito Penal, conseqüentemente, se confunde com a respectiva história da humanidade. Depois que o ser humano começou a viver em coletividade, em todo o tempo se encontrou presente o pensamento de repreensão pelo exercício de ações que atendessem em contraposição a alguma pessoa isolada ou comunidade em geral. Esta repreensão não era proveniente de regras formais e sim de preceitos culturais e costumeiros, designados a proporcionar uma sensação de justiça e, igualmente, com o escopo de guardar a respectiva comunidade. (GRECO, 2017, p. 47).

Irrefutavelmente que, no começo, os comportamentos não tinham de ser, impreterivelmente, simétricos ao mal efetuado pelo autor infrator. Em várias circunstâncias preponderava a lei do mais forte. O conceito de retribuição pelo mal causado, ou próprio de represália era bastante clara. (GRECO, 2017, p. 47).

Apesar do Direito Penal ter seu início ligado à devida estruturação da sociedade e do homem, não se pode considerar a existência de leis penais de forma sistematizada nos períodos primitivos. Neste momento, a punição não estava vinculada a ascensão de justiça, mas sim de vingança, reflete contra a conduta de alguém, concordando penas desumanas e cruéis. Era o momento da Vingança Penal, partido em: vingança pública, vingança privada e vingança divina. (CUNHA, 2016, p. 43).

Na época da vingança privada, consumado o crime, a ação punitiva vinha do próprio padecente ou de penalidades vinculadas a sua comunidade. Por não existir normatização por parte de um organismo específico, a atitude do lesado (ou de seu grupo) era habitualmente desproporcional, extrapolando a pessoa do infrator, alcançando outras pessoas a ele vinculado, provocando repetidos combates entre agrupamentos inteiros (CUNHA, 2016, p. 43).

Sem se afastar do desígnio de vingança, na Babilônia, o Código de Hamurabi, carrega a lei do talião, em que a penalidade passou a ser ordenada de maneira a se comparar à ofensa. Ainda assim, esse método, apesar de adiantado em comparação ao antecedente, não impedia penas desumanas e cruéis, constituindo ainda certa discriminação entre escravos e homens livres, antecipando maior rigor para os escravos, ainda vistos como coisas. (CUNHA, 2016, p. 43-44).

Nesta época, os integrantes de cada família são conectados pela consanguinidade. A conexão de sangue é abundantemente robusta para o emprego da vingança, desta forma cada integrante da família era visto como um só. Sendo vinculados por um ancestral comum, seja qual for o malefício provocado por um membro de um clã contrário, assentia ao clã prejudicado a possibilidade de se vingar do agressor ou de qualquer um dos seus, compreendendo aqui até mesmo as propriedades e, a depender da situação, do clã ao qual pertence o autor de forma integral. (ASSIS, 2018, p. 255-256).

Dentro dessas comunidades primitivas, a concepção do mundo pelos seres humanos (homens) era muito atenuada, repleta de crenças e misticismos em seres sobrenaturais. Não se dispunha de discernimento de que secas, raios, trovões, chuvas e ventos derivavam da própria natureza, o que levava as pessoas a considerarem que tais acontecimentos eram incitados por divindades que os castigavam ou premiavam de acordo com suas atitudes. Esses seres

sobrenaturais com poderes ilimitados e aptos de manipular a vida dos homens eram os *Totens*, sendo essas comunidades batizadas de Totêmicas. No momento em que um integrante da comunidade violava alguma regra, desagradando os “totens”, este era castigado pela própria comunidade, que receava sofrer com a fúria das divindades. Regrado-se no contentamento divino, a lição era degradante, desumana e cruel. (CUNHA, 2016, p. 43).

O Direito nesta época possuía uma personalidade sagrada, era isto que impedia alterações radicais nas leis. Apesar disso, quando por ventura acontecia alguma mudança na norma, esta era tão pequena que quase não era notada, a partir disso, surgiu a concepção de imutabilidade da lei. O grande perigo em relação a novas leis, não eram seus ínfimos aditamentos legais, mas sim o desrespeito da revogação da norma antecedente. (ASSIS, 2018, p. 254).

A etapa do *revide público* manifestava uma maior consolidação do Estado e estruturação societária na proporção em que deixa de lado o temperamento individual da penalidade (maior incômoda da paz social) para que a partir dela, se deleguem as autoridades competentes, legitimando a intervenção do Estado nos conflitos da sociedade através das imposições de sanções públicas.

A sanção pública, então, detinha por incumbência principal defender a própria existência do Soberano e do Estado, havendo como crimes principais os de lesa-majestade e, posteriormente, os que enfrentassem os bens públicos ou religiosos e a ordem pública, tais como, crimes contra honra, contra propriedade, lesões corporais, homicídios, etc. Nem por isso, todavia, as penas abandonaram o seu caráter violento e cruel, ultrapassando, em determinadas ocasiões, a pessoa do condenado, alcançando descendentes por várias gerações. (CUNHA, 2016, p. 44).

Dessa forma, o presente capítulo traz a síntese da evolução da pena no decorrer da história. O Direito Penal surge conjuntamente com a própria sociedade. Ele não nasce e se desenvolve como um sentimento de justiça, muito pelo contrário, o surgimento e evolução da pena é marcada pela vingança e pela falta de proporção entre a punição e o crime cometido. Desde os primórdios a dificuldade de se encontrar uma punição que tornasse o cometimento do delito algo menos atraente era tarefa difícil, o que continua acontecendo até os dias atuais.

A partir do momento que os indivíduos passaram habitar em sociedade, delitos começaram a se desenvolver. A criminalidade e sua evolução persegue o homem e é comumente vista e vivenciada dentro dos povos. Conforme a sociedade evolui, a criminalidade segue seu ritmo e dessa forma, evolui também a punição das condutas delitivas. Entender este ponto é salutar para compreender como a pena é hoje percebida dentro do ordenamento jurídico.

1.1 A PENA COMO VINGANÇA PRIVADA

Tendo como base os argumentos de Teles (2006, p. 1), o ser humano só se sente totalmente realizado quando se relaciona com seus análogos. Não obstante, não é a todo o momento que este relacionamento/convivência se manifesta de maneira harmônica, uma vez que “o homem não é absolutamente livre para fazer o que bem quiser” (TELES, 2006, p. 1). Por conseguinte, circunstâncias de desacordo se manifestam reiteradamente. (FADEL, 2012, p. 60).

Sendo o homem imoderado por feição, consta que o primeiro ramo do Direito, precisamente engendrado, até mesmo antes da organização estatal, foi o Direito Penal, mais notadamente aquele nominado de “Parte Especial” dos atuais códigos penais (FADEL, 2012, p. 61). Ora, procurava-se instituir quais atitudes/conduitas eram classificadas como censuradas, e de mesma forma, quais seriam suas concernentes sanções. (FADEL, 2012, p. 61).

O ser humano, em alguns momentos, se encontrou em conjunto, devido ao seu claro ímpeto associativo e alastrou, em seu similar, suas necessidades, cobiças, êxitos. A partir do princípio, o ser humano infringiu as normas de coexistência, ofendendo os análogos e a respectiva comunidade em que habitava, transformando inflexível a aplicabilidade de uma sanção. No primórdio, a repreensão era um comportamento geral, em oposição às condutas antissociais (CALDEIRA, 2009, p. 260).

Neste momento, o Direito Penal era a tradução, no controle das leis positivas, das necessidades de proteção social; ou melhor, é o respectivo apetrecho de proteção social amoldado pelas imposições da concepção de justiça. Pondera Caldeira (2009, p. 260) com focono comportamento do corpo social aclamando pela ausência de paz, cujo resultado, tal qual constata Caldeira,

compõem-se inclusive na ejeção do ofensor do clã, da tribo, da sociedade. (CALDEIRA, 2009, p. 260). Tal qual, consoante externa Jolo:

Desde os primórdios da humanidade existe a ideia de punição das pessoas que se comportam de maneira prejudicial às outras ou que agem contrariamente à moral e aos bons costumes. O Direito Penal nada mais fez do que estabelecer uma forma de aplicar estas punições, e foi evoluindo com o passar do tempo e com as mudanças de comportamento e de pensamento da sociedade. Assim podemos dizer que o Direito Penal surgiu com o próprio homem e evoluiu juntamente com este. (JOLO, 2013, p. 2).

A pena, a princípio, possuiu uma natureza sacral, pendendo-se a concepção de *tabus* ou *totens*. Consoante a isso, para Teixeira (2008, p. 20), o homem, não sendo capaz de elucidar os acontecimentos da natureza, fenômenos estes que não eram comuns no dia a dia, como tempestades, secas, trovões, raios ou chuvas, passou então a conferi-los aos seres sobrenaturais. Seres estes que viviam ou eram encontrados em rios, florestas, animais ou pedras, simbolizados por *totens* que, no que lhe concerne, puniam ou abençoavam o povo por suas condutas. (TEIXEIRA, 2008, p. 20).

Ainda para o autor, neste contexto, para tranquilizar a fúria destes deuses totêmicos, eram realizados sacrifícios e oferendas que, de uma maneira regular, envolviam até mesmo o próprio ser humano. No mesmo período, concerniram às reprovações famigeradas como *tabus*, locução de gênese polinésia que, tinha por significado concomitantemente ao sagrado e ao proibido, o terrível, o impuro. Os desrespeitos para com as normas totêmicas ou a transgressão ao tabu originavam aos descumpridores, punição a coletividade. Em razão disso, todo mundo se envolvia, realçando que as violações provocavam a fúria das entidades sobrenaturais sobre toda essa coletividade. (TEIXEIRA, 2008, p. 20-21).

Deste modo, a pena, no período de *tabus* e *totens*, detinha um desígnio duplo, sendo estes: banir aquele que se tornasse um opositor dos deuses e forças mágicas da comunidade e impedir o contágio pela mácula de infectava as pessoas e gerava os comportamentos vingadores dos seres sobrenaturais. (CALDEIRA, 2009, p. 260). Nesta perspectiva, a pena já começa a obter contornos de compensação, dado que, depois de banido o sujeito da comunidade, este desapossava a segurança da comunidade a qual fazia parte, sendo capaz de ser salteado por qualquer outro indivíduo. (CALDEIRA, 2009, p. 260-261).

Aplicava-se a penalidade como consequência da liberação da comunidade da fúria dos deuses em razão da falta realizada. A censura constituía-se como preceito na exclusão do indivíduo do corpo social, jogando-o à própria sorte. Acreditava-se nos seres sobrenaturais que, por vezes, não eram nada além dos acontecimentos da natureza, motivo pelo qual, quando a penalidade era executada, tinha por conjectura, por parte do povo primitivo, de que isto seria capaz de tranquilizar os deuses. Em contrapartida, em ocasiões do não acontecimento da penalidade, presumia-se que a fúria dos deuses alcançaria todo o corpo social. (CALDEIRA, 2009, p.260-261)

Assim sendo, a desforra comunitária foi a primeira exteriorização da cultura jurídica. Consoante Teixeira, ao qual exterioriza:

A pena também derivou do instinto natural de conservação do homem, o qual, a cada ato em que se via ofendido, reagia imediatamente, castigando ou procurando castigar o ofensor, utilizando-se dos meios de que dispunha. Contudo, é importante ressaltar que, entre os primitivos, a justiça penal não tinha senão uma forma embrionária (TEIXEIRA, 2008, p. 21).

Destarte, a datar de seu advento, a pena não nasce apenas como um acontecimento sociológico, mas, da mesma forma, como um acontecimento jurídico de caráter ritual, possuindo como âmago a concepção de sanção (TEIXEIRA, 2008, p. 23). Em disposição, os historiadores conceituam múltiplas etapas da pena, o período humanitário, a vingança pública, a vingança divina e a vingança privada (TEIXEIRA, 2008, p. 23).

Não obstante, deve-se destacar que estes momentos não se prosseguem cabalmente. Assim dizendo, um não é derivado do outro. Com o surgimento de um, não se extingue imediatamente o outro, acontecendo, portanto, a presença simultânea dos princípios característicos de cada um: uma etapa permeia a outra, e, no decurso do tempo, está ainda perdura a seu lado. (NORONHA, 1975 *apud* SOUZA, 2018, p. 19).

Nesse contexto, a vingança privada conquista espaço e a comunidade se expande e começa a se fragmentar em conjuntos secundários e menores, sendo a ideia de vingança privada manifestada quando há ofensa a um indivíduo do corpo social por um sujeito de outro corpo social ocasiona um efeito vingativo por parte daqueles insultados. No entanto, essa vingança ocorre em um aspecto de

vingança coletiva. (CALDEIRA, 2009, p. 261). A sanção era determinada unicamente como vingança pelo respectivo insultado, sem que sucedesse, seja qual for, a associação do crime realizado com o indivíduo criminoso. Neste momento, a Lei de Talião recebe ênfase.

Denota-se, aqui, o primeiro traço do princípio da proporcionalidade, mesmo que em sua postura exclusivamente formal, no meio do crime e a pena, ao externar a máxima “olho por olho, dente por dente”. (CALDEIRA, 2009, p. 261). O Princípio A Lei de Talião é uma ideia, registrada de forma escrita, mais antiga da história e o criminoso é punido *taliter*, ou seja, *talmente*, de maneira igual ao dano causado ao outro indivíduo (ROSA, 2012, s.p.). Sendo assim, denota-se que a punição era dada de acordo com a categoria social do criminoso e da vítima. Ademais, atualmente, existe a palavra retaliação, indicando retribuição de uma ofensa com a mesma intensidade (ROSA, 2012, s.p.).

O comportamento da vítima, assim sendo, repercutia para os demais a sua volta. Neste período, com a Lei de Talião, há um progresso para o Direito Penal, dado que ocorreu na estabilidade entre a sanção e o crime cometido (SOUZA, 2016, p. 4). No mesmo sentido, a Lei de Talião pode também ser vista em diversas escritas antigas como, por exemplo, a Lei das XII Tábuas dos Romanos, assim como em Deuteronômio, Levítico, e no Antigo Testamento do Êxodo dos hebreus. (SOUZA, 2018, p. 25).

Neste segmento, as leis e o Direito se mostravam não como uma maneira de elevação da justiça, mas sim com a compleição punitiva e de vingança entoada por sanções desumanas e cruéis (SOUZA, 2018, p. 19). A vingança privada, sendo a primária delas, estabelece que, praticado um crime, sucedia a conduta da vítima e/ou grupo social e/ou de seus parentes, que procediam de maneira demasiada, sem ao menos se atentarem com a dimensão do ultraje, sendo capaz de alcançar não somente o infrator, mas, caso quisessem e de igual modo, todo o seu grupo (TEIXEIRA, 2008, p. 23). Sendo assim, Teixeira, ainda, ressalta que:

Essa vingança do particular realizava-se através de um ato de guerra contra o ofensor, restando claro que o ofendido pegava as armas de que dispunha e guerreava contra o seu agressor. Era a chamada “Vingança de Sangue”, considerada como verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos. (TEIXEIRA, 2008, p.23).

Deste modo, pode-se afirmar que, acontecendo um crime, a atitude punitiva procedia precisamente da vítima ou daqueles em sua volta (SOUZA, 2018, p. 22). Assim sendo, o homem começou a exercer a justiça com as próprias mãos, mas na maioria das vezes devolvendo o mal que recebeu com uma crueldade desequilibrada. O Direito Penal constituía-se na autotutela e está sintetizava-se a simples revide. (CAPEZ, 2003 *apud* SOUZA, 2018, p. 22).

A fase da vingança privada data dos primórdios da humanidade, na Idade Antiga, período histórico marcado pelo surgimento e desenvolvimento das primeiras civilizações. Também marcado pela a invenção da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e no século V, início da Idade Média (FERNANDES, 2018), quando ainda não havia sociedade organizada e inexistia a figura do Estado. Neste período, os homens se achavam vinculados a tribos e clãs, unidos pelos laços sanguíneos. Sendo assim, o indivíduo que infligisse dano a alguém seria punido mediante ato da própria vítima ou de seus familiares (CORDEIRO, 2014, p. 3).

Wolkmer, por sua vez, afirma que a formação do direito arcaico deve ser interpretada conforme a sociedade pré-histórica que o gerou:

[...] O direito arcaico pode ser interpretado a partir da compreensão do tipo de sociedade que o gerou. Se a sociedade pré-histórica se fundamenta no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se primeiramente, nos laços de consanguinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições. É neste sentido que a lei [...] teve em grande parte sua origem na família e nos procedimentos que a circunscreveram, como as crenças, os sacrifícios e o culto aos mortos. (WOLKMER, 2006, p.17).

Esta fase da vingança é considerada como o início da evolução da pena. Através dos vínculos sanguíneos, o indivíduo sentia-se protegido e seguro em sua comunidade e surgia, por meio deste vínculo, a “vingança de sangue”, que tinha assento quando o membro de uma família teria de matar um membro de outra família, caso um de seus componentes tivesse sido vítima de homicídio. Por muitas vezes, alcançavam-se proporções exageradas, não levando em conta a ação do indivíduo e a ação do autor, isto é, sem limites definidos, uma vez que não havia poder central. (CORDEIRO, 2014, p. 11). Neste sentido a autora cita que:

Em face da necessidade de conservar o grupo social como garantia da própria existência individual, mostrou-se imprescindível limitar os excessos decorrentes da vingança privada, sendo então o *jus puniendi* transferido a um poder central, que passaria a ser o responsável pela aplicação de uma punição àqueles que transgredissem as regras vigentes. A emoção e a desproporcionalidade entre a ofensa e a agressão foram as principais causas para a imposição de limites à vingança privada, do contrário, estariam seriamente comprometidas à sobrevivência e a preservação da comunidade. (CORDEIRO, 2014, p. 11).

Ainda na Idade Antiga, surge a vingança divina, em que a pena não tinha mais o objetivo de vingança pessoal, pois, apesar do cometimento de um crime atingir diretamente um indivíduo, era entendido que tal ato era uma ofensa aos deuses e a punição era realizada para aplacar a ira das divindades pelo cometimento de delitos (SANCHES CUNHA, 2015, p. 43). O detentor do *jus puniendi* continuava a ser o particular, logo, a violação a determinada regra social era um ultraje aos deuses, tendo a ira destes aplacada somente após a punição do indivíduo infrator. Aqui, inclusive, o *jus puniendi* tinha cunho religioso e encontrava fundamento na justiça divina, oportunidade em que a punição representava a própria vontade dos deuses. Os babilônicos, gregos, romanos, hindus, egípcios, persas e os chineses usaram essa forma de direito de punir. (SANCHES CUNHA, 2015, p. 43).

Aspecto relevante que pode ser observado, nessa época, é a influência da religião entre os antigos, visto que criam que a paz adivinha dos deuses, como ensina Caldeira:

A pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. Neste sentido, a pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa. Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais – que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza – razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo. (CALDEIRA, 2009, p. 260).

