



FACULDADE DE INHUMAS

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS

CURSO DE DIREITO

BRUNO HENRIQUE DA SILVA LOPES

**DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

**INHUMAS-GO
2016**

BRUNO HENRIQUE DA SILVA LOPES

**DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Inhumas – FacMais como requisito parcial
à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Professora orientadora: Ma. Marcela Iossi Nogueira

**INHUMAS-GO
2016**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
BIBLIOTECA FACMAIS

L864p

LOPES, Bruno Henrique da Silva
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO/ Bruno Henrique da Silva Lopes. – Inhumas: FacMais, 2016.
48 f.: il.

Orientador: Ma. Marcela Iossi Nogueira.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas -
FacMais, 2016.
Inclui bibliografia.

1. Dignidade humana; 2. Sistema carcerário; 3. Ressocialização. I. Título.

CDU:342

BRUNO HENRIQUE DA SILVA LOPES

**DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DOS ALUNOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Inhumas (FacMais),
como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 07 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Ma. Marcela Iossi Nogueira - FacMais
Orientador e Presidente

Prof. Ma. Camila Ragonezi Martins - FacMais
Membro da Banca

Prof. Esp. Marcela Jayme Costa
Membro da Banca

Dedico esta monografia aos meus pais, por terem me ensinado que tudo na vida se realiza através de dedicação e foco devendo ser realizadas com o coração e razão.

Aos meus professores, por terem me orientado e incentivado a desenvolver um plano satisfatório na minha formação acadêmica.

Agradeço aos meus familiares e colegas de classe, pelo apoio e pela harmoniosa convivência em muitos aprendizados.

“Violência destrói o que ela pretende defender: a dignidade da vida, a liberdade do ser humano.”

(João Paulo II)

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade verificar a aplicabilidade dos Direitos Humanos previstos na legislação pátria e nos Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário, dentro do Sistema Penitenciário. Propôs-se apresentar como problemática central a dúvida se a inaplicabilidade dos direitos humanos do preso dentro do sistema carcerário brasileiro fere o princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito, tornando inócua a Lei de Execução Penal, que tem como maior objetivo a função ressocializadora da pena privativa de liberdade que levaria à pacificação social, premissa maior do Direito Penal. Para que se chegue a tal objetivo, o estudo inicia-se na conceituação e análise dos princípios e normas que garantem a preservação da dignidade humana do condenado, passando por um breve estudo acerca da pena, suas funções, modalidades e espécies de regimes, enfatizando a Lei de Execução Penal e seus princípios basilares. Por fim, debatem-se os problemas do Sistema Penitenciário, como a superlotação, a falta de formação dos agentes e policiais, a inadequação física dos espaços destinados ao encarceramento de seres humanos, a ausência do Estado, do Poder Judiciário e da fiscalização do Ministério Público, que abandonam os condenados à própria sorte e ao sistema criminoso que se instaura dentro dos presídios e cadeias. O Brasil, infelizmente, tem falhado na missão de ressocializar o preso, garantindo a paz social, não vem cumprindo sua missão de proteger os Direitos Humanos no Sistema Penitenciário e ferindo mortalmente a Lei de Execução Penal, uma das mais amplas e modernas do mundo.

Palavras-chave: Dignidade humana. Sistema carcerário. Ressocialização.

ABSTRACT

The present work has the purpose of verifying the applicability of the Human Rights provided for in the national legislation and in the Treaties and Conventions to which Brazil is a signatory within the Penitentiary System. It was proposed to present as a central problem the question whether the inapplicability of the prisoner's human rights within the Brazilian prison system violates the principle of legality, a corollary of the Democratic State of Law, rendering the Criminal Enforcement Law innocuous, which has as its main objective the function Re-socializing the custodial sentence that would lead to social pacification, a major premise of Criminal Law. In order to reach this objective, the study begins with the conceptualization and analysis of the principles and norms that guarantee the preservation of the human dignity of the condemned person, passing a brief study about the pen, its functions, modalities and species of regimes, emphasizing The Criminal Enforcement Act and its basic principles. Finally, the problems of the Penitentiary System, such as overcrowding, lack of training of police officers and agents, physical inadequacy of spaces for the imprisonment of human beings, absence of the State, the Judiciary and supervision of the Ministry Public, who abandon those condemned to fate and to the criminal system that is established within prisons and jails. Brazil, unfortunately, has failed to re-socialize the prisoner, guaranteeing social peace, is not fulfilling its mission to protect Human Rights in the Penitentiary System and mortally wounding the Penal Execution Law, one of the most comprehensive and modern in the world.

Keywords: Human dignity. Prison system. Ressocialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS HUMANOS: A NECESSIDADE DE GARANTIR OS DIREITOS INERENTES À PESSOA HUMANA	11
1.1 COMO COMPREENDER OS DIREITOS HUMANOS	18
1.2 A HISTÓRIA QUE LEVA À NECESSIDADE DOS DIREITOS HUMANOS	19
1.3 O DIREITO, A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL QUE TRATA DA PESSOA HUMANA	20
2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	24
2.1 CONCEITO, ORIGEM, EVOLUÇÃO DA PENA.....	24
2.2 FINALIDADE DAS PENAS.....	26
2.3 ESPÉCIES DE SANÇÕES PENAIS	28
2.4 PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....	30
3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA DO PRESO.....	36
3.1 A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO	36
3.2 REALIDADE FÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	37
3.3 A INEFICIÊNCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE A NÃO RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO.....	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, é essencial a efetivação da dignidade humana para todos os cidadãos, visto que este é um atributo inerente à condição do ser humano e necessita ser garantido.

Dos princípios fundamentais que constituem a República Federativa do Brasil encontra-se a dignidade da pessoa humana, elencada no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. O respeito, a proteção e uma existência digna são considerados mínimos direitos que deveriam ser assegurados de forma plena a todos os cidadãos brasileiros.

O acatamento ao Princípio da Dignidade Humana é serviço do Estado e deve ser reivindicado pela sociedade. E cabe ao Direito, por meio dos organismos que lhe são próprios e dos seus agentes, primar pela efetivação desse princípio maior, no trabalho de interpretação e embasado de decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de preceitos que venham a afrontá-lo.

Na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de estar amplamente disposto no ordenamento jurídico brasileiro, não tem encontrando uma efetivação satisfatória no que diz respeito à pessoa e à integridade física e moral dos presos.

É cediço que as pessoas privadas de sua liberdade cometeram atos ilícitos e necessitam ser penalizados, segundo os ditames legais. Não se questiona a aplicação das penas, sim o modo degradante como são encarcerados e abandonados pelo Estado, dentro de locais cujas condições degradantes somente levam aflição e estigmatização aos condenados.

O ordenamento jurídico pátrio define como fim precípua da pena a ressocialização, ou seja, a reeducação do preso com o intuito de reinseri-lo na sociedade. Isso na prática, não ocorre. As estatísticas de reincidência criminal provam a ineficiência do sistema carcerário e da execução das penas privativas de liberdade.

Cabe ao Poder Executivo, como representante do Estado, garantir a perfeita aplicação do que estabelece a Lei de Execução Penal, amparada pela Constituição Federal e tratados de Direitos Humanos. Compete ao Judiciário e ao Ministério Público fiscalizar e punir excessos, como garantia da dignidade do preso.

O texto constitucional, a Lei de Execução Penal e os Tratados de Direitos Internacionais dos quais o Brasil é signatário preveem diversas garantias durante a execução da pena como forma de assegurar os direitos humanos do preso.

Para discorrer sobre o tema Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário no Brasil, tema de grande repercussão e amplitude em função do ambiente de violência dos presídios brasileiros, vários ramos do Direito foram conjugados: Direito Constitucional, Internacional, Penal, Processual Penal e Execução Penal, além dos Direitos Humanos.

Os problemas encontrados versam sobre a inaplicabilidade da Lei de Execução Penal frente à ausência de respeito à dignidade humana do preso, no sistema carcerário brasileiro.

Para verificar essa questão, foi realizado um estudo do tema, utilizando-se o método dedutivo, partindo-se do geral para o específico, com levantamentos bibliográficos e investigação das raízes dos institutos para se alcançar a compreensão da natureza e função da pena privativa de liberdade.

O estudo foi apresentado em três partes, a saber: os conceitos fundamentais de direitos humanos e sua previsão legal no ordenamento e nos tratados e convenções internacionais; a pena como instituto de punição, intimidação e ressocialização, em suas modalidades e regimes de cumprimento e, por fim, o sistema carcerário com seus problemas e possíveis soluções para a ineficiência do Estado no dever de punir e de proteger o encarcerado, respeitando sua dignidade, ao mesmo tempo em que fornece a ele os mecanismos suficientes para que se reedueque e possa ser novamente inserido na sociedade.

