

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pâmela Copetti Ghisleni

Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Unijuí.
pcghisleni@gmail.com

Resumo

Este artigo discute a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o sistema penitenciário brasileiro no que pertine à inobservância das garantias presentes no ordenamento jurídico. Utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, sobretudo com consulta a obras de referência, meios eletrônicos e revistas. Objetiva-se demonstrar a falência do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que as práticas cotidianas no ambiente prisional e de aplicação da lei penal implicam, algumas vezes, violação dos direitos fundamentais dos apenados. Aborda-se, então, a importância e a necessidade de considerarmos o Direito Penal como *ultima ratio* do sistema, ou seja, um direito penal mínimo, justamente para que seja salvaguardado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave

Sistema penitenciário. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM and THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Abstract

The proposed theme for this article is the legal principle of human dignity and the Brazilian prison system. Developed through a literature review in the legal field, as well as the electronic media queries, magazines, newspapers, among others, aims to demonstrate the failure of the Brazilian penitentiary system, given that it confronts the constitutional principle of human dignity. Therefore, through this article, we intend to address the importance and necessity of introducing in the criminal law field a Minimum Criminal Law for the individual to have secured the minimum rights and guarantees inherent to the human being, especially with regard to the dignity of the human person.

Keywords

Prison System. Custodial Sentence. Dignity of the Human Person.

Sumário:

1 Introdução. 2 O princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. 2.1 A dignidade da pessoa humana. 2.2 Origem e desenvolvimento do princípio. 2.3 A dignidade da pessoa humana e sua função nos Estados Democráticos de Direito. 2.4 Concretização da dignidade da pessoa humana. 3 A pena privativa de liberdade. 3.1 Origens históricas e evolução da pena de prisão. 3.2 Evolução do sistema penitenciário no Brasil. 3.3 A execução da pena privativa de liberdade. 3.4 A execução da pena privativa de liberdade. 4 A violação do princípio da dignidade da pessoa humana na pena de prisão. 4.1 Despersonalização do apenado. 4.2 A Lei de Execução Penal à luz da dignidade humana. 4.3 O mito da função ressocializadora da pena de prisão. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de que pena privativa de liberdade apresenta-se como um instrumento adequado à ressocialização do indivíduo transgressor da norma, torna-se obsoleta na medida em que fica comprovado que o fim a que ela se destina não é realizável. Poder-se-ia justificar essa ineficácia do sistema carcerário brasileiro pelo fato de que a pena privativa de liberdade vai de encontro a um dos maiores princípios assegurados pela Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

Na realidade, quando submetido à pena de prisão, o indivíduo acaba por perder não somente o princípio supracitado, mas também outros direitos e garantias mínimos relativos ao ser humano, tendo restringida a autonomia de consciência e, ainda, sentindo-se anormal ou inferiorizado. Em ambos os casos o nosso sistema prisional assume uma postura contrário aos pressupostos de liberdade e igualdade, o que, mais uma vez, justifica a falência desse sistema.

O tema proposto é de grande importância, tendo em vista que nós, enquanto estudantes de Direito, devemos estar constantemente preocupados com a ineficácia da pena privativa de liberdade. Cabe a nós, ainda, suscitarmos discussões acerca do tema para que possamos, na medida do possível, mudar o pensamento e a cultura das pessoas que, muitas vezes, acreditam veementemente que isolar o sujeito infrator em uma cela é a única maneira de banir a violência de nosso país.

O presente trabalho está organizado em três momentos. Num primeiro momento o foco esteve em esclarecer o que abrange e do que se trata o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Também se faz fundamental entender os acontecimentos históricos que deram origem à pena privativa de liberdade, como ela era executada e como se sucedeu sua evolução histórica. Por isso, o segundo momento deste trabalho compõe-se basicamente de fatores históricos, justamente para que possamos tomar consciência do desenrolar dos fatos até chegarmos ao sistema prisional que conhecemos hoje.

O terceiro momento contempla as questões pertinentes à violação do princípio da dignidade da pessoa humana dentro do sistema carcerário brasileiro. Aqui reside também uma análise dos direitos e deveres do preso abrangidos pela Lei de Execução Penal. Por fim, ainda num terceiro momento, faz-se importante analisar o caráter ressocializador da pena de prisão.

Para desenvolvimento deste artigo, foram utilizadas diferentes formas de levantamento de dados. A pesquisa bibliográfica foi empregada para investigar os conceitos e demais aspectos pertinentes ao tema proposto. Além disso, a consulta a meios eletrônicos, revistas e jornais enriqueceu de forma especial o trabalho.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desde logo, é preciso saber que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tal como nos é assegurado no artigo 1º da Constituição Federal brasileira. A República Federativa do Brasil, portanto, tem algumas características especiais, quais sejam: a) todos são submetidos ao império da lei; b) há separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário; c) há disposição no sentido de estabelecer as garantias individuais; d) todo o poder emana do povo, o que significa que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário. Ademais, inerente ao Estado Democrático de Direito está o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assunto do qual trataremos neste Capítulo. Pretende-se, por meio de uma breve e clara abordagem, esclarecer os conceitos referentes à dignidade humana e, ainda, alguns fatores históricos que puderam consagrar a consolidação deste importante princípio em nossa Carta Magna.

2.1 A dignidade da pessoa humana

Seguidamente, a expressão “dignidade da pessoa humana” tem sido usada na intenção de defender direitos humanos fundamentais. O problema é que muitas vezes não se consegue chegar ao real significado de seu conceito, ficando ele muito vago, uma vez que não há em nossa Constituição um rol taxativo neste sentido.

Sabemos apenas que é necessário o reconhecimento e respeito a esta dignidade. Apesar, contudo, da grande dificuldade que existe para definir claramente o significado da expressão “dignidade da pessoa humana”, ela é real na medida em que se torna fácil apontar as situações nas quais ela é agredida.

Com efeito, a dignidade é um atributo da pessoa humana e, pelo simples fato de “ser” humana, cabe a esta pessoa todo o respeito possível, independentemente de quaisquer requisitos ou condições, tais como origem, sexo, raça, idade, estado civil, condições sociais e econômicas, entre outras.

Por isso, é de extrema importância atentar-se para o fato de que ninguém está sujeito a perder sua dignidade, seja por deficiência física, seja por desvios morais. Veja que a lógica abrangida pelo direito penal pune o delito, ao passo que a pessoa que cometeu a prática delitiva deverá, por mais inadequada que seja sua conduta, ser tratada com todo o respeito e dignidade que lhe são inerentes enquanto ser humano.

Observe que a ideia é assegurar ao apenado condições mínimas para que ele possa voltar a conviver em sociedade, tendo a dignidade da pessoa humana papel fundamental neste contexto.