Na Antiguidade, no geral, a legislação não era escrita, sendo exposta de forma oral, e a pena advinha da vontade divina. Portanto, as sanções eram impostas tais quais os rituais passados de geração em geração, o que originou regras de comportamento. A esse respeito, elucida Wolkmer:

Nas manifestações mais antigas do direito, as sanções legais estão profundamente associadas às sanções rituais. A sanção assume um caráter tanto repressivo quanto restritivo [...]. Para além do formalismo e do ritualismo, o direito arcaico manifesta-se não por um conteúdo, mas pelas repetições de formulas, através dos atos simbólicos, das palavras sagradas, dos gestos solenes e da força dos rituais desejados. (WOLKMER, 2006, p. 18).

Pode-se observar, ainda, que nos diversos períodos da Idade Antiga estavam presentes o aspecto religioso e o consuetudinário. Assim, baseado em mencionadotemor sacro, houve o favorecimentodo surgimento de um poder central. Dessa forma, a interpretação da lei, quase que totalmente, era realizada por sacerdotes ou suseranos, pois eram considerados pessoas capacitadas e eleitas pelos deuses para interpretar suas vontades. Dessa maneira, tinham aludidas figuraso poder de punir. Desta forma, o poder era direcionado para os que tinham uma posição social mais elevada, que, por sua vez, aplicavam as sanções de acordo com a interpretação dos sinais supostamente revelados pelas divindades religiosas. (WOLKMER, 2006, p. 18).

Posteriormente, as leis começaram a ser escritas e aplicadas de forma genérica e homogênea. Isso porque descobriu-se que a forma escrita era mais prática e eficiente para recordar e manter, em larga escala o poder do suserano. Assim, as leis escritas eram melhores depositários do direito e meios mais eficazes para sua conservação do que a memória de certo número de pessoas. (COULANGENS, 1975 *apud* WOLKMER, 2006, p. 18).

Um momento histórico que deve ser ressaltado no presente trabalho diz respeito a fase da “contravenção penal” que era efetuada por um indivíduo do próprio corpo social, em regra, a sanção era o exílio, célebre pelo desaparecimento da paz. Caso a injúria fosse cometida por uma pessoa desconhecida ao grupo, a repreensão seria o revide em oposição a seu grupo por completo, refletindo até mesmo sobre as pessoas inocentes. Tamanha era a

violência do revide que não era ao menos observada a distinta lei da física da reação análoga à ação. (CAPEZ, 2003 *apud* SOUZA, 2018, p. 22). Consoante exterioriza Capez e Bonfim:

Não havia senso de justiça. A reação era puramente instintiva e, como mencionado, normalmente desmedida, não havendo proporcionalidade e nem pessoalidade quanto ao revide, “reinava a responsabilidade objetiva, e desconheciam-se princípios como o da proporcionalidade, humanidade e personalidade da pena”. (CAPEZ; BONFIM, 2004 *apud* FADEL, 2012, p. 61).

Robustecendo os argumentos acima, Souza (2018) afirma que, no decurso de determinado momento, havia desrespeito e até mesmo a ausência de princípios fundamentais para o Direito em si. Regia-se, dessa maneira, a responsabilidade objetiva e frívola era a incumbência e subsistência do princípio da proporcionalidade, da personalidade da pena, da humanidade, entre outros (SOUZA, 2018, p. 22). Souza, em seu magistério, prorroga seu posicionamento assim salientando:

Ainda mais, pode-se dizer que não havia uma regulamentação por parte de um órgão voltado para tanto. A reação do ofendido (ou do seu grupo) era normalmente desproporcional à ofensa, ultrapassando a pessoa do delinquente, vindo a danar inclusive outros indivíduos a ele ligados de alguma forma, acarretando frequentes conflitos entre coletividades inteiras (SOUZA, 2018, p. 22).

Assim, pode-se dizer que em tal fase, a retribuição não tinha nenhuma proximidade com a noção de proporcionalidade, humanidade e até mesmo personalidade. O sentimento de “solidariedade” que envolvia a família do ofendido, ou até mesmo de toda tribo, era desproporcional e não tinha nenhum padrão objetivo. A ausência de princípios e regras deixavam o sujeito frágil, “que acabavam tornando-se um fim em si mesmo” (CAPEZ, 2003 *apud* SOUZA, 2018, p. 23).

1.2 A PENA COMO VINGANÇA DIVINA

Com o avanço das sociedades e seu afincamento pela religião, surge o momento da vingança divina. No momento em que as regras eram de natureza religiosa, o ofensor começa a sofrer punição para mitigar a ira dos deuses e recuperar a compaixão destes. A evidência dos acontecimentos era ensejada por entre as ordálias ou “provas de Deus”, se a pessoa caminhasse por cima do fogo e não tivesse queimaduras, significaria que a pessoa era inocente, ao inverso, seria vista como culpada. (CALDEIRA, 2009, p. 261-262).

Nesse estágio do Direito Penal, os afetados pelo contraventor da lei são os seres sobrenaturais (habitualmente os *tabus* ou *totens*) ou divinos, quer seja de modo direto ou indireto. O grupo social se reúne em volta de um representante divino ou sacerdote e estes que são interpostos no meio do corpo coletivo e a deidade. A laboração legiferante não se encaixa a este representante, mas ao deus sobrenatural ou divino que aponta de modo direto toda sua diretriz inflexível e máxima a sua sociedade. É em volta da revelação jurídica que todos os grupos sociais se compõem. (ASSIS, 2018, p. 255).

Os *tabus* e *totens* neste momento são imagens contínuas nas categorias de pena. Consoante Assis (2018, p. 255), os *totens* possuíam diversificadas aparências, eram capazes de serem retratados por imagens de símbolos, objetos, animais e/ou vegetais. Existia a distinção do sagrado com o profano, e uma vez estabelecido, o profano não seria capaz de perdurar vínculos com o sacro, e ao menos com objetos religiosos, diante de pena de punição divina caso operasse de forma oposta. Destaca-se neste momento, a concepção preambular do Direito que operava como um castigo superior contra os infringentes. Em síntese, uma punição divina para aqueles que praticassem o mal. (SOUZA, 2018, p.20).

Nesse momento, o da Vingança Divina, conectou-se a influência deliberativa da religião na vida das populações obsoletas. Vale memorar que o Direito Penal, a contar de seus exórdios, sempre foi entranhado de aceitação mística, estabelecendo punições para moderar a fúria dos deuses sobrenaturais. A distinção primária era que neste período já se principiava a esboçar um pódio de coesão social apto de instituir procedências sob pena de castigos. (TEIXEIRA, 2008, p. 24-25).

Nessa mesma linha de raciocínio compartilha-se os pensamentos de Capez (2003 *apud* SOUZA, 2018, p. 20):

O direito penal, inicialmente, foi concebido como uma forma de exercer a vingança divina contra infratores, cujos crimes despertavam a cólera dos deuses (*totem*) e colocavam em risco a existência de toda a sociedade ou grupo. Com efeito, em tempos remotos da história da humanidade, a mística e a superstição dominavam o direito penal, de modo que fenômenos naturais eram interpretados como castigos divinos aos crimes cometidos, os quais deveriam ser reprimidos para evitar tragédias enviadas pelos deuses, por meio de catástrofes. Tempestades, incêndios, furacões, terremotos, longa estiagem, dentre outras desgraças, todas explicadas pela ciência hoje, eram interpretados como exteriorizações da ira superior das divindades (CAPEZ, 2003 *apud* SOUZA, 2018, p. 20).

Desse modo, ressalta-se que não existia o entendimento que determinados acontecimentos como tempestades, secas, chuvas e tufões, provinham exclusivamente das leis naturais. Assim, tais acontecimentos acabavam por serem atribuídos a algo superior, os deuses. Prontamente, tais divindades vinham a castigar ou agraciar aos homens de acordo com os atos destes. (SOUZA, 2018, p. 20). Isto posto, a pena neste período não possui um caráter compensador, mas de exclusiva reparação. O contraventor da lei divina teria de ser penalizado pelos respectivos integrantes do conjunto, porquanto somente assim todo pecado jogado sobre o grupo social seria perdoado. (ASSIS, 2018, p. 255).

A fase da retaliação divina apareceu devido à sólida influência da religião na vida das populações antigas. O Direito Penal foi demasiadamente inspirado pela religiosidade, pois crença e cultura apontavam que era preciso conter o crime com o objetivo de proporcionar o contentamento dos deuses, para que estes perdoassem a prática criminosa exercida no meio social. (JOLO, 2013, p. 3). Consoante ao que externa Fadel:

Neste período, acreditava-se que os Deuses eram guardiões da paz e eventual crime cometido era considerado uma afronta às divindades. Para que a tranquilidade fosse restaurada, sacrifícios humanos deveriam ser realizados. Deste modo, mediante a prática de um único ato, três medidas eram adotadas: satisfazia-se o Deus maculado, punia-se o ofensor e intimidava-se a população para que não mais praticasse atos considerados criminosos (FADEL, 2012, p. 62).

Os sacerdotes eram incumbidos pela superintendência da justiça, da mesma maneira que pela aplicabilidade das penalidades. Tendo em consideração essas características, o Direito Penal vigente foi intitulado Direito Penal Teocrático. Legislações como a indiana, chinesa, hebraica, egípcia e outras, foram modelos deste período. (FADEL, 2012, p. 62). O Código de Hamurabi é um grande exemplo desse período da evolução da pena, em seu artigo 6º, dispunha: “Se alguém furtar bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto”. (JOLO, 2013, p. 3).

Os princípios teocráticos que motivaram esse período foram igualmente o alicerce de variadas legislações, como o Livro das Cinco Penas (China), os Códigos Manava, Dharma e Sastra (Índia) e a Avesta (Pérsia), no qual se procurava a sanção não apenas do corpo físico, mas de mesma forma, da alma do infrator. (TEIXEIRA, 2008, p. 25). Nesta lógica, consegue-se realçar que já se desenvolviam legislações, sendo peculiar a este estágio o Código de Manu escrito por cerca dos séculos II a.C. e II d.C. Esse código, de maneira imaginosa e poética, pretendia proporcionar a purificação da alma do infrator (criminoso) por meio da punição, regulando ainda a população. Isso acabou por estipular “o sistema de castas na comunidade Hindu: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores”. (SOUZA, 2018, p. 21).

Deste modo, o homem era dominado pelo medo do castigo celestial, não se levando em consideração outros aspectos que, futuramente, se transformariam no que se concebe hoje como “finalidade do agente, dolo ou culpa, nexo causal, entre tantos”. (SOUZA, 2018, p. 21). A sanção meramente caminharia para aqueles que discordavam os deuses. (SOUZA, 2018, p. 21).

Deste modo, externa Souza que “sob tal aspecto, o direito misturava-se com a religião de forma que sua administração ficava em cargo dos sacerdotes, estes que agiam como condutores da vontade sacra, tornando-se verdadeiros mensageiros dos deuses (SOUZA, 2018, p. 21). De igual entendimento, ao que Greco (2015 *apud* SOUZA, 2018, p. 21) exterioriza:

Era o direito aplicado pelos sacerdotes, ou seja, aqueles que, supostamente, tinham um relacionamento direito com um deus e atuavam de acordo com sua vontade. Incontáveis atrocidades foram praticadas em nome dos deuses, muitas delas com a finalidade de aplicar-lhes a ira. A criatividade maligna dos homens não tinha limites (GRECO, 2015 *apud* SOUZA, 2018, p. 21).

No momento em que determinado sujeito da comunidade perpetrava algo que seria capaz de ultrajar a figura do *totem* (objeto de adoração) todo corpo social vinha a se amotinar contra o mesmo. Pois havia muito medo de que o castigo recaísse sobre a população em sua integralidade. Assim, por meio do castigo, a ira dos deuses seria amenizada e o castigo recairia tão exclusivamente sob o desrespeitador. (SOUZA, 2018, p. 21).

Merecedor de contemplação é analisar como a lei Penal era religiosa nesse contexto. Sua penalidade se encontrava conectada ao desígnio de contentar as entidades divinas. Todo grupo social teria de se envolver na execução, como maneira de reparar o mau fomentado pelo infrator. As sanções eram desumanas, desiguais e bárbaras. Os castigos mais habituais eram a perda da paz e o desterro. (ASSIS, 2018, p. 255).

Consegue-se reiterar de maneira certa que o Direito Penal dos Hebreus progrediu com o *Talmud* (livro sagrado para os Judeus), instituindo-se no instante da alteração de entendimento principal da Lei de Talião, permutando esta por penalidades de prisão ou multa, além de estipulações de gravames físicos. Enuncia-se “progrediu”, em razão do fato que o Direito dos Hebreus era chefiado pelas Leis Mosaicas e, com o *Talmud* sucedeu uma amenização dessa legislação, despontando em garantias fundamentais em prol do condenado. Garantias estas que lhe defenderam de crimes como falso testemunho e denúncia caluniosa. (BATISTA, ROCHA, 2019, s.p.).

O Direito Hebreu arcaico é calçado na tradição alicerçada no *Talmud* e no Antigo Testamento (Bíblia). Possui como símbolo principal a imagem ímpar de Moisés e sua legislação. O *Talmud* conseqüentemente preencheu as leis mosaicas com seus arranjos baseados na Tradição. (SILVA, 1979, p. 19). O direito Hebreu sucedeu um corrente avanço nas penalidades, em que Moisés por seu lado procurava a mitigação da pena capital e da resposta punitiva. (BATISTA, ROCHA, 2019, s.p.).

A condenação a pena de morte, vista como uma penalidade prevalecente das leis mosaicas, foi quase que aniquilada, pondo-se em seu lugar o cárcere perpétuo sem trabalhos forçados e indo contra, de forma completa, a antiga ideologia daqueles que, ao momento, imaginavam que o cárcere perpétuo não castigava o infrator, mas sim levava mais desconforto ao Estado, posto que um

criminoso preso era um gasto a mais para o ente estatal. Todavia, o avanço penal desse momento, inegavelmente, possui uma índole humanitária tal fato é imensurável e indiscutível, porque passou-se a considerar que uma vida vale mais que um tributo. (BATISTA, ROCHA, 2019, s.p.).

Costuma-se falar muito no direito romano deixando de lado a legislação hebraica, que representou uma legislação muito avançada para sua época. (SILVA, 1979, p. 26). O direito hebraico influenciou o direito romano, este, no que lhe diz respeito, é corrente na maior parte dos Códigos Civis modernos. Além desta influência, o direito hebreu ainda esta vigente no cotidiano da maior parte da sociedade, visto que possui sua fonte na *Torah* ou na Bíblia. (REZENDE, 2020, s.p.).

Pode-se afirmar que os Dez Mandamentos interpretam as leis mais caras e mais relevantes para o Estado Hebraico, fundamentando a tutela Penal. O Código Penal, assim como a Bíblia, faz distinção entre o homicídio culposo e doloso. Por fim, várias são as analogias entre o direito brasileiro e o direito hebraico, especialmente no que se refere seus bens jurídicos mais importantes. A aproximação entre tais legislações permite indagar a notoriedade, importância e atualidade do direito hebreu mesmo que este último traga bastante diferenças em relação aos direitos humanos (REZENDE, 2020, s.p.).

1.3 A PENA COMO MONOPÓLIO DO ESTADO

O direito de punir do Estado não se alude ao conhecimento e transformação do Direito Penal, mas, sucede-se em uma observação da exclusiva criação e origem do próprio Estado. (ROCHA, 2006, p. 27). Destarte, Rocha externa:

Tem-se que o direito de punir surge apenas com o Estado, pois anteriormente todos tinham o direito de se defender e atacar, haja vista a inexistência de uma estrutura que monopolizasse o poder e tivesse capacidade de julgar. O direito de punir implica o estabelecimento de uma pena, ou seja, uma sanção que recairá sobre aqueles indivíduos que confrontem a ordem estabelecida. O Estado, desde seu início, reveste-se do monopólio da violência, da capacidade de julgar e de impor punições. Desse modo, o direito de punir não está diluído na sociedade, mas centralizado e

institucionalizado no Estado, e a penalidade é sua exclusividade (ROCHA, 2006, p. 27).

Como visto, esse direito de punir se encontra profundamente alusivo à construção do Estado. Assim é interessante sinalizar alguns pensamentos que precisem a evolução desse Direito de Punir (ROCHA, 2006, p. 27 - 28). Os homens se encontravam fora de uma sociedade, momento nomeado de “estado de natureza”. Para o autor, não possui nada de antropológico ou histórico, uma vez que se trata de uma conjectura da qual o entendimento parte para introduzir sua avaliação na justificativa pensante do Estado Civil (OLIVEIRA, 2009, p. 36).

O modo como o homem se “encontraria” no estado de natureza é uma circunstância de vantajada vulnerabilidade. Essa vulnerabilidade que, resulta de a eventualidade de um homem eliminar o outro (devido a igualdade dos homens) é incisiva, do tutelado estado de guerra. (OLIVEIRA, 2009, p. 36). No estado de natureza, não se encontra decência, errado ou certo, injusto ou justo, em virtude de todos os homens, por serem similares, possuírem direitos a tudo.

Nessa fase há inexistência de normatividade que determine ou defina a maneira como o homem deva se comportar ou quais comportamentos deva se evadir. Dispondo o homem, neste caso, do nomeado direito de natureza, onde é estabelecido por como a “liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, a vida”. (HOBBS. 2008 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 37). Oliveira ainda enfatiza:

Essa “possibilidade” ou “poder” de ter direito a todas as coisas não tem nenhuma conotação negativa no estado de natureza e decorre da própria necessidade de sobrevivência. Onde não há normas a limitar direitos e impor ou desautorizar condutas, não há certo ou errado, justo ou injusto; logo, tudo pode acontecer e a ética é diversa da existente no Estado Civil, sendo o homem autorizado, pois já o é, desde sempre, a fazer tudo o que entenda necessário fazer para garantir sua segurança e autopreservação, mesmo que isto importe em acúmulo desmedido de poder e agressão aos outros homens (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

Assim mesmo, dizendo, em um estado unicamente natural, isto é, antes que os homens se envolvessem através de obrigações ou convenções, era justo cada qual fazer o que desejasse, e em oposição a quem considerasse admissível,

e por conseguinte desfrutar, usar e possuir tudo aquilo que pudesse ou quisesse possuir. (HOBBS, 2002 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 37).