A inaplicabilidade dos Direitos Humanos no Sistema Penitenciário deve ser vista como uma doença que está matando a possibilidade de que o Direito Penal exerça seu papel de garantidor da paz social, uma vez que o Estado está retirando do encarcerado muito mais que somente sua liberdade de ir e vir, está retirando dele sua dignidade.

1 DIREITOS HUMANOS: A NECESSIDADE DE GARANTIR OS DIREITOS INERENTES À PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, inaugurou no Brasil uma nova ordem jurídica, uma vez que encerrou um período da história onde os direitos e garantias individuais eram ignorados e proclamou o renascimento de uma democracia fundada no Estado Democrático de Direito e nas garantias constitucionais, elevadas à categoria de cláusulas pétreas.

Estabelece o artigo 1º da Constituição Cidadã que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. Isso, em síntese, significa afirmar que rege aqui um sistema institucional onde cada um é submetido ao respeito ao direito, às leis vigentes, do simples indivíduo à potência pública e que as funções típicas e indelegáveis do Estado são exercidas por indivíduos eleitos pelo povo para tal, conforme regras preestabelecidas. Somente o direito positivado poderá limitar a ação estatal, que tem na Constituição Federal os limites e regras para o exercício do poder.

Marcelo Guimarães da Rocha Silva (2007) ensinou que são os direitos e garantias individuais inseridos na Carta Cidadã que consolidam este Estado Democrático de Direito:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos é coisa recente e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários (SILVA, 2007, p. 153).

Neste sentido, é preciso reconhecer que a Constituição de 1988 inaugurou uma era de avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, que servem como pilar básico para o Estado Democrático de Direito, estando registrados logo no preâmbulo da Constituição de 1988:

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL, 1988).

O compromisso com os direitos e garantias individuais se manifesta explicitamente ou implicitamente em todo o texto constitucional. O artigo 1º consagra como fundamento da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana. O artigo 4º afirma como princípio que rege as relações internacionais do Estado brasileiro a promoção e proteção dos direitos humanos. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal define tacitamente que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

Diante de todos os direitos fundamentais elencados pela Constituição de 1988, o que vem merecendo mais amplo destaque é o princípio da dignidade da pessoa humana, tido por alguns doutrinadores como um mega princípio que perpassa todo o ordenamento pátrio.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2012, p. 62).

Rogério Greco (2011), porém, alerta que:

No entanto, mesmo reconhecendo a sua existência, conceituar dignidade da pessoa humana continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos e imprecisos. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo contínuo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto (2011, p. 67).

Conforme ensinamento de Rogério Greco (2011, p. 71), é nítida a preocupação do legislador constituinte em conceder um status normativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, elevando-o como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, na categoria de princípio e fundamento constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como norma de

hierarquia superior, orientadora de todo o sistema no tocante à criação legislativa e à aferição de validade às normas que lhe são inferiores.

Apesar de consagrado constitucionalmente, em muitas situações é possível verificar a violação pelo próprio Estado do princípio da dignidade humana. E essa prática estatal pode ser observada em todas as áreas sociais e, com grande ênfase, no âmbito do Direito Penal, onde o poder estatal passou a utilizar a pena e as prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem, ignorando que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais.

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetos, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal (GRECO, 2011, p. 103).

Evidente que a dignidade humana não é absoluta, podendo o Estado, em determinadas situações privar o cidadão, temporariamente, de alguns de seus direitos fundamentais, em prol de outros princípios que também são garantidos pela Constituição de 1988, como a busca pela pacificação social que justifica a privação do direito à liberdade.

Assim, pode-se afirmar que a dignidade como valor individual deve ser avaliada e ponderada em cada caso concreto, sem, contudo, que seja esquecido que aquilo que se denomina como sendo o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana jamais poderá ser abalado. Uma coisa é privar de liberdade o indivíduo que praticou uma infração penal de natureza grave; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade, seja torturado por agentes e outros condenados, que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe, que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere. Ressalte-se, sempre, que ao Estado somente lhe foi permitido privar o indivíduo de sua liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa (GRECO, 2011, p. 115).

No texto constitucional, na Lei de Execução Penal e nos Tratados de Direitos Internacionais dos quais o Brasil é signatário estão previstas diversas garantias durante a execução da pena como forma de assegurar os direitos humanos do preso.

Conforme preleciona Pedro Lenza (2014, p. 589), distinguindo direitos de garantias constitucionais: “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.”

O artigo 5º, inciso II da Constituição Federal traz expressamente definido o Princípio da Legalidade, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” A aplicabilidade vertical desse princípio leva à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Segundo Adeildo Nunes (2012), a palavra dignidade vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração, ou ainda tudo aquilo que merece respeito. Então, dignidade deve ser entendida como uma qualidade moral inata e base do respeito que se deve ao ser humano. “Então a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência” (NUNES, 2012, p. 49).

Entendida a dignidade humana como corolário do princípio da legalidade que fundamenta a Lei de Execução Penal e, de consequência, a aplicabilidade da pena, no Brasil, é importante ressaltar que o nosso estatuto executivo penal é considerado um dos mais avançados e democráticos do mundo. Ele é baseado na ideia da execução da pena privativa de liberdade com respeito ao princípio da humanidade, sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será considerada desumana e contrária ao princípio da legalidade. Rogério Greco (2011) ensina:

A contemplação de certas instituições jurídicas processuais penais na Constituição Federal é justificada face à necessidade de que tais princípios retem imunes às leis infraconstitucionais e, assim, sejam insuscetíveis de "eventuais artimanhas legislativas e a possibilidade de se macular ou pôr em risco a segurança do processo penal contra direitos e garantias pessoais". Pretende-se, destarte, preservar conquistas relativas ao pleno exercício da defesa da pessoa alvo da persecução penal, sem a preocupação de, por questões políticas do País, ter-se alterada, com certa facilidade, a segurança processual, possibilitando o surgimento de desvios, excessos ou qualquer tipo de abuso que venha a prejudicar o devido processo legal (GRECO, 2011, p. 264).

Ainda no texto constitucional encontram-se expressa e implicitamente os princípios fundamentais que limitam o *ius puniendi*, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Dentre eles, podem ser enumerados como os mais importantes o princípio da intervenção mínima, o princípio da ofensividade, o princípio da reserva legal, o princípio da imputação pessoal e o da individualização da pena.

O princípio da intervenção mínima determina que o Direito Penal somente poderá proteger aqueles bens que são imprescindíveis à condição humana e à coexistência pacífica em meio social, atendo-se a norma penal aos ideais de necessidade e utilidade em sua incidência. O Direito Penal deve ser entendido como *última ratio* pois se trata de via violenta que fere diretamente garantias individuais como o direito à liberdade.

O princípio da ofensividade no Direito Penal pode ser visto em dois planos distintos. Primeiro serve de orientação à atividade legiferante, fornecendo bases políticas e jurídicas para que o legislador adote na elaboração do tipo penal a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes. Depois, deve ser visto como critério interpretativo, levando o intérprete e aplicador da lei penal a encontrar em cada caso concreto a indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. Luiz Flávio Gomes (2011) ensina:

É dupla a função do princípio da ofensividade no Direito Penal: (a) função político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e (b) função interpretativa ou dogmática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*) (sentido subjetivo). Está dirigida ao legislador. A segunda configura um limite ao Direito penal (ao *ius penale*) (sentido objetivo). Está dirigida ao intérprete e ao juiz (ao aplicador da lei penal) (GOMES, 2011, p. 111).

O princípio da dignidade humana, portanto, assegura a nível constitucional que, na seara penal, a intervenção estatal somente se justifica em caso de ataque ofensivo e concreto a um bem jurídico relevante, como a vida, o patrimônio ou a dignidade de outrem. Não pode existir crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a bem tutelado juridicamente (*nullum crimen sine iniuria*) (GOMES, 2011, p. 112).

Ainda, o princípio da reserva legal estabelece toda a estrutura basilar das leis penais brasileiras, intrinsecamente ligado ao princípio da anterioridade, previstos na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Além da necessidade de uma lei formal que tipifique como crime a conduta e comine as sanções penais, tal dispositivo constitucional assevera, ainda, que a lei somente poderá se aplicar para qualificar como crime os atos praticados depois que ela tenha sido publicada, da mesma forma, a previsão legal abstrata da pena deve existir, ou seja, estar publicada, antes da conduta que será apenada (BRASIL, 1988).

Tem-se que o princípio da imputação pessoal, por sua vez, com previsão legal inserida no artigo 5º, inciso XLV da Constituição de 1988, estabelece que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidos aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (BRASIL, 1988).

