

A RELATIVIZAÇÃO DA FRATERNIDADE NA APLICAÇÃO DA NORMA E EM SUA EXECUTORIEDADE

Carla Dandara S. Mélo.¹

1. Introdução

Garantidor da segurança e da paz sempre almejada pela sociedade ao longo de sua evolução, o Direito é uma arte, é um jogo de palavras que por meio de um sistema normativo rege como um maestro a sua orquestra, o comportamento do ser humano no meio social, delimitando as ações que esse não pode praticar, sob pena de lhe ser cominada uma sanção que tanto pode atingir os seus bens materiais quanto a sua liberdade, retirada deste quando é privado do convívio social, através da prisão.

Dividido em vários ramos, sua área criminalista é a que mais nos fascina, inclusive nos encoraja a abordar nas poucas linhas que se seguirão neste artigo sobre o direito penal e a existência mesmo que mínima do princípio da fraternidade neste sistema criticado por muitos e aplaudido por poucos, pois para alguns as normas penais são brandas e para outros estão sendo humanizadas com o passar dos anos, já que as punições e as formas de serem executadas as penas não são cruéis como nos séculos passados, onde homens eram mortos em praças públicas mediante atos impiedosos, desumanos e banais de um ordenamento jurídico inquisitivo.

Neste trabalho pretendemos apreciar inicialmente a origem do princípio da fraternidade, assim como tentar denominá-la, passando logo em seguida a analisar de forma perfunctória a evolução histórica do direito criminal, cuja existência material é remota há séculos anteriores a criação das codificações e das constituições, com a finalidade de demonstrar a inserção da fraternidade no passar das eras neste instituto.

Em um segundo momento, iremos nos dedicar a examinar o código penal de 1940, em vigor no Brasil, quanto as suas penas e a lei de execução penal quanto ao cumprimento destas penas, que diga-se de passagem não são tão satisfatórias.

2. Fraternidade

*Discente do 8º período da ASCES/Faculdade de Direito de Caruaru, noturno II, integrante do grupo de pesquisa “Fraternidade Política e Constituição”, sob a orientação do Prof. Alexandre Costa.

Termo advindo do grego (adélphontes), a fraternidade é um símbolo lingüístico que tem por significado a palavra irmão.² Sua criação deu-se na Idade Média com a proclamação do Antigo Testamento pela Igreja Católica, que a utilizava segundo Alcântara Machado “*para indicar os membros da mesma família; da mesma tribo; como oposição aos estrangeiros; ou para indicar os originários de um mesmo tronco familiar. Depois passou a ser utilizado para as pessoas ligadas pela mesma fé; por aliança ou até por aqueles que desempenhavam os mesmos papéis ou funções*”,³ em um sinal de exclusão, em que seriam irmãos apenas as pessoas ligadas pelo parentesco ou pelos ideais.

Esse posicionamento religioso permaneceu por alguns séculos até o surgimento do Novo Testamento, onde a exclusão fraternal deixa de ser concebida como uma restrição de irmandade a determinados grupos e passa a ser retratada de uma forma transcendental, não sendo, mas os seres humanos irmãos pelo simples fato de se encontrarem em uma determinada árvore genealógica, em um setor social ou religioso, mas, sim por serem filhos de um único pai (Deus) celestial, onipotente, criador do céu e da terra, que nos construiu a sua semelhança,⁴ ou seja, abandona-se uma visão limitada de espaço e engloba-se todo um contingente de pessoas, independente da sua posição de ser humano no âmbito social. Entretanto, não se aborta a postura da crença, pois irmãos neste momento histórico seriam apenas as pessoas que creem nos dogmas da Igreja Católica, deixando-se a mercê os ateus e os politeístas, como aduz Rodrigo Mardones citando Cristóbal Orrego (BAGGIO et al 2007:141).