De acordo com Hobbes (2008 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 39) no estado de natureza o homem podia realizar qualquer coisa de forma justa, podendo ele ser proprietário de tudo que existia, e daí deriva a insegurança coletiva e individual que integra a vida dos indivíduos. O direito de todos acaba se tornando inutilizável pois “os efeitos desse direito são os mesmos, quase, que se não houvesse direito algum”. É preciso estabelecer condições para que se alcance a paz pois esse estado de natureza colocou o homem em um estado de guerra generalizada. (HOBBS, 2002 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 39). Assim, como destaca Oliveira:

Logo, se o direito a todas as coisas significa, pragmaticamente, não se ter direito à coisa alguma, em face da insegurança e do medo generalizado, será racional que se busque uma opção que resolva tal situação. Essa solução será uma convenção, um acordo entre os indivíduos que possa pôr fim à “guerra de todos contra todos”, preservando os homens da morte violenta e fortalecendo a esperança de que se retire o homem da condição miserável em que está “por obra da simples natureza” (OLIVEIRA, 2009, p. 39).

O acordo se apresenta como a primeira dedução apresentada das leis de natureza racional (válidas para homens e para “todo homem”). No entanto, essas leis são ideias iniciais para outro silogismo que leva a dedução derradeira: o Estado como um ser necessário a cautela da vida. Por esse motivo, o Estado é uma utilidade natural. (OLIVEIRA, 2009, p. 40).

De tal maneira, afirma Rocha (2006, p. 28 – 29) que a constituição de um pacto onde os homens “dispensariam o direito natural de fazer tudo que está ao seu alcance para preservar a vida pela harmonia em sociedade, onde uma estrutura soberana teria a tutela de todos”. No estado natural o homem vivia na incerteza e sua vida era a extensão de força mental e física. Já em uma sociedade, algo posterior ao pacto, a liberdade dos homens seria limitada, mas eles encontrariam “na figura do soberano a garantia para preservação da vida” (ROCHA, 2006, p. 28-29).

Assim, o Estado possui a finalidade de proporcionar maior precisão de modelos de convivência entre os homens, dado que a guerra generalizada detém o progresso da própria humanidade. A visão hobbesiana da criação do Estado

expõe nitidamente a necessidade de o homem estruturar um corpo disciplinante, uma ordem para decretar punições aos infratores da ordem, afinal, um Estado Penal. (ROCHA, 2006, p. 29).

Os homens não concordaram meramente para desempossar das liberdades naturais, mas para que o funcionamento destas liberdades não os dirija a contenda. O direito de punir nasce a contar do desacato ao pacto, da possibilidade de luta, isto é, do afrontamento ao soberano poder, como salvaguarda Hobbes, ou a trepidação da lei estipulada pela sociedade civil, de acordo com Locke. (ROCHA, 2006, p. 31-32). À vista disso, exterioriza Rocha:

Essa questão é a base do estudo de Cesare Beccaria, que, na obra *Dos Delitos e das Penas* editada em 1763, analisa o direito penal, ou melhor o direito de punir de sua época. Beccaria critica a cruza das penas praticadas pelo Estado em nome de todos. [...] O direito de punir, portanto, funda-se na prerrogativa de abolir a incerteza particular do estado norteado exclusivamente pelas leis naturais, onde o desejo de preservação da vida ou propriedade pode levar ao conflito. O direito de punir se forma com a soma das liberdades naturais de cada indivíduo, que as transfere para uma instituição comum a todos (Rocha, 2006, p. 32).

As penas, para Beccaria, sucedem exclusivamente do Estado, do qual as penas que vão mais adiante da conveniência de conservar o “depósito da salvação pública” são indevidas por sua natureza, e tanto mais justas serão quanto mais invioláveis e sagradas for a seguridade e maior a autonomia que o soberano oportunizar aos dependentes. (ROCHA, 2006, p. 33).

Neste estágio, reconhece a primeira consciência de equilíbrio na aplicação penal. Consoante seus princípios, as penas necessitariam ser executadas de forma moderada e de feito a serem proporcionais a infração cometida. (SOUZA, 2018, p. 16). De acordo com Rocha (2006, p. 34) “o direito de punir está sujeito às vicissitudes do Estado, bem como de quem o controla. Por isso, a importância do estabelecimento de leis que não reflitam o desejo isolado do soberano, mas a vontade coletiva”.

Ainda para o autor “o respeito às leis provém da própria necessidade de preservar a vida”. (ROCHA, 2006, p. 34). Foram as leis que acabaram agrupando os homens que, no início, eram isolados e independentes. Mas as leis eram também sujeitas às injustiças como o próprio autor destaca:

As leis também estão sujeitas aos percalços da injustiça, pois, as mesmas leis que possibilitaram aos homens o convívio em sociedade, trouxeram-lhe muitos tormentos. O direito de punir concedido ao Estado foi usurpado por muitos reis e governantes que se aproveitavam das leis para punir por questões que ultrapassavam o limite do delito. Com isso a humanidade sofria o jugo da inexorável superstição, avareza e ambição de um reduzido número de homens poderosos, que enchiam de sangue humano os palácios dos senhores e os tronos dos reis (ROCHA, 2006, p. 34).

Consoante Beccaria, o qual salienta sobre a proporcionalidade que, se fosse exequível o cálculo matemático à hermética e sem fim concerto de atoa humanos, haveria uma proporção equivalente de penas, da maior para a menor, mas não se tornando possível. Basta ao legislador erudito apontar os instantes essenciais, sem importunar a ordem, não ordenando a delitos de primeiro grau penalidades de último. (BECCARIA, 2012 *apud* SOUZA, 2018, p. 16).

Além disso, Beccaria conferia definição de prevenção à pena. Concordava que a prisão independentemente de importar como punição, teria também de ser humanitária, tendo que proceder como uma ferramenta de ressocialização dos criminosos. Para Beccaria (2012 *apud* SOUZA, 2018, p. 16): “O fim, pois é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”. A aplicabilidade da pena passa a ser um processo burocrático, que procurava reeducar e corrigir. Agora, tinha como propósito a restauração do delincente. (SOUZA, 2018, p. 16).

Com base na concepção de Estado moderno de Locke e Hobbes, e das apreciações de Beccaria, arquitetam-se os fundamentos do direito de punir do Estado. Ao qual externa Rocha:

Na esteira dos pensadores modernos, já no século XIX, Max Weber aponta como principal característica do Estado o monopólio da violência. Apenas o Estado tem o direito de estabelecer punições. Assim, tanto a definição do Estado moderno como a do Estado contemporâneo, contemplam o direito de punir. Enfim, o direito de punir está adstrito ao Estado, que a despeito de como é conduzido, seja por soberano ou por estrutura coletiva, situa-se numa posição onipotente perante a sociedade, no qual lhe incumbe fazer e impor leis, às quais terão que ser obedecidas por todos os indivíduos (ROCHA, 2006, p. 35).

O Estado, sendo a entidade singular fadada de poder soberano, é o principal do direito de punir. Mesmo na ocasião de ação penal tão somente privada, apenas o Estado incumbe ao ofendido a genuinidade para dar a introdução aos processos, ou seja, lhe concede o *jus persequendi in judicio*, preservando em sua companhia o monopólio do *jus puniendi*. (CAPEZ, 2012 *apud* ROZEIRA, 2018, s.p.).Consoante Beccaria:

Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 2009 *apud* Batista, 2015, s.p.).

Consoante Frederico Marques (s.d. *apud* MOREIRA, 2005, s.p.) o direito de punir é: “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável”.De acordo com Lopes Junior:

Aqui a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, pois o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados (LOPES JUNIOR, 2012 *apud* ROZEIRA, 2018, s.p.).

Destarte o Estado passou a deter o monopólio do poder de punir, o *jus puniende* estatal pode atuar como iminência de poder público qualificado a solucionar o conflito criminal de meio igualitário, eficaz, formalizado, previsível, racional e institucional, com fundamentado respeito às garantias individuais. Esse debate encaminha a raciocinar os firmamentos sucessivos e ideológicos, delineando um Estado absoluto, intervencionista e liberal. (OLIVEIRA, 2017, s.p.).

2 A PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Idade Moderna presenciou uma mudança fundamental em assunto de Direito Penal. Diante do império dos Estados Absolutistas, o Direito Penal consistia em se caracterizar pela disseminação do terror, contudo, com o decorrer dos tempos, transformou-se mais humanizado, transformando-se para sua presente feição. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 100).

O Estado de Direito, na extensão de um governo submisso às leis, está vinculado ao primórdio do Constitucionalismo do século XVIII, como fruto da Revolução Francesa e do Iluminismo. Até este momento, o império das leis concebia uma ferramenta de domínio do Rei com os súditos, na dimensão em que defendia apenas os interesses da monarquia. (PRACIANO 2007, p. 42). No âmbito penal, este Estado de Direito, como resignação às normas, resultou na materialização do princípio da legalidade, no espírito de que as infrações e as penas deveriam ser compulsórias apenas por meio de lei, resultando desta forma, na máxima “*nulum crime e nullapoenae, sine previa lege*”, desenvolvido em 1813 pelo penalista Feuerbach. (PRACIANO 2007, p. 42).

A aspiração contratualista se direcionava ao exílio do terrorismo punitivo, posto que cada indivíduo tinha abdicado a uma porcentagem da liberdade para conferir ao Estado o cargo de punir, nos moldes da defesa social necessária. A penalidade possui um perfil de utilidade, voltada a precaver delitos e não apenas punir. (NUCCI, 2020, p. 86).

Na idade contemporânea, alcançaram novos triunfos na forma de punir. A datar de então, a comunidade teria de se deparar com uma maneira mais humana e justa de penalizar os culpados pelos delitos cometidos. Com o desfecho do absolutismo, a sanção não era uma reafirmação do poderio do rei, mas sim uma represália em nome da comunidade (CORSI, 2016, s.p.).

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se com integrante principal para o entendimento das comunidades contemporâneas, em exclusivo, por afirmar um grupo de direitos fundamentais, junto dos quais se depara a segurança, a igualdade, a liberdade e a vida. Para isto, o Estado deve proteger o bem-estar geral para que se proporcione a materialização da vontade dos possuidores reais de sua soberania – o povo. (HEDLUND, SILVA, 2011, p. 2).

Entre este molde de Estado, não se pode esquecer de aludir que, sendo este responsável pela custódia de direitos subjetivos e tendo a responsabilidade de guardar esses direitos por meio de ferramentas eficazes, a infração acabou se tornando um ato de violação de um direito subjetivo alusivo ao Estado e ao cidadão. As punições, por sua vez, estiveram contempladas dentro da legalidade e introduziram o processo de humanização, além de procurarem proporcionalidade diante do delito. (PRACIANO, 2007, p. 42).

A Constituição Federal Brasileira carrega, já em seu primeiro artigo, as características essenciais do Estado brasileiro contemporâneo: ser de direito e democrático. A relação de compromisso fixado entre o Estado contemporâneo brasileiro e o respeito da Constituição e seu respectivo cumprimento, considerando ainda o interesse do povo, torna o Estado Constitucional. (MARIZ, GUIMARÃES, 2016, p. 165).

Nesse sentido, desde seu surgimento, conforme já explanado no capítulo anterior, a pena e sua finalidade foram se transformando de acordo com a necessidade e com as mudanças da sociedade. A desproporcionalidade e a crueldade presente nas penas, aos poucos, foram cedendo espaço para um Direito Penal mais humanitário que, nos dias atuais, considera todos os indivíduos como portadores de dignidade e respeito. (CAVALCANTE, 2007, s.p.).

O presente capítulo trará a concepção de pena e a evolução de suas finalidades dentro do ordenamento jurídico pátrio. Traçou-se uma breve síntese do Direito Penal e da pena desde o Brasil Império até chegar a concepção que se tem hoje. Ainda para o autor, o caráter retributivo, preventivo e reinsersor da pena são aspectos importantíssimos levados em consideração quando o Estado tem que exercer seu *lus Puniende*. (CAVALCANTE, 2007, s.p.).

Ao praticar infrações típicas, o Direito Penal é invocado com o objetivo de garantir a harmonia do ordenamento e a proteção dos indivíduos em sociedade. Para tanto, entender a concepção de pena hoje dentro do ordenamento jurídico brasileiro é indispensável para que se possa materializar os princípios constitucionais que recaem sobre o assunto. (CAVALCANTE, 2007, s.p.).

2.1 A CONCEPÇÃO DE PENA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Idade Moderna acabou com toda a representação do Poder decorrido na Antiguidade e no tempo medieval, conduzindo a um novo padrão de organização cujas características, até hoje, suportam as ordenações dos Estados democráticos. Com a fundação do Estado moderno, manifestou-se a titularidade do direito de punir do Estado, dado que, como ente jurídico e político, invocou para si o direito de preservar a comunidade, castigando aqueles que infringissem suas leis. (PRACIANO, 2007, p. 14).

No entanto, a justiça penal, ou melhor, a ordenação judiciária não conhecia as garantias individuais que na atualidade circundam os sistemas jurídicos democráticos. Nem ao menos o princípio fundamental “não há crime e pena sem lei anterior que os defina” encontrava-se fertilizado no espírito dos legisladores daquele tempo. (PRACIANO, 2007, p. 14). Antes da descoberta do Brasil, durante o tempo em que se submetia a primitiva civilização, acolhia-se a vingança privada, sem regularidade nas atuações penais. Noticiam os historiadores que os silvícolas não ignoraram a norma do talião e que, ainda empiricamente, sem alguma fonte teórica, se depararam com a expulsão e a composição da tribo. No alusivo, as maneiras punitivas preponderavam as punições corporais, estando assim sem a utilização da tortura. (MASSON, 2020, p. 96).

Assim sendo, não existia uma organização jurídico-social autêntica, mas apenas normas consuetudinárias (tabus), habituais ao convívio social mínimo, propagadas quase que na maioria das vezes comandadas pelo misticismo e de maneira verbal. A datar de 1.500, a partir da descoberta do Brasil, vigorou então o Direito Lusitano. (MASSON, 2020, p. 96).

No momento da descoberta, os portugueses se depararam com a terra povoada pelos índios, os quais não tinham um direito penal elaborado e nem mesmo civilizado, pondo penas aleatórias, influenciadas na vingança privada, além de se instituir, habitualmente, algumas maneiras de composição. Diversas penalidades eram desumanas, utilizando-se do banimento, morte e tortura. Sem obstáculos, se estabeleceu a legislação portuguesa, interpretada nas Ordenações do Reino. (NUCCI, 2020, p. 92).

Dessa forma, nas regiões brasileiras, nos primórdios da colonização prevaleciam as Ordenações Afonsinas, o mesmo comando jurídico corrente em Portugal. De índole religiosa, tal ordenação sofreu muita influência do direito romano. (NUCCI, 2020, p. 92). As Ordenações Afonsinas possuíam como algumas de suas características significativas a crueldade das punições, a ausência de princípios sagrados como o da ampla defesa e o da legalidade, prevalecendo a arbitrariedade dos magistrados no momento do estabelecimento da pena. O cárcere possui característica preventiva. Estabelecia-se o delinquente preso para evadir sua evasão até ser julgado, ou para submetê-lo ao pagamento da pena pecuniária. (MASSON, 2020, p. 69).

No ano de 1514, as Ordenações Afonsinas cederam espaço para as Ordenações Manuelinas, acondicionando a sustentação das precursoras, não estabelecendo a quantidade ou tipo da sanção, ato que se tornou facultativo ao juiz. (CUNHA, 2016, p. 50). Essas ordenações não eram muito diferentes da anterior. As penas eram extremamente cruéis correspondendo ainda a fase de vingança pública. (MASSON, 2020, p. 69).

A compilação cedeu espaço às Ordenações Filipinas, prevalecendo por mais de duzentos anos. O Código Filipino baseava-se nos princípios das ordenações anteriores, o Direito era emaranhado com a religião e a moral, condenando-se com rigor os benzedores, feiticeiros, apóstatas e hereges. As sanções eram desumanas e cruéis, tendo como fim indispensável despejar o medo pelo castigo. (CUNHA, 2016, p. 50). As Ordenações Filipinas conceberam espécie típica de legislação penal com intuito vingativo, de suplício e expiação do réu pela transgressão ao poder no Monarca e, em decorrência, à específica Divindade.

Neste cenário, concebeu-se diploma de horror, com integral desmedida entre a sanção e a conduta, penas cruéis e difamantes, além da dilatação dos resultados aos descendentes do réu. (SANTORO FILHO, 2017, s.p.). De acordo com Estefam e Gonçalves:

As Ordenações eram ainda o reflexo da legislação penal arcaica, a qual se valia em larguíssima escala de castigos cruéis ("Direito Penal do Terror"). Nesse contexto, a morte era a pena mais comum entre as sanções e, ao seu lado, as penas de caráter corporal (açoite, mutilação etc.). O Código Filipino, por exemplo, prescrevia quatro espécies de pena capital: morte natural

cruelmente (“com todo o cortejo das antigas execuções, o que dependia da ferocidade do executor, e capricho dos Juizes, que neste ou em outros casos tinham arbítrio”); morte natural de fogo (“a queima do réu vivo, mas por costume e prática antiga primeiramente se dava garrote aos réus, antes de serem lançados às chamas”); morte natural (“expiava o crime, sendo enforcado no Pelourinho, seu cadáver era levado pela confraria da Misericórdia, e no cemitério sepultado”); e morte natural para sempre (“o padecente ia à forca da cidade, onde morria, e ficava pendente até cair podre sobre o solo do patíbulo, insepulto, despindo-se seus ossos da carne, que os vestia: ali se conservavam até a tarde do 1º de novembro, e conduzidos pela Confraria da Misericórdia em suas tumbas, para a Igreja, e no dia seguinte os soterravam”). (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 101).

Com a instituição destas duas disposições, Código Criminal do Império e Constituição, Código Penal deu claros sinais do progresso em face da humanização. (MASSON, 2020, p. 70). Depois da outorga da Constituição de 1824 e a Proclamação da Independência, foi engendrado o Código Criminal do Império, incrementando um direito penal humanitário e protetivo. (CUNHA, 2016, p. 50). Segundo Nucci:

Somente com a edição do Código Criminal do Império (1830), advindo do projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, conseguiu-se uma legislação penal mais humanizada e sistematizada. Constituiu-se um avanço notável, criando institutos (como, por exemplo, o dia-multa) até hoje utilizados pelo direito brasileiro e também por legislação estrangeira. (NUCCI, 2020, p. 93).

O Código Criminal foi decretado no momento em que o Brasil ainda era principiante no molde de nação. A construção de uma legislação criminal nova era iminente, sobretudo por representar um rompimento com a dominação colonial. Além do mais, fazia-se constatar a carência de adequar o Direito aos conceitos da Idade das Luzes e às novas doutrinas que no momento se constituíam. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 105). Segundo Masson:

Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso alguma confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grão, que seja. Foi a prima manifestação do princípio da personalidade da pena no Brasil. Apesar disso, eram transmitidas as penas de morte na forca, de galês, de trabalhos forçados, de banimento, de grado e desterro. (MASSON, 2020, p. 70).