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 60),

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Podemos dizer, portanto, que a dignidade da pessoa humana dá sustentação aos direitos humanos fundamentais, sendo a pessoa humana sujeito de direitos. Estes direitos apresentam uma espécie de hierarquia, na medida em que alguns são mais existenciais que outros. Ao passo em que a humanidade vai tendo consciência acerca da dignidade da pessoa humana, vão surgindo novos direitos, todos com a ideia precípua de assegurar uma vida digna a todos. Para Luís Barroso (2000, p. 296), por exemplo, passar fome, não conseguir emprego ou simplesmente dormir

ao relento, são situações que põem em jogo a dignidade da pessoa humana. Jorge Miranda (1991, p. 169) sistematizou algumas importantes características acerca do princípio da dignidade da pessoa humana:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Diante das explanações até então feitas, cabe afirmar que a dignidade da pessoa humana está vinculada à ideia de respeito à pessoa e garantia de condições mínimas de existência, o que se efetiva por meio dos direitos fundamentais básicos.

2.2 Origem e desenvolvimento do princípio

Podemos citar duas correntes responsáveis por tentar demonstrar a origem da dignidade da pessoa humana: a corrente da tradição cristã e a corrente de Kant. Para a primeira, os homens devem ser tratados de forma igualitária pelo simples fato de que foram “criados à imagem e semelhança de Deus”. Devemos atentar, contudo, para o fato de que nem sempre a dignidade da pessoa humana foi respeitada pelas instituições cristãs e seus integrantes, tendo em vista as atrocidades praticadas pela Santa Inquisição.

De outro lado, para a corrente kantiana, a diferença entre o ser humano e os demais seres da natureza está justamente no fato de que o primeiro possui dignidade, o que significa que o ser humano não pode ser tratado como um objeto, como uma coisa. Isso porque o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para se atingir determinado fim. Eis o motivo pelo qual o ser humano possui dignidade.

No que diz respeito à expressão dignidade da pessoa humana, podemos afirmar que o termo “dignidade” vem do latim, *dignitas*. A dignidade está ligada àquilo que merece respeito, estima, mérito ou consideração. Por isso, ser digno é merecer reconhecimento ético por ações fundadas na justiça, na honestidade e na honra.

Na antiguidade clássica existia a crença de que o homem era um animal privilegiado por conta de sua racionalidade, o que o diferenciava dos demais seres, pois podia compreender o mundo de forma racional. Apesar de esta racionalidade se aplicar a todos os homens, a dignidade estava limitada a poucos grupos, não sendo, portanto, uma característica humana plena, até mesmo porque, homens e mulheres, por exemplo, eram diferenciados no plano político. Podemos dizer, portanto, que neste período a dignidade estava erroneamente associada à posição social do indivíduo e ao seu grau de conhecimento. Além disso, a noção de dignidade está intimamente ligada à ideia de liberdade atribuída a cada indivíduo, o que significa que o homem, enquanto ser livre, é responsável por seus atos bem como pelo seu destino.

O romano Marco Túlio Cícero, entretanto, fez importantes formulações a partir da dignidade da pessoa humana, sempre a desvinculando de cargo ou posição social, o que representa um grande avanço, pois passa a existir um sentido moral no que diz respeito à dignidade humana.

O Papa São Leão Magno sustentou em seu pensamento a tese já anteriormente citada de que os seres humanos são dotados de dignidade pelo fato de terem sido criados à imagem e semelhança de Deus. Este também é o pensamento de São Tomás de Aquino. Ocorre que ele inova quando afirma que o ser humano também é capaz de autodeterminação inerente à natureza humana, uma vez que é livre por natureza e possui vontade própria.

No século 16, durante a expansão colonial espanhola, o teólogo Francisco de Vitoria sustentou, referindo-se ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes indígenas, que os índios deveriam ser respeitados por conta do direito natural e de sua natureza enquanto ser humano. Isso quer dizer que, para Francisco de Vitoria, os indígenas eram livres e iguais e deviam ser respeitados como sujeitos de direito.

Embora grandes nomes como Hugo Grócio e Thomas Hobbes tenham abordado a dignidade humana em suas obras, Samuel Pufendorf foi decisivo para que houvesse um avanço significativo no que diz respeito ao conceito até então aceito de dignidade da pessoa humana.

De acordo com Sarlet (2011, p. 38),

Com efeito, ao passo que para Grócio a dignidade humana se manifesta no âmbito do direito à sepultura, no que guarda relação com o respeito com o cadáver, para Hobbes, a dignidade, numa acepção que remonta em parte ao período clássico, no sentido da dignidade como representando o valor do indivíduo no contexto social, está essencialmente vinculada ao prestígio pessoal e dos cargos exercidos pelos indivíduos, cuidando-se, portanto, de um valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade a alguém.

Samuel Pufendorf se diferencia dos demais pensadores da época por sustentar que a noção de dignidade está ligada à liberdade moral e não ao prestígio na esfera social, à tradição cristã ou a uma qualidade natural do homem.

Não podemos finalizar este item, entretanto, sem falar de Immanuel Kant, figura ímpar no que diz respeito à dignidade humana e sua concepção. Como já mencionado anteriormente, Kant embasa toda sua teoria na natureza racional do ser humano, o que significa que a autonomia da vontade e o agir conforme determinadas leis, trata-se de um atributo de seres racionais, o que fundamenta a dignidade da natureza humana. Por isso, diz-se que todo ser racional não pode ser entendido como um meio, e sim, como um fim em si mesmo.

Ante o já exposto, podemos entender o motivo pelo qual a doutrina jurídica identifica no pensamento kantiano as bases que fundamentam e conceituam de forma mais apropriada a dignidade da pessoa humana. Convém lembrar, porém, que, embora bem-fundamentadas, tanto a teoria de Kant quanto as demais teorias têm um viés extremamente antropocêntrico, uma vez que acabam por sustentar ser a dignidade humana um atributo exclusivo da pessoa humana em decorrência de sua racionalidade. Outro entendimento neste sentido também se faz importante a partir do momento em que, por conta da dignidade que a pessoa humana possui, surgem inúmeras obrigações para com os demais seres e também deveres mínimos de proteção.

Além disso, no idealismo alemão do século 19, o filósofo Hegel inovou ao sustentar uma noção de dignidade voltada à ética. Para ele, o ser humano não nasce com dignidade, mas se torna digno a partir do momento em que assume sua condição enquanto cidadão.

Nesse sentido, escreveu Sarlet (2011, p. 46):

Nesta perspectiva, não é à toa que na filosofia do Direito de Hegel já se faz presente a concepção de que a dignidade é (também) o resultado de um reconhecimento, noção esta consubstanciada – não só, mas especialmente – na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas.

