

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/12/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32771-breves-considera-es-sobre-a-dignidade-humana-do-preso>

Autori: Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Christyene Alves Faleiros

Breves considerações sobre a dignidade humana do preso

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO

Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor da Faculdade de Ciências Integradas do Pontal, da Universidade Federal de Uberlândia (FACIP/UFU).

Christyene Alves Faleiros

Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão (CESUC). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Fundação Carmelitana Mário Palmério (FUCAMP). Advogada.

SUMÁRIO: 1. ESBOÇO HISTÓRICO DA DIGNIDADE HUMANA. 2. A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO. 3. A REALIDADE DAS PRISÕES BRASILEIRAS. 4. MODIFICAÇÕES VIÁVEIS E CABÍVEIS QUANTO AO SISTEMA PRISIONAL. 5. CONCLUSÃO.

RESUMO

Em sucintas linhas, tecer-se-ão considerações sobre a dignidade humana do preso enquanto subprincípio derivado da Dignidade Humana, bem como o seu desrespeito pelo Estado nos estabelecimentos prisionais, onde, além de negarem um mínimo de condições físicas à permanência do preso, a este não proporcionam condições de ressocialização, citando-se por exemplo o trabalho.

Palavras-chave: dignidade humana; preso; trabalho.

SOMMARIO

In sintesi le linee, lontano sarà considerazioni della dignità umana del detenuto, mentre le su subprincipio derivato dalla dignità umana, e la loro mancanza di rispetto per le Stato nelle prigionie, dove oltre a negare um mínimo di condizioni físico del prigioniero, non forniscono la il dondizioni de la riabilitazione, citando ad esempio il lavoro.

Parola chiave: dignità humana; prigioniero; lavoro.

1. ESBOÇO HISTÓRICO DA DIGNIDADE HUMANA

A discussão sobre a dignidade humana ganha corpo a partir da segunda metade do século XVII, quando a burguesia impõe ao Estado o dever de reconhecer a individualidade do cidadão e bem assim respeitar suas garantias e liberdades individuais. Em verdade, esse esforço tinha dois objetivos prioritários, quais sejam, a cessação da intervenção estatal nas práticas mercantilistas e o fim da estrutura social do Antigo Regime, disposta sob a forma imutável das classes do clero, nobreza e povo – onde neste último inicialmente se encontrava a burguesia -: quebrada a imutabilidade das classes e consequentemente cessados os privilégios do clero e da nobreza, os burgueses teriam o caminho aberto para ampliar significativamente seu comércio por terem o poder econômico em suas mãos.

Fato é que tal resistência à Autoridade Estatal ganhou força e culminou no surgimento do Estado Liberal de Direito, onde os paradigmas burgueses do individualismo econômico e do *laissez-faire* garantiam formalmente e em princípio a liberdade do indivíduo, sendo este considerado detentor de aptidões para aquisição de direitos e contração de obrigações pelo menos no tocante à celebração de contratos e aos efeitos jurídicos decorrentes. Bem assim, os Estados passaram a adotar normas constitucionais que impunham limites ao poder estatal e consagravam direitos de defesa (direitos, liberdades e garantias) do cidadão perante o Estado, sob a justificativa de que a liberdade individual, por ser um atributo natural e portanto anterior ao Estado, não poderia em princípio ser por este tolhida.

Também por ocasião do Estado Liberal de Direito e sob forte influência do Racionalismo, a Declaração de Direitos elaborada na Revolução Francesa reforçou a ideia de universalidade dos direitos da personalidade, na medida em que surgiram os “direitos fundamentais” e posteriormente os “direitos humanos” enquanto prerrogativas individuais protegidas normativamente contra a até então opressiva e extorsiva atividade estatal. Em razão disso, no Estado Liberal a autonomia da vontade era dogma e fonte principal do contrato: sendo a liberdade e igualdade atributos naturais do indivíduo, era este livre para expressar sua vontade e consentimento ao contratar; conseqüentemente, se ambos os contratantes eram livres para consentir, esse consentimento seria logicamente a força vinculante que uniria o contratante ao cumprimento de suas obrigações contratuais – de onde adviria o princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*), fazendo com que o acordo de vontades fosse a lei maior entre as partes, relegando a lei formal a um papel secundário e subsidiário.