Consoante Santoro Filho,

O Código Criminal de 1830, o primeiro do Brasil independente, representou uma profunda modernização do direito penal nacional. Com o novo diploma foram abolidas as penas cruéis e a arbitrariedade do julgador, conferindo-se maior segurança jurídica aos cidadãos. [...] Instituiu o Código Criminal do Império, mediante o seu artigo 33, o princípio da *legalidade* das penas, ao dispor que: “Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquellas que estiverem decretadas para punir o crime no gráo máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir o arbítrio” (SANTORO FILHO, 2017, s.p.).

É correto afirmar que essa revogação não foi integral, já que, em associação aos escravos, o Código Criminal de 1830 ainda preservou o prognóstico e aplicação da sanção de açoitamento, em seu art. 60. Esta ressalva, no entanto, não danificou o espírito liberal do novo Código, pois os escravos, até a abolição, não eram vistos como cidadãos nem sequer sujeitos plenos de direitos. (SANTORO FILHO, 2017, s.p.). De acordo com Estefam e Gonçalves:

Com a Proclamação da República, em 1889, fez-se necessária uma reformulação em nosso direito positivo. Lamentavelmente, contudo, inverteu-se a ordem natural da reforma normativa, que teve início com o Código Penal, promulgado em 1890, sobrevivendo a reforma constitucional somente no ano seguinte. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 108).

Ao reforçar esse argumento, Cunha (2016) afirma que, posteriormente à Proclamação da República, no ano de 1890, aprovou-se o Código Criminal da República. Contrapondo-se às continências exigidas pela Constituição de 1891 (proibição da pena de morte e prisão de caráter perpétuo), o Código Republicano permitia as penas de suspensão de direitos, instalando o regime penitenciário de caráter correcional, de banimento (de natureza temporária, evitando sanção de caráter perpétuo) e de prisão. (CUNHA, 2016, p. 50). Consoante Masson:

Esse Código, criado as pressas, desapontou pelas suas inúmeras falhas. Ignorou os avanços e tendências mundiais que se faziam sentir em razão do positivismo, bem como os exemplos de códigos estrangeiros, notadamente o Código Zanardelli. Seus equívocos e deficiências acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos. Era enorme a quantidade de leis extravagantes que,

finalmente, se concentraram na *Consolidação das Leis Penais*, de Vicente Piragibe, promulgada em 1932. (MASSON, 2020, p. 71).

Ao contribuir para este fundamento, à frente do surgimento de diversas leis extravagantes e modificadoras, manifesta-se a imprescindibilidade de copilar as normas penais, incumbência assumida pelo Desembargador Vicente Piragibe, o que ocasionou, no ano de 1932, na Consolidação das Leis Penais chamada também de Consolidação de Piragibe (CUNHA, 2016, p. 50). Para Estefam e Gonçalves:

A Consolidação das Leis Penais, elaborada pelo desembargador Vicente Piragibe, representou uma compilação do texto do Código Penal de 1890 com todas as suas alterações posteriores. Não se cuida, portanto, de uma nova legislação penal, muito embora seja referência obrigatória, dada a importância do trabalho de Piragibe. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 109).

A movimentação de reparo, todavia, conservaram-se ativas e com a fundação do Estado-Novo no ano de 1937, o novo Governo acudiu o recomeço dos estudos que resultaram na edição do Decreto-Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. (SANTORO FILHO, 2017, s.p.). Por fim, no ano de 1942, encontra-se em vigor o Código Penal, que se conserva como o conjunto essencial de leis penais e que obteve sua parte geral reestruturada pela Lei nº 7.209/84. (CUNHA, 2016, p. 50). Contrariamente do Código Penal de 1890, o de 1940 foi muito bem auferido pela doutrina pátria e simbolizou o avançamento técnico eloquente na dogmática penal brasileira. (SANTORO FILHO, 2017, s.p.). De acordo com Nucci:

Houve uma tentativa de modificação integral do atual Código em 1969, quando os militares, então no poder, editaram o Decreto-lei 1.004/69 que, no entanto, permaneceu em *vacatio legis* por cerca de nove anos, revogado que foi definitivamente pela Lei 6.578/78. Posteriormente, editou-se a Lei 7.209/84, promovendo extensa reforma na Parte Geral do Código atual, embora sem modificá-la por completo. (NUCCI, 2020, p. 93).

É notório, à frente do que foi abordado até o presente instante, sobre a história do Direito Penal, que as sistemáticas de sanções progrediram de maneira a se tornar, tanto quanto capazes, mais humanas à aplicação da lei penal, evitando que os agentes fossem submetidos a sanções que excedessem os

efetivos desígnios da pena. (CUNHA, 2016, p. 50). Isso não quer dizer que, os ordenamentos jurídicos modernos encontrem-se protegidos à influência das disposições que os antecederam; de maneira oposta, monótona e acertadamente, absorvem suposições acordadas há tempos, ainda capazes de colaborar para que o Direito cumpra sua incumbência fundamental de conservar a norma na comunidade. (CUNHA, 2016, p. 50).

2.2 A TRÍPLICE FUNÇÃO DA PENA: RETRIBUTIVA, RESSOCIALIZADORA E REINserÇÃO SOCIAL

Sanção penal é a resolução do Estado, no emprego do *ius puniendi* e depois do cabido processo legal, ao titular da conduta de uma contravenção penal ou crime. Reparte-se em duas categorias, medidas de segurança e penas. (MASSON, 2020, p. 459). A pena é um tipo de sanção penal, ou seja, retorno estatal ao transgressor da lei incriminadora (contravenção ou crime), se traduz na restrição ou privação de estipulados bens jurídicos do sujeito. Sua exigência necessita do devido processo legal, por meio do qual se comprova a materialidade e autoria de uma conduta culpável, antijurídica e típica não alcançando por uma causa extintiva de punibilidade. (CUNHA, 2016, p. 395). Consoante Batista:

A pena é um meio utilizado para punir aqueles que, praticando determinada conduta, violam uma norma a ele imposta. A pena é a consequência dessa violação normativa. [...] A primeira pena aplicada na história da humanidade constituiu na expulsão de Adão e Eva do paraíso, sanção aplicada por Deus em decorrência do descumprimento de uma norma instituída por ele mesmo. [...] depois da primeira condenação aplicada por Deus, o homem, a partir do momento em que passou a viver em comunidade, também adotou o sistema de aplicação de penas toda vez que as regras da sociedade na qual estava inserido eram violadas (BATISTA, 2017, s.p.).

Conforme salienta Guilherme de Souza Nucci (2016 *apud* BATISTA, 2017, s.p.), a pena é uma utilidade social de conservação, é um mal fundamental, uma punição retratada a retribuição do exercício do crime, procurando a precaução de novos delitos, seja por outras pessoas ou pelo próprio culpado. O intuito da penalidade, sem dúvidas, é um dos pontos mais questionáveis no ramo do

Direito Penal. (BATISTA, 2017, s.p.). Sabe-se que a coabitação equilibrada dos sujeitos de um corpo social necessita do poder estatal punitivo.

Trata-se, conseqüentemente, de controle social que não pode ser renunciado (CUNHA, 2016, p. 395). Com o passar do tempo, a pena e sua evolução tentaram ser explicadas por diversas teorias, que acabavam tentando esclarecer ou somente compreender a serventia da pena perante as condutas sociais de cada época e da ordenação do Estado, bem como suas características e finalidades (MORAES, 2013, s.p.).

No decurso dos tempos, o Direito Penal tem concedido resultados distintos ao questionamento de como resolver o obstáculo que é a criminalidade. Estas resoluções são denominadas “Teorias da Pena”, ou seja, pontos de vistas científicos a respeito da pena, principal forma de reação ao delito. Principais reações dos delitos pois subsistem outras maneiras de resposta social à criminalidade. (NERY, 2012, s.p.). Ademais, consoante Dias:

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia feral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a *questão do destino* do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu *paradigma*. (DIAS, 2001 *apud* MASSON, 2020, p. 462).

Dentre as teorias oficiais que fundamentam a resposta à criminalidade, tem-se, de um lado, as teorias absolutas, conectadas fundamentalmente às doutrinas da expiação ou da retribuição; as teorias relativas, de outro lado, que investigam em duas equipes de doutrinas (as doutrinas da prevenção individual ou especial e as doutrinas da prevenção geral). E, por último, as teorias unificadoras ou mistas. (NERY, 2012, s.p.).

A teoria absoluta possui a finalidade retribucionista, ou seja, “retribuir ao condenado o mal por ele causado”. (GOMES, 2000 *apud* MORAES, 2013, s.p.). De acordo com Masson:

É chamada de absoluta porque esgota-se em si mesmo, ou seja, a pena independente de qualquer finalidade prática, não se vincula a nenhum fim, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como a retribuição à prática do ilícito penal. Em outras palavras, a pena funciona meramente como um castigo, assumindo nítido caráter expiatório. (MASSON, 2020, p. 463).

A teoria retributiva acredita que a punição se encerra na concepção de clara retribuição, tendo como finalidade o proceder punitivo, isto é, réplica ao mal constitutivo da transgressão com outro mal que se institui ao agente da infração (NERY, 2012, s.p.). Para essa teoria, a sanção alcança sua causa na inevitabilidade metafísica de efetuar a justiça, esta que se instituiria por meio da retribuição do mal provocado pela infração com o mal provocado ao autor pela pena. Crime e pena se invalidariam reciprocamente. Por isso, a sanção deveria ter a mesma dimensão que o delito. (SILVA, 2008, p. 104).

Aqui a sanção tem por finalidade efetuar a justiça e apenas isto (BITTENCOURT, 2000 *apud* MORAES, 2013, s.p.). Assim sendo, a sanção seria a estipulação de um mal preciso perante suas ações negativas que deterioravam o corpo social e a integridade do Estado (MORAES, 2013, s.p.). Nesse sentido, para aqueles que defendem essa teoria, a função da pena é apenas retribuir “com um mal justo, que seria a pena, um mal injusto” realizado pelo condenado. Dessa forma, a pena funciona como uma ferramenta de “vingança do Estado” para castigá-lo já que não se tem outra finalidade. (BATISTA, 2017, s.p.). No mesmo sentido, para Roxin:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. [...] A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (ROXIN, 2015, *apud* BATISTA, 2017, s.p.).

Esta dimensão é uma doutrina claramente social-negativa que termina por se mostrar inimiga e estranha às investidas de socialização do delinquente e de

reparação da paz jurídica no corpo social impactado pela infração. Em síntese, opositor de qualquer que seja a atuação preventiva e, desta forma, da pretensão de domínio e controle da ocorrência da criminalidade. (NERY, 2012, s.p.).

Em oposição à teoria acima exposta acima, para a teoria relativa ou utilitária, o encargo principal da pena é, conforme suas diversificadas matizes, precaver o exercício de crimes, seja pela ressocialização do culpado ou pela intimidação de possíveis infratores. A intimidação seria através da coação psicológica praticada por meio da ameaça da pena (SILVA, 2008, p. 104). Para esta variante, o objetivo da pena se traduz em prevenir, ou seja, impossibilitar a conduta de novas violações penais (*punitur ne peccetur*). É importante a imposição da punição ao culpado. (MASSON, 2020, p. 463). Para Nery:

As teorias preventivas da pena são aquelas teorias que atribuem à pena a capacidade e a missão de evitar que no futuro se cometam delitos. Podem subdividir-se em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral. [...] As teorias preventivas também reconhecem que, segundo sua essência, a pena se traduz num mal para quem a sofre. Mas, como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo. Para como tal se justificar, a pena tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a prevenção ou a profilaxia criminal (NERY, 2012, s.p.).

Conforme exposto acima, essa teoria possui um duplo aspecto: Prevenção Geral e Especial. A prevenção geral estava voltada ao controle da violência, buscando evitá-la ou diminuí-la. (MASSON, 2020, p. 463). De acordo com Nery:

A teoria preventiva geral está direcionada à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena, e sua imposição e execução, por um lado, sirva para intimidar aos delinquentes potenciais (concepção estrita a negativa da prevenção geral), e, por outro lado, sirva para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito (concepção ampla ou positiva da prevenção geral) (NERY, 2012, s.p.).

A prevenção geral está vinculada à gestão da violência, procurando reduzi-la e tendo como âmbito a coletividade. Reparte-se em prevenção geral positiva e prevenção geral negativa (BATISTA, 2017, s.p.). Sendo que a prevenção geral negativa, historicamente, foi a primeira a ser vista (MORAES, 2013, s.p.). Para Batista:

O caráter de prevenção geral negativo tem a função de criar um contraestímulo, suficientemente forte, de modo que possa influenciar os potenciais criminosos a não praticarem o crime. Busca, com a aplicação da pena, intimidar a sociedade, reafirmando que se praticarem algum ilícito penal a pena será inevitavelmente aplicada, demonstrando dessa forma que o crime não compensa. (BATISTA, 2017, s.p.).

Tal aspecto foi idealizado por Anselm Feuerbach, em sua teoria de coação psicológica, em que se busca demonstrar os membros da coletividade que o “crime não compensa”. (MASSON, 2020, p. 463). Ao falar, agora, da prevenção geral positiva, esta busca garantir a existência, eficácia e validade de uma lei penal em vigência. A pena possui o dever de apresentar a inviolabilidade do Direito e reforçar a “confiança da sociedade no poder do Estado de punir quem seja que praticou o crime”. (BATISTA, 2017, s.p.). Consoante a Masson:

Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal. O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral – que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada – está em vigor. Em suma, o aspecto positivo da prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do Direito diante da comunidade jurídica e reforçar a confiança jurídica e reforçar a confiança jurídica do povo. (MASSON, 2020, p. 464).

Já a natureza especial da teoria da prevenção está voltada ao sujeito do condenado. Da mesma forma, reparte-se em positiva e negativa. A prevenção especial negativa é, de igual forma, apontada para a intimidação, contudo não da coletividade, mas apenas do condenado para que ele não torne a descumprir/ofender a lei penal (MASSON, 2020, p. 464). Procura-se, com o emprego da pena, inibir o condenado de uma maneira que este não volte a infringir, impedindo a reincidência do condenado. (BATISTA, 2017, s.p.)

Já a prevenção especial positiva, seria uma proveniência que se atenta com a ressocialização do infrator, para que, posteriormente ao cumprimento da penalidade, seja apto a retornar à convivência em coletividade e respeitar as normas impostas a todos. A sanção só é legítima no momento em que estiver apta a ressocializar o infrator, possibilitando sua convivência com o corpo social.

(BATISTA, 2017, s.p.). A prevenção especial positiva tem por escopo procurar a melhoria do transgressor, pois está assentido que a criminalidade corrompe o seu sujeito, transformando-o gradualmente a ser mais submisso da infração (MORAES, 2013, s.p.).

No que se referem-se às teorias unificadoras ou mistas, estas ajustam um conceito único que tem como base as teorias anteriormente externadas. (SILVA, 2008, p. 105). As teorias mistas objetivam reunir em um único entendimento os desfechos da pena. Essa teoria mista ou unificadora busca guardar as características mais acentuadas das teorias relativa e absoluta (NERY, 2012, s.p.). Para essa teoria mista ou qualificadora, a pena deve castigar o condenado e evitar a prática de um novo crime, conforme explica o autor:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial. (MASSON, 2020, p. 465).

O Código Penal brasileiro não foi claro em dizer qual das teorias adotou, mas compreende-se que a teoria adotada foi a mista, pois o art. 59, *caput*, ao dispor que a pena será estabelecida “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. (BRASIL, 1940, s.p.). O Código penal ainda aponta em diversos outros dispositivos que evidenciam a opção pela teoria unificadora pois o art. 121, §5º e art. 129, §8º dão a possibilidade do perdão judicial pois as consequências da infração por si só acabaram proporcionando uma certa “retribuição” ao infrator. (MASSON, 2020, p. 465).

Importante dizer que cada uma dessas etapas ocorre em um momento específico, próprio. Sobre o assunto, Cunha explica:

Quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal (pena em abstrato), revela-se o seu caráter preventivo geral. Ao estabelecer os parâmetros mínimo e máximo da pena, afirma-se a validade da norma desafiada pela prática criminosa (prevenção geral positiva) buscando inibir o cidadão de delinquir (prevenção geral negativa).[...]. Praticado o crime, no momento da sentença (aplicação da pena), o Magistrado deve observar outras duas finalidades: a retributiva e a preventiva especial. (CUNHA, 2016, p. 396-398).

Enfim, na fase de consumação penal realiza-se a prevenção especial e retribuição, obtendo destaque a prevenção especial positiva (ressocialização). A característica de reeducação encarrega-se de máxima relevância como pode ser destacado no art. 1º da Lei de Execução Penal que estampa “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (BRASIL, 1984, s.p.).

Existe ainda a teoria negativa ou também chamada de agnóstica, ela desacredita nas finalidades da pena e no poder punitivo do ente estatal. Tal teoria sustenta que a função da pena, única e efetivamente, seria neutralizar o condenado, em especial no momento que a prisão provoca o afastamento dele da sociedade. (MASSON, 2020, p. 466).

2.3OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES SOBRE AS PENAS

O Direito Penal Brasileiro, é conduzido por um agrupamento de leis, onde há entre elas uma vinculação de compatibilidade vertical, melhor dizendo, uma ordem entre as normas. Nesta ordenação jurídica é possível acentuar a Constituição Federal que leva consigo vários princípios de extrema importância e envergadura para o Direito Penal. (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p. 2). Segundo Nucci:

Etimologicamente, princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação. No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (NUCCI, 2020, p. 96).

Consoante Mello,

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia

sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2002 *apud* MASSON, 2020, p. 19).

Existem princípios expressamente antevistos em lei, durante o tempo em que outros se encontram implícitos no sistema normativo. Há, ainda, aqueles se que encontram enumerados na Constituição, intitulados de princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos, cuidando de orientação para a formação legislativa ordinária, agindo como garantias imediatas e diretas aos indivíduos, assim como operando como métodos de integração e interpretação do texto constitucional. (NUCCI, 2020, p. 96-97). Segundo Paci:

Em um Estado Constitucional de Direito, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal (PACI, 2014, s.p.).

A Constituição de 1988 é preciosa em princípios e normas de âmbito penal, ocorrência causadora da fundamental análise desta esfera do ordenamento jurídico (FAVORETTO, 2011, p. 68). Para Cretella Júnior (1986 *apud* SOUZA; DIAS, 2018, p. 12) princípio é presunção, conjectura de uma organização, que lhe assegura a validade, validando-o. Os princípios constitucionais são ferramentas orientadoras da política criminal e operam de maneira a afastar os arbítrios do Estado. Nestas condições, objetivam assegurar valores constitucionais, como: democracia, liberdade, vida, e diversos outros (SOARES NETO, 2017, s.p.).