Sin embargo, según Cristóbal Orrego¹ la fraternidad es un concepto del orden familiar y eclesial que no puede ser transformado en una categoría política. En efecto, la Iglesia Católica sería la institución más cercana a una universalización en su apelación al Pueblo de Dios; pero dicho Pueblo – continúa Orrego **se conforma en una afinidad espiritual que no es universal en sentido estricto, dado que excluiría a los no bautizados.**⁵ (*grifo nosso*)

² BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 77.

³MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. In: CONGRESSO NACIONAL - “DIREITO E FRATERNIDADE”. Vargem Grande Paulista, SP. 26 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.portalciclo.com.br>> Acesso em: 19 julho 2010.

⁴MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. CONGRESSO NACIONAL - “DIREITO E FRATERNIDADE”. Vargem Grande Paulista, SP. 26 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.portalciclo.com.br>> Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁵Z, Rodrigo Mardones. Hacia una precisión conceptual de la fraternidad política. In: OSVALDO, Barreneche. **Estudios recientes sobre fraternidad: dela enunciación como principio a la consolidación como perspectiva**. 1ª Ed. Cidade Nueva: Buenos Aires, 2010. p. 37.

Crítica teórica não aceita por alguns doutrinadores como Giuseppe Tosi, para quem a idéia cristã de fraternidade engloba todos os seres humanos sem distinção.

El cristianismo hace así una síntese entre las dos tradiciones: ley natural y decálogo se identifican; El decálogo expresa El contenido fundamental de La ley natural, explicita y sanciona las **normas universales escritas por Dios em El corazón de todos los hombres y afirma que todos, inclusive los paganos, pueden conocerlo y deben respetarlo...**⁶ (*grifo nosso*)

Posicionamento, que por sua vez, não encontra embasamento pelo fato de os não católicos necessitarem se submeter aos princípios cristãos para serem considerados irmãos dos católicos, como é explicitado pelo próprio autor Tosi ao dizer em sua frase que os pagãos devem respeitar as leis de Deus.

Todavía, na Idade Moderna essa concepção cristã foi criticada e rejeitada pela Revolução Francesa de 1789, com mais exatidão, pelo lema criado por Robespierre, de liberdade, igualdade, e fraternidade,⁷ sendo, a primeira referente à inserção dos cidadãos na política francesa, a segunda, a mudança no tratamento social, que era totalmente dispare, e a última, que mais nos interessa, a união entre os seres humanos que se aliam em prol de um ideal não por serem filhos de um mesmo pai bondoso e sim por serem pessoas racionais e acima de tudo humanas,⁸ conforme expõe Baggio (2008, p. 27), “A idéia predominante era a de **uma fraternidade que vinculasse todos os franceses**, ou seja, que **caracterizasse as relações entre os cidadãos.**” (*grifo nosso*)

Nesse período a defesa da fraternidade dá-se como um fato humanitário e não fraternal religioso, visto que pela necessidade de justificar a reação revolucionária francesa, que almejava a derrubada do governo, este princípio é transformado de uma visão cristã que não ratificaria em nada a junção das classes desfavorecidas e a tomada do poder, para uma percepção política humanitária, de acordo com Fernandez que afirma “**A fraternidade significou um ideal de emancipação** que foi parte do programa político de Robespierre, autor da legenda “liberdade, igualdade, fraternidade”, no famoso discurso de 5 de dezembro de 1790.”⁹ (*grifo nosso*)

Mesmo com a sua inserção no preâmbulo da Declaração de Direitos Humanos do Homem e da sua existência implícita no ordenamento jurídico de muitos países, como exposto

⁶TOSI, Giuseppe. La fraternidad es una categoría política?. In: OSVALDO, Barreneche. **Estudios recientes sobre fraternidad: dela enunciación como principio a la consolidación como perspectiva**. 1ª Ed. Cidade Nueva: Buenos Aires, 2010. p. 54.

⁷FERNANDEZ, Atahualpa, FERNANDEZ, Marly. **Fraternidade e Política Municipal**. Disponível em <<http://www.profpito.com/frapol.html>> Acesso em: 19 de julho de 2010.