Assim, entende-se que as penas serão aplicadas somente ao condenado, sem que ocorra sua transmissão, diferente do que determina quanto à obrigação de reparação do dano, que pode ser estendida aos sucessores. A culpabilidade dos atos somente pode ser imputada a quem os praticou ou que de alguma forma tenha concorrido para sua realização, visando a punibilidade aplicada de forma individual a cada sujeito, na medida de sua ação (NUCCI, 2009, p. 168).

Outro princípio afeto à aplicação da pena é o da individualização da pena, também respaldado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que determina a necessidade de sanções adequadas, de limites de aplicação máximos e mínimos, bem como as circunstâncias que aumentem ou diminuam sua aplicação. Rogério Greco (2011, p. 115-116) ensina que “o legislador visou dividir as diversas formas de aplicação de sanções, intrinsecamente relacionadas à medida de importância dos bens jurídicos tutelados, ou seja, impor o Direito Penal na proporção da lesão praticada.” A pena aplicada carece dos requisitos de idoneidade ou adequação, necessidade e proporcionalidade. Para a adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador, necessário sua adequação ao fim a que se propõe. Para o requisito da necessidade, o meio escolhido para a aplicação da pena

deve ser indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia.

Estes e outros poderes que impõem limites ao poder estatal servem para comprovar que o Estado Democrático de Direito depende de um *ius puniendi* não ilimitado, não absoluto e não incondicionado. Existem limites necessários para que o Direito Penal se adéque ao Estado Democrático de Direito fundado na valoração da dignidade da pessoa humana.

O Estado não pode punir de forma arbitrária, encontrando sua atuação limitadas pelos direitos fundamentais expressos no ordenamento jurídico. O preso conserva quase todos os seus direitos adquiridos enquanto cidadão, desde que estes não se mostrem incompatíveis com a liberdade de ir e vir, uma vez que a perda temporária deste direito de liberdade em decorrência de sentença penal refere-se somente à locomoção. Corrobora este entendimento a Lei de Execução Penal (LEP), que contempla expressamente como direitos básicos do detento:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

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

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

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

XI - chamamento nominal;

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

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

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

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

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (BRASIL, 1984).

As penas privativas de liberdade apresentam como finalidade precípua a readaptação social do infrator e a prevenção da criminalidade. Porém, como assevera Maria Angélica Lacerda Marin Dassi (2013):

No panorama brasileiro, o estado desordenado do sistema carcerário constitui-se mais um dos efeitos da falência dos paradigmas da modernidade. A prisão serve tão somente para deportar do meio social aqueles indivíduos que representam um risco à sociedade. Na perspectiva foucaultiana, constitui-se um instrumento utópico de ressocialização, criado para atender aos interesses capitalistas. Ela exclui do ângulo de visibilidade as mazelas sociais, mas não recupera o infrator e não contribui para diminuir as práticas criminosas (p. 132).

Vários fatores têm contribuído para o desrespeito aos direitos fundamentais dos presos e levado à crise no sistema carcerário brasileiro. Passemos, então, a uma breve análise do que seriam e de onde se originam os direitos humanos resguardados pela LEP e encontros em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 COMO COMPREENDER OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, por si só se conceituam, dispensando quaisquer tentativas de conceituação porque a terminologia direito humanos já diz precisamente o que significam: direitos do homem, direitos que visam assegurar os valores mais preciosos da pessoa humana, a vida, a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 169).

Maria Angélica Lacerda Marin Dassi (2013) complementa:

Os direitos humanos são ressalvas, restrições ou imposições ao poder político, escritas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, realizados para fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todos os seres humanos manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais (DASSI, 2013, p. 201).

Para Alexandre Moraes (2001, p. 162), os direitos humanos colocam-se como previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Assim, os direitos humanos não podem ser entendidos apenas como desejáveis aos cidadãos, configurando-se em um direito inalienável de qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo (DASSI, 2013, p. 201).

Portanto, os direitos humanos devem ser vistos como os direitos fundamentais da pessoa humana, estando neles inseridos os direitos à vida, à alimentação, à saúde, à moradia, à educação, ao afeto e à livre expressão da sexualidade, todos assegurados no texto constitucional de 1988 (BRASIL, 1988).

1.2 A HISTÓRIA QUE LEVA À NECESSIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O Estado e todos os cidadãos a ele pertencentes devem respeitar e obedecer ao conjunto de regras e princípios que constituem o que se intitula Direitos Humanos.

A principal função dos Direitos Humanos é a de proteger os indivíduos das injustiças, arbitrariedades, do autoritarismo e dos abusos do poder. Os Direitos Humanos são sinônimo de liberdade, pelo menos deveria ser. A dignidade humana, a igualdade, a fraternidade e a liberdade, pelo menos a de pensamento, a democracia, são valores e princípios básicos da sociedade judaico-cristã moderna, uma sociedade mutante que se transforma e transforma o mundo à sua volta (CARVALHO, 2016, p. 3).

Sendo assim, plantada neste ideário de sociedade conjugada com o respeito aos Direitos fundamentais do homem, é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi inspirada e orientada, conforme ensinamento de Norberto Bobbio (1992). Para ele, a DUDH¹ apresentava como principal objetivo o crescimento da sociedade internacional, a fim de torná-la um Estado, com a prevalência da liberdade e igualdade entre os cidadãos desse Estado unitário.

Assim, segundo ensina a DUDH, os direitos humanos nada mais são que os direitos e liberdades básicos de todas as pessoas, o livre pensar e expressar os pensamentos, a igualdade perante a lei (ONU, 1948).

Estes direitos buscam proporcionar uma vida digna e cabe ao Estado proteger tais direitos. A liberdade, a igualdade, a tolerância, a dignidade e o respeito, independentemente de raça, cor, etnia, credo religioso, inclinação política partidária ou classe social, é o que permite ao ser humano se dizer pleno em sua cidadania.

¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que delineia os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Foi esboçada principalmente pelo canadense John Peters Humphrey, contando, também, com a ajuda de várias pessoas de todo o mundo.

Assim sendo, os Direitos Humanos são indivisíveis, sendo englobados neles as questões sociais, políticas e econômicas, tais como: a) todas as pessoas devem ter o direito de formar a sua própria opinião e de exprimi-la individualmente ou em assembleias pacíficas; b) todas as pessoas devem ter o direito de participar do governo; c) todas as pessoas devem ter o direito de estar livre de prisão arbitrária, detenção e tortura; d) todas as pessoas devem entenderem-se livres para manifestar sua expressão religiosa e uso de sua língua como forma de manutenção de suas tradições; e) todo ser humano deve ter a oportunidade de trabalhar, ganhar a vida e sustentar sua família e; f) as crianças e adolescentes merecem proteção especial (CARVALHO, 2016, p. 5).

Sendo indivisíveis e tendo vertentes políticas, sociais, econômicas e afetivas, os Direitos Humanos adquirem um grau de complexidade singular que demonstra que a sociedade que hoje os reconhece como fundamentais ao desenvolvimento integral do homem, ainda está longe de esgotar todas as suas possibilidades, pois cada etapa da evolução humana implica a conquista de novos direitos (SILVA, 2007, p. 153).

Para compreender os princípios dos Direitos Humanos, importante se faz uma volta ao passado, analisando o presente e vislumbrando o futuro, buscando compreender como tais Direitos Humanos foram abordados em cada fase da história. Flávia de Campos Pinheiro (2008, p. 02) salienta: “os ordenamentos jurídicos devem reconhecer as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, além de perceber a evolução social e buscar acompanhar tais evoluções.”

Os direitos humanos são inerentes ao próprio ser humano, sem estar conectado com qualquer particularidade de pessoas ou grupo. Não se pode falar em Direitos humanos sem abordar a dignidade e não se pode falar em dignidade sem abordar os Direitos Humanos (COMPARATO, 2013, p. 57).

Para uma melhor compreensão da necessidade dos direitos humanos no ordenamento jurídico, tratar-se-á, no próximo tópico, de traçar uma evolução histórica dos direitos humanos na legislação internacional e na nacional.

1.3 O DIREITO, A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL, QUE TRATA DA PESSOA HUMANA

Sendo os Direitos Humanos o resultado de uma longa evolução da história

do homem enquanto ser social, o Código de Hamurabi² (1690 a. C) talvez tenha sido a primeira codificação a confirmar os direitos comuns dos homens, como direitos à vida, à honra, à dignidade. Lembrando que, na Idade Média diferentes outros documentos jurídicos já passaram a reconhecer a existência de direitos humanos (MORAES, 2001, p. 169).

Somente a partir do Século XVIII até meados do Século XX é que as declarações de direitos humanos foram sendo desenvolvidas, sendo que a Magna Carta *Libertatum*, de 1215, a *Petition of Right*, de 1689 e o *Act of Seattlemente*, de 1701, textos legais da Inglaterra, apresentam-se como o mais importante registro de declarações de reconhecimento dos direitos do homem (MORAES, 2001, p. 170).