Em suma, os princípios constitucionais são regras gerais inclusas na Constituição Federal, que prestam de suporte para todo o Sistema Jurídico Brasileiro (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p. 3). Atualmente, procura-se, indispensavelmente, uma sanção em analogia com a Norma Mãe de um Estado Democrático de Direito e mais humanizada, ou melhor, que a sanção deve estar traçada sempre em princípios humanizados e informadores do direito de cada indivíduo. (PACI, 2014, s.p.).

A Constituição Federal em seus artigos, regulou categoricamente a observação de determinados princípios para execução e aplicação da pena, disposto a preservar e garantir a dignidade da pessoa e a impossibilidade de modificar a sanção em uma desforra social (PACI, 2014, s.p.). Alcançar um princípio constitucional retrata desacato a todo o sistema de coordenações, não se procedendo de ofensas a uma norma específica, já que o conteúdo dos princípios se emite por todos os arranjos legais (FAVORETTO, 2011, p. 69).

Além disso, não é possível realizar a abordagem dos princípios penais constitucionais na conjuntura do Estado Democrático de Direito sem antes ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana (FAVORETTO, 2011, p. 69). De acordo com Favoretto:

Previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, CF/88), o presente ditame pode ser apontado como o princípio fundamental da Constituição Federal vigente, do qual decorrem todos os demais princípios constitucionais penais. Não se trata de princípio específico penal, mas de postulado fundamental que orienta todo o ordenamento jurídico-positivo. [...] O direito penal, como já mencionado, é o ramo do ordenamento jurídico que tem aptidão para impor as mais árduas sanções, tendo em vista que trabalha diretamente com a liberdade do Ser Humano. Justamente por essa característica, a dignidade humana deve ser interpretada como principal vetor da atuação punitiva do Estado, o qual se vê limitado por tal princípio superior e, conseqüentemente, pelos demais princípios constitucionais que dele constituem decorrência lógica. [...]. Difícil é a missão de conceituar dignidade humana. O próprio alcance do princípio torna complexa sua delimitação (FAVORETTO, 2011, p. 70).

Tem-se por dignidade da pessoa humana o atributo distintivo e intrínseco assumido em cada ser humano que o faz benemérito da equivalente consideração e respeito por parte da comunidade e do Estado. Acarreta, nesta perspectiva, um complexo de deveres e direitos fundamentais que protegem o indivíduo tanto contra toda e qualquer ação de caráter desumano e degradante, como venham a lhe assegurar as circunstâncias mínimas existenciais para uma vida salubre, além de promover e conceder sua atuação corresponsável e ativa nas direções da própria existência e da vida em uniformidade com os demais sujeitos. (SARLET, 2009, *apud* FAVORETTO, 2011, p. 70). De acordo com Nucci:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. (NUCCI, 2020, p. 97).

Assim sendo, o Relator Min. Marco Aurélio externou:

CUSTODIADO - INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - SISTEMA PENITENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA - VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - VERBAS - CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

(STF - MC ADPF: 347 DF - DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-031 19-02-2016) (BRASIL, 2015, s.p.).

Segundo Silva e Casagrande:

O princípio da legalidade descrito no Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e Artigo 1º do Código Penal determinam que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Isto é, uma pessoa só pode ser punida por uma conduta se esta já estiver prevista em lei. O princípio da legalidade é base do Direito Penal, e constitui-se ainda, amparo às liberdades individuais, ademais os crimes e penas não podem ser criados por medida provisória nem mesmo por meio de lei delegada, com efeito a trazer ao direito maior segurança jurídica. A lei penal deve ser clara, exata e precisa, só existindo crime se houver um fato lesivo a um bem jurídico (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p. 4).

O princípio da reserva legal dispõe de três motivos, sendo um de índole democrática, um de cunho político e um de natureza jurídica. A taxatividade é o fundamento jurídico, determinação ou certeza, porque acarreta, por meio do legislador, a definição exata, mesmo que mínima, do conteúdo da sanção penal e do tipo penal a ser empregada, assim como, por meio do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, até mesmo na avaliação de benefícios legais. (MASSON, 2020, p. 21).

Contudo, a proteção do ser humano do ser humano a respeito do julgamento do Estado na prática de seu poderio punitivo é o fundamento político. Condiz-se, isto posto, por meio dos direitos fundamentais de 1ª dimensão (ou geração). Contudo, o fundamento democrático externo a aceitação por parte do povo, simbolizada pelo Congresso Nacional, da escolha legislativa no meio criminal, de fato, os parlamentares, escolhidos pelos indivíduos brasileiros, preparam a legislação penal. Todavia, no mínimo em tese, são os cidadãos quem escolhem as penas e os crimes que devem militar no Brasil. (MASSON, 2020, p. 21). Para Paci:

A Constituição Brasileira arrola sanções vedadas a priori conferindo assim contorno ainda mais seguro a humanidade das penas: o artigo 5º, XLVII, da CF, proíbe a pena de morte (salvo nos casos de guerra declarada), bem como as penas perpétuas de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Mais, ainda, quando arrola a dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º, III), vincula toda nossa legislação com os valores do humanismo, tornando inconstitucional qualquer solução de conflitos que destoe de tal preceito. [...]. Enfim, o condenado não perde, com a pena, sua condição humana (PACI, 2014, s.p.).

O princípio da humanidade forma-se em zelar pelo réu como uma pessoa humana, sendo afamado pela Constituição da República, em diversos preceitos,

com relevo ao art. 5º, inciso XLIX, o qual trata que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (GOMES; COIMBRA, 2020, s.p.). Desta maneira, é importante mencionar a respeito do princípio, sendo este um princípio básico é consideravelmente singular para o Direito Penal, eventualmente para a pena. (GOMES; COIMBRA, 2020, s.p.).

Para Avena (2017 *apud* SOUZA; DIAS, 2018, p. 12), o princípio da humanidade “determina a prevalência dos direitos humanos, razão pela qual se proíbem penas insensíveis e dolorosas”. O princípio da personalidade, também chamado de princípio da intranscendência da pena, tem relevante importância no arranjo jurídico brasileiro.

O princípio da humanidade se encontra apertadamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que vê neste seu fundamento avultado finalístico. Este princípio deve guiar todo ato estatal visado a pessoa do condenado e não apenas no cumprimento efetivo da pena e na feitura da lei, assim como no emprego da sanção administrativa e no resgate do réu como indivíduo humano. (GOMES; COIMBRA, 2020, s.p.). Gomes e Coimbra, ainda, ressaltam:

Com a concreção desse princípio, esculpido na Constituição da República, o condenado, que se encontra privado de sua liberdade, tem “[...] um status jurídico particular; é um sujeito titular de direitos fundamentais, ainda que com certas limitações derivadas de sua situação de reclusão”.(GOMES, COIMBRA, 2020, s.p.).

Consoante Nucci:

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. (NUCCI, 2020, p. 99).

Antevisto no art. 5º, inciso XLV, da CF que dispõe: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser [...] estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. (BRASIL, 1988).

Enuncia-se que a medida de segurança e a pena não devem ir adiante da pessoa do autor da violação penal (SOUZA; DIAS, 2018, p. 13). De acordo com Favoretto:

Segundo prevê o art. 5.º, XL, da Constituição Federal a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. De forma complementar, o art. 2.º, § 2.º, do Código Penal dispõe que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Assim, a lei penal encontra na irretroatividade sua regra geral, sendo permitida a sua aplicação retroativa apenas quando mostrar-se benéfica ao réu. (FAVORETTO, 2011, p. 73).

Sobre o princípio da proporcionalidade, ressalta Nucci:

Significa que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa. (NUCCI, 2020, p. 109).

O princípio da proporcionalidade se divide em três, sendo estes: proporcionalidade em sentido estrito (conferência da proibição estabelecida com a ofensa realizada); necessidade (exigibilidade do âmbito escolhido); adequação (confiabilidade do método escolhido). (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 201). Ainda sobre a análise de Estefam e Gonçalves:

Princípio do ne bis in idem Cuida-se da proibição de dupla condenação por fato único. A vedação, que se funda em critério de equidade, no direito de liberdade e no devido processo legal, interessa tanto ao Direito Penal quanto ao Processo Penal. Uma vez imposta e executada a sanção, esgota-se a função da pena, de tal modo que a renovação do apenamento pelo mesmo ato constituiria punição gratuita e infundada, fazendo do Direito Penal instrumento de vingança, e não de Justiça. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 196).

De acordo com Masson (2020, p. 51), não existe violação penal no momento em que o ato não tiver ofertado sequer risco de lesão ao bem jurídico. Esse princípio acolhe a exigência manifesta de delimitação do Direito Penal, seja

em meio jurisdicional ou em nível legislativo. De acordo com Estefam e Gonçalves:

Princípio da alteridade ou transcendentalidade. O direito penal somente pode incriminar comportamentos que produzem lesões a bens alheios. Seu desenvolvimento é atribuído a Claus Roxin, muito embora já se pudesse divisá-lo no ideal libertário iluminista. De acordo com o princípio, fatos que não prejudiquem terceiros, apenas o próprio agente, são irrelevantes penais. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 186).

Dentre os princípios anteriormente expostos, e mesmo aqueles que não foram aqui destacados, é possível observar, os Princípios Constitucionais assessoram os juízes, como o suporte principal do ordenamento. Pode-se dizer que os princípios constitucionais ocorridos no Direito Penal Brasileiro disponibilizam maior crédito as relações jurídicas e em especial escapam arbitrariedades, pondo o Ordenamento Jurídico como um complexo que dispõe maior segurança jurídica. (SILVA; CASAGRANDE, 2010, p. 33).

3 DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS: SER MULHER NO CÁRCERE

Os direitos humanos são regras que protegem e reconhecem a dignidade de todos os indivíduos. Os direitos humanos controlam a maneira como as pessoas particularmente vivem em coletividade e entre si, assim como sua vinculação com o estado e os encargos que o Estado tem em vinculação a eles. (UNICEF, 2015,s.p.). De acordo com Veríssimo (2019, s.p.), os direitos humanos ganharam maior destaque após as duas grandes guerras, pois elas trouxeram à luz diversas atrocidades que o indivíduo exerceu em nome da “nação”, ignorando a existência da própria dignidade humana. Foi nesse período que os direitos humanos passaram a ganhar ainda mais força e espaço nos debates. (VERÍSSIMO, 2019, s.p.).

Com resultado, no instante em que os indivíduos se transformaram em descartáveis e supérfluos é desumanamente extinto o valor da pessoa humana, tornando-se imprescindível a reconstrução dos direitos humanos como padrão ético capacitado para reparar a lógica da razoabilidade. A selvageria do totalitarismo representou a rachadura do padrão dos direitos humanos por intermédio da negação do valor da pessoa humana, valor este como fonte do Direito. (PIOVESAN, 2015 *apud* VERÍSSIMO, 2019, s.p.).

Desta maneira, se os direitos humanos defendem os indivíduos das omissões ou atos do Estado e, diversas vezes, é perceptível que tais direitos são infringidos para as pessoas que se encontram livres, imagina-se determinadas pessoas que se encontram sobre custódia estatal, encarceradas nos mais distantes presídios brasileiros. (VERÍSSIMO, 2019, s.p.). Conforme Silva (2016, s.p.), a função do Direito Penal é assegurar a liberdades de todos os indivíduos, minimizando-os da violência, do arbítrio punitivo maximizando a proteção da liberdade, segurança e dos direitos dos sujeitos.

Nos Estados Democráticos de Direito, o Estado trabalha a serviço de cada cidadão. Na medida que a proteção é o principal objeto da pessoa, o Estado não pode, de qualquer forma, amenizar ou diminuir garantias dos indivíduos. O indivíduo, mesmo estando privado de sua liberdade de locomoção, não perde sua condição de pessoa humana e muito menos a titularidade de direitos que não foram abarcados por sua condenação. (SILVA, 2016, s.p.).

Na privação de liberdade, o Estado passa a ser responsabilizado pela integridade e guarda do indivíduo, sendo dever do Estado prestar todo tipo de assistência material, seja ela referente à saúde, educação, religião, social ou jurídica, devendo ainda possibilitar o exercício de atividades laborais durante o tempo de pena, mesmo que dentro de estabelecimento prisional. (SILVA, 2016, s.p.).

A liberdade particular é vista como um dos mais importantes direitos do indivíduo, mas que em determinadas ocasiões pode ser suspenso por um tempo específico, em virtude de atos que levam as pessoas a serem condenadas pelo exercício de infrações (PEREIRA, 2017, p. 170). Contudo, as pessoas que se encontram presas no país acabam não perdendo apenas sua liberdade, perdem também sua dignidade pois acabar sendo submetidos a tratamentos degradantes e desumanos.

A precariedade do sistema é evidente, a superlotação se constitui como o maior contribuinte para as violações de Direitos Humanos, na medida que pode ocasionar rebeliões, motins e disputas entre facções criminosas além de proliferação de doenças, violência, vício e diversos outros males. (PEREIRA, 2017, p. 170-171). A dignidade humana, vista como consequência dos direitos humanos, é a proteção mais necessária no sistema prisional (SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 3). Este princípio estabelece o respeito aos direitos humanos, o qual se alude a mulher aprisionada, delimitando o poder estatal, operando recursos que respeitem o indivíduo e não evidentes infrações aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. (MODESTI, 2013 *apud* SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 3).

Desta maneira, Isaac e Campos (2019, s.p.) afirmam que, ao se deparar com os números, o Brasil ocupa o quarto lugar com maior população carcerária feminina tendo cerca de 42 mil mulheres privadas de sua liberdade. A adversidade carcerária em momento algum ocupou, essencialmente, a lista das inquietações administrativas do governo. O enunciado emerge, habitualmente, em ocasiões de desequilíbrios perspicazes, isto é, no momento em que há alguma rebelião, quando movimentações não estatais trazem ao comum as mazelas que existem nas cadeias. Em suma, não é uma aflição incessante dos governos a correção das penitenciárias que realizem o objetivo para os quais foram criadas. (VERÍSSIMO, 2019, s.p.).

3.1 O AMBIENTE MASCULINO PARA O CORPO FEMININO: A PRISÃO

Impossibilitar a liberdade, escravizar os corpos consegue ser um martírio maior do que levar a pessoa a óbito. Beccaria é visto como pioneiro ao se declarar pelo exílio das sanções cruéis e citar a inevitabilidade da razão e proporção das sanções. (ZANIELLI, 2015, p.43). A prisão é uma entidade despersonalizada e totalizante, em que prevalece a insegurança e na qual a brutalidade se transforma em apetrecho de câmbio. O objetivo exclusivo de quem se encontra na prisão é atingir sua liberdade, fugindo ou saindo da maneira correta. (ESPINOZA, 2004 *apud* ZANIELLI, 2015, p. 43).

As penitenciárias são espaços em que há um volumoso número de pessoas em ocasiões similares que são apartados da comunidade por um largo e relevante período de duração e lá vivem encarcerados e trabalham de uma maneira categoricamente administrada. (ZANIELLI, 2015, p. 43). Nesse sentido, para Oliveira:

As práticas punitivas de privação de liberdade são originadas num modelo de sociedade embasado na exclusão, na disciplina, na estigmatização e na criminalização como modos de enfrentar as infrações às leis e regras sociais. O sistema prisional, portanto, tem sido uma realidade produtora de sofrimento e proponente da violência. (OLIVERA, 2013, p. 9).

É possível entender que o conjunto prisional foi contemplado pelo ponto de vista masculino de encarceramento para homens rotulados na propriedade como desviante ou criminoso. (MIYATO; KROHLING, 2012, p.229). Essa propriedade desviante ou criminal “não é uma qualidade natural, mas sim uma adjetivação atribuída socialmente através de processos de definição e de reação” (BARATTA, 1999 *apud* MIYATO; KROHLING, 2012, p.229). O conjunto penal no Brasil, e a nível mundial, foi elaborado por homens para o masculino. (CERNEKA, 2009 *apud* MIYATO; KROHLING, 2012, p.229).

A entidade prisional, introdutoriamente, foi imaginada como um sistema efetivo de adestramento social daquele indivíduo com uma atitude desviante, dado que a entidade prisional possuía procedimentos pertinentes para torna-lo competente a regressas à convivência da comunidade depois de se

encontrarem adequadamente ressocializados. (MIYATO, KROHLING, 2012, p. 229-230).

O cárcere de mulheres, a todo momento simbolizou algo à frente do que seria capaz de retratar para o universo masculino. A compreensão de pena, crime e criminoso não se vincula com o meio de alteração econômica que é acarretada desde o século XVI até a atualidade, fazendo com que a administração prisional feminina coordenada por regras religiosas fosse algo habitual até metade do século XX (ZANIELLI, 2015, p. 44). Assim, cita-se a fala de Machado:

A mulher e o sistema penal estão em conflito desde início do discurso legitimador do poder punitivo. A obra símbolo desse momento histórico é a *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras, de 1487, escrita pelos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger. Ela estabelece o primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística com direito penal e processual, com intuito perseguir, torturar e matar mulheres, ou melhor, as bruxas. [...] A mulher comete atos de bruxaria por ser inferior geneticamente ao homem, e tudo isso graças ao fato de ser feita da costela do Adão, que, por ser torta, apresenta esse defeito, que lhe afasta da fé. [...] Os escritores foram nomeados Inquisidores com poderes especiais, por bula papal de Inocêncio VIII, em 1448, para inquirir as “depravações heréticas”, com poder de corrigir, encarcerando e aplicando castigos justos a qualquer pessoa. (MACHADO, 2017, p. 26-27).

Essa verdadeira “caça às bruxas” durou por três longos séculos condenando milhões de mulheres à morte, alcançando seu ponto máximo entre 1580 e 1630. Superando essa fase, o que restou foi um gênero submisso, ou seja, a boa esposa e mãe. (MACHADO, 2017, p. 26-27). A prisão feminina primária, *The Spinhuis*, apareceu na Holanda no ano de 1597. Situada em Amsterdã, era um lar de emenda com fabricação têxtil, que objetivava a reabilitação moral das encarceradas. (MACHADO, 2017, p. 26-27).

No século XIX, ergue-se a discussão sobre a criação de instituições especiais para encarceramento feminino em países como Inglaterra, Estados Unidos e França, pois “O resgate da moral, da feminilidade, e o aprendizado das tarefas femininas eram os principais objetivos dos que se dedicavam à causa das mulheres presas”. (OLIVEIRA, 2013, p. 33). Como pode, também, ser observado que nos Estados Unidos entre 4% e 19% dos presos eram do

sexo feminino, na França – entre 14% e 20% e na Inglaterra – 20%. (OLIVEIRA, 2013, p. 33).