⁸ Baggio, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

⁹FERNANDEZ, Atahualpa e FERNANDEZ, Marly. **Fraternidade e Política Municipal**. Disponível em <<http://www.profpito.com/frapol.html>> Acesso em: 19 de julho de 2010.

no Livro O Princípio Esquecido de Antonio Baggio, e por tantos outros autores, evidencia-se que o verdadeiro interesse dos organizadores da Revolução Francesa não era o bem estar social, o convívio harmonioso entre as pessoas, mas as vantagens geradas pelo capitalismo, como ficou bem explícito pelo desaparecimento da aplicação do princípio da fraternidade na sociedade logo após o fim da revolução.¹⁰

Embora retratada pela forma cristã e política de formas diversas, a fraternidade em ambos os conceitos encontra um ponto em comum, que é a prevalência de um laço de união, seja, pelo fato de reconhecer no outro o seu semelhante ou por ser o homem racional e sensato, ter percebido que necessita do outro no mundo pra viver. Essa união só é possível graças à alteridade e à confiança entre os seres humanos.

Por fim, a fraternidade é um princípio que prega a união entre as pessoas independente de qualquer diversidade. União essa que só é possível mediante a soma do deixar o individualismo e pensar no outro, enxergá-lo como um ser no mundo e não como um objeto, conforme vem ocorrendo desde o surgimento do capitalismo.

De modo que, acrescentando-se, ainda a esta fórmula o acreditar e o ajudar a outra pessoa. Só através destas ações será possível notar o outro como um irmão, sem sujeição a consanguinidade, e iniciar o respeito, a preocupação e o cuidado com ele.¹¹

3. O Sistema Penal Brasileiro

O Direito Penal Brasileiro, como a maior parte da nossa legislação codificada é um sistema oriundo da observação feita pelo legislador das normas alienígenas. Sua origem é constatada de épocas anteriores a colonização brasileira, visto que os índios aqui existentes em seu convívio comunitário já estipulavam regras sociais punitivas¹².

Como nos primórdios humanos da Europa, onde havia a prevalência da vingança divina e coletiva, sem existência do Estado-juiz, em que a aplicação das normas consuetudinárias eram ditadas a partir da percepção da natureza que expressava a vontade dos deuses, os quais simbolicamente pelas mudanças climáticas do tempo ou por algum fenômeno

¹⁰ BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

¹¹ OSVALDO, Barreneche. **Estudios recientes sobre fraternidad: dela enunciación como principio a la consolidación como perspectiva**. 1ª Ed. Cidade Nueva: Buenos Aires, 2010.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 14 ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 46-47.

natural, exigiam o banimento ou o castigo corporal do infrator, representado várias vezes pelos sacrifícios humanos.¹³

Essas regras sociais punitivas se propagaram durante longos anos no Brasil, sofrendo com o passar das eras modificações visíveis, que não favoreceram os transgressores dos limites sociais, mas ao contrário, foram ainda mais cruéis na época da colonização das terras brasileiras e da formação das capitânicas, quando as normas eram impostas pelos portugueses que aqui aportaram, com base nas Ordenações Filipinas que vigoraram neste país por mais de dois séculos.¹⁴

Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada **no Brasil**, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das **Ordenações Filipinas**, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. **Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo, etc.** Não adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável.¹⁵ (*grifo nosso*)

Esta fase de domínio colonial pode ser comparada a Idade Antiga e Medieval, cuja vingança era privada, tinha-se a presença de um Estado e as penas eram executadas através da crueldade dos suplícios¹⁶, segundo Foucault

...acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração.¹⁷

Tratava-se o condenado da forma mais perversa possível, transformando-o em vítima e a justiça no verdadeiro infrator, pois não havia tratamento humanitário nesta época, em que as penas já formalmente codificadas, eram cumpridas em praça pública para todos os cidadãos verem e tomarem para si como advertência do que poderiam vir a passar se descumprissem as normas jurídicas. Normalmente, essas penalidades eram concretizadas por meio de esartejamento ao ar livre ou enforcamentos¹⁸

¹³GOMES, Geder Luiz Rocha. **Substituição da prisão. Alternativas penais: legitimidade e adequação.** Editora Podivm, 2008. p. 32-34.