Por fim, podemos concluir que a noção de dignidade da pessoa humana foi evoluindo gradativamente até chegar aos moldes em que se encontra atualmente. Além disso, sua inclusão nos Estados Democráticos de Direito representa um grande avanço, pois são assegurados de forma mais efetiva os direitos fundamentais.

2.3 A dignidade da pessoa humana e sua função nos Estados Democráticos de Direito

O inciso terceiro do artigo primeiro da Constituição Federal Brasileira eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental. Isso significa que nossa atual Carta Magna tem no princípio da dignidade da pessoa humana as bases de todo o ordenamento jurídico.

A inclusão da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 significa não somente que há em seu texto conteúdo ético e moral, mas que o legislador constituinte atribui valor jurídico fundamental ao princípio. É um princípio constitucional de relevância ímpar, tendo em vista que se trata de uma norma jurídica responsável por justificar a existência de todo o ordenamento jurídico.

Do princípio da dignidade da pessoa humana derivam todos os demais princípios éticos de nossa Constituição, que também exercem papel norteador nos demais ramos do Direito.

Princípio, nas palavras de De Plácido e Silva (1993, p. 447):

[...] quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...] Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, portanto, a dignidade da pessoa humana reflete a importância e a necessidade da construção de uma ordem jurídica que esteja assentada na necessidade de proteção da pessoa humana, o que significa que bens juridicamente protegidos podem vir a ser sacrificados em prol da dignidade humana.

2.4 Concretização da dignidade da pessoa humana

Não podemos falar em dignidade da pessoa humana sem fazer referência aos direitos fundamentais, pois é a partir desses direitos que se garante a efetividade da dignidade humana. Nesse sentido, é fundamental que exista respeito à privacidade, intimidade, honra, integridade e demais dimensões relacionadas à dignidade da pessoa.

Por isso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um rol de direitos fundamentais destinados ao cidadão brasileiro, de tal forma que seja sempre assegurada sua dignidade. Em seu artigo 5º, a Constituição elenca os direitos individuais e coletivos, sendo os primeiros, direitos da personalidade que contribuem para o reconhecimento da dignidade humana, qualidade inerente e indispensável para todo o ser humano.

No inciso II do referido artigo podemos encontrar o direito à liberdade, sendo assegurado ao cidadão o livre-arbítrio no que respeita a sua conduta, salvo se a lei fizer disposição em sentido contrário. Não podemos deixar de citar, neste inciso, o princípio da legalidade, o qual reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude da lei”. Logo, percebe-se a relação existente entre o princípio e o direito à liberdade.

O inciso X, por sua vez, refere que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Já o inciso XLV traz em sua redação o importante princípio da personalidade, de que significa que ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por outra pessoa, tendo em vista que a pena não pode passar da pessoa do condenado.

Além disso, existem alguns direitos que não estão sujeitos a nenhuma restrição, por se tratarem de uma expressão da dignidade humana. São eles, por exemplo, a vedação à tortura, ao tratamento cruel ou degradante e à escravidão, todos previstos no artigo 5º, III, da Constituição Federal.

Cabe ao intérprete do Direito, portanto, sempre considerar a dignidade humana na aplicação de direitos fundamentais. Ademais, em caso de conflito entre os direitos fundamentais e outras normas, deve-se valer da aplicação da proporcionalidade.

3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Esta unidade tem por objetivo expor os fatores históricos que levaram não à abolição da pena de prisão, mas a sua reforma, pois, ao passo em que a sociedade evoluía e se transformava, o sistema prisional viu a necessidade de adaptar-se a ela.

Apesar de a pena privativa de liberdade ser palco de uma série de contradições existentes desde sua mais remota origem, ela encontra nas palavras de Bitencourt (2006, p. 539) uma breve, porém clara, justificativa para a sua aplicabilidade ainda nos dias atuais: trata-se de um “mal necessário”.

3.1 Origens históricas e evolução da pena de prisão

A história da repressão penal constantemente esteve lado a lado com a história da humanidade, uma vez que o homem sempre teve a tendência de revidar qualquer comportamento capaz de pôr em risco sua existência ou integridade física e moral. Nos tempos mais remotos, esta vingança era exercida pela pessoa do ofendido ou

pela sua família, de tal forma que se obtivesse justiça, apesar de que, em vista do que entendemos hoje por justiça, não seja o termo mais adequado para nos valermos aqui, uma vez que não há qualquer relação de proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada pelo ofendido.

A pena também sempre esteve ligada de forma especial ao universo mágico ou religioso. Rotineiramente, aqueles fatos que fugiam do cotidiano dos homens, tais como a chuva e a seca, eram considerados uma espécie de vingança não mais privada e sim divina.

A partir do momento, entretanto, em que existe o desenvolvimento de uma atividade produtiva e a divisão do trabalho, institui-se um poder central. Isso significa que finalmente a vingança contra ameaças ou atos lesivos ao ser humano passa a ser pública. Na medida em que, portanto, ocorre o desenvolvimento do Estado, culminando em um poder público separado da sociedade, retira-se da vítima e de sua família o direito de punir de forma privada, passando este exercício punitivo a ser centralizado no Estado.

Na Antiguidade, a pena privativa de liberdade não teve nenhum papel de destaque, uma vez que a prisão tinha por objetivo a simples contenção e guarda de réus, de tal forma que eles fossem preservados fisicamente até seu julgamento definitivo. Aqui, seguidamente a prisão era utilizada para fins de se obter a verdade, principalmente por meio de tortura. Após o julgamento, a réu era liberado da prisão para se submeter ou à pena de morte ou às penas corporais, bem como mutilações e açoites, ou às infamantes. Calabouços sombrios, castelos, torres e conventos abandonados são apenas alguns dos lugares empregados como prisão, o que exemplifica as condições subumanas às quais os réus se submetiam para aguardar a sua execução. Fica muito claro, todavia, o caráter de crueldade empregado nas penas da Antiguidade.

Nos tempos medievais, por sua vez, a intenção era provocar o medo coletivo, o que nos remete às teorias da prevenção geral negativa, nas quais as sanções tinham como destinatários os infratores potenciais, de tal forma que a mensagem contida na lei pudesse intimidá-los ou afastá-los do ato delitivo.

Independentemente de qualquer condição particular, os condenados eram encarcerados sem distinção, todos juntos, em calabouços horrendos e outros tipos de prisão, sempre em condições subumanas. Neste período, assim como na Antiguidade, a ideia de pena privativa de liberdade também não se mostra muito presente. O que existe é uma clara referência ao direito germânico, no qual a privação da liberdade está bastante ligada à custódia dos réus para que, após o julgamento, eles pudessem ser submetidos aos mais diversos tipos de crueldade imagináveis.