Tal premissa era completada pela igualdade formal preconizada no liberalismo: se perante a lei todos eram iguais, tinha-se por corolário a ideia de que ambos os contratantes tinham as mesmas condições e autonomia para chegar a um acordo de vontades em bases justas e equitativas, intervindo aí o Estado somente em caso de inobservância às normas legais tal como o inadimplemento ou o descumprimento a cláusulas contratuais. No entanto, essa foi a contradição que expôs a fragilidade e incoerência do modelo liberalista de igualdade formal: ignorou-se por completo que nem todos eram burgueses, havendo classes menos abastadas e assim mais vulneráveis econômica e juridicamente, e se formulou um modelo em que todos tinham a mesma situação financeira e o mesmo acesso aos recursos pecuniários, econômicos e jurídicos. Inobstante, a realidade mostrou que as pessoas não são naturalmente iguais, e que a igualdade formal somente funcionaria num cenário de igualdade econômica e social – o que se verificava apenas entre os componentes da classe burguesa.

Esse cenário de total indiferença pelos valores indispensáveis ao ser humano e propositado esquecimento pelas classes menos favorecidas – principalmente o proletariado - fez-se mais fortemente presente nas relações de trabalho: a burguesia ignorava a imperiosidade de se garantir um mínimo de dignidade aos trabalhadores, impondo-lhes cada vez mais opressivas obrigações;urgia assim um novo modelo, mais dinâmico e ajustável às circunstâncias e ao mesmo tempo firme na garantia

dos direitos e liberdades individuais. Isso, aliado à Revolução Industrial como fator de mudança na relação de trabalho e direitos humanos, e o capitalismo industrial e sua intrínseca evolução tecnológica, forçaram a sociedade a repensar os valores sobre os quais ela mesma se apoiava.

Apesar do avanço dos códigos em relação às normas do Antigo Regime, o paradigma da propriedade enquanto núcleo do sistema jurídico-social ainda era a tônica do Estado Liberal de Direito. A burguesia ditava a igualdade formal como solução porque considerava somente a si enquanto classe social – no que obviamente tal princípio funcionaria perfeitamente, ao se tratar igualmente aos iguais de uma mesma classe – e portanto impunha normas de proteção ao patrimônio em detrimento da pessoa humana, notadamente quando o outro contratante não pertencia à classe burguesa. Tal modelo revelara-se distoante de uma realidade em que a Revolução Industrial impunha às classes menos abastadas um regime de quase escravidão nas fábricas, sem uma equivalente ou proporcional contrapartida e uma polarização radical da concentração de riquezas: quem dispunha dos meios de produção explorava desumanamente quem não os tinha.

Incapazes de competir com as máquinas, os artesãos deixaram seus ofícios e passaram a trabalhar como empregados: a diminuição da variedade de oferta reduziu gradativamente a opção de compra, até praticamente não mais existir a oferta de produtos manufaturados em contraposição aos industrializados. Em outras palavras, desapareceram os inúmeros artesãos e surgiram os escassos produtores industriais, bem como desapareceu quase que por completo a pessoalidade no contrato: ao empresário seria inconciliável produzir em massa e celebrar contrato individualizado tal como se dava antes da Revolução Industrial, pois isso implicaria na inexorável restrição à produção sob pena de se fugir ao domínio e controle contratual. Então, “despersonalizou-se” o contrato: criou-se um perfil genérico de consumidor, em razão do qual se estabeleceram normas contratuais igualmente genéricas para assim facilitar a contratação em massa.

Lado outro, na incipiente sociedade industrializada poucos eram os detentores de capital suficiente a gerir o comércio, gerando-se assim a concentração excessiva dos meios de produção. Isso fez com que igualmente se escasseasse a oferta de trabalho, tendo o trabalhador que, se quisesse obter emprego assalariado, resignar-se com as normalmente precárias e degradantes condições em que o

patrão oferecia o serviço, tais como salários baixíssimos, ambiente insalubre de trabalho e jornada de trabalho desumana.

Esse cenário nefasto efeito da Revolução Industrial ignorado pela igualdade formal do Estado Liberal também ocasionou a desintegração da família: para não ser substituído por máquinas, o homem aceitou trabalhar cada vez mais em troca de pagamento cada vez menor; para completar a receita familiar, a mulher procurou trabalho fora do lar; os filhos passaram a auxiliar nas despesas familiares, deixando de ir à escola para trabalhar. Isto, aliado ao êxodo e migração rurais para a cidade nos quais as pessoas passavam a se concentrar nas cidades em busca de empregos e dinheiro, escancarou as flagrantes desigualdades materiais e sociais produzidas pela concentração da riqueza: na mão de poucos, fez com que estes detivessem os meios de produção e assim pudessem ditar a forma de trabalho e remuneração do operariado, bem como ordenar o modo de distribuição e preço dos produtos industrializados ao alvedrio das possibilidades e necessidades dos cidadãos.

Tais situações feriram de morte a principiologia contratual liberal: a autonomia da vontade não mais poderia tomar-se por absoluta, na medida em que a respectiva declaração poderia ser maculada pelas necessidades e privações por que passavam as pessoas, as quais celebrariam contratos ainda que prejudiciais e contrários à efetiva vontade em troca do necessário à sobrevivência. Além disso, as mudanças tecnológicas e sociais aprofundaram as diferenças entre burguesia e proletariado, expondo mais ainda a discrepância entre a fictícia igualdade formal e a patente desigualdade fática entre patrão e empregado, entre produtor e consumidor.