Em 1776, nos Estados Unidos da América, a Declaração de Direito da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América mostraram-se como importantes documentos que trataram de limitar o poder estatal face os direitos individuais.

Ressalta a declaração que todos os homens são iguais perante Deus e que este lhes deu direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, citando a vida, a liberdade, a busca pela felicidade e relacionando uma série de abusos cometidos pelo Rei da Inglaterra, explicando os motivos da separação política. Posteriormente foi instituída a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que teve suas dez primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791, pretendia limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais (PINHEIRO, 2008, p. 169).

Na França, em 1789, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos, buscando uma maior efetivação dos direitos fundamentais, conforme leciona Alexandre de Moraes (2001). E esta busca por efetivação continuou durante o Século XX, tendo como um dos exemplos mais significativos a Constituição Espanhola de 1812, conhecida como Constituição de Cádiz e a própria Constituição Francesa de 1848, que delinearão uma ampliação dos termos de direitos fundamentais (MORAES, 2001, p. 170).

A Constituição Mexicana de 1917 é exemplo desta evolução de paradigmas, fortemente marcada pelas preocupações sociais. Posteriormente à Segunda Guerra Mundial surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme ressalta Alci

² O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a. C, pelo rei Hamurabi da primeira dinastia babilônica. O código é baseado na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”.

Marcus Ribeiro Borges (2014):

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. O esforço de reconstrução dos direitos humanos, como modelo e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea advém deste cenário pós-guerra (BORGES, 2014, p. 5).

Assim, pode-se entender que os direitos humanos passaram a ser uma resposta na busca pela reorganização de um modelo internacional de repúdio às barbaridades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, em 1945 foi promulgada a Carta das Nações Unidas e, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, vindo tais direitos sofrerem um destaque importante na esfera internacional (MORAES, 2001, p. 172).

No Brasil, a primeira Constituição outorgada em 1824 pelo então Imperador D. Pedro II, instituiu a unidade nacional, dando autonomia às províncias e prevendo a garantia dos direitos fundamentais, numa busca de uniformização com o Direito Internacional e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (MORAES, 2001, p. 172).

Na Constituição de 1891, o Estado Unitário anteriormente instituído foi transformado em um Estado Federativo e mantida a garantia aos direitos fundamentais e direitos individuais. Ocorre que inexistia uma política pública que realmente efetivasse tais direitos (PINHEIRO, 2008, p. 170).

Na Constituição de 1934 surge pela primeira vez o direito ao voto para as mulheres e a criação de direitos trabalhistas que originaram, posteriormente, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Em 1937, a Constituição outorgada por Getúlio Vargas instituiu novamente o Estado Unitário, suprimiu o federalismo e a relação dos poderes, a representação através do voto, dissolveu o Congresso Nacional, extinguiu os partidos políticos, implantou a ditadura e fez desaparecer a democracia e as principais garantias fundamentais como a liberdade de imprensa, o direito à livre associação e algumas liberdades individuais (MORAES, 2001, p. 175).

Somente em 1967, com a promulgação da nova Constituição, o rol de direitos e garantias voltou a ser reconhecido e ampliado, incluindo a proteção aos direitos políticos. E, em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, os direitos humanos e as

garantias fundamentais passaram a serem considerados cláusulas pétreas do ordenamento jurídico, sendo estabelecido que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, passarão a ter o mesmo tratamento no ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 2001, p. 175).

Com efeito, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova era de direitos, consolidando uma evolução dos direitos humanos no ordenamento brasileiro que veio, ao longo do tempo, buscando sempre estar em conformidade com as normas internacionais acerca do tema.

E, essa nova era de direitos humanos precisa ser levada em consideração quando a aplicação das penas privativas de liberdade. O Sistema Carcerário Brasileiro e a Lei de Execução Penal serão, a seguir, analisados sob a ótica do respeito a estes direitos humanos no cumprimento da pena.

2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O Direito Penal no Brasil comporta dois tipos de sanções: a pena, que pode ser na modalidade privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa; e a medida de segurança (CAPEZ, 2014, p. 384).

Para se analisar a aplicabilidade do princípio da dignidade humana no Sistema Carcerário Brasileiro, levar-se-á em consideração neste trabalho somente a pena privativa de liberdade, uma vez que essa modalidade de sanção penal e o sistema carcerário possuem estreita ligação e, para melhor compreender as especificidades de cada um destes institutos é necessário um cuidadoso estudo, sem o olhar preconceituoso ou vingativo presente no senso comum, quando se fala dos direitos dos apenados.

2.1 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA

Quando um indivíduo comete uma infração penal, o resultado natural atribuído ao Estado é a aplicação da pena. Assim, a pena deve ser entendida como uma das espécies do gênero sanção penal. Fernando Capez (2014, p. 384) assim se manifesta com relação à sanção penal:

Sanção penal de caráter aflictivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

“A pena é uma sanção aflictiva imposta pelo Estado, através da ação penal ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos” (SOLER apud MIRABETE, 2011, p. 232).

Desta forma, o Estado é o único que detém o direito de punir (*ius puniendi*), como uma manifestação de poder soberano, este direito é exclusivo e indelegável, traduzindo-se em uma manifestação da soberania do Estado.

A pena de prisão, ou pena privativa de liberdade, é a mais utilizada no Brasil, apesar de haver um consenso com relação à ineficácia e precariedade do sistema prisional brasileiro.

Júlio Fabbrini Mirabete (2011, p. 234) ensina acerca da origem e atual condição da pena de prisão:

A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus. [...] Trata-se de um instrumento de degradação, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral (MIRABETE, 2011, p. 234).

Historicamente, o estudo da pena é desmembrado em três fases distintas: vingança privada, vingança divina e vingança pública (SHECAIRA, 2012, p. 24).

Na fase da vingança privada o sentimento de vingança prevalecia sobre a lei, sendo que a lei que dominava era a lei do mais forte. Naquela época, eram comuns a aplicação da Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), aplicando-se ao agressor pena idêntica ao crime que cometeu. Também era comum a utilização da Composição, onde o ofensor, se tivesse condições financeiras, adquiria a impunidade junto ao ofendido. Estas práticas estavam previstas no Código de Hammurabi (1780 a. C) que instituiu a vingança como preceito jurídico, sendo este preceito utilizado ainda hoje por diversos países do Oriente (SHECAIRA, 2012, p. 24-25).

Com o fortalecimento da Igreja Católica, nasceu o Direito Canônico e com ele a fase da vingança divina. Cezar Roberto Bitencourt (2011, p 32) assevera:

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitência” de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológicos-morais tiveram, até o século XVIII, no direito penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Neste contexto a ideia de humanizar e espiritualizar as penas surge, incorporando o espírito cristão. Porém, mesmo com a humanização das penas, elas continuavam sendo cruéis, prevalecendo a tortura que na maioria das vezes levava à morte.

Por fim, surgiu a fase da vingança pública, onde o Estado chama para si a responsabilidade de determinar quais condutas constituem crime e quais serão as

respectivas sanções. E nesta fase, a pena passa a ter um caráter preventivo, ressocializador e retributivo, marcas do Direito Penal (CAPEZ, 2014, p. 241).

O que se pode perceber de característica prevalecte nestas três fases é que o corpo do agente é quem paga pelo mal praticado. E, esta ideia começou a ser questionada no período iluminista³, por intermédio das ideias de Cesare Beccaria (1738-1794)⁴, que tratou de debater a forma como o ser humano estaria sendo tratado por outros seres humanos sob a falsa bandeira da legalidade (SHECAIRA, 2012, p. 28).

Deste então, as penas vêm sendo humanizadas, Exemplos dessa humanização é a abolição da pena de morte em muitos países, a proibição de penas cruéis, corporais e torturas. E essa humanização reforçou a ideologia de recuperar, ressocializar o condenado.

2.2 FINALIDADE DAS PENAS

Diferentes teorias tratam da função da pena na Execução Penal. Paulo de Souza Queiroz (2011) as divide em legitimadoras e deslegitimadoras. Segundo ensina o autor, as legitimadoras são as tradicionais, “reconhecem, sob os mais diversos fundamentos, legitimação ao Estado para intervir sobre a liberdade dos cidadãos, por meio do direito penal, com vistas à defesa social” (QUEIROZ, 2011, p. 45). Tais teorias se dividem em absolutas, relativas e mistas.

Os absolutistas acreditam que o direito penal tem um fim em si mesmo, sendo a finalidade da pena de caráter retributivo. Assim, a única finalidade que justifica a imposição de uma pena é a retribuição pelo injusto causado.

As teorias relativas definem como finalidade da pena a prevenção geral e a prevenção especial, ou seja:

³ O iluminismo, também conhecido como Século das Luzes e como Ilustração foi um movimento cultural da elite intelectual europeia do século XVIII que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento herdado da tradição medieval. Abarcou inúmeras tendências e, entre elas, buscava-se um conhecimento apurado da natureza, com o objetivo de torná-la útil ao homem moderno e progressista. Promoveu o intercâmbio intelectual e foi contra a intolerância da Igreja e do Estado.