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 14 ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 46-47.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 14 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

¹⁶GOMES, Geder Luiz Rocha. **Substituição da prisão. Alternativas penais: legitimidade e adequação.** Editora Podivm, 2008. p. 34-36.

¹⁷FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 36 ed. Vozes: Petrópolis, RJ, 2009. p. 14.

¹⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 36 ed. Vozes: Petrópolis, RJ, 2009.

À medida que as décadas foram passando, sentiu-se a necessidade de um ordenamento jurídico que fosse voltado para correção do infrator através de uma maneira digna e eficiente, sem depreciação da sua dignidade humana, como vinha ocorrendo. Haja vista que mesmo sendo um transgressor das normas, acima de tudo o criminoso era uma pessoa que merecia respeito e uma chance de ser reinserido no âmbito social, ou seja, em meio aos seus irmãos.¹⁹

Esta concretização normativa se deu através do texto da Constituição Brasileira de 1824, que influenciada pelo lema da liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa de 1789, assim como pelas teorias propagadas pelo Iluminismo Europeu e por obras como as de Cesare Beccaria. Impôs a criação de uma nova legislação penal, que foi sancionada por D. Pedro I e denominada de Código Criminal do Império.²⁰ Conforme explicita Geder Gomes em seu livro:

Esse cenário dantesco só sofreu alterações **a partir do século XVIII**, quando sopraram os ventos do **período humanitário** que, em **oposição às amarras do absolutismo opressor e repressor**, propuseram uma idéia da **pena** que pudesse respeitar a razão e **observar valores tais como a dignidade do homem**.²¹ (*grifos nossos*)

E de acordo com texto do próprio código:

Art. 1º Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique.

Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1º Os menores de quatorze annos.

2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle:

1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.²²

Nessa legislação houve a introdução da irretroatividade da pena, do princípio da legalidade, de um meio mais brando para reeducação penal dos menores infratores, bem

¹⁹GOMES, Geder Luiz Rocha. **Substituição da prisão. Alternativas penais: legitimidade e adequação.** Editora Podivm, 2008. p. 36-43.

²⁰GOMES, Geder Luiz Rocha. **Substituição da prisão. Alternativas penais: legitimidade e adequação.** Editora Podivm, 2008. p. 36-43.

²¹GOMES, Geder Luiz Rocha. **Substituição da prisão. Alternativas penais: legitimidade e adequação.** Editora Podivm, 2008. p. 38.

²²BRASIL. Código do Império do Brazil, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <www.planalto.gov.br > Acesso em: 22 de agosto de 2011.

como, cuidados com os doentes mentais, sem falar na adoção da prisão com trabalho, entre tantos outros.

Embora não se tenha modificado a desproporcionalidade da aplicação das penas, continuando estas a serem determinadas conforme o crime praticado pelo infrator, sendo, a depender do caso, transformada em degredo, desterro, banimento, prisão perpetua ou ainda em pena de morte, essa última como punibilidade máxima.

Nessa época, ainda havia inexistência de prazo prescricional para atuação do Estado em relação ao delinquente, assim como, aplicação de castigo corporal aos escravos, que só foi revogado em 1886.

Código Criminal Do Império do Brazil

Art. 38. A pena de morte será dada na força

Art. 40. O réo com o seu vestido ordinario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á força, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, aonde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar.

Art. 50. A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o territorio do Imperio. Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua.

Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. (Revogado pela Lei 3.310, de 3.310, de 1886)²³

Com a queda do Império e a ascensão da República, o Código do Império foi derogado ficando em seu lugar o Código Penal de 1890, que garantia também a irretroatividade da lei, exceto quando para beneficiar o réu, e o princípio da legalidade.

CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL

Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

Art. 3º A lei penal não tem effeito retroactivo; todavia o facto anterior será regido pela lei nova.

- a) si não for considerado passivel de pena;
- b) si for punido com pena menos rigorosa.

²³BRASIL. Código do Império do Brazil, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <www.planalto.gov.br > Acesso em: 22 de agosto de 2011.

Parágrafo unico. Em ambos os casos, embora tenha havido condenação, se fará aplicação da nova lei, a requerimento da parte ou do ministério publico, por simples despacho do juiz ou tribunal, que proferiu a ultima sentença.

Art. 43. As penas estabelecidas neste codigo são as seguintes:

- a) prisão celluar;
- b) banimento;
- c) reclusão;
- d) prisão com trabalho obrigatorio;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdicção;
- g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.²⁴

Este código, por motivos de construção textual e social, foi reformulado pelo Código Penal de 1940, que sofreu também algumas atualizações durante os anos seguintes, encontrando-se em vigor até hodiernamente.²⁵ Entre estas atualizações encontra-se o regime prisional fornecido pela Lei nº 7.209/84, que implementou as penas alternativas de prisão²⁶. E que reavivou o princípio da fraternidade no âmbito penal.

4. A aplicação da fraternidade nas normas penais brasileiras

Como é de conhecimento e, inclusive, foi defendido há décadas atrás por Rousseau e por Hobbes na teoria do contrato social, as normas jurídicas punitivas são fruto da criação legislativa do Estado, advindas inicialmente da vontade humana que almejando proteção contra a violação física ou patrimonial por parte de outro ser humano considerado mais forte, principalmente por este último tipo de violação, cria um contrato de sociedade em que todas as pessoas abrem mão de parte da sua liberdade em face do Estado, em troca deste assumir a responsabilidade de limitar o espaço de cada indivíduo e de puni-lo pela transgressão da ordem social. Essa punição tem por caracterização específica a imposição de uma sanção ao seu infrator, conhecida como pena, que sem distinção étnica, social ou profissional, estipula um grau máximo e

²⁴BRASIL. Código Penal do Estados Unidos do Brazil, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 22 de agosto de 2011.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48-49.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 48-49.

mínimo de reeducação ou castigo, que será analisado pelo magistrado no momento da sentença.

No Brasil essas penas anteriormente ao surgimento do Código do Império foram muito severas, pois visavam em seu texto o castigo ou a retribuição do mal injustificado e não a correção do infrator, como pode ser apreciado em laudas acima.

Contudo, desde a criação das Leis Imperiais até os dias atuais, essas normas se encontram em fase evolutiva, visto que podemos encontrar no bojo dos seus textos a inserção de alternativas a privação da liberdade, que visam tratar o delinquente através de uma forma humanitária, mantendo-o no meio social ao invés de enclausurá-lo ou colocá-lo em prisão celular. Como é o caso das penalidades que restringem direitos, conforme o art. 43 do Código Penal de 1940, ainda em vigor:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (vetado);

IV – prestação de serviço a comunidade ou entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.²⁷

Aplicada as condenações não superiores a 04 (quatro) anos, sem nenhum tipo de violência a vítima, desde que não seja o réu reincidente em crime doloso, etc.²⁸

E como também do mesmo modo, pela aplicação da suspensão do processo ou da pena, este último regulado pelos art. 77 a 80, CPB, ou ainda, pela aplicação das punibilidades de advertência, freqüência a cursos e submissão a tratamento, comparecimento a programa ou curso educativo ou transações penais, que se dá apenas nas contravenções.²⁹

Além da progressão de regime que permite ao réu sair da reclusão (regime fechado) que se inicia na prisão, e progredir para a detenção (regime semi-aberto) cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e por fim conseguir

²⁷Brasil. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 15 de agosto de 2011.

²⁸ Vide art. 44 do Código Penal Brasileiro.