Destarte, na segunda metade do século XIX iniciou-se a revisão não só do conceito de igualdade mas também de sua promoção e proteção pelo Estado: o modelo liberalista de Estado omissivo restou ineficiente e prejudicial à sociedade, na medida em que esta reclamava maior assistência estatal para a proteção de seus direitos fundamentais.

Busca-se a socialização do direito: o ordenamento jurídico passa a ter a função de regular a conduta particular em prol da sociedade, ao invés de regular o contrário. Isso se percebe na igual necessidade de se rever o modelo contratual liberal: outrora restrito a sujeitos e objeto e uma tão-só fonte de poder do credor sobre o devedor, o contrato passa a ser compreendido como um evento gerador de

situações jurídicas e efeitos além do mero objetivo contratual, incidindo sobre o bem-estar das partes e terceiros.

Surge então o Estado Social de Direito: à medida em que as classes economicamente inferiores conscientizavam-se da necessidade de efetiva garantia dos direitos e das liberdades para todos os membros da sociedade, exigiam a proteção do Estado de forma a este garantir o bem-estar econômico que permitisse a participação ativa do cidadão na vida social. O Estado passa a intervir na sociedade de forma a garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana: ao contrário do Estado Liberal omissivo, no Estado Social a atividade estatal é ativa no sentido de se garantir a ordem através do controle das atividades sociais.

Essa intervenção estatal foi enfática nos contratos, à qual se deu o nome de “dirigismo contratual”: o Estado impõe determinadas cláusulas e preceitos – as chamadas normas imperativas ou de ordem pública, em que às partes não é dado modificar porque o interesse é da sociedade -, criando limites para a vontade dos contratantes em prol do bem-estar social. As partes são obrigadas a aceitar as determinações legais, não podendo se furtar a tanto justamente pelo caráter cogente de que os dispositivos normativos mencionados dispõem; nos contratos de adesão, o empresário continua a formular unilateralmente as cláusulas, devendo no entanto fazê-lo sob os imperativos da lei e não de acordo com seu exclusivo interesse.

Uma vez relativizada, a vontade deixa de ser a mola mestra do contrato para ser um meio para a consecução dos fins contratuais em consonância com a ordem social. Nesse sentido, Fiúza (2003, p. 27) bem elucida:

Como se pode concluir a mesma Revolução Industrial que gerou a principiologia clássica, que aprisionou o fenômeno contratual nas fronteiras da vontade, esta mesma Revolução trouxe a massificação, a concentração e, como consequência, as novas formas de contratar, o que gerou, junto com o surgimento do estado social, também subproduto da Revolução Industrial, uma checagem integral na principiologia do Direito dos Contratos. Estes passam a ser encarados não mais sob o prisma do liberalismo, como fenômenos da vontade, mas antes como fenômenos econômico-sociais, oriundos das mais diversas necessidades humanas. A vontade que era fonte, passou a ser veio condutor.

Nessa transição do Estado liberal para o Estado social, os direitos liberais contra o Estado protegem o sujeito jurídico privado contra atos ilegais do governo

atentatórios à sua vida, liberdade e propriedade; os direitos de participação política tornam possível ao cidadão ativo participar do processo democrático de formação de opinião e vontade, e os direitos sociais de participação garantem aos cidadãos uma renda mínima e a seguridade social (Soares, 2001, p. 291-292).

Assim, de abstencionista o Estado passa a ser intervencionista e passa a agir como regulador das relações particulares e do mercado produtor, buscando um equilíbrio entre o controle da economia e a proteção às classes mais necessitadas. Em razão de tal mister, o Estado passa a ser chamado de “Estado-providência”, cuja mudança paradigmática é realçada na primeira metade do século XX, quando surgem pelo mundo os movimentos que criariam os direitos sociais.

Na sua política de bem-estar social, o Estado Social buscava a integração da sociedade através do favorecimento de condições materiais para a emancipação do indivíduo e redução das desigualdades sociais através da intervenção no domínio econômico, manutenção da livre iniciativa e a livre concorrência e compensação das desigualdades sociais mediante a prestação estatal de serviços e a concessão de direitos sociais.

O intervencionismo estatal influenciou diretamente o sistema jurídico: o Direito Privado passa a ser permeado por elementos de Direito Público e os preceitos constitucionais passam a reger e influenciar as relações jurídicas privadas, posto o *laissez-faire* não mais ser o referencial numa sociedade que exige a proteção estatal de seus direitos. Isso se percebe principalmente e claramente na figura do contrato, o qual deixa de ser a lei suprema entre as partes e passa a ser um dos elementos que regulam a relação jurídica estabelecida entre os contratantes e que geram consequências às partes e à sociedade.