⁴ Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794), um aristocrata milanês, é considerado o principal representante do Iluminismo Penal. Imbuído pelos valores e ideais iluministas, tornou-se reconhecido por contestar a triste condição em que se encontrava a esfera punitiva de Direito na Europa dos déspotas - sem, contudo, contestar como um todo a ordem social vigente. Suas obras, mais especificamente a intitulada "Dos Delitos e Das Penas", são consideradas as bases do Direito Penal moderno.

Em oposição às absolutas, as teorias relativas (ou teorias da prevenção) são marcadamente teorias finalistas, já que vêem a pena não como fim em si mesmo, mas como meio a serviço de determinados fins, considerando-a, portanto, utilitariamente. Fim da pena, em suas várias versões, é a prevenção de novos delitos (QUEIROZ, 2011, p. 48)

A ameaça da pena e sua efetiva imposição tendem a gerar a intimidação que leva à prevenção geral, voltando-se à sociedade como um todo e não somente ao possível infrator. A prevenção especial atua sobre o autor do crime, gerando uma atemorização com a finalidade de que este não volte a cometer novos ilícitos.

Por fim, as teorias ecléticas, unitárias ou mistas, “tentam agrupar em um conceito único os fins da pena” (BITENCOURT, 2004, p. 88). Isto significa dizer que elas buscam equilibrar a ideia de justiça e de utilidade da pena.

Ainda existem as teorias deslegitimadoras, sendo o abolicionismo e o minimalismo radical seus principais expoentes, defendidas por Hulsman e por Baratta e Zaffaroni. Segundo ensina Paulo de Souza Queiroz (2011, p. 60):

Tais teorias recusam a legitimação do Estado para exercitar o poder punitivo, pondo em destaque, principalmente, a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a circunstância de o direito penal criar mais problemas do que os resolver, sendo criminógeno, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos estéreis e inúteis. A teoria abolicionista, apesar de trazer à tona importante discussão acerca do fracasso do sistema punitivo e levantar sérios e urgentes debates, como a questão da guerra contra a pobreza e a legalização das drogas, é considerada uma utopia, inaplicável na realidade atual. Enquanto o Direito Penal mínimo, que visa restringir a atuação estatal é vista como a melhor opção para o Brasil.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 363) defende que o Direito Penal mínimo se concentra no meio termo da atuação estatal, com uma intervenção mínima estatal nos conflitos sociais, agindo com eficiência e sem gerar impunidade quando intervier assegurando com isso a confiança geral do Direito Penal.

No Brasil prevalece a teoria mista que considera como finalidades da pena a retribuição, a prevenção e a ressocialização. Segundo Nucci (2009), a prevenção, subdividida em geral e especial, pode ser analisada sob diferentes enfoques: a) geral negativo: materializada no poder intimidativo que representa para toda a sociedade; b) geral positivo: refletindo a existência e a eficiência do Direito Penal; c) especial negativo: a intimidação ao autor do delito, evitando novas práticas delitivas

através do recolhimento ao cárcere; e d) especial positivo: proposta de ressocialização do condenado com a finalidade de que volte ao convívio social quando finalizada a pena ou quando colocado em liberdade antecipada devido a benefícios previstos na legislação (NUCCI, 2009, p. 357).

No Brasil a pena assume caráter retributivo, ou seja, impõe castigo ao infrator, mas também se propõe a intimidar os membros da sociedade de forma a que não venham a delinquir e, ainda, busca reafirmar o Direito Penal como eficiente, ao recolher ao cárcere o apenado, privando-o de sua liberdade a fim de que não volte a praticar delitos e, com a implementação de ações ressocializadoras do preso, proporcione a ele a sua reinserção no meio social.

Esta posição doutrinária do legislador está explícita em diferentes dispositivos legais, como o artigo 59 do Código Penal que estabelece os critérios de fixação da pena-base e afirma que a pena aplicada pelo juiz deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ainda o artigo 121, § 5º do Código Penal que define ser possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências de a infração atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 22 declara a finalidade ressocializadora da pena: “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-lo para o retorno à liberdade”.

Assim, fica evidente na legislação brasileira e ideia do tríplice função da pena: punir, prevenir e ressocializar o preso.

Então, entendida a função da pena, o próximo tópico tratará de definir as espécies de sanções penais previstas no ordenamento brasileiro a fim de compreender melhor o sistema carcerário e suas particularidades numa análise da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana no momento da aplicação da pena privativa de liberdade.

2.3 ESPÉCIES DE SANÇÕES PENAIS

Para que seja atingida a função da pena, o Direito Penal pátrio prevê como espécies de pena as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e as de multa.

Art. 32 - As penas são:
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa. (BRASIL, 1940).

Para o presente trabalho, trataremos das penas privativas de liberdade. São três as espécies de pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), unificadas, segundo Guilherme de Souza Nucci (2009) em uma única denominação: pena de prisão.

A pena de prisão simples é a mais branda das três espécies, destinando-se somente às contravenções penais, não podendo ser cumprida em regime fechado, uma vez que incompatível incluir condenado por contravenção penal no mesmo ambiente de criminosos.

A pena de reclusão é cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto, sendo redado pagamento de fiança caso o regime possua pena superior a dois anos, conforme estabelecido pelo artigo 323, inciso I do Código Penal Brasileiro.

A reclusão é uma pena prevista para os crimes mais graves, já a detenção é reservada para os crimes mais leves. A indicação da pena serve para mostrar à sociedade a gravidade do delito praticado.

Foram criadas duas penas privativas de liberdade. Para crimes mais graves, a reclusão, de no máximo 30 anos, sujeitava o condenado a isolamento diurno por até três meses e, depois, trabalho em comum dentro da penitenciária ou, fora dela, em obras públicas. A detenção, de no máximo três anos, foi concebida para crimes de menor impacto: os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo. A ordem de separação nunca foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre reclusão e detenção desapareceriam com o tempo, permanecendo válidas apenas as de caráter processual (CARVALHO FILHO, 2002, p. 43).

Em suma, independente da espécie de pena privativa de liberdade, ela serve para tolher o infrator de seu direito de ir e vir, de seu direito à liberdade, ou seja, mantém-no preso. Essa prisão deveria servir, como já elucidado, para um tríplice função: punir, prevenir e ressocializar o apenado.

Em meados do século XIX a pena privativa de liberdade foi imposta, definitivamente, no sistema penal mundial. O predomínio dessa modalidade de pena coincide com o abandono de penas cruéis, conhecidas como corporais. Paulatinamente, segundo ensina Greco (2011, p. 470), “foi-se adquirindo

consciência da necessidade de que a execução da pena de prisão fosse concebida como um sistema, como um tratamento que buscasse a reabilitação do recluso.”

Conheceu-se, então, o Sistema Progressivo de cumprimento da pena de prisão. Surgido, inicialmente na Inglaterra, por volta de 1857, tendo sua autoria partilhada entre o inglês Alexander Maconochie e o irlandês Walter Crofton, conforme aduz os ensinamentos de Rogério Greco (2011, p. 475), esse sistema baseava-se do fato do condenado poder obter pontos ou marcas, conforme sua conduta e rendimento de seu trabalho. Isto fazia com que, pouco a pouco, fosse melhorando sua condição e, assim, reduzindo a duração de sua pena inicialmente imposta.

O apenado primeiramente passava pelo isolamento celular contínuo (dia e noite), em seguida o isolamento era somente noturno, com trabalho e ensino diurno e, em outra fase, progredia para a semiliberdade (trabalho fora do presídio com recolhimento noturno) e finalmente, o cumprimento da pena com a liberdade vigiada (livramento condicional).

É um sistema de estímulos e incentivos que visam corresponder aos anseios inatos de liberdade dos condenados, agindo diretamente na conduta e no comportamento do recluso. É o regime de execução penal adotado pelo Código Penal Brasileiro para a pena privativa de liberdade.

2.4 PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é uma fase da persecução penal do Estado em desfavor do indivíduo que praticou o ilícito penal. Ela é composta de uma fase meramente administrativa e outra executiva, propriamente dita. E é regulada pela Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/1984 que, em seu artigo 2º trata expressamente da jurisdição penal dos Juízes, demonstrando que a jurisdição permanece inclusive durante a execução penal (CAPEZ, 2015, p. 17).

E para o exercício da jurisdição sobre a execução penal, alguns princípios norteadores encontram-se insertos na LEP:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável à existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais, a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa,

iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual se deve entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade (NUNES, 2012, p. 25).