²⁹BRASIL. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 15 de agosto de 2011.

o regime aberto, concedido pelo livramento condicional, que permite ao apenado o direito de terminar o cumprimento de sua pena em meio à sociedade.³⁰ Sendo, segundo Cuello Calón “[...] um período de transição entre a prisão e a vida livre, período intermediário absolutamente necessário para que o condenado se habitue às condições da vida exterior, vigorize sua capacidade de resistência aos atrativos e sugestões perigosas e fique reincorporado de modo estável e definitivo à comunidade [...]”.³¹

Essas mudanças nas normas penais evidenciam a preocupação dos seres humanos uns para com os outros, pelo menos teoricamente como será demonstrado mais a frente, ao não se interessarem pela segregação social do seu próximo, mas pelo comportamento regrado necessário para convivência no âmbito social.

Consoante, podemos continuar a verificar através da prisão domiciliar inserida no ordenamento jurídico, que permite o cumprimento da pena pelo réu em seu domicílio, contanto que, ele seja maior de 70 (setenta) anos; ou esteja acometido de doença, ou detenha filho menor ou deficiente (físico ou mental) ou então, se encontre em estado de gestação.³²

Assim como, pela proteção a integridade física e psíquica do réu e pelas garantias trabalhistas, adquiridas pelo labor diário em setores da própria cadeia ou penitenciária em que se encontre.

Código Penal Brasileiro

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

Art. 39. O trabalhado do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.³³

Da mesma forma pela não aplicação da norma penal ao infrator, seja pelo fato do ato em si gerar uma grande penalidade, como nos crimes onde pais negligenciam os cuidados com os filhos.

³⁰Brasil. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 15 de agosto de 2011.

³¹ E. Cuello Calón, **apud** Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³² BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Brasília, 11 de julho de 1984. Art. 117. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 09 de setembro de 2011.

³³Brasil. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 15 de agosto de 2011.

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

§ 5.º Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.³⁴ (*grifo nosso*)

Seja, por ter se dado mediante questões de caráter relevante, conforme no furto famélico em que a ré é infame.

EMENTA - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. BISCOITOS, LEITE, PÃES E BOLOS. CRIME FAMÉLICO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO DAS VÍTIMAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O princípio da insignificância em matéria penal deve ser aplicado excepcionalmente, nos casos em que, não obstante a conduta, a vítima não tenha sofrido prejuízo relevante em seu patrimônio, de maneira a não configurar ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, para afastar a tipicidade pela aplicação do referido princípio, o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, ou seja, a lesão ao bem jurídico ou a conduta do agente, devem ser ínfimos.³⁵

Embora ao longo do tempo tenham existido leis em nosso ordenamento jurídico que visavam à depreciação dos acusados ou dos condenados como seres humanos no mundo. Tivemos uma grande superação do nosso código penal, que influenciado pelos Direitos Humanos e, principalmente, por um posicionamento fraternal, trata de recuperar o criminoso em seu texto normativo, preocupando-se com o seu bem estar social, vislumbrando nele uma pessoa necessária ao âmbito da sociedade e não um marginal que precisa ser eliminado do meio que habita.

5. Execução Criminal e Fraternidade

A execução criminal, por sua vez, é a última fase do processo crime, cuja objetivação da enseja a dois resultados: preliminarmente, permitir ao condenado que este

³⁴Brasil. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 15 de agosto de 2011.

³⁵Brasil. Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2008/0075402-9, Crime famélico. Provimento do recurso. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 28/08/2008. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br> Acesso em: 30 de agosto de 2011.

cumpra da melhor forma possível as determinações judiciais que lhe tenham sido impostas pelo Juízo Criminal e posteriormente, a sua ressocialização, necessária para o retorno a sociedade, como expõe o texto normativo da Lei 7.210 de 11 de setembro de 1984.

Lei de Execução Penal

Art. 1.º 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.