Além disso, os horrores das duas Grandes Guerras e em especial da Segunda Guerra Mundial, fizeram com que a humanidade despertasse efetivamente para a necessidade de tutela do ser humano quanto aos seus valores e individualidade: o nazismo e o fascismo, com suas ideologias racistas e xenófobas, permitiram atrocidades a tal ponto de simplesmente se ignorarem atributos como a individualidade, liberdade, consciência e tantos outros, desprezando-se por completo a importância da pessoa humana individualmente considerada no contexto da evolução social.

Houve, então, uma mudança radical nos elementos básicos e estruturantes do sistema: muda-se do patrimônio para a pessoa humana enquanto pedra angular

do sistema jurídico. Mais ainda, o ser humano deve ser tratado e atendido pelo Estado na medida de suas necessidades e deficiências, sendo assim inócuo e até prejudicial tratarem-se os cidadãos de forma igual, seja no aspecto formal ou no material. Consequentemente, para tal nivelamento tornaram-se necessárias outras fontes legislativas que contemplassem as situações específicas de desigualdade que adquirissem relevo e contornos próprios, razão pela qual o Código Civil deixou de ser o único detentor das normas reguladoras das relações particulares porque tais preceitos normativos também se encontrariam na Constituição, nos tratados, no costume, fontes estas de onde se obtêm as normas fundamentais.

Vê-se então que a modernidade não conseguiu cumprir com seu mister de liberdade e igualdade a todos, tanto no plano formal quanto no material. O Estado Social revelou-se contraditório, na medida em que buscava reduzir as desigualdades sociais e prover condições materiais iguais a todos, valendo-se para tanto de pressão fiscal e intensa intervenção na propriedade privada: para garantir liberdade, usava extrema coerção.

Reduzido a mero assistencialista, o Estado Social e sua estrutura ruíram. Entra-se então na era da pós-modernidade, a respeito da qual entende Alves (2004):

A tendência veloz rompe com a modernidade, implode o direito posto e inaugura a era da pós-modernidade, com valores e referenciais inteiramente novos, quebrando-se os paradigmas do ordenamento jurídico. Dentro da visão da pós-modernidade, procura-se estabelecer novos valores, novos princípios e o direito dos iguais e dos fraternos, o Direito Civil, passa a sofrer uma profunda influência do Direito Público. Afinal, a sedimentação dos direitos fundamentais e a questão da liberdade individual, com o surgimento de novas e diferentes necessidades, transformadas em direitos individuais, passam a ser a pedra de toque do direcionamento político. Abre-se um campo profícuo para a valorização da transparência, da verdade, da sinceridade, com ênfase aos laços fraternos. Abandona-se a igualdade formal da Revolução Francesa, a igualdade substancial que marcou o final da era da modernidade, porque o importante não é a igualdade, e sim a equidade (*sic*). O Estado do bem-estar social está em crise e mergulha no ceticismo do vazio, das soluções individualistas e da insegurança jurídica, convivendo com o pluralismo de fontes legislativas, implodindo os sistemas genéricos normativos.

A pós-modernidade caracteriza-se pelo conflito com as velhas instituições patrimoniais, ao impor à atualidade os institutos humanísticos: o “ter” dá lugar ao “ser”, provocando assim a diversificação de elementos e efeitos do contrato, na

medida em que este influencia até mesmo no estilo de vida do indivíduo. A acumulação de moeda enquanto sinônimo de estabilidade e solidez é substituída pelo bem-estar social nesse mister: se já na modernidade o indivíduo deixou de buscar somente bens necessários à sua sobrevivência e passou a adquirir bens supérfluos para satisfazer unicamente à vaidade, este fenômeno acentuou-se na pós-modernidade, em razão do advento de uma sociedade focada no consumo em massa e incentivada pelas mudanças culturais e tecnológicas e pela crescente e apelativa propaganda indutiva ao exagerado e supérfluo consumo.

A realidade social passa a ser encarada sob outro enfoque: se na modernidade era enxergada como um todo indivisível – tanto no aspecto formal, em que todos eram iguais aos olhos da lei, quanto no aspecto material, em que todos teriam direito à proteção do Estado –, na pós-modernidade a realidade social é abordada sob vários aspectos determinados e individualizados, em que o Estado dedica atenção diferenciada a cada um deles na medida das necessidades.

Marques bem aduz (2000a, p. 84-85):

[...] evoluímos da "modernidade" dos parques industriais fordistas para a "pós-modernidade" das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, para a globalização niveladora das culturas, para a riqueza especulativa pós-fordista, para