A ideia destas entidades era o ensinamento de funções domésticas, readquirindo a moral feminina, em uma administração predominantemente de isolamento. Assim, além da direção a qual era sujeitada a população penitenciária masculina, das mulheres era requerido um comportamento e postura feminina (MACHADO, 2017, p. 43). Conforme destaca Oliveira:

Desde o período colonial até a década de 1930, as mulheres eram presas em estabelecimentos onde prevaleciam presos masculinos. Em sua maioria eram prostitutas e escravas. Somente em 1928 foi realizado o primeiro relatório a respeito da situação das mulheres presas. Havia registradas apenas 39 condenadas. O pequeno número de mulheres condenadas, em comparação com o número de homens, justificava o adiamento de soluções para a situação degradante na qual se encontravam. Em 1941 pôde-se apontar cerca de 340 mulheres aprisionadas no país. (OLIVEIRA, 2013, p. 34).

Introdutoriamente, como se pode notar, estas mulheres eram aprisionadas juntamente aos homens e não possuíam defesa alguma de sua integridade psicológica e física, ficando assim subordinadas as mais diversas maneiras de violência. (ZANIELLI, 2016, p. 45). Sobre o entendimento de Sessa:

Desde o período colonial, no Brasil, as mulheres foram encarceradas em estabelecimentos onde prevaleciam prisioneiros de sexo masculino, sendo a elas raramente destinados espaços reservados. Prostitutas e escravas, em sua maioria, as mulheres eram confinadas junto aos homens, frequentemente dividindo a mesma cela. [...]. Além disso, nos anos de 1923 e 1924, José Gabriel de Lemos Britto percorreu o país com o objetivo de obter informações acerca da situação carcerária em alguns estados brasileiros. Diante das informações obtidas, em seu livro “Os sistemas penitenciários do Brasil”, volume I, Lemos Britto discorreu questões a respeito do crime, conceituando-o como “uma violação da lei moral ou civil”. (SESSA, 2020, s.p.).

Lemos de Brito, ainda em 1924 acabou se transformando no principal idealizador de projetos que evidenciavam algum tipo de preocupação com a população carcerária feminina (ZANIELLI, 2016, p. 45). Contudo é importante destacar que na realidade, a divisão entre mulheres e homens no mesmo local

penitenciário apenas ocorreu devido a aflição e preocupação com o bem-estar dos homens, porque de acordo com o mencionado autor, a presença feminina dentro das celas incomodavaos encarcerados do sexo masculino, logo, a separação entre masculino e feminino foi decidida em face de assegurar a tranquilidade masculina e não com o objetivo de disponibilizar às mulheres um local mais seguro (ZANIELLI, 2016, p. 45). Ainda segundo Helpes,

De acordo com as declarações da época, a presença de presidiárias em penitenciárias mistas apresentava-se como um elemento perturbador para os homens presos, portanto, elas deveriam ser separadas o máximo possível, para garantir a tranquilidade masculina. [...]. Podemos observar uma preocupação bastante acentuada por parte dos precursores da construção de presídios femininos em garantir uma maior tranquilidade no cumprimento da pena dos homens. Questões como a segurança e melhores condições para a mulher com pena privativa de liberdade, foram pouco levantadas. (HELPESES, 2013, p. 171-172).

Com base no relatório do Conselho Penitenciário do Distrito Federal de 1929, as mulheres ocupavam um espaço separado de homens na Casa de Detenção da Corte. Contudo, o mesmo relatório evidencia a visão discriminatória que as presas sofriam, distinguindo aquelas presas por aborto, infanticídio, furto ou vadiagem. Muitas das mulheres recolhidas a presídio eram prostitutas e ainda não se tem nenhum registro se estas eram condenadas ou presas conforme a vontade dos policiais. (HELPESES, 2013, p. 171-172).

Cumprir recordar que a prostituição, em momento algum, foi vista como infração no Brasil, logo, estas mulheres eram encaixadas na infração de “vadiagem”. É comum ler nos relatórios as desaprovações efetuadas ao fato de “moças de família”, que efetuavam infanticídio ou aborto cabido a um delírio instantâneo, sendo postas juntamente das “prostitutas do mais baixo meretrício”. Desta maneira, observa-se que o respectivo Conselho Penitenciário marginalizava as “mais sujas” dentro da comunidade.

Assim, mencionadas mulheres seriam precisamente as que não desempenhavam sua função de mulher, que não tinham sua sexualidade apontada para o contentamento de seu respectivo marido e/ou para a procriação de filhos. Assim sendo, as prostitutas eram tidas como as piores

infratoras sobre o parâmetro da comunidade, sem, no entanto, terem efetuado infração alguma. (HELPEES, 2013, p. 170). Sobre a análise de Sessa:

Posteriormente, uma pesquisa realizada no ano de 1934 pelo Conselho Penitenciário do Distrito Federal encontrou, “no universo de todos os presos das capitais dos estados, 46 mulheres presas para 4633 sentenciados do sexo masculino, ou seja, 1% da população carcerária das capitais era formada por mulheres”. [...] Devido a tal diferença quantitativa entre homens e mulheres encarcerados, a destinação de espaços unicamente para mulheres não era uma preocupação. Dessa forma, elas ficavam misturadas com os homens, ou possuíam um cômodo ou uma ala dentro da prisão masculina (SESSA, 2020, s.p.).

Neste momento, encontrava-se o “Patronato das Presas”, que foi elaborado no ano de 1924 com a intuito de apoiar o Conselho Penitenciário. Tratava-se de senhoras religiosas e provenientes de importantes famílias que praticavam encargos de “carcereiras” e procuravam locais mais honrados para que fossem adaptados como penitenciárias femininas (HELPEES, 2013, p. 171). De acordo com Machado:

O Brasil, inaugurou seu primeiro estabelecimento prisional feminino em 1937, foi o primeiro no país totalmente separado do presídio masculino, situado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul - Instituto Feminino de Readaptação Social. Muito atrás dos vizinhos latinos: Chile (1824), Peru (1871), Argentina (meados 1880)¹⁷⁴. Logo em seguida vieram o Presídio de Mulheres de São Paulo, situado no bairro Carandiru, de 1941 e a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em Bangu - Rio de Janeiro (então capital federal), de 1942. Entre eles, apenas a Penitenciária de Mulheres de Bangu foi construída com este fim, as demais foram adaptações de espaços já existentes. [...] A administração dos primeiros presídios exclusivos a mulheres foi realizada pela Congregação de Nossa Senhora do Bom Pastor d’Angers, que já possuía casas de acolhimento de mulheres sem amparo familiar e social, e a partir de 1924 foi responsável pelos cuidados das menores infratoras no Rio de Janeiro (MACHADO, 2017, p. 43).

Para Helpes (2013, p. 173), atualmente existem diversas penitenciárias no país exclusivas para as mulheres, contudo, a maior parte ainda são estabelecimentos mistos, que abrigam homens e mulheres, mas em ambiente separados em seu interior. Comumente, são espaços antes ocupados por homens que agora passam a ser destinados a mulheres sem nenhuma

adaptação. Ainda nesses estabelecimentos, as funções laborais das mulheres são exercidas dentro de suas próprias celas, enquanto a dos homens são exercidas em todo o estabelecimento.

Nessas condições “nota-se a reprodução daquilo que é socialmente designado enquanto espaço de homem e de mulher, ou seja, o público e o privado, respectivamente”.(HELPEPES, 2013, p. 173). A análise efetuada pelo Departamento Penitenciário Nacional, no ano de 2008, a respeito do progresso da multidão feminina encarcerada confirma que, no prazo de 2003 a 2007, a multidão feminina carcerária teve uma alta de 37,47%, tendo assim, uma média de aumento por ano por volta de 11,19%. (MIYAMOTO; KROHLING, 2012, p. 232). Ao falar do perfil das presas, Isaac e Campos externam que:

Percebe-se um padrão: a grande maioria é negra ou parda, já foram alvo de algum tipo de violência (física, sexual, psicológica), com baixo nível de escolaridade, fruto de uma família desestruturada e presa por tráfico de drogas. A partir desse conhecimento, não se pode ignorar tal regularidade, uma vez que tratar similaridades como coincidências é uma forma extremamente simplista e incompleta de se lidar com os fenômenos sociais. (ISAAC; CAMPOS, 2019, s.p.).

Infrações vinculadas ao tráfico de drogas condizem a 62% das infrações penais pelas quais as mulheres foram sentenciadas ou esperam o julgamento em 2016. (INFOPEN, 2018 *apud* ISAAC; CAMPOS, 2019, s.p.). O que quer dizer que 3 a cada 5 mulheres que estão no conjunto prisional respondem por infrações vinculadas ao tráfico. (INFOPEN, 2018 *apud* ISAAC; CAMPOS, 2019, s.p.).

A classe feminina se inclina a sofrer de maneira mais assídua com a falta dos familiares e filhos. A longitude dos filhos acarretada pela prisão é experimentada mais na mulher por causa do vínculo resultante de sua natureza materna. Para a mulher, a aflição com o mundo fora da prisão é mais forte, pois ela se inclina a preferir a família e o companheiro, enquanto o encarcerado masculino possui o suporte ilimitado de sua companheira, a todo momento sem medir esforço pessoal para contribuir para vida de seu companheiro enquanto este se encontra encarcerado. (MAKKI; SANTOS, 2010, s.p.).

A mulher padece mais, também, com a intolerância familiar devido a esta se encontrar presa, recebendo assim, uma quantidade menor de visitas e se

inclina a perder sua relação amorosa devido a se encontrar distante de seu companheiro, no caso contrário, “a mulher não abandona ou esquece de seu homem preso, cuida dos filhos, mantém financeiramente a casa e cultivaseu afeto, e de seus filhos pelo pai, até a volta da liberdade”. (MAKKI; SANTOS, 2010, s.p.).

3.2 OS DIREITOS HUMANOS PRISIONAIS

Os direitos do homem surgem como direitos naturais universais, progridem como direitos particulares positivos, para enfim se depararem com sua íntegra satisfação como direitos positivos universais. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tratou na íntegra a respeito de um movimento argumentativo, que se inicia pela universalidade especulativa dos direitos naturais, transformando-se na característica própria dos direitos positivos, e finda a universalidade não mais abstrata, dos direitos positivos universais. (BOBBIO, 1992 *apud* SILVA, 2016, s.p.).

Pelo direito do homem ou direitos humanos são, modernamente, compreendidos os direitos fundamentais que o ser humano detém devido a sua condição de homem, por sua particular natureza humana, pela dignidade que é intrínseca a ela. São direitos que não derivam de uma permissão da comunidade política. Muito pelo contrário, são direitos que a comunidade política tem a obrigação de garantir e consagrar. (HERKENHOFF, 1997 *apud* SILVA, 2016, s.p.). Segundo Pequeno:

Os direitos humanos são aqueles princípios ou valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plenamente da vida. Tais direitos fazem com que o indivíduo possa vivenciar plenamente sua condição biológica, psicológica, econômica, social cultural e política. Os direitos humanos se aplicam a todos os homens e servem para proteger a pessoa de tudo que possa negar sua condição humana. Com isso, eles aparecem como um instrumento de proteção do sujeito contra todo tipo de violência. Pretende-se, com isso, afirmar que eles têm, pelo menos teoricamente, um valor universal, ou seja, devem ser reconhecidos e respeitados por todos os homens, em todos os tempos e sociedades. (PEQUENO, 2016, p. 25).

Estes direitos são contemplados de maneira a inserir as reivindicações políticas e morais que na conformidade contemporânea, todo homem tem o dever de possuir diante de seu governo ou sociedade, reivindicações aceitas como de direitos e não somente por caridade, graça ou amor. (MELLO, 2001 *apud* GALVÃO, 2005, s.p.). Dessa maneira, os direitos humanos servem para assegurar aos indivíduos a preservação da dignidade, a proteção de sua existência e o exercício da liberdade. São tratados como Direitos Fundamentais, o que tornam os sujeitos iguais, sem considerar nacionalidade, classe social, sexo, profissão, crença religiosa, etc.

São direitos “essenciais à conquista de uma vida digna, daí serem considerados fundamentais à nossa existência”. (PEQUENO, 2016, p. 25). Habitualmente a noção de Direitos Humanos possui uma concepção também de liberdade de expressão e de pensamento, e igualdade diante da Lei. São princípios a nível internacional que importam para respeitar, garantir e proteger o homem e que possui a obrigação de garantir aos indivíduos o direito de possuir uma vida digna, ou seja: com acesso à educação, moradia, saúde, terra, trabalho e à liberdade. (SILVA, 2016, s.p.).

Os direitos humanos diferenciam-se dos concretos. Os direitos humanos encontram-se em um ambiente livre da intervenção estatal, enquanto o direito positivo é de alçada do Estado, que procura igualar fortes e fracos, assegurando-lhes assistência à saúde, educação, moradia, salários dignos, entre outros. Existe um número considerável de espécies de direitos humanos e com o passar dos tempos, vão aparecendo novas espécies e grupos. (GALVÃO, 2005, s.p.).

Sobre os Direitos Humanos destaca-se as palavras de Silva:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui como marco no desenvolvimento dos Direitos Humanos. [...] A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos documentos jurídicos básicos que tratam sobre os direitos humanos. Elenca os direitos inerentes e essenciais a todos os seres humanos. Contém normas jurídicas que obrigam os Estados signatários nos planos interno e externo e dizem respeito a direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos e socioculturais, de interesse de toda a comunidade internacional. Tais regras visam, principalmente, assegurar a própria sobrevivência digna de todas as pessoas e também a convivência social com democracia, fraternidade, paz, liberdade, respeito às diferenças individuais, dignidade humana, solidariedade, justiça, igualdade, segurança, e sem preconceitos e discriminações. Impõem limites ao poder estatal em relação ao ser

humano, afim de evitar abusos de autoridade, excessos, torturas, penas desproporcionais, degradantes, desumanas e cruéis. (SILVA, 2016, s.p.).

De acordo com Nonato (2020, s.p.), a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui uma relevância mundial, ainda que não obriguem juridicamente que todos os Estados a respeitem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, diante de uma análise da Assembleia Geral da ONU, tem como objetivo tocar todas as nações e todos os povos, com o ideal de que todos possuam sempre em sua memória a Declaração, para impulsionar o respeito a estas liberdades e direitos. (NONATO, 2020, s.p.).

Portanto, para Soldatelli e Weding:

Em decorrência deste reconhecimento é que houve a vinculação criteriosa do conceito de direitos humanos aos de dignidade, igualdade e de protagonismo nos textos de Direito Internacional, nas Constituições e demais instrumentos normativos, como forma de proteger os seres humanos. Neste sentido, a DUDH elenca no seu artigo 1º a garantia de que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Na sequência, a DUDH idealiza, dentre outras, a proteção do direito à vida e à liberdade (artigo 3º), veda o tratamento desumano e degradante (artigo 5º), assegura o direito à saúde, bem-estar, inclusive com alimentação e cuidados médicos e, o direito à segurança em caso de doença (artigo 25). (SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 2.).

A narrativa dos direitos humanos no Brasil está estreitamente vinculada a história das constituições brasileiras. Na constituição de 1824, havia a garantia de direitos liberais, ainda que canalizasse o poderio sobre a tutela do imperador. Foi declinada pela maioria devido a dissolução da constituinte. A inviolabilidade dos direitos políticos e civis inclusos na constituição possuía por alicerce a propriedade, a segurança individual e a liberdade. Já na constituição de 1891, a primeira constituição republicana, assegurou votação direta para a apuração do vice-presidente, presidente, senadores e deputados da República, contudo impossibilitou que os religiosos, analfabetos e mendigos pudessem praticar seus direitos políticos. (NONATO, 2020, s.p.).

Prosseguindo diante de uma análise de Nonato:

Com a Revolução de 1930, houve um desrespeito aos direitos humanos, que só seria recuperado com a constituição de 1934. Em 1937, com o Estado Novo, os direitos humanos eram quase inexistentes. Essa situação foi só recuperada em 1946, com uma nova constituição, que durou até 1967. Durante o Regime Militar, houve muitos retrocessos, como restrições ao direito de reunião, além de outros. Com o fim do regime militar, foi promulgada a constituição de 1988, que dura até os dias atuais. (NONATO, 2020, s.p.).

No Brasil, somente na Constituição de 1988 é que existiu a normatização dos direitos humanos, porém o estabeleceram com tanto destaque, que eles ganharam particularidades de princípios basilares e fundamentais, sendo a base de todo o ordenamento jurídico e indicando a elaboração das normas infraconstitucionais. (SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 2). Desta maneira, o constituinte não teve a preocupação somente com a positivação deste valor, mas procurou elaborar a dignidade da pessoa humana de uma maneira que lhe conferisse uma normatividade plena, objetivando-a por todo o sistema social, jurídico e político fundado. (MOLDESTI, 2013 *apud* SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 3).

Segundo Souza:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, consagra em seu art. 5º, direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se inserem os princípios da igualdade e da proteção individual, inspirando-se na criação de um Estado Democrático de Direito, no qual o respeito ao cidadão constitui seu fundamento e finalidade, e deve haver em seu alicerce a importância à dignidade da pessoa humana. Reconhece os limites e condições ao conceito de soberania nacional, estabelecendo que sobre qualquer lei nacional prevalecem os Direitos Humanos. (SOUZA, 2013, p. 79).

A previsão da importância dos direitos humanos no texto constitucional pátrio pode ser evidenciada no trecho abaixo:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - Prevalência dos direitos humanos; (BRASIL, 1988, s.p.).

A carta magna assinala também expressamente, em seu artigo 5º, § 2º, a ideia de considerar os tratados como hierarquicamente proporcionais às normas internas, “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”. (BRASIL, 1988, s.p.).

A Emenda Constitucional 45/2004 adicionou ao artigo 5º, os §§ 3º e 4º que, surgiram para fortificar alguns pontos vinculados aos Direitos Humanos. § 3º ficou encarregados de regras para homologação de convenções e tratados internacionais a respeito dos Direitos Humanos, enquanto o § 4º refere-se a submissão do Brasil em face da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Portanto, é correto afirmar que, os Direitos Humanos se encontram largamente tutelados no Brasil, seja pelos tratados aprovados, seja pelo texto da carta magna. (SOUZA, 2013, p. 80).

Nesse sentido a dignidade humana é a proteção mais aclamada ao se referir ao sistema prisional. Segundo Modesti, “tal princípio impõe respeito aos direitos humanos, no que se refere a mulher encarcerada, limitando o poder estatal, utilizando meios que respeitem o ser humano e não flagrantes violações aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”. (MODESTI, 2013, *apud* SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 3). Assim, o grande problema do Brasil no que se refere esse princípio é o sistema prisional, principalmente quando se fala das mulheres encarceradas.