Art. 10.º A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.³⁶ (*grifo nosso*)

As normas do texto da LEP (Lei de Execução Penal) visam concretizar no mundo dos fatos a decisão tomada pelo magistrado, seja através da aplicação das penas restritivas de direito que concedem a garantia ao condenado de se redimir frente à sociedade, mediante a satisfação da punibilidade no âmbito social, ou pelo devido cumprimento da punibilidade a partir do emprego da privação da liberdade que enclausura o indivíduo nos muros de concreto, segundo Messuti afirma, “Seus muros delimitam as fronteiras com o mundo externo e impedem a comunicação com os que se encontram do lado de fora.”³⁷

Essa punição criminal na maioria das vezes inicia-se pelo regime fechado (na prisão), passando com o decorrer do lapso temporal e com o respeito aos requisitos elencados no bojo da própria lei para os demais regimes (semi-aberto e aberto), conforme já exposto no decorrer deste artigo.

Nestas fases de consolidação das normas penais a fraternidade pode ser bem vislumbrada na execução das penas restritivas de direito, que tem por características: integrar o apenado a sociedade e reabilitá-lo sem o emprego da força máxima do Estado, pois não à limitação da sua vida em um dos estabelecimentos prisionais, visto que cometendo uma leve infração e sendo levado a prisão sairia pior do que entrou.

Contudo, não podemos fazer a mesma afirmação quanto à efetivação das penas privativas de liberdade que isolam o infrator das regras sociais, pelo fato de ser este princípio materializado no bojo da norma a partir da existência de determinações de direitos e garantias.

³⁶BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: www.senado.gov.br Acesso em: 09 de setembro de 2011.

³⁷MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003. p. 8.

Art. 85.º O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).³⁸ (grifo nosso)

Mas, no entanto, não solidificado no âmbito da realidade, onde os estabelecimentos prisionais apresentam superlotação, condições estruturais precárias, sem retratar ainda o descaso com que são tratados os condenados.

Em uma cela onde estão 24 presos, apenas uma pequena entrada de ar. O calor é quase insuportável e assim eles ficam dia e noite. Para dormir, têm que fazer revezamento. No Espírito Santo, presos lotam as delegacias porque não há vagas nos presídios.

Quando não há mais espaço nas celas, a superlotação chega ao corredor, onde eles ficam algemados.³⁹

Excluídos da sociedade por um fixado tempo até que sejam recuperados ou reeducados para por fim retornar livre de vícios a esta mesma sociedade, os infratores desde o século XVIII foram mandados para prisões, as quais sempre foram e ainda são utilizadas como um meio de segregação social, não por retirar o condenado do âmbito da sociedade, e sim por deixá-lo neste local “abandonado” como se fosse um lixo que precisa ser retirado da rua o quanto antes, pelo simples fato de ser o apenado avesso as normas criadas, ou seja, uma pessoa que não se adéqua aos anseios da sociedade.⁴⁰

Entretanto, é mister ressaltar, que existem presídios no Brasil que oferecem uma boa estrutura, como as penitenciárias federais, e meios de ressocialização como a penitenciária da cidade de Caruaru-PE, por exemplo. No entanto, estas também não têm todos os requisitos necessários para recuperar o infrator, por ser a primeira, apenas utilizada para excluir os criminosos de alta periculosidade do âmbito social e a segunda, por não deter uma estrutura apropriada.

³⁸ BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 09 de setembro de 2011.

³⁹ Bom dia Brasil. Superlotação em Presídios do Espírito Santo será discutida pela ONU, Rio de Janeiro, 15 de março de 2010. Disponível em: <g1.globo.com>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36 ed. Vozes: Petrópolis, RJ, 2009. p. 217-219.