Assim, conforme citado acima, os princípios da LEP são norteadores da ação do Estado, corroborando para que se possa alcançar a finalidade para a qual foi proposta a pena, ou seja, ressocializar, educar para proporcionar a prevenção e punir o apenado.

O princípio da legalidade encontra-se expresso nos arts. 2º e 3º da Lei n.º 7.210/84, pois esta determina que a jurisdição seja exercida na forma dela própria e do Código de Processo Penal. Portanto, a restrição de direito deve decorrer da lei. Nesse diapasão, a Constituição Federal, em seu inciso II, do art. 5º, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." (BRASIL, 1988).

Além disso, a autoridade administrativa deverá agir atendendo aos princípios do Direito Administrativo. Assim, o dever de atender ao princípio da legalidade não é unicamente do Juiz, mas também do agente da Administração Pública envolvido com a execução penal. Com efeito, o princípio da legalidade consta expressamente do texto constitucional. Vejamos a lição de Hely Lopes Meirelles (1991, p. 78):

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'. (MEIRELLES, 1991, p. 78)

O princípio da legalidade norteia a execução penal em todos os seus momentos, dirigindo-se a todas as autoridades que participam da mesma, seja ela administrativa ou judicial

O segundo princípio é o da igualdade que determina a inexistência "de discriminação dos condenados por causa de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, pois todos gozam dos mesmos direitos" (NUNES, 2012, p. 27).

O preceito do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, não pode ser visto como uma mera isonomia formal, sem levar em consideração as distinções dos grupos. Não resta nenhuma dúvida de que o preceito constitucional, no sentido de

que todos são iguais perante a lei, dirige-se ao legislador e ao aplicador da lei (LENZA, 2014, p. 362).

Fernando Capez (2015, p.18-19) leciona:

Trata-se de princípio constitucional que atua em todas as áreas do relacionamento indivíduo-indivíduo e indivíduo-Estado. O princípio da igualdade jurisdicional compreende: a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, da CF); a inexistência de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF); a consagração do Juiz Natural, pois ninguém será processado sem ser julgado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF); a indeclinabilidade da prestação jurisdicional a qualquer pessoa (art. 5º, XXXV, da CF); a garantia de qualquer pessoa ao processo legal, em caso de privação da liberdade (art. 5º, LIV, da CF); o tratamento isonômico que o Juiz deve dispensar às partes integrantes da relação jurídico-processual.

Dessa forma, ninguém poderá sofrer tratamento discriminatório durante a execução penal, salvo as distinções em face do mérito pessoal do sentenciado e das características individuais de cada execução.

O princípio da jurisdicionalidade baseia-se na ideia de que a execução penal é jurisdicional, ou seja, a lei determina a aplicação da pena é feita com a intervenção do juiz na execução, sem excluir seu caráter administrativo.

A participação do juiz na execução da pena não decorre unicamente do princípio da proteção judiciária, consagrado expressamente no texto constitucional. A lei determina a aplicação dos princípios e regras do Código de Processo Penal, como consequência lógica da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução, como bem aduz a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

A jurisdição é a atividade pela qual o Estado soluciona os conflitos de interesse, aplicando o Direito ao caso concreto. A jurisdição é aplicada por intermédio do processo, que é uma sequência ordenada de atos que caminham para a solução do litígio por meio da sentença e que envolve uma relação jurídica entre as partes litigantes e o Estado-Juiz (CAPEZ, 2015, p. 19).

Ora, a própria Exposição de Motivos acima citada, de forma cristalina, esclarece que é mister a necessidade de uma justiça especializada, sendo que o

preceito legal deixa claro que a atividade de execução não é meramente administrativa, ou seja, é uma atividade jurisdicional.

O princípio do contraditório encontra-se previsto no texto constitucional, o qual deve estar presente em todos os processos judiciais e administrativos. Assim, dispõe o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (BRASIL, 1988).

Muitas sanções administrativas poderão ser aplicadas pela autoridade, desde que instaurado processo administrativo. Assim, nota-se a necessidade de assegurar-se o contraditório, permitindo-se ao acusado a produção das provas necessárias para a sua defesa (NUNES, 2012, p. 28).

Além disso, as partes envolvidas na relação jurídica processual devem ter ciência de todos os atos e decisões, e oportunidade de se manifestarem previamente a respeito.

E, o princípio da humanização da pena encontra-se previsto na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXVII, que "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis." (BRASIL, 1988).

Pelo princípio da humanização da pena, a execução penal deve obedecer aos parâmetros modernos de humanidade, consagrados internacionalmente, mantendo-se a dignidade humana do condenado. As penas mencionadas ferem o estágio atual da civilização humana, tendo sido, portanto, abolidas de nosso ordenamento jurídico (CAPEZ, 2015, p. 29).

Ainda se tem princípio da proporcionalidade, denominado por Zaffaroni de princípio da racionalidade, o qual, segundo o autor, exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 178).

Com efeito, até mesmo para os adeptos das teorias absolutas, para quem a pena é concebida unicamente em seu aspecto retributivo, a expressão máxima de justiça reside na lei de talião, ou seja, "olho por olho, dente por dente". Tal proporcionalidade não deve ser considerada unicamente no momento da cominação ou da aplicação da pena, estende-se ao momento de sua execução.

Pelo princípio da individualização da pena, atinge-se aos objetivos da Política Criminal, ou seja, para punir adequadamente o infrator e sua conduta criminógena é necessário aplicar a pena adequada a ele.

Logo, o legislador constitucional preocupou-se com o princípio da individualização da pena, conforme se verifica no art. 5º, inciso XLVI, quando assevera que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação da liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos." (BRASIL, 1988).

Além disso, o mesmo artigo supramencionado, no inciso XLVIII, aduz que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado." (BRASIL, 1988).

Aliás, o tratamento desigual, em face da desigualdade do condenado, é previsto até mesmo em relação ao sexo e ao estado das pessoas, preceituando o inciso L do art. 5º, que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação," (BRASIL, 1988).

Diante das considerações acima alinhavadas, podemos concluir que o princípio da individualização da pena é constitucional, sendo que o legislador ou julgador que entender diversamente estará violando a própria Carta Magna. A individualização da pena tem três momentos: o da cominação; o da aplicação ao caso concreto e o da execução da pena.

Por fim, o princípio da publicidade dos atos processuais, inserido no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir." (BRASIL, 1988).

Os atos processuais da execução penal são públicos, e a publicidade só poderá ser limitada por lei quando a defesa da intimidade do sentenciado ou o interesse social o exigirem.

A publicidade dos atos processuais conduz a uma garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados.

Neste diapasão, não podemos desprezar o art. 198, da Lei de Execução Penal, que prevê ser proibido ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao

servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena (BRASIL, 1984).

Compreendidos os princípios que regem a aplicação da pena, no Brasil, conforme o texto constitucional de 1988 e a Lei de Execução Penal – LEP, passar-se-á para a análise da aplicabilidade do princípio da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro.

3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA DO PRESO

O Sistema Carcerário Brasileiro, numa visão geral, é deficiente em vários aspectos, causando prejuízos imensuráveis à população carcerária e, em consequência, à sociedade, levando ao descrédito o Direito Penal.

Dentre os diversos fatores que impossibilitam uma execução da pena otimizada e humana, encontram-se a falta de vontade pública e a superlotação das unidades prisionais, além da ênfase na ordem e na disciplina com uma tendência à severidade na execução de medidas disciplinadoras. César Barros Leal (2010, p. 106) ensina que a decadência do sistema prisional é uma das consequências mais graves da falta de políticas públicas na esfera da prevenção criminal e da execução da pena.

3.1 A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO

A dignidade humana está inserida no texto constitucional de 1988 como sendo um megaprincípio que norteia todo o ordenamento jurídico. Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 62), a dignidade humana constitui-se em:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, ensina Luís Roberto Barroso (2003, p. 38) que a dignidade humana representa a capacidade de superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente e mantém relação direta com a liberdade e valores do espírito.

Portanto, a dignidade humana envolve garantias constitucionais como a vida, inclusive daqueles apenados que estão cumprindo suas penas em instituições mantidas pelo Estado.

Outro direito fundamental é a integridade física e moral, descrita na Constituição Federal, art. 5º, XLIX, no qual de forma expressa assegura o respeito à

integridade física e moral aos presos e aos cidadãos. A CF ainda é mais específica quando garante no mesmo artigo, inciso III: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. A pena prisional deveria restringir apenas o direito de ir e vir, mirando mais do que a simples sanção diante de um crime praticado, mas a recuperação e a reinserção completa do indivíduo no círculo social. (BRASIL, 1988).

Destaca-se, ainda o inserido no inciso XLVII, alínea “e”, do artigo 5º da Constituição Federal, o qual disciplina que: “não haverá penas cruéis”. E o preso só perderá a sua liberdade de locomoção, mantendo todos os demais direitos que dela não derivam. Neste sentido, o artigo 38 do Código Penal e os art. 40 da Lei nº 7.210/84:

Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1948);

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (BRASIL, 1984).