Nas palavras de Luís Garrido Guzman (1983, p. 77 apud Bitencourt, 2006, p. 543):

[...] a privação de liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.

Nesta época surgem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Nas primeiras, eram recolhidos à prisão os inimigos do poder por conta de delitos de traição, ou ainda, os adversários políticos dos governantes. Neste caso, é possível encontrar duas hipóteses de prisão: a prisão-custódia, ou seja, a prisão para a qual se recolhiam os réus para fins de contenção física até a sua execução definitiva, ou também, a prisão como detenção por determinado período de tempo ou de caráter perpétuo. Neste último caso vale lembrar que os réus inclusive poderiam ser recolhidos à prisão para receber o perdão real. Alguns exemplos de lugares escolhidos para representarem estas prisões são a “Bastilha de Paris” e a “Torre de Londres”, isso porque a prisão na Idade Média não apresentava uma determinada arquitetura que deveria ser seguida.

A prisão eclesiástica, entretanto, estava ligada às ideias de fraternidade da Igreja e era voltada aos clérigos que apresentavam comportamento inadequado. O objetivo era recolher estes infratores em uma ala de mosteiros para que eles pudessem orar e se arrepender de forma plena de seus delitos. Apesar de a prisão canônica ter caráter mais humano do que as demais, não se pode compará-la à pena privativa de liberdade, afinal, foi por iniciativa eclesiástica que surgiram as prisões

subterrâneas no século 12, masmorras nas quais era possível chegar por meio de uma escada. Nelas, o preso era dependurado por uma corda e, assim, morria de forma cruel e dolorosa.

É comum que se considere a prisão canônica uma exceção à prisão custódia, amplamente utilizada no século 16, pois, quando se tratava de determinados casos e de certos membros do clero, recorria-se muito a esta forma especial de prisão. Podemos, então, afirmar que o Direito Canônico contribuiu de forma especial para o surgimento da prisão moderna. O próprio vocábulo “penitência”, intimamente ligado ao Direito Canônico, deu origem aos termos “penitenciário” e “penitenciária”.

Com o advento da Idade Moderna as guerras religiosas e o grande crescimento dos núcleos urbanos acabaram por deixar à margem da sociedade um grande número de pessoas, as quais recorriam seguidamente à criminalidade como forma de prover sua subsistência. Por razões de política criminal, era inapropriado que se aplicasse a pena de morte a todas estas pessoas, uma vez que este fenômeno se estendeu por toda a Europa. Por isso, na segunda metade do século 16, foram criadas prisões organizadas, de tal forma que os apenados responsáveis por esse elevado índice de criminalidade fossem corrigidos.

Logo, podemos dizer que a prisão surgiu por conta de uma necessidade do sistema capitalista, tornando-se o instrumento mais eficaz para o controle e manutenção da lógica desse sistema. Por isso, na realidade, diz-se que a instituição carcerária tem servido como instrumento para reforçar as desigualdades sociais, não cumprindo, portanto, com os fins de ressocialização do indivíduo.

Na medida em que aumentava a criminalidade e a mendicidade em Londres, o clero inglês via-se constantemente ameaçado e preocupado. Por isso, no século 16, foram criadas *instituições de correção*, nas quais o objetivo era reformar o delinquente por meio de muito trabalho e disciplina. O castelo de Bridwell, então, foi a estrutura escolhida para que se efetivasse a correção dos apenados e em pouco tempo surgiram novas *houses of correction* ou *bridwells* na Inglaterra. Finalmente, em 1697, surgem na Inglaterra as chamadas *workhouses* sob influências das *bridwells*.

Em Amsterdã foram criadas, em 1596, casas de correção para homens, as chamadas *Rasphuis* e, em 1597, as *Spinbis* para mulheres. Em 1600, por sua vez, foram criadas seções especiais destinadas aos jovens. Nestas casas eram tratados os

autores de pequenos delitos, e, para os autores de delitos mais graves, aplicavam-se penas mais duras. Assim como no caso das *Bridwells* inglesas, as prisões de Amsterdã também obtiveram grande êxito e repercussão em outros países europeus.

Importante citar ainda a pena de *galés*, nas quais os condenados a delitos mais graves ou prisioneiros de guerra eram escravizados em navios, acorrentados a um banco e obrigados a remar sem cessar sob a ameaça de um chicote. Esta prática se manteve em alguns países até o século 18.

No século 17, por iniciativa do sacerdote Filippo Franci, a Europa é palco de uma importante obra para o advento da prisão moderna: o “Hospício de San Felipe Neri”. Também por influência de Filippo Franci, grandes nomes, como Jean Mabillon e Clemente XI, iniciaram discussões acerca da reforma carcerária.

Segundo Bitencourt (2006, p. 548),

A instituição destinava-se, inicialmente, à reforma de crianças errantes, embora mais tarde tenham sido admitidos jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito. A pessoa do condenado era desconhecida para seus companheiros de reclusão graças a um capuz com que se cobriam a cabeça nos atos coletivos. Essas idéias seriam posteriormente incorporadas pelo regime celular do século XIX.

Também no século 17 surgiram nos Estados Unidos dois sistemas de grande importância: o Sistema Pensilvânico Celular e o Sistema Auburniano. No caso do primeiro, o aprisionado era totalmente isolado, sendo-lhe vedada qualquer possibilidade de comunicação com os demais presos, motivo pelo qual este sistema foi bastante criticado. Já no Sistema Auburniano o isolamento era noturno, ficando o período diurno reservado ao trabalho, que tinha início na própria cela do apenado para que ele pudesse finalmente chegar aos trabalhos em grupo. Lembrando que o trabalho a ser realizado dentro do Sistema Auburniano devia ser silencioso, sendo vedadas as visitas e qualquer tipo de lazer.

Após o Sistema de Auburn, em 1840, o capitão inglês Alexander Maconochie concebeu, na Ilha de Norfolk, na Austrália, a *sistema progressivo*, que atendia, na medida do possível, aos anseios da época no que diz respeito às sanções mais humanitárias.

Conforme aduz Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 66):

[...] o capitão inglês Maconochie distribuiu vales ou marcas aos condenados, conforme o seu comportamento e rendimento no trabalho, de modo a alterar positivamente a sua condição, podendo diminuir a pena. Era possível passar do sistema inicial de isolamento celular diurno e noturno, com árduo trabalho e pouca alimentação, para um trabalho em comum, em silêncio, com isolamento noturno. O terceiro estágio era o da liberdade condicional. Foi transposto, em face de seu sucesso, para a Inglaterra.