Nas prisões encontram-se circunstâncias que podem gerar consequências nefastas a respeito da saúde de seus internos. Os problemas com a estrutura do local e/ou com alimentação contribuem para o desenvolvimento de enfermidades nas prisões, como por exemplo, a tuberculose. Colaboram de igual forma para decompor a saúde dos presos, as más condições de higiene mínimas dos ambientes, resultantes dos “odores nauseabundos”, da umidade e da falta de circulação de ar. (BITENCOURT, 2005 *apud* VERÍSSIMO, 2019, s.p.).

Conforme mostra oInfopen:

Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. [...]A taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros (161%) é a quinta maior entre países em questão. As

Filipinas (316%), o Peru (223%) e o Paquistão (177%) têm a maior taxa de ocupação prisional. [...] O Brasil exhibe, entre os países comparados, a quinta maior taxa de presos sem condenação. Do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez (41%), estavam presas sem ainda terem sido julgadas. (INFOPEN, 2014, p. 13).

Dessa forma, é necessária uma especial atenção a respeito da penitenciária, juntamente com o crescimento do interesse estrangeiro e nacional a respeito das novas tendências de resposta estatal no espírito da estipulação de ideias que ponham em prática os Direitos Humanos. (SOUZA, 2013, p. 80). A maioria dos estabelecimentos, cerca de $\frac{3}{4}$ (três quartos), é objetivada ao público masculino. Vale ressaltar que existem quantidades menores de prisões femininas, sendo estas um total de 7%, enquanto os estabelecimentos mistos ocupam a quantidade de 17%. (INFOPEN, 2014, p. 33).

Segundo Solfatelli e Weding:

Esses fatores evidenciam o problema estrutural, funcional e jurídico do sistema, o qual se necessita de atenção do poder público para ser amenizado. Estrutural, porque as celas onde ficam as presas, em sua maioria, são predominantemente escuras, sem acesso à luz solar, úmidas e com pouca ventilação, fator que facilita a disseminação de doenças, principalmente as infecciosas e virais. Funcional, pela falta de servidores para atender a demanda de serviços de segurança. Jurídico, pois as condições de vida dentro da prisão violam, diretamente, os direitos fundamentais das presas. (SOLDATELLI; WEDING, 2018, p. 3).

A violação dos direitos humanos no sistema prisional, “no medieval sistema carcerário brasileiro”, passa por desatento ou até mesmo ignorado, do sentimento de vingança que assombra grande parte da comunidade. Esquecendo que os indivíduos que atualmente estão detidos, são os mesmo que “amanhã” estarão livres pela comunidade. (VERÍSSIMO, 2019, s.p.). Nesse sentido, segundo Silva:

Uma das garantias constitucionais é a da saúde física e mental de qualquer ser humano, como forma de garantir a qualidade de vida do indivíduo. Contudo, não é assim que acontece dentro dos presídios brasileiros; nas celas o que se vê é um amontoado de presos disputando um pequeno espaço, sendo todos obrigados a conviver em condições mínimas de higiene, em meio a insetos, doenças, esgoto a céu aberto, lixo e falta de higiene pessoal, isso por falta de insumos que deveriam ser fornecidos pelo Estado. (SILVA, 2017, s.p.).

Naquilo que cabe às legislações propícias ao tema, a Constituição não se portou de maneira omissiva, ao inverso, o legislador se preocupou com o exposto no artigo 5º, XLIX, ao dizer que: “é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”. (BRASIL, 1988, s.p.). Porém, o que ocorre na realidade é muito diferente, o Estado não assegura este mandamento expresso na carta constitucional. A realidade do sistema carcerário se mostra como um verdadeiro descaso por parte dos entes públicos. (VERÍSSIMO, 2019, s.p.).

3.3 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O sistema penitenciário brasileiro tem por ideal a punição da criminalidade e a ressocialização. Desta forma, o Estado se encarrega da responsabilidade em defrontar as infrações, apartando o criminoso da comunidade, por meio da prisão, o qual é privado de sua liberdade, deixando de ser considerado um perigo para a comunidade. (MACHADO; GUIMARÃES, 2014, p. 568).

O sistema penitenciário brasileiro tem como objetivo a ressocialização, educação e a referente punição ao seu delito. É uma forma de vingança social, pois uma vez que a autotutela é proibida, o Estado assume a responsabilidade de retaliação dos crimes, isolando o criminoso para que ele possa refletir sobre os seus atos, alheio a influências externas. Através da prisão, o infrator é privado da sua liberdade, deixando de ser um risco para a sociedade. (SILVA, 2013, s.p.).

Sobre está análise, a exigência de disciplina e segurança, no interior da instituição prisional, em que deverá ter uma correta supervisão e coerção Estatal, nestes locais, fiscalizando o grau de liberdade dos aprisionados. (DULLIUS; HARTMANN, 2011, s.p.). O sistema penitenciário brasileiro se encontra precisando efetuar a legalidade, porque as condições subumanas e a precariedade que os aprisionados se encontram atualmente são assuntos importantes e delicados. (MACHADO; GUIMARÃES, 2014, p. 568). Segundo Silva:

Houve um aumento de 113% dos presos de 2000 a 2010, de acordo com dados do Ministério da Justiça. Combinando isso à falta de investimento e manutenção das penitenciárias e presídios, tornaram esses verdadeiros depósitos humanos. Essa situação acaba colaborando com fugas e rebeliões, pois os agentes penitenciários não conseguem ter controle sobre o tamanho do número de presos. (SILVA, 2013, s.p.).

Além do mais, tendo em consideração, que as prisões se transformam em aglomerados e grandes armazéns de pessoas, possui-se que a higiene pessoal, a falta de assistência médica e a superlotação, ocasionam graves doenças e até mesmo doenças incuráveis, em que o mais forte subordinará o inferior a ele. (MACHADO; GUIMARÃES, 2014, p. 568).

Todas as pessoas têm o direito de regressar ao meio da sociedade, depois de terem quitado sua dívida para com a comunidade, porém é preciso que sua passagem em uma instituição penal, dirigida pelo Estado, com o objetivo de regeneração, com segurança, porque é preciso sair com saúde deste estabelecimento. (DULLIUS; HATMANN, 2011, s.p.). De acordo com Mirabete:

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETE, 2008 *apud* MACHADO; GUIMARÃES, 2014, p. 569.).

O Brasil presencia um desamparo ao sistema penitenciário, o que tinha de ser uma ferramenta de ressocialização, diversas vezes, age como escola da criminalidade, devido a maneira como é mantido pela sociedade e pelo Estado. (DULLIUS; HARTMANN, 2011, s.p.). Autônomo da situação penal dos presos, cabe ao Estado garantir as conjunturas para sua dignidade, como qualidade indispensável do ser humano, devido a atuação positiva estatal em face da efetivação dos direitos fundamentais. (PEREIRA, 2015, p. 33). Para Greco:

Embora condenado, tendo seu direito de liberdade limitado, não perdeu seus demais direitos (não atingidos pela sentença), por exemplo, o de ser tratado de forma digna. Não poderá o Estado,

sob o argumento de que alguém praticou uma infração penal, tratá-lo de forma cruel, desumana. (GRECO, 2011, *apud* PEREIRA, 2015, p. 33.).

O papel da prisão moderna é punir, reinserir e neutralizar e não apenas penalizar o indivíduo. Vale a pena, para diminuir a criminalidade em nível nacional, investir na elaboração de penitenciárias e disponibilizar uma adequada dignidade aquele que se encontra encarcerado. Isto é uma política de segurança pública consideravelmente eficaz. (SILVA, 2013, s.p.). Segundo Póvoa:

Notório é que, a calamidade chegou a tal ponto dentro das penitenciárias brasileiras que se torna impossível controlar alguns aspectos, que acabam por gerar um descontrole interno. Por exemplo, a superlotação é um problema que, em um primeiro olhar pareça irrelevante, contudo ela reflete diretamente em como os presos são tratados e como isso influencia na sua vivência dentro do cárcere. Ao passo que, ao deixar de lado essa problemática surgem outros diversos dilemas, que ferem diretamente o proposto pela Constituição Federal. (PÓVOA, 2019, p. 12).

Em respeito à função do Estado, este não se encontra desempenhando o estabelecido. Em vários diplomas legais como: Código Penal, Constituição Federal, Lei de Execuções Penais; além das normas internacionais, como: a Resolução da ONU, Deveres do Homem, Declaração Americana de Direitos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (DILLIUS; HARTMANN, 2011, s.p.). De acordo com Póvoa:

É inelutável que o Estado não cumpre seu papel de maior garantidor dos interesses daqueles que, em situação de cárcere, necessitam de um olhar mais cauteloso e humanitário. A luta pelo reconhecimento dos direitos humanos dentro da realidade das penitenciárias brasileiras é cada vez mais emergente e atual. Afastando todo aspecto ético e moral daqueles que se encontram nessa realidade, a premissa de que todos são iguais perante a lei e ainda que, todos, sem exceção de nenhum ser humano, não deve ser tratado de maneira cruel e desumana, sob nenhum argumento e situação. Esse é um direito a qual nossa Carta Magna nos garante, e sob essa premissa está embasado todo ordenamento jurídico atual. Para tanto o respeito a essa premissa se faz crucial. (PÓVOA, 2019, p. 13).

Entretanto, Andrade vai afirmar que:

O panorama atual do país é, quando se trata de cárcere seja para ambos os sexos, crítico. Crítico, pois, apesar de expressamente estabelecidos e assegurados, os direitos das pessoas que vivem no sistema prisional são desumanos. Apesar de um processo de afirmação de um delineado mais democrático na Constituição de 1988, encontram-se diversas falhas no tocante ao gênero. Essas falhas encontram-se tanto na redução das desigualdades de gênero, quanto na superação das disfunções do sistema prisional, que vem consolidando a ideia que não se trata mais de um instituto eficaz para a sociedade. A sociedade é marcada pelo conservadorismo, firmada na matriz histórica do patriarcado, que reflete na vida da mulher seja na sua vida pessoal, sua inserção no mercado de trabalho e no próprio sistema penal. (ANDRADE, 2017, p. 13).

Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 51% da massa brasileira era formada por mulheres no ano de 2015. Contudo, é nítido que atualmente a massa carcerária é absurdamente adversa. Ainda que a massa feminina carcerária seja menor em comparação com a masculina, a infração aos direitos humanos desta massa é maioritária em relação destes sistemas penitenciários com o tráfico de drogas. (FARINHA, 2019, p. 14).

Andrade (2017, p. 16) vai dizer que a incompatibilidade através daquilo que é empregue à prisão masculina não é empregue ao feminino, obtendo assim a conclusão de que os moldes de direito codificado não têm a previsão, historicamente, sobre o conteúdo feminino. Buglione (1998 *apud* ANDRADE, 2017, p.16) afirma que isto ocasiona um vício de conduta no sistema penitenciário, decorrendo da iniquidade por meio da adoção de um critério de ser humano, este que é masculino.

De acordo com o Infopen MULHERES do no de 2000 ao de 2014 teve um aumento de 567,4% de crescimento na massa feminina, durante o tempo em que a de homem no mesmo tempo foi de 220,20%. (FARINHA, 2019, p. 15). Na totalidade existem 45.989 mulheres encarceradas no Brasil, cerca de 5% segundo o INFOPEN destas prisões, sendo 62% vinculadas ao tráfico de drogas. No momento em que considerados apenas os homens encarcerados o percentual sendo de 26%. (EBC, 2017 *apud* FARINHA, 2019, p. 14). Segundo Risso e Moreira:

Em relação à proporção de homens e mulheres no sistema prisional, apesar do número de mulheres encarceradas ainda ser inferior ao número de homens, o sistema prisional feminino

brasileiro tem sofrido um aumento considerável no número de apenadas, principalmente nas últimas décadas. O aumento significativo dessa população representa o agravamento das condições existentes nas prisões, que converge em uma rotina prisional com superlotação, práticas de torturas, maus tratos, negação de direitos, motins, corrupções, falta de assistência social, material, jurídica e de projetos de natureza laborais e educativas que contribuam, de forma real, para a reinserção do apenado. (RISSO; MOREIRA, 2019, s.p.).

As conjunturas precárias das cadeias brasileira, seja as alusivas ao sexo masculino quando ao sexo feminino são constantemente refutadas. Não é novidade que o sistema brasileiro penitenciário está distante de atingir o prescrito em lei, a realidade é adversa com as regras e direitos básicos de respeito à dignidade da pessoa humana, esta que não são postas em prática. (PÓVOA, 2019, p. 23). De acordo com Andrade:

Quando se trata especialmente da situação das mulheres presas, percebe-se que além de sofrerem os mesmos problemas que os homens presos, há ainda uma carga muito grande de preconceito e machismo quanto ao exercício do que lhes é assegurado por lei. As mulheres do cárcere integram grupos de muita vulnerabilidade e exclusão social, antes mesmo de integrarem a vida prisional. Quando se trata especialmente da situação das mulheres presas, percebe-se que além de sofrerem os mesmos problemas que os homens presos, há ainda uma carga muito grande de preconceito e machismo quanto ao exercício do que lhes é assegurado por lei. As mulheres do cárcere integram grupos de muita vulnerabilidade e exclusão social, antes mesmo de integrarem a vida prisional. (ANDRADE, 2017, p. 13).

A penitenciária feminina se defronta com estereótipos de gênero, dificilmente vencidos. O entendimento do estereótipo é o passo inicial para desestimar específicas classes sociais e dar início a uma técnica de aceitação dos indivíduos, independentemente da maneira como levam suas vidas. Tratar mulheres e homens como iguais em competência é não usar a sexualidade para penalizar as mulheres e beneficiar os homens. (RISSO; MOREIRA, 2019, s.p.). Segundo Póvoa:

Ocorre que, a realidade a qual essas mulheres estão submetidas conotam todo tipo de violação, desde problemas relacionados a superlotação, até casos de ambientes insalubres, falta de estudo e má alimentação. Um dos fatores que proporcionam esse tratamento impiedoso está relacionado ao machismo inerente ao

sistema, um protótipo disso é o fato de que, nas listas de objetos permitidos para a entrega dos familiares, estão cuecas e não calcinhas ou sutiãs. Observa-se que essa falta de cuidado em tratar da mulher em seus aspectos intrínsecos fere diretamente a dignidade da pessoa humana, observadas ainda as condições desumanas e degradantes que vivem essas mulheres inseridas em um sistema que pouco se importa com a mulher. (PÓVOA, 2019, p. 24 – 25).

Outra adversidade decursiva destas mulheres encarceradas é o próprio meio prisional. A direção de unidades carcerárias de acordo com o gênero é uma obrigação estatal e é caracterizada como um semblante fundamental para a inserção de políticas públicas com ideais para este segmento. (ANDRADE, 2017, p. 13 – 14). A LEP ou Lei de Execuções Penais, no seu art. 14 [...] § 3º: “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”. (BRASIL, 1984, s.p.). De acordo com Queiroz:

Mas o que se pode constatar é que na realidade, não se aplica no caso concreto, conforme relacionado acima. A falta de pré-natal adequado é um grave problema nas penitenciárias, várias mulheres presas, mesmo estando em avançado estado gestacional nunca tiveram atendimento médico, nem antes, nem depois de estarem presas. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou ou não se importou que ela, estava com dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio. (QUEIROZ, 2015, *apud* GRINCHPUM, MARTINS, 2016, p. 7 – 8).

Ainda de acordo com a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), as cadeias que tiverem capacidade sejam para mulheres ou homens terão de ter uma estrutura diversa, preparadas para as presas, grávidas ou não, assim como seus filhos, de acordo com o art. 89 da LEP. Contudo, isso não é o que acontece na prática. Diversas vezes mulheres e homens são apenas separados por recinto dentro da cadeia. (ANDRADE, 2017, p. 20). Conforme Póvoa:

A despeito de a Constituição Federal trazer poucas disposições no que se refere a execução da pena imposta às mulheres, a Lei de Execução Penal trouxe alguns enfoques significativos, levando em

consideração o histórico de esquecimento institucional frente à essas mulheres. (PÓVOA, 2019, p. 21).

Ao tratar da disposição dos cárceres brasileiros, é incontestável que se trata de uma das mais graves adversidades dos sistemas penitenciários brasileiros. As próprias disposições físicas dos recintos prisionais concebem obstáculos para que a encarcerada possa se reabilitar, possa viver tendo as menores condições de higiene e saúde. É claro que o caso das cadeias é precário. (ANDRADE, 2017, p. 20). Ainda para Póvoa:

Contudo, as necessidades da mulher não estão lastreadas somente em questões de direitos fundamentais básicos. Sua problemática vai muito além disso. Os problemas são muitos mais específicos e interseccionais do que se possa imaginar. O médico Dráuzio Varella relata em sua obra *Prisioneiras*, sua vivência na Penitenciária Feminina da Capital, onde trabalhou por onze anos. Em um de seus capítulos ele descreve a construção das celas e suas organizações. (PÓVOA, 2019, p. 22 – 24).

Segundo o que afirma Varella:

As celas contêm duas camas de concreto, uma porta de madeira maciça dotada de um pequeno guichê com uma cortininha de pano, para a passagem do café da manhã e do jantar e para possibilitar o acesso visual às funcionárias encarregadas das contagens diárias, realizadas religiosamente antes de o dia clarear e depois da tranca das cinco da tarde. [...]. No fundo da cela há um chuveiro junto ao vaso sanitário protegido por uma cortininha de plástico que lhe dá privacidade. Em tempos de racionamento, baldes e vasilhas armazenam água para o banho e as necessidades diárias. (VARELLA, 2017, p. 16).

O sistema penal não dá folga para os sofrimentos, apenas, no momento em que muito, a troca por recalque, ressentimento ou outra ferramenta que não tardará a ser direcionada na geração de mais dor. Ele manobra as dores, encaminhando para a legitimação da prática ainda mais violenta, estimulando os mais cruéis sentimentos de vingança. (ROSA, 2016, *apud* PÓVOS, 2019, p. 26).

Devido a se encontrar proibido de sua liberdade, o encarcerado se encontra em um momento especial que conserva uma limitação de direitos garantidos na Constituição Federal e nas normas, porém isto não quer dizer que se perde, além da liberdade, sua situação de titularidade de direitos e de pessoa humana não são atingidos pela condenação. (MIRABETE, 2007 *apud* PEREIRA, 2015, p. 40).