Os referidos fundamentos são derivados do próprio princípio fundamental da dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF, como fundamento do Estado Brasileiro. Por este princípio, é vetado a adoção de penas atentatórias à dignidade da pessoa humana, proibição esta que as normas supra transcritas procuram corroborar de modo a asseverar maior eficácia.

3.2 REALIDADE FÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

São diversos os problemas detectados: estruturais administrativos e jurisdicionais todos resultantes da falta de compromisso e da omissão do Estado em seu dever de dar cumprimento às leis e superar os dramas do cárcere.

A sociedade, por sua vez, é cúmplice no desprezo aos presos, marginalizados, analfabetos, ignorantes de seus direitos, impossibilitados de pagar fiança ou uma defesa jurídica adequada. A prisão, apesar de representar um custo social elevado, tem se apresentado como um ambiente de ociosidade e promiscuidade onde presos permanecem sob a vigilância de pessoas habitualmente sem preparo e corrompidas, num estabelecimento desprovido de adequada assistência material, médica, social, religiosa e jurídica, sem trabalho, sem ter acesso a qualquer atividade educativa, numa rotineira situação de desatenção aos Direitos Humanos (LEAL, 2010, p. 95).

Problemas como a superlotação carcerária e a violência tanto física quanto psíquica levam o encarcerado à dependência química, ao alcoolismo e à exacerbação de características negativas de suas personalidades, destruindo a privacidade e violentando a golpes diários a dignidade humana. O Sistema Penitenciário Brasileiro, nos atuais moldes, representa uma realidade violenta, a expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo que funciona como realimentador da criminalidade, proporcionando uma proteção ilusória e uma grande probabilidade de reincidências, segundo alerta César Barros Leal (2010, p. 100).

A reabilitação do condenado, função social da pena, passou de objetivo maior para mito, demonstrando que diante das condições infra-humanas a que são submetidos os encarcerados, com aparente violação aos seus direitos humanos, a função pacificadora do Direito Penal se tornou uma utopia. César Barros Leal (2010) elenca os principais problemas encontrados no Sistema Penitenciário Brasileiro, a saber:

Evidente superlotação, que além de provocar amontoamento de presos, dificulta funções e serviços básicos, como alimentação, saúde, higiene, segurança, trabalho, educação, recreação e assistências em geral; Presos em delegacias ou cadeias públicas à espera de uma vaga nas prisões, eis que a insuficiência de vagas nos cárceres é situação rotineira; Situações estruturais totalmente comprometidas, com instalações inadequadas, celas sem lavatório, cama, colchões ou lençóis, com infiltrações, baratas, pulgas, percevejos e ratos, aonde não penetram raios do sol e onde o odor fétido de urina e excremento, acumulados em pequenas cubas ou sacos de plástico, torna-se insuportável, em completo abandono as mais elementares normas de higiene; Alto índice de doenças e absoluta ausência de tratamento médico; Reclusos sadios com doentes mentais, e estes últimos sem tratamento adequado e acorde com os preceitos médicos e legais; Elevada taxa de suicídios e homicídios realizados das mais aterrorizantes formas: presos decapitados, esquartejados, mutilados, degolados; Violência sexual, muitas vezes cometidas por presos diagnosticados como soropositivos ou aids; Rebeliões, motins, e crime organizado, onde os próprios presos aplicam sanções, decidem quem deve viver ou morrer, comandam a extorsão, o narcotráfico e o mercado do sexo; Abuso de poder e corrupção de agentes penitenciários e autoridades que fazem cobrança ilegal de serviços e pagamentos de cotas por proteção ou para liberação de castigos físicos; Maus-tratos, torturas, castigos físicos, por parte dos agentes penitenciários e policiais; Presos cumprindo condenação superior à fixada na sentença, sem desfrutar de trabalho externo, liberdade condicional ou outros benefícios da lei; Presos sem condenação, ou que tenham sido absolvidos ou condenados a pena inferior ao tempo do encarceramento sem que recebam qualquer indenização; Presos tendo que ceder a própria esposa ou filha donzela, no dia de visita, ao líder da cela, da rua ou do pavilhão, sob ameaça de represálias; Prisões onde mulheres e crianças são encarceradas junto com homens, e as autoridades fingem desconhecer estupro diário e sistemático de uma jovem de 15 anos, detida numa cela com cerca de trinta presos, durante 24 dias, forçada a manter relações

sexuais para não morrer de fome; Prisões onde jogam futebol com a cabeça de presos mortos; Prisões onde o trabalho é um prêmio e os internos ocupam seu tempo ocioso, perdido, tecendo os fios de rebeliões e fugas, que serão mais tarde exploradas por manchetes dos jornais e pelos noticiários da televisão que anunciarão de maneira destacada seu enfrentamento com a polícia e talvez seus óbitos; Prisões onde não há água potável e os alimentos que se servem, sem nenhuma regularidade, contêm resíduos fecais; Prisões onde os encarcerados se suicidam em protesto e dor e se amotinam ante a lentidão de seus processos. (LEAL, 2010, p. 115/116)

Como bem colocou Jason Albergaria (1996, p. 40): “Este sistema não reforma: extermina.” As condições deploráveis do Sistema Carcerário demonstram a ineficiência e ingovernabilidade do Estado. Embora a vida em uma prisão nunca possa ser considerada normal, ali deveriam ser mantidas condições mínimas de higiene, alimentação, saúde e respeito semelhantes à vida social, afinal, o que o condenado perdeu, ressalte-se novamente, foi a liberdade, não a dignidade humana.

César Roberto Bitencourt (2004) já alertava:

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idônea para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam 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, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2004, p. 154).

A realidade que se vislumbra, nos dias atuais, corrobora com a ideia de total violação dos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, sendo emergencial uma intervenção efetiva do Estado a fim de extirpar práticas e condições degradantes e desumanas no interior das cadeias e presídios brasileiros.

Algumas soluções para a falência do sistema penitenciário brasileiro vêm sendo apontadas por estudiosos do assunto que buscam fazer com que a pena privativa de liberdade cumpra seu papel ressocializador e proteger os Direitos Humanos dos condenados, durante a execução de suas penas.

Roberto Gomes Lima e Ubiracyr Peralles (2010, p. 454) apontam como primeiro passo a conscientização da sociedade e das autoridades envolvidas no

processo de Execução Penal da situação degradante em que se encontram os presos em diversos presídios pelo país. Depois, fundamental seria o desenvolvimento de políticas públicas onde o Estado passasse a oferecer uma Execução de Pena visando a ressocialização, fomentando o atendimento das necessidades estruturais dos presídios e promovendo cursos de capacitação e aperfeiçoamento dos profissionais envolvidos direta e indiretamente no Sistema Penitenciário.

Hoje, todos os estudiosos da pena privativa de liberdade, principalmente, os juristas e os sociólogos, tanto do país quanto do estrangeiro, acabam concluindo que a mesma é prejudicial para o condenado e também para a sociedade. Na nossa opinião, baseada na observação e no estudo de grandes obras sobre a matéria, seria mais humano e até barato para a sociedade a partilha mais equilibrada dos bens, ou seja, escolas, bibliotecas, hospitais, empregos, cidadania, salários justos etc..., para todo cidadão, ao invés da construção de presídios. Mas, se a construção de presídios fosse inevitável, estes deveriam ser dotados de toda uma infraestrutura material, técnica e científica, para que o condenado pudesse receber todo o apoio, tratamento médico, com assistência social, religiosa, educacional e jurídica, com palestras, profissionalização e diversão, tudo buscando conscientizar o apenado dos benefícios da ressocialização. Acrescente-se que, mesmo se fosse possível a concretização do presídio utópico acima descrito, na nossa opinião, o mesmo somente serviria para as hipóteses onde não existisse outra alternativa. (LIMA e PERALLES, 2010, p. 455)

César Barros Leal (2010) também aponta como necessidade para a reestruturação do sistema penitenciário brasileiro uma maior efetividade na fiscalização por parte dos órgãos que compõem o Sistema de Justiça Criminal (Juiz da Execução Penal e Ministério Público, principalmente) a fim de se analisar se o tempo e a forma de cumprimento da pena estão ocorrendo em conformidade com os ditames legais. Ressalte-se que a legislação brasileira no que tange à execução penal é uma das mais modernas e elogiadas em todo o mundo. O que está falho é a execução e fiscalização do que propôs o legislador.