Posteriormente, Walter Crofton aprimorou o sistema dividindo-o em estágios, de acordo com o merecimento do apenado, de tal forma que ele passasse do isolamento para o trabalho em comum até chegar à liberdade, a qual era vigiada até o cumprimento total da pena. Podemos afirmar, portanto, que o auge da pena privativa de liberdade está relacionado à adoção do regime progressivo, na medida em que tornou possíveis as grandes e importantes modificações que viriam a ocorrer dentro do sistema penitenciário.

Com o Iluminismo e o advento das ideias de reformadores como Beccaria e Bentham, entretanto, a prisão começou a fracassar em todos os seus objetivos, na medida em que o aprisionamento resultava em reincidência. Então, em meados do século 19, Boneville de Marsangy deixou claro que não seria coerente aplicar a pena privativa de liberdade quando a pena pecuniária fosse suficiente. Surge então a necessidade de se encontrar novas penas que estivessem de acordo com os novos tempos, e, ainda, que obtivessem sucesso na medida em que fariam a reforma do delinquente.

3.2 Evolução do sistema penitenciário no Brasil

No período anterior à colonização do Brasil, as tribos que aqui habitavam tinham um Direito Penal costumeiro, o que não nos permite falar em organização jurídico-social. A partir de 1500, contudo, com o descobrimento do Brasil, passou a vigor em nosso país o Direito que vigorava em Portugal. Publicadas em 1466, as *Ordenações Afonsinas* foram as primeiras a vigorar aqui. Em 1521, por sua vez, tivemos as Ordenações Manuelinas. Na realidade, nenhum dos ordenamentos pode

satisfazer de forma eficaz as necessidades do país, uma vez que, conforme aduz Bitencourt (2006, p. 57), “havia uma inflação de leis e decretos reais destinados a solucionar casuísmos da nova colônia; acrescidos de poderes que eram conferidos com as cartas de doação, criavam uma realidade jurídica muito particular”.

Em 1603 surgem, então, as Ordenações Filipinas, as quais abrangiam amplas e severas punições, inclusive a pena de morte. Aqui não se pode falar em princípio da legalidade, tendo em vista que ficava a critério do julgador optar pela sanção que ele entendesse mais cabível para o caso em questão.

Em 1824, por sua vez, a Constituição Federal brasileira clama por um Código Criminal mais justo. Três anos depois, Bernardo Pereira Vasconcellos apresentou um projeto de código criminal de muita qualidade e que, portanto, foi aceito. Em 1830, o então imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, o qual se baseava em ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire.

Na República, foi a vez de Batista Pereira elaborar um projeto de código penal, o que aconteceu em 1890, quando o projeto foi aprovado e publicado. O referido Código, porém, foi duramente criticado, na medida em que apresentava graves defeitos técnicos, além de ignorar totalmente os avanços doutrinários que se obteve até então.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 216), entretanto,

Não obstante as críticas, o primeiro código penal republicano possuía um texto liberal, clássico, que, para seu tempo, significou um sensível avanço sobre o texto do código imperial, inspirado que foi nos melhores modelos disponíveis (é de notória influência do código italiano de Zanardelli, de 1889 e do holandês, de 1881). Apresenta, também, um significativo paralelo com outro texto, de semelhante inspiração, que é o código venezuelano.

O Código elaborado por Batista Pereira durou 42 anos e, por conta de sua má qualidade, outros inúmeros projetos surgiram com a intenção de substituí-lo. Nomes como Galdino Siqueira, Virgílio de Sá Pereira e João Vieira de Araújo, elaboraram projetos de código penal, sem obter, entretanto, o menor êxito. Em

1937, contudo, o professor paulista Alcântara Machado apresentou o seu projeto, que foi apreciado por uma Comissão Revisora e sancionado três anos depois. Em 1942 o referido Código passou a vigorar em todo o país.

O sistema de penas e medidas de segurança do código de 1940, contudo, não estava de acordo com a Constituição posta. Por isso a doutrina e a jurisprudência tomaram para si a função de atenuar o sistema, e, em 1969, portanto, foi sancionado o Código Penal de Néelson Hungria, que veio modificar o código anterior.

Em 1982 os anteprojetos da parte geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal foram encaminhados à Presidência da República. Ambos foram aprovados pelo Congresso em 1984, sendo as leis 7.209 e 7.210, respectivamente.

A reforma na parte geral do código foi de fundamental importância, uma vez que ela pôde estar mais coerente em relação aos Direitos Humanos. A possibilidade de perpetuação da pena foi eliminada, sendo o máximo 30 anos. Além disso, também tornou possível o livramento condicional.

Atualmente, nosso ordenamento abrange as penas privativas de liberdade e as restritivas de direito. A pena de morte é vedada, salvo nos casos de guerra declarada. As penas perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis, são expressamente vedadas pela nossa Constituição Federal. Temos ainda a pena de multa, alvo de muita polêmica no que diz respeito a sua efetividade.

3.3 A execução da pena privativa de liberdade

Em vista das sanções cruéis pelas quais a humanidade já passou, a pena privativa de liberdade é, sem dúvida, um grande avanço. Para auxiliar e fundamentar sua aplicação são inúmeras as teorias legitimadoras, sendo importante destacar as teorias retribucionistas ou absolutas, as teorias utilitaristas ou relativas e, ainda, as teorias mistas.

As teorias absolutas são aquelas vinculadas à ideia de realização de justiça, ou seja, a pena trata-se de uma retribuição ético-jurídica. A sanção penal é a resposta à conduta delitiva, de tal forma que a ordem jurídica seja reestabelecida.

“As teorias relativas desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos” (Zaffaroni; Pierangeli, 2002, p. 120), isso porque a ideia central é justamente a de prevenir a prática delitiva. As teorias relativas são subdivididas em teorias da prevenção geral e da prevenção especial, sendo as primeiras caracterizadas por se dirigirem aos sujeitos da sociedade que não delinquiram, ao passo que as segundas estão voltadas ao transgressor da norma.

Já no que diz respeito às teorias mistas, podemos afirmar que se tratam da unificação de aspectos da teoria absoluta com aspectos da teoria relativa. As teorias mistas são as mais difundidas na atualidade, na medida em que sustentam o caráter de retribuição da pena e também abrangem fins de reeducação e prevenção do apenado.

Atualmente, contrariando as teorias legitimadoras supracitadas, existem as chamadas teorias deslegitimadoras, responsáveis por defender um direito penal mínimo baseado nas garantias constitucionais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa que o direito penal deverá ser aplicado somente na medida em que for estritamente necessário, de tal forma que o Estado tenha sua atuação limitada.

São três as espécies de penas privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples. A prisão simples aplica-se apenas às contravenções penais, o que quer dizer que ela não pode ser cumprida em regime fechado. Além disso, cumpre salientar que o contraventor condenado não pode ficar no mesmo estabelecimento reservado aos criminosos.