CONCLUSÃO

O direito fundamental à liberdade encontra-se resguardado pela Constituição Federal, sendo um importante instrumento para o exercício dos demais direitos, assegurado a toda a população. A liberdade é o ideal do homem sendo uma característica imprescindível a este. Contudo, desde os primórdios da civilização, é constatável que o indivíduo já se mostrava audacioso para com seus iguais tendo que ser, de certa forma, repreendido pelos atos que colocavam os indivíduos e sua sociedade em risco.

A biografia do Direito Penal, assim sendo, se mistura com a respectiva biografia da humanidade. Após o ser humano ter começado a viver em grupo, a todo momento a punição foi vista diante de reflexões de repreensão pela prática de atos que fossem vistos em contraposição a algum indivíduo ou toda coletividade. Em alguns momentos, o ser humano, ocasionado por seu ímpeto associativo, dispersou em seus iguais seus êxitos, cobiças e necessidades.

Diante disso, o indivíduo desrespeitou as leis de coabitação, ofendendo a respectiva sociedade em que vivia e ofendendo também seus iguais, modificando em rígido a aplicação de uma penalidade. No início, a admoestação era um ato generalizado, em contrário as ações antissociais. As repreensões não eram originárias de normas formais e, sim, de princípios costumeiros e culturais, nomeados a disponibilizar um sentimento de justiça e, de igual forma, um desígnio de proteger a respectiva sociedade.

A Idade Moderna pôde vivenciar uma mutação imprescindível em questão de Direito Penal. Perante o império dos Estados Absolutistas, o Direito Penal se baseava diante da propagação do medo com penas extremamente desumanas, cruéis e sem nenhuma proporção ou razoabilidade. Porém, com o passar dos tempos, o Direito Penal transformou-se e hoje, resulta em um complexo muito mais humanizado, sendo ainda, regido por diversos princípios fundamentais trazidos pela lei maior dos países.

O Direito Penal brasileiro é regido por um conjunto de normas. Dispositivos estes que existem dentro de uma conexão de compatibilidade, ou seja, uma ordem de hierarquia por meio das normas. Nesta ordem jurídica é importante destacar a Constituição Federal que traz consigo diversos princípios de máxima

relevância e envergadura para todos os ramos do direito, e em especial para o Direito Penal.

Nesse passo, os Direitos Humanos tutelam e reconhecem a dignidade e outros direitos essenciais à todas as pessoas, é algo inerente a condição de ser humano. Essa categoria de direitos fiscalizam a forma como as pessoas respectivamente vivem em grupo e até mesmo entre si e garantem o mínimo para que os indivíduos possam viver dignamente. Nesse ponto, é impossível falar de dignidade e outros direitos fundamentais sem que haja a remissão do assunto ao local onde ocorrem as maiores, mais sérias e recorrentes violações desses direitos: o sistema prisional.

A população carcerária brasileira, ou melhor, os presídios brasileiros são o palco de uma triste realidade que evidencia o descaso, abandono e esquecimento onde a violação dos Direitos Humanos e Fundamentais são uma rotina vivenciada todos os dias dentro do cárcere. Torna-se evidente, dessa forma, com todo o exposto, que o sistema carcerário brasileiro é o grande centro das violações de direitos e garantias consagradas pelos tratados e, até mesmo pela Constituição Federal de 1988.

As penitenciárias brasileiras não cumprem seu papel de maneira correta. As finalidades da pena, dentro do direito penal, não são alcançadas dentro desses locais. O que ocorre é a mera punição pelos delitos cometidos, pois ao ter sua liberdade privada e ao ser submetido aos estabelecimentos que estão sob a custódia do Estado, os indivíduos têm vários de seus direitos cerceados. A dignidade, saúde e diversos outros direitos fundamentais são, praticamente, retirados dessa parcela da população.

A realidade presente nesses locais é completamente oposta aos objetivos teóricos da pena, pois o indivíduo, ao ser submetido à esses estabelecimentos, deveria refletir sobre a conduta delitiva e ser reinserido dentro da sociedade de forma a não querer mais praticar ilícitos. Porém o que ocorre na realidade é exatamente o contrário, as penitenciárias são verdadeiros “infernos” funcionando ainda como uma “escola do crime”, onde o indivíduo, após o cumprimento de sua pena, pode sair de lá em um estado muito pior do que entrou.

Ao referir-se à população carcerária feminina, o descaso e abandono são ainda mais evidentes. Os presídios construídos e adaptados exclusivamente para a população feminina são muito escassos. A grande parte das mulheres, sob

custódia dos Estado, encontram-se em estabelecimentos mistos, sem nenhum preparo estrutural sequer para abrigar as detentas.

A superlotação, a falta de atendimentos de saúde básica, o pouco preparado estrutural são apenas alguns dos problemas enfrentados pelas mulheres que cumprem sua sentença, ou que ainda aguardam o julgamento. Dessa forma, a realidade do sistema prisional feminino deve ser mudada urgentemente, levando em consideração todo o exposto sobre a precariedade que estas que se encontram reclusas possuem por realidade, visto que hoje em dia é vista apenas uma mera retribuição do mal com o mal. Vale lembrar que a intenção de punir estas pessoas que em algum momento foram em desacordo com a lei é também inseri-las na sociedade novamente e não apenas puni-las com um nível que vá em oposto ao direitos garantidos a estas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L. H. de P. D. de. **O sistema prisional feminino e a maternidade**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense: Macaé, 2017. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4942/1/TCC%20LUANA.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

ASSIS, I. de O. Direito e a história da vingança divina, privada e pública. *In: Colloquium Socialis*, 2018. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/DIREITO%20E%20A%20HIST%C3%93RIA%20DA%20VINGAN%C3%87A%20DIVINA%20PRIVADA%20E%20PUBLICA.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BATISTA, A. Teorias que explicam a finalidade da pena. *In: JusBrasil*, 2017. Disponível em: <<https://alexsilvacriminal.jusbrasil.com.br/artigos/479059302/teorias-que-explicam-a-finalidade-da-pena>>. Acesso em: 21 set. 2020.

BATISTA, D. O direito de Punir do Estado e os fundamentos da Jurisdição Penal. *In: Jus Brasil*, 2015. Disponível em: <<https://danielmocota.jusbrasil.com.br/artigos/250543672/o-direito-de-punir-do-estado-e-os-fundamentos-da-jurisdicao-penal>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BATISTA, F. A.; ROCHA, L. E. N. da. A evolução histórica da aplicação da pena no direito comparado. *In: Jus*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72527/a-evolucao-historica-da-aplicacao-da-pena-no-direito-comparado>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In: Planalto*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de Execução Penal. *In: Planalto*, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. STF ADPF: 347 DF - DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-031 19-02-2016. *In: Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864006231/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-mc-adpf-347-df-distrito-federal-0003027-7720151000000>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *In: Planalto*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

CALDEIRA, F. M. A evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena. *In: Revista da EMERJ*, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAVALCANTE, K. K. A C. Evolução Histórica do Direito Penal. *In: Âmbito Jurídico*, 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CORSI, É. C. Pena: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena. *In: Âmbito Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pena-origem-evolucao-finalidade-aplicacao-no-brasil-sistemas-prisionais-e-politicas-publicas-que-melhorariam-ou-minimizariam-a-aplicacao-da-pena/>>. Acesso em: 20 set. 2020.

COSTA, D. da R. Das penas e das teorias da pena. *In: Jus*, portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43453/das-penas-e-das-teorias-da-pena#:~:text=Para%20Dam%C3%A1sio%20de%20Jesus%20pena,fim%20%C3%A9%20evitar%20novos%20delitos%E2%80%9D.>>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 4. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

DULLIUS, A. A; HARTMANN, J. A. M. Análise do sistema prisional brasileiro. *In: Âmbito jurídico*, 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/analise-do-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral** – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado – parte geral /** - Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FADEL, F. U. C. Breve história do Direito Penal e da evolução da pena. *In: Revista eletrônica jurídica*, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/redir/article/view/362>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FARINHA, G. G. **Violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro: a realidade da população feminina**. Monografia (Pós-graduação) – Instituto Latino-americano de arte, cultura e história: Foz do Iguaçu, 2019. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/211084363.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

FAVORETTO, A. C. **Estupro contra vulnerável – uma análise à luz dos princípios constitucionais e do sistema penal**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 2011.

GALVÃO, R. C. S. História dos direitos humanos e seu problema fundamental. *In: Âmbito Jurídico*, 2005. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-23/historia-dos-direitos-humanos-e-seu-problema-fundamental/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1**. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRINCHPUM, A. P. L; MARTINS, V. L. Sistema prisional brasileiro: o contexto vivenciado pelas mulheres no meio carcerário. *In: 9ª jornada de pesquisa e 8ª jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES*, 2016. Disponível em: <<http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/ciencias-criminais-constituicao-e-democracia-aspectos-contemporaneos/e4-11.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

GOMES, L. R; COIMBRA, M. Princípio da humanidade: entenda o conceito. *In: GENJurídico*, 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/07/16/principio-da-humanidade-conceito/>>. Acesso em: 06 nov. 2020.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado** / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HEDLUND, A. N. ; SILVA, I. P. **O Sentido das penas no estado democrático de direito**. Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau, v.5, n.01, p.67-79, TRI I, 2011.

HELPE, S. S. Mulheres na prisão: uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. *In: Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/19015/13842>>. Acesso em: 12 out. 2020.

INFOPEN. Levantamento Nacional de informações penitenciárias infopen – junho de 2014. *In: Ministério da Justiça*, 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

ISAAC, F. F; CAMPOS, T. de P. R. de. O Encarceramento feminino no Brasil. *In: Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz*, 2019. Disponível em: <<https://cee.fiocruz.br/?q=node/997>>. Acesso em: 12 out. 2020.

JOLO, A. F. Evolução histórica do Direito Penal. *In: ETIC – Encontro da Iniciação Científica*, 2013. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3298>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MACHADO, J. R. O **“ser mulher” no sistema prisional**. TCC (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182163/TCC%20-%20Janaise%20Renate%20Machado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MACHADO, N. O; GUIMARÃES, I. S. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In: Revista Eletrônica de Iniciação Científica*. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2020.

MAKKI, S. H; SANTOS, M. L. dos. Gênero e criminalidade: Um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil. *In: Âmbito jurídico*, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/genero-e-criminalidade-um-olhar-sobre-a-mulher-encarcerada-no-brasil/>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MARIZ, E. A. dos S. R.; GUIMARÃES, C. A. G. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: a aplicação da lei penal a serviço da democracia**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 34, p. 162-179, ago. 2016.

MARTINELLI, J. P. O. A função do Direito Penal no Estado democrático de direito: breve palavras. *In: JusBrasil*, 2017. Disponível em: <<https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/417394319/a-funcao-do-direito-penal-no-estado-democratico-de-direito-breves-palavras>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MASSON, C. **Direito Penal: Parte geral (arts. 1º a 120)** – v. 1 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MIYAMOTO, Y; KROHLING, A. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. *In: Direito, Estado e Sociedade*, 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo40.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MORAES, H. V. B. Das funções da pena. *In: Âmbito jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/>>. Acesso em: 21 set. 2020.

MOREIRA, A. M. F. O direito de punir. *In: Direito Net*, 2005. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1931/O-Direito-de-punir>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

NERY, D. C. P. Teorias da pena e sua finalidade no Direito Penal brasileiro. *In: E-Gov*, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 21 set. 2020.

NONATO, A. A. M. Os desafios dos direitos humanos no Brasil. *In: DireitoNet*, 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11464/Os-desafios-dos-direitos-humanos-no-Brasil#:~:text=No%20Brasil%20os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20garantidos%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988.&text=Ao%20longo%20da%20constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20encontra,coletivos%2C%20difusos%20e%20de%20grupos.>>. Acesso em: 13 out. 2020.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, D. Jus Puniendi do Estado e sua reparação. *In: Jus Brasil*, 2017. Disponível em: <<https://dannyeleoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/448814173/jus-puniendi-do-estado-e-sua-reparacao>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

OLIVEIRA, F. A. S. de. O direito de punir do Estado em Thomas Hobbes. *In: Manancial Repositório Digital da UFSM*, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/handle/1/9067>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

OLIVEIRA, C. P. de. **Marcas e penas – a trajetória de mulheres no sistema penal, da privação à construção da liberdade**. Dissertação (pós-graduação) – Universidade Federal de Minas Gerais: 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AXGF3Q/1/volume_final_pspv._conrado_pavel_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

PACI, M. F. Princípios constitucionais informadores da pena e a sua função ressocializadora. *In: Âmbito jurídico*, 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principios-constitucionais-informadores-da-pena-e-a-sua-funcao-ressocializadora/>>. Acesso em: 21 set. 2020.

PEQUENO, M. J. P. O fundamento dos Direitos Humanos. *In: Educando em Direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos* – João Pessoa: Editora da UFPB, 2016. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2017/04/EducandoEmDireitosHumanosV1.pdf#page=14>>. Acesso em: 13 out. 2020.

PEREIRA, A. R. **Sistema penitenciário feminino: Condições carcerárias e efetivação dos direitos fundamentais no Presídio Feminino de São Luís – MA**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão: São Luís, 2015. Disponível em: <<https://monografias.ufma.br/jspui/handle/123456789/1081>>. Acesso em: 14 out. 2020.

PEREIRA, L. M. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos Direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *In: RIDH*, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>>. Acesso em: 13 out. 2020.

PÓVOA, L. C. **A mulher e o sistema prisional: uma análise interseccional do encarceramento feminino**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/27130>>. Acesso em: 14 out. 2020.

PRACIANO, E. R. T. **O direito de punir na Constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2007.

QUADROS, S. H. S. Das penas no ordenamento jurídico brasileiro. *In: Jus*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81698/das-penas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 20 set. 2020.

REZENDE, A. L. A. de. Semelhanças em aspectos constitucionais e penais do direito hebraico previsto no Pentateuco em comparação com o direito brasileiro atual. *In: Jus*, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81816/semelhancas-em-aspectos-constitucionais-e-penais-do-direito-hebraico-previsto-no-pentateuco-em-comparacao-com-o-direito-brasileiro-atual>>. Acesso em: 25 set. 2020.

RISSO, M. F; MOREIRA, C. V. R. S. Encarceramento feminino: Desafios invisíveis. *In: Âmbito Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/encarceramento-feminino-desafios-invisiveis/>>. Acesso em: 14 out. 2020.

ROCHA, A. P. da. **O estado e o direito de punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro: o caso do Distrito Federal**. 2006. 194 f., il. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

ROZEIRA, M. Jus Puniendi: os limites do direito de punir. *In: Jus*, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64994/jus-puniendi-os-limites-do-direito-de-punir>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SANTORO FILHO, A. C. Sistema de penas no Direito Brasileiro. *In: Jus*, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56965/sistema-de-penas-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 20 set. 2020.

SESSA, A. L. Estabelecimentos Prisionais femininos no Brasil. *In: Âmbito jurídico*, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/estabelecimentos-prisionais-femininos-no-brasil/>>. Acesso em: 12 out. 2020.

SILVA, E. L. da. A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In: DireitoNet*, 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema->

penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana#:~:text=O%20sistema%20penitenci%C3%A1rio%20brasileiro%20tem,refere%20puni%C3%A7%C3%A3o%20ao%20seu%20delito.&text=Atrav%C3%A9s%20da%20pris%C3%A3o%2C%20o%20infrator,um%20risco%20para%20a%20sociedade.>. Acesso em: 15 out. 2020.

SILVA, F. P. da. A aplicação dos Direitos Humanos no sistema prisional. *In: JurisWay*, 2016. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18061>. Acesso em: 13 out. 2020.

SILVA, G. K. G. G. da. O sistema carcerário brasileiro e sua ineficiência quanto aos fins da pena. *In: DireitoNet*, 2017. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10272/O-sistema-carcerario-brasileiro-e-sua-ineficiencia-quanto-aos-fins-da-pena>>. Acesso em: 14 out. 2020.

SILVA, J. C. C. da. Considerações acerca da função da pena a partir de uma abordagem criminológica. *In: Argumenta Journal Law*, 2008. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/113>>. Acesso em: 21 set. 2020.

SILVA, J. C. C.; CASAGRANDE, E. G. F. E. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. *In: Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/jose_cirilo.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

SILVA, J. M. da. **O Direito Penal dos Hebreus**. Justitia, São Paulo, out./dez. 1979.

SOARES NETO, B. Princípios constitucionais penais. *In: Jus*, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56150/principios-constitucionais-penais>>. Acesso em: 21 set. 2020.

SOLDATELLI, B. D; WEDING, J. C. Direitos Humanos no encarceramento feminino: um enfoque para o acesso à saúde como garantia da dignidade humana. *In: Anais eletrônicos do VII Seminário Corpo, Gênero e Sexualidade, do III Seminário Internacional Corpo, Gênero e Sexualidade e do III Luso-Brasileiro Educação em Sexualidade, Gênero, Saúde e Sustentabilidade*, 2018. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/240.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.

SOUZA, G. G. **A Vingança privada no ordenamento jurídico: seus reflexos na contemporaneidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/handle/prefix/1654>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SOUZA, G. M. da S. de. **O ius puniendi do Estado e a Dignidade da Pessoa Humana frente a preservação dos Direitos do preso**. 2018. 43 f., il. Monografia

(graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim, Cachoeiro de Itapemirim, 2018.

SOUZA, L. R. de. DIAS, J. L. N. A execução da pena no âmbito do sistema prisional brasileiro sob a ótica dos Direitos Humanos e Tratados Internacionais. *In: Repositário Institucional*, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/732>>. Acesso em: 21 set. 2020.

SOUZA, O. R. R. de. **Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro: Proposta para suas Efetividades** – Osasco, UNIFIEO: 2013.

SOUZA, T. B. S. de. Aspectos históricos e legais sobre a evolução da pena. *In: ETIC – Encontro da Iniciação Científica*, 2016. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5745>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

TEIXEIRA, S. W. D. Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal – Propostas para melhoria do desempenho de uma Vara de Execução Penal. *In: FGV Repositório Digital*, 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4218>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

UNICEF. O que são Direitos humanos? *In: UNICEF*, 2015. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos>>. Acesso em: 14 out. 2020.

VARELLA, D. **Prisioneiras**. 1ª ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VERÍSSIMO, E. O sistema prisional brasileiro como violador dos direitos humanos. *In: Jus*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76853/o-sistema-prisional-brasileiro-como-violador-dos-direitos-humanos#:~:text=A%20dignidade%20humana%20constitui%2Dse,e%20qualquer%20ato%20de%20cunho>>. Acesso em: 14 out. 2020.

ZANINELLI, G. **Mulheres encarceradas: dignidade da pessoa humana, gênero, legislação, e políticas públicas**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. UENP: Paraná, 2015. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/6854-giovana-zaninelli/file>>. Acesso em: 12 out. 2020.