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ vem promovendo e incentivando, no âmbito dos Tribunais Estaduais, os Mutirões Carcerários, com a finalidade de sanar problemas judiciais no cumprimento da pena, numa tentativa de humanizar, via Poder Judiciário, o Sistema Penitenciário. Além disso, a recém empossada Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmém Lúcia, vem efetuando visitas não agendadas aos presídios federais e estaduais, no intuito de promover um levantamento da real situação dos encarcerados e, assim, traçar um plano de ação

para a revitalização do Sistema Carcerário no país. Ao se sentir visto e lembrado pelo Estado, o condenado tem um pouco de sua dignidade recuperada.

Porém, importante refletir que a situação caótica do Sistema Penitenciário Brasileiro só mudará quando as autoridades públicas entenderem que para sanar tal problemática são necessários investimentos em políticas não só voltadas à execução penal, mas também em áreas como educação, saúde, segurança, habitação e geração de emprego. A falta de dignidade que se vê refletida no Sistema Penitenciário é a mesma que se encontra nas ruas, nos lares brasileiros. A desigualdade social e a falta de oportunidades são, na verdade as grandes fomentadoras da criminalidade.

O condenado precisa do apoio das autoridades, da sociedade e de sua família para que o processo de ressocialização seja real. A reclusão do criminoso não o torna um indivíduo livre do crime e da marginalidade e muito menos recupera o infrator da lei.

3.3 A INEFICIÊNCIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL FRENTE A NÃO RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO

O estado das prisões do país não permite a ressocialização do apenado, ferindo mortalmente o Direito Penal e o Direito Constitucional, impondo ao preso, às famílias dos presos e à sociedade como um todo a sensação de insegurança gerada pelo descrédito das instituições.

Júlio Fabbrini Mirabete (2014, p. 24) esclarece:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação

A finalidade precípua da LEP está inserida em seu artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

Assim, a função ressocializadora da pena deve ser vista como garantia da dignidade humana do apenado. E, ressocializar implica em um processo de educação e de respeito aos direitos do preso. Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 1º, III, DA CF. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. LEI N. 11.343/2006. LIBERDADE PROVISÓRIA. ARTS. 310 E 312 DO CPP. CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE SAÚDE DO CUSTODIADO E AUSÊNCIA DE MOTIVOS ENSEJADORES DA PRISÃO PROVISÓRIA AUTORIZAM A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEGALIDADE.

1. A República Federativa do Brasil tem como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

2. A custódia cautelar implica necessariamente o cerceamento do direito à liberdade, entretanto o custodiado em nenhum momento perde a sua condição humana (art. 312 do CPP).

3. Impõe-se ao magistrado verificar, caso a caso, se o sistema prisional detém meios adequados para tratar preso em condições precárias de saúde, caso contrário, admite-se - de forma excepcional - a concessão da liberdade provisória, em atenção ao princípio da dignidade humana, inclusive porque, nos termos da Constituição Federal, ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

4. Relevante a manifestação do juízo de primeiro grau - ao deferir a liberdade provisória -, pois manteve contato direto, a um só tempo, com a situação concreta do acusado, com os fatos a ele imputados e com o ambiente social onde estes ocorreram.

5. Recurso especial não conhecido. Concessão de habeas corpus de ofício para determinar a expedição de alvará de soltura em nome da codenunciada, a fim de garantir-lhe o direito de aguardar em liberdade o curso da ação penal - mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício -, se por outro motivo não estiver presa e ressalvada a possibilidade de haver decretação de prisão, caso se apresente motivo concreto para tanto, nos termos do voto.

(REsp1253921, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJE: 21/05/2013)

Através da análise do julgado acima pode-se perceber que o sistema penitenciário é falho. O condenado que deveria ser restaurado acaba saindo das prisões pior do que entrou. A ressocialização do apenado é na maioria das vezes impossibilitada pela precariedade das condições nas penitenciárias.

O reeducando, após cumprir sua pena e retornar a sociedade, enfrenta sérios problemas. O mesmo tem que lidar com o preconceito da sociedade pelo seu estigma de ex-prisioneiro, uma vez que dificilmente consegue se reinserir num ambiente de trabalho. As empresas têm receio que o apenado volte a cometer crimes, sendo uma pessoa instável. Há também o preconceito por parte dos colegas de trabalho e da sociedade como um todo.

O nosso sistema almeja com a pena privativa de liberdade proteger a sociedade e cuidar para que o condenado seja preparado para a reinserção, mas o que observamos é uma situação bem diferente, como ressalta Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2012, p. 24).

Muito tem se discutido ultimamente sobre as funções que devem ser atribuídas às penas. O Código Penal no seu art. 59 dispõe que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do crime, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à condutasocial, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifo nosso) (BRASIL, 1948).

É possível afirmar que não é só o Estado que não cumpre suas responsabilidades no que diz respeito à assistência na reinserção do reeducando na esfera social. Os índices de reincidência criminal indicam que a sociedade também não está preparada para receber o egresso do sistema carcerário (GRECO, 2011).

Evidente que a pena privativa de liberdade ainda deve ser vista como uma alternativa plausível para a punição do infrator da lei. Não é a sua extinção que resolverá o problema da ineficiência do sistema carcerário brasileiro. O que se busca é a elaboração de métodos e políticas públicas para que o cumprimento da pena possa significar efetivamente a ressocialização do condenado.

CONCLUSÃO

O principal objetivo do presente trabalho foi analisar como o Brasil tem tratado os Direitos Humanos no Sistema Penitenciário, especialmente na aplicação da pena privativa de liberdade, cumprida em regime fechado.

Para se alcançar tal objetivo, foi traçado um panorama da dignidade humana como mega princípio constitucional e de outros princípios constitucionais, penais e processuais que asseguram ao apenado a dignidade humana e o respeito aos seus direitos humanos, conforme estabelecido em nosso ordenamento pátrio e nos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

A partir daí, constatou-se que a pena é um instrumento de poder usado pelo Estado para punir, inibir e ressocializar. Esse tríplice função deveria ser observada ao longo do processo de execução da pena, porém, na prática, o que se percebe é o descaso e omissão do Estado no cumprimento do seu dever de punir, levando a um aumento da marginalidade e sensação de insegurança na população.

O Sistema Penitenciário Brasileiro está eivado de problemas estruturais, administrativos, jurisdicionais. Falta vontade política, investimento, políticas públicas e respeito à dignidade dos encarcerados. Estes, ficam relegados à margem da sociedade, esquecidos por um Judiciário moroso, por um Ministério Público ineficiente e por um Executivo omissivo. As consequências desta realidade é a superlotação do sistema penitenciário, as situações de maus-tratos, de desrespeito, de violência, as condições subumanas a que a maioria da população carcerária brasileira é submetida, diariamente.

O Brasil tem falhado na importante missão de reeducar, ressocializar o condenado, levando-o a se afastar da marginalidade, por estar violando frontalmente os Direitos Humanos no âmbito do Sistema Penitenciário. A pena privativa de liberdade, da maneira como vem sendo aplicada, não está cumprindo seu papel que é ressocializar, recuperar, reeducar e reinserir o condenado na sociedade. A execução da pena tem de estar em consonância com os fins atribuídos à pena pelo ordenamento jurídico, o que, infelizmente, não vem ocorrendo no Brasil.

Os casos de violação dos direitos humanos constatados no sistema penitenciário têm contribuído para o aprofundamento das mazelas sociais, das

desigualdades, da marginalidade, da violência no Brasil. Nas palavras de Claudio Heleno Fragoso (2011): “O problema da prisão é a própria prisão.”

Portanto, necessário se faz que medidas sejam tomadas pelo poder público para amparar os encarcerados, garantindo-lhes a integridade física, mental e moral.

A sociedade, o Estado e as famílias dos condenados precisam fornecer a eles o apoio essencial para sua recuperação, pois apenas a reclusão é totalmente ineficiente para recuperar o infrator.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996;

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

BRASIL, **Constituição Federal Brasileira** de 1988;

_____, **Código Penal**, Decreto Lei nº 2.848/1940;

_____, **Lei de Execução Penal**, Lei nº 7210/1984;

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**, parte geral: (arts. 1º a 120), Volume I. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. 5. ed. São Paulo: Publifolha, 2002;

DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. **A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira: uma análise crítica**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf. Acesso em 20-08-2016;

GOMES, Luiz Flávio; DONATI, Patricia. **Medidas de urgência para o caótico sistema prisional brasileiro**. 03 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16-08-2016;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral: (arts. 1º a 120)**. Volume I. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011;

LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagens pelos caminhos da dor**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014;

LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. **Teoria e prática da execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, Volume I: parte geral. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Execução Penal**: comentário a Lei n. 7.2010. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral e parte especial. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

NUNES, Adeildo. **Da execução penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012;

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**, introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2011;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2012;

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos Humanos no Brasil e no Mundo**: Criação de um Tribunal Internacional Permanente. São Paulo: Método, 2007.

SOLER, Sebastian *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, Volume I: parte geral. São Paulo: Atlas, 2011.