No que diz respeito aos regimes de reclusão e detenção, algumas diferenciações devem ser feitas. O regime de reclusão destina-se aos autores de delitos mais graves e abrange três modalidades de regime, podendo ser cumprido inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já o regime de detenção é aplicado aos delitos menos graves e, ao contrário da reclusão, abrange somente as modalidades de regime aberto e semiaberto.

A reclusão pode gerar incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela e da curatela, conforme dispõe o inciso segundo do artigo 92 do Código Penal, o que não se verifica na detenção, posto que, neste caso, não há possibilidade de perda do poder familiar.

À reclusão, aplica-se medida de segurança detentiva, ao passo que na detenção podemos falar em medida de segurança restritiva.

Ademais, a fiança, no caso da reclusão, é arbitrada pela autoridade judicial, e, nos casos de detenção, ela pode ser concedida pela autoridade policial.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 797):

Para a execução das penas privativas de liberdade, o Código Penal contém princípios gerais, de conformidade com os quais deverão ser executadas as penas. Mas é a Lei de Execução Penal de n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que estabelece as regras concretas para a execução.

Sendo assim, os artigos 87 a 90 da Lei de Execução Penal (LEP) dispõem que a execução da pena em regime fechado será em penitenciária, na qual o condenado fique isolado da sociedade. Os artigos 91 e 92 da LEP expõem que ao regime semiaberto ficam destinadas as colônias agrícolas ou industriais. Por fim, de acordo com os artigos 93 a 95 da LEP, no regime aberto o período diurno é destinado ao trabalho e, durante a noite, o apenado deve se recolher à casa de albergados.

De acordo com o artigo 112 da LEP, a pena será cumprida conforme o regime fixado na sentença. Por conta do sistema progressivo, porém, é permitida a mudança para um regime mais brando após o cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena estabelecida na sentença condenatória e, ainda, que a conduta do apenado justifique a progressão.

Conforme o artigo 126 da LEP e a Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, que reza que *“A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob-regime fechado ou semiaberto”*, o condenado pode remir, pelo trabalho e pelo estudo, parte de sua pena, na razão de três dias de trabalho/estudo para um dia de pena.

Para Mirabete (1997, p. 290-291):

Trata-se de um meio de abreviar ou extinguir parte da pena. Oferece-se ao preso um estímulo para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva. Segundo Maria da Graça Morais Dias, trata-se de um instituto (sic) completo, pois reeduca o delinqüente, prepara-o para a sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e, sobretudo, abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado.

Pode-se afirmar, portanto, que a pena privativa de liberdade é o meio escolhido pela sociedade contemporânea para fazer com que os apenados reflitam sobre sua postura, de tal forma que eles busquem sempre melhorar enquanto sujeito ao longo do cumprimento da pena. Na maioria das vezes e por inúmeras causas, porém, estas finalidades não têm sido concretizadas, o que se configura em uma verdadeira lástima, tendo em vista o número de estabelecimentos penitenciários existentes e, por consequência, o número excessivo de condenados a cumprir sua pena nos mesmos.

4 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PENA DE PRISÃO

Esta parte tem por objetivo fazer uma breve abordagem acerca do sistema penitenciário brasileiro. De modo especial, pretende-se demonstrar as inúmeras formas de violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana na lógica do sistema prisional e, ainda, o mito da função ressocializadora da pena de prisão.

4.1 Despersonalização do apenado

O sistema prisional tem por objetivo punir, do ponto de vista da retribuição, reeducar e ressocializar o transgressor da norma de tal maneira que ele possa, após reflexão em cárcere sobre sua conduta, voltar à convivência em sociedade. A lógica

destas instituições de controle, entretanto, configuram modelos totalitários, especialmente no que diz respeito ao cárcere. Isso porque existem inúmeros obstáculos que se opõem à interação social do preso com o mundo exterior.

Logo no primeiro momento em que o apenado é submetido ao cárcere, sua autonomia e personalidade são feridas, uma vez que ele acaba por perder o vínculo com todos os seus objetos pessoais. Isso significa que o condenado é privado de ter os pressupostos mínimos de pertencimento à sociedade, tais como sua roupa e documentos, o que se configura em uma perda da identidade.

As instituições totalitárias violam e não esporadicamente anulam a intimidade do condenado, pois, se considerarmos o limite espacial ao qual ele é submetido, pode-se afirmar que não há condições adequadas para um desenvolvimento de conduta positivo. Esta violação de intimidade pode ser verificada já no processo de admissão no estabelecimento carcerário, no qual os dados e conduta do apenado ficam a total disposição da administração penitenciária. Além disso, o preso tem sua privacidade extremamente comprometida na medida em que é obrigado a ficar na companhia dos demais condenados, sem qualquer opção de escolha perante os demais apenados.

Ao passo que a ideia central do sistema prisional é fazer com que o condenado possa se adequar às normas sociais de convivência, para que, após o período em cárcere, ele esteja apto a fazer parte da sociedade, este sistema é incoerente com os fins aos quais se propõe, pois em nada está de acordo a ideia de cárcere com a ideia de vida em liberdade. Desta forma, cria-se um abismo entre o preso e os valores e modelos comportamentais da sociedade externa.

Por isso podemos dizer que os valores do aprisionado se confundem estando este submetido ao cárcere, isso porque ele passa por um processo de aprendizagem que o possibilita se adaptar à lógica do sistema, de tal forma que os valores criminais se sobressaem se comparados aos demais.

Ainda no que diz respeito à despersonalização do condenado, Zaffaroni e Pierangeli (2002) abordam de forma bastante interessante a questão do direito penal de autor e do direito penal do ato, uma vez que jamais se deve punir o “ser”, e sim

o delito em si, o ato praticado do qual resultou a retribuição. É de conhecimento geral, porém, que hodiernamente o sistema penal vem dificultando a realização plena do direito penal de ato.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 119):

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

Podemos concluir, portanto, dizendo que o cárcere está diretamente ligado ao surgimento de relações sociais que provocam a total despersonalização dos indivíduos, tornando-os parte de uma subcultura carcerária falida no que diz respeito às tarefas de socialização e reinserção do apenado na sociedade. Então, podemos afirmar sem exagero que a pena de prisão não consegue cumprir com os fins aos quais se destina, na medida em que ela acaba por distanciar o condenado da esfera social externa.

4.2 A Lei de Execução Penal à luz da dignidade humana

O direito penitenciário tem a precípua função de ditar as regras pertinentes ao período no qual o apenado estiver cumprindo sua pena, de tal forma que o ambiente institucional seja regulado do modo mais adequado possível. O problema é que, da ampla discricionariedade no que respeita às questões internas da ordem penitenciária, resultou o excesso de arbitrariedade e lesões aos direitos dos presos.

A Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal, conhecida como LEP –, tem por objetivo assegurar aos condenados garantias mínimas de seus direitos e amenizar significativamente as violações que possam resultar da situação supracitada. Além disso, de acordo com a lei, o apenado deve submeter-se ao conjunto de normas de execução da pena, de forma a cumprir com os deveres que lhe são designados perante o Estado.

De acordo com Schmidt (2002, p. 252):

[...] resta patente, na LEP, a intenção do Estado em converter o preso num cidadão bom, disciplinado, obediente, urbano, respeitador, socializado, trabalhador, capaz de perceber seus erros, solidário, grato e, por fim, higiênico. Por certo, tais são os atributos que a Lei de Execução Penal vislumbra nos indivíduos que compõem uma sociedade não-desviada, visto que, se a pena possui fundamento ressocializador, deve-se buscar tal meta segundo parâmetros axiomáticos regularmente seguidos no meio social disciplinado.

Na redação do artigo 38 da LEP consta que, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, o apenado deve submeter-se às normas de execução da pena, estando suas obrigações, no que diz respeito à disciplina, situadas nos artigos 44 e seguintes da LEP. Já os deveres do preso estão previstos em um rol taxativo no artigo 39 da lei. São eles: comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, urbanidade e respeito no trato com os demais condenados, conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas, submissão à sanção disciplinar imposta, indenização à vítima ou aos seus sucessores, indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho, higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento e conservação dos objetos de uso pessoal.

Tendo em vista que ao preso são assegurados todos os direitos que não forem afetados pela sentença penal condenatória, existe a disposição no sentido de que devem ser respeitados sempre esses demais direitos fundamentais, pois, tudo aquilo que extravasa os limites da lei, contraria determinado direito. Embora tenha sua liberdade limitada por conta do cárcere, no entanto, é assegurado ao condenado o respeito a sua integridade física e moral. O artigo 41 da LEP é responsável por elencar os direitos do preso. Dentre eles, podemos citar os seguintes: alimentação suficiente e vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração, previdência social, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, assistência material à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena,

contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, visita do cônjuge, da companheira, e de parentes e amigos em dias determinados.

Importante citar ainda a humanidade da pena, a qual vem incluída de forma expressa em nosso ordenamento no artigo 5º da CF, inciso XLVII, dispositivo que proíbe a pena de morte – salvo em caso de guerra declarada – de caráter perpétuo, de trabalho forçados, de banimento e, por fim, as penas cruéis.

Isso significa que caso as penas supramencionadas forem aplicadas, haverá violação da civilização humana, motivo pelo qual foram subtraídas de nosso ordenamento. A humanidade da pena impõe, portanto, a ideia de limitação à quantidade e qualidade da mesma. Por isso, diz-se que a execução da pena aplicada ao sentenciado deve se submeter ao princípio da dignidade humana.

Conforme o artigo 1º da LEP, a função da execução penal é fazer cumprir as disposições da sentença ou decisão criminal, ao passo que também deve proporcionar condições adequadas para que haja uma integração social harmônica do condenado e do internado. A LEP, portanto, é o meio coercitivo pelo qual se garante que a execução penal cumpra com essa função. Já o artigo 10 da lei traz a disposição no sentido de que o Estado tem o dever de dar assistência ao internado e ao condenado, de forma a prevenir o crime e orientar o retorno destes indivíduos à sociedade.

Considerando a redação dos artigos mencionados, podemos perceber que ela não está compatível com a atual realidade do sistema carcerário brasileiro, não exatamente por conta de eventuais falhas em sua redação, mas por conta do descaso com o qual os apenados são tratados dentro da prisão. Os problemas são inúmeros e vão desde a violência física até a falta de alimentação.

A superlotação dos estabelecimentos tornou as prisões e penitenciárias brasileiras verdadeiros depósitos humanos nos quais homens e mulheres são jogados sem o mínimo respeito a sua dignidade. Além disso, a alimentação é extremamente precária e são raros os estabelecimentos nos quais se pode afirmar haver os pressupostos mínimos inerentes a uma refeição digna. Raramente há uma preocupação no sentido de zelar pela dignidade/necessidade sexual dos apenados, o que acaba por comprometer significativamente o processo de cumprimento da pena.

Segundo Bitencourt (1993, p. 184),

A verdade é que não se tem buscado uma solução efetiva para o problema sexual nas prisões. Ignora-se a circunstância óbvia de que as atividades sexuais do homem não terminam pelo fato de ser recolhido à prisão. Ignora-se que a atividade sexual é elementar e instintiva, conseqüentemente, insuscetível de ser absolutamente controlada pela reclusão. [...] Incorre-se em grave contradição quando se busca a correção e a ressocialização do delinquente e, ao mesmo tempo, ignora-se o problema sexual ou pensa-se que o mesmo não requer uma atenção especial. A repressão do instinto sexual propicia a perversão da esfera sexual e da personalidade do indivíduo. [...]

Isso significa que não há o mínimo esforço por parte dos agentes responsáveis no sentido de manter a dignidade humana do apenado bem como os direitos fundamentais relativos ao mesmo. Infelizmente, este descaso traz conseqüências sérias não somente no que diz respeito ao apenado, mas também à sociedade, na medida em que acaba por prejudicar e, não raramente, erradicar a possibilidade de ressocialização do condenado.

Diante do exposto, não podemos deixar de fazer uma observação bastante importante no sentido de que apesar de todas as críticas que se fazem ao não cumprimento efetivo da lei de execução penal, ela se antecipou em relação ao pensamento das pessoas quando entrou em nosso ordenamento jurídico, o que é um grande progresso. Isso porque ainda é muito presente em nossa sociedade o sentimento de vingança, o anseio de justiça na forma da lei de talião, na qual existe a rigorosa reciprocidade entre o crime e a pena aplicada. Sabemos, entretanto, que as normas jurídicas geralmente emanam de costumes do povo e não o contrário. O grande problema está justamente no fato de que as disposições da LEP, por mais adequadas e coerentes que sejam, acabam não se efetivando no plano prático, ficando apenas no patamar teórico.

4.3 O mito da função ressocializadora da pena de prisão

A partir do século 19, a pena de prisão se tornou a mais adequada resposta penológica, tendo por objetivo precípua proteger a sociedade de novos delitos e reformar o delinquente para reinseri-lo na sociedade.

De acordo com Bitencourt (2006, p. 129),

Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade [...].

Por isso, atualmente existem cada vez mais discussões acerca da necessidade de novas formas de penalização ou reformas nos modos de penalização habituais, pois, embora existam muitas críticas no que diz respeito à prisão, ainda se acredita na possibilidade de intimação que ela provoca e na eficácia preventiva do cárcere.