Por fim, também é necessário destacar que ainda falta na sociedade brasileira a manifestação da união, da humanidade e do respeito sem a qual não será possível ampliar o princípio da fraternidade no mundo, consoante aduz o magistrado do Maranhão, José Abreu Costa,

A atitude louvável do Legislativo precisa ser seguida por outros segmentos sociais, pois o crime, repita-se, é um problema de toda sociedade e não apenas dos Poderes constituídos. As prisões deveriam ser, na verdade, catalisadores de energia, recebendo o homem adoentado moralmente e devolvendo-o curado à sociedade.⁴¹

Os primeiros a criarem os criminosos são o Estado e a sociedade que não dão oportunidade para aqueles que mais precisam, nem realmente trabalham para melhorar o mal já estabelecido.

6. Considerações Finais

O presente artigo teve como finalidade demonstrar que há existência da fraternidade tanto nas próprias normas penais brasileiras quanto na concretização destas, sendo que, relativamente neste último caso, pois a execução da punibilidade através dos estabelecimentos prisionais não vem propiciando uma reabilitação humanitária do apenado, pelo contrário, faz com que este se torne ainda mais hostil para com a sociedade. Sociedade esta que também, por sua vez, não colabora totalmente com o desenvolvimento do próximo, o que fica bem evidenciado pela segregação social do criminoso nos presídios e nas cadeias de uma forma depreciadora, pois são pessoas amontoadas em pequenos espaços durante longos dias, meses e até anos, que muitas vezes não têm direito a uma educação ou a aprender uma profissão para quando sair do estabelecimento prisional ter um novo rumo para dar a sua vida, conforme ocorre nas cadeias e presídios situados nas cidades dos interiores do Brasil.

Entretanto, também almejamos expor que apesar do não unir-se ao próximo, do não preocupar-se com o outro, do ser individualista presente neste mundo, houve uma grande evolução quanto ao tratamento do réu, criminoso, delinquente, ou infrator como são denominados os nossos apenados, pelas normas penais e, infelizmente muito pouco pela

⁴¹José Abreu Costa. **O sentido da Execução Penal**. Tribunal de Justiça do Maranhão. Disponível em <www.nossacasa.net> Acesso em 10.09.2011.

sociedade, que ainda têm embutido em sua estrutura a seguinte frase “*lugar de delinqüente é na cadeia*”.

Ademais, acreditamos que as penas e as prisões sejam necessárias para o convívio em sociedade, pois os seres humanos são movidos por desejos e sem regras surgiram mais conflitos desagradáveis do que já existem. No entanto, essas penas e prisões devem ser voltadas para sua finalidade teórica que é a reeducação, a reabilitação e não a segregação social.

7. Referência

BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

BRASIL. Código do Império do Brazil, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 de agosto de 2011.

BRASIL. Código dos Estados Unidos do Brazil, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 22 de agosto de 2011.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1942. Disponível em: <www.senado.gov.br> Acesso em: 15 de agosto de 2011.

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. (Lei de Execução Penal)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 14 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

Bom dia Brasil. Superlotação em Presídios do Espírito Santo será discutida pela ONU, Rio de Janeiro, 15 de março de 2010. Disponível em: <g1.globo.com>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

FERNANDEZ, Atahualpa, FERNANDEZ, Marly. **Fraternidade e Política Municipal**. Disponível em <<http://www.profpito.com/frapol.html>> Acesso em: 19 de julho de 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36 ed. Vozes: Petrópolis, RJ, 2009.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **Substituição da prisão. Alternativas penais: legitimidade e adequação**. Editora Podivm, 2008.

José Abreu Costa. O Sentido da Execução Penal. Tribunal de Justiça do Maranhão. Disponível em: <www.nossacasa.net> Acesso em 10.09.2011.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. In: CONGRESSO NACIONAL - “DIREITO E FRATERNIDADE”. Vargem

Grande Paulista, SP. 26 de janeiro de 2008. Disponível em <[http:// www.portalciclo.com.br](http://www.portalciclo.com.br)>
Acesso em: 19 de julho de 2010.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

OSVALDO, Barreneche. **Estudios recientes sobre fraternidad: dela enunciación como principio a la consolidación como perspectiva.** 1ª Ed. Cidade Nueva: Buenos Aires, 2010.