A partir da privação da liberdade do indivíduo, o sistema penal busca interromper o problema no momento em que o retira da convivência em sociedade. O problema é que os fatores que levaram o delinqüente a infringir a norma acabam sendo desconsiderados. O sistema carcerário brasileiro que conhecemos hoje, portanto, não é capaz de produzir nenhum efeito positivo sobre a pessoa do condenado, isso por conta da precariedade dos estabelecimentos carcerários e da forma como é executada a pena privativa de liberdade.

A prisão deveria estar buscando eminentemente a recuperação do recluso e, por mais óbvia que pareça esta ideia, ainda hoje é muito comum o entendimento no sentido de que a prisão diz respeito a um lugar no qual deve se provocar o sofrimento do delinqüente.

Privar o apenado do convívio social resulta em uma rejeição moral deliberada pela sociedade. Além disso, é incoerente a pretensão de que a pena privativa de liberdade possa ressocializar o indivíduo por meio de exclusão e isolamento, pois, na medida em que é submetido ao cárcere, o apenado é obrigado a seguir regras de conduta que não estão de acordo com a função ressocializadora da pena de prisão.

Podemos dizer, portanto, que o ambiente carcerário se constitui em um meio artificial e antinatural que cria inúmeras limitações ao exercício da função de reforma do apenado. É tão falha a função ressocializadora, que posturas mais radicais chegam a afirmar não valer a pena a reforma da pena de prisão, sob o argumento de que ela sempre será palco de inúmeros paradoxos. Além disso, mesmo analisando a situação de forma menos radical, é possível perceber que a precariedade das condições materiais e humanas torna impossível o cumprimento da função ressocializadora a partir do cárcere.

Para Bitencourt (2006, p. 134),

Sob esta perspectiva, menos radical [...] fala-se da crise da prisão não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como o resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam *converter a pena privativa de liberdade* em um meio efetivamente *reabilitador*.

Neste sentido, o não comprometimento e o desrespeito com o ser humano, bem como com os seus direitos, denota a afronta constante ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ademais, a prisão não somente deixa de ser um instituto eficaz como também parece estimular a delinquência, ou seja, acaba cumprindo com outros fins não almejados em sua essência.

Além disso, os elevados índices de reincidência têm sido um importante demonstrativo acerca do fracasso da pena privativa de liberdade. Por isso, diz-se que o sistema penitenciário “constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (Bitencourt, 2006, p. 135).

Enfim, os problemas decorrentes do cárcere são inúmeros, e por isso não podemos deixar de discutir a respeito dos problemas existentes no cárcere, que são justamente os responsáveis por contribuir para o fracasso do sistema no tocante à recuperação e reinserção dos reclusos. A péssima qualidade das refeições, as dificuldades orçamentárias, a superlotação dos presídios, o despreparo dos agentes penitenciários e ainda a exclusão social e cultural a que o detento é submetido, são alguns dos principais fatores.

Por isso, como já exposto anteriormente, é preciso reforçar as disposições da Lei de Execução Penal na medida em que ela possibilita ao apenado a sua ressocialização por intermédio do trabalho e da educação. Também se faz necessário, diante do exposto, repensar a utilização da pena privativa de liberdade enquanto uma das principais formas de exteriorização do direito penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, devemos fazer algumas importantes considerações no sentido de fixar de maneira adequada aquelas questões mais fundamentais. Num primeiro momento, podemos concluir que a pena passou por uma série de transformações que permitiram configurar a forma sob a qual ela se encontra hoje, perpassando por períodos de caráter extremamente vingativo e cruel ou então em tempos mais humanitários seguindo a premissa de proteger a sociedade e reformar o condenado.

A edição da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal – permitiu a entrada em vigor em nosso ordenamento jurídico de diversos dispositivos com caráter de humanidade das sanções, sempre no sentido de abranger de forma mais efetiva os Direitos Humanos. Por isso, a LEP traduz a necessidade de diminuir as violações decorrentes do cárcere e, ainda, a importância de se preservar os direitos do preso. Vimos, entretanto, que o grande obstáculo está justamente no fato de que a LEP, embora seja muito adequada à ressocialização do apenado, não tem sido efetivada na prática.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, incluiu em sua redação a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, refletindo no direito penal importantes mudanças acerca da humanização da pena. Foi possível constatar, no entanto, que, embora o princípio da dignidade da pessoa humana estabeleça que devem ser asseguradas ao cidadão todas as garantias mínimas existenciais, há um descaso por parte dos órgãos responsáveis pela administração e execução do sistema no sentido de preservar a dignidade humana e os direitos inerentes ao apenado, o que se configura em uma violação dos direitos fundamentais do ser humano.

No lugar de ressocializar o indivíduo, portanto, criam-se inúmeros obstáculos entre o condenado e a sociedade, transformando o sistema prisional em uma instituição falida na medida em que ela não consegue alcançar os fins que por ela são almejados. Na realidade, é possível perceber que a prisão está sendo utilizada como uma resposta tardia aos problemas sociais e econômicos que nossa sociedade apresenta, deixando à deriva as inúmeras consequências prejudiciais que ela traz ao apenado e, portanto, à sociedade.

O sistema prisional que conhecemos hoje não é capaz de reintegrar na sociedade o indivíduo transgressor da norma, isso porque, além de ser taxado por ter sido inserido no sistema, não é coerente o objetivo de convivência em liberdade estando o indivíduo cada vez mais afastado dela.

Por isso, cabe reforçar a importância do chamado Direito Penal Mínimo, na medida em que ele limita a intervenção às situações de absoluta necessidade, de tal forma que sejam sempre asseguradas as garantias constitucionais, especialmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Devemos, portanto, questionar a aplicabilidade do direito penal na medida em que se faz necessária a proteção de bens jurídicos. Não se pode permitir que a pena de prisão atue como facilitadora do processo de marginalização social do homem. Então, é de extrema importância que sejam desenvolvidas políticas sociais de inclusão social para que, na medida do possível, todos tenham condições mínimas inerentes a uma vida digna e não precisem aderir a formas imediatas e ilegais de suprir dificuldades de caráter econômico ou social.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 6. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Manual de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- _____. Código Penal de 1940. 5. ed. In: *Vademecum*. São Paulo: Saraiva, 2011a.
- _____. Constituição Federal de 1988. 5. ed. In: *Vademecum*. São Paulo: Saraiva, 2011b.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 1.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CROSARA, Héliida. *Dignidade da pessoa humana*. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2369/Dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 15 jul. 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-84*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção temas jurídicos).
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na execução penal. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 14/9/2013

Aceito em: 15/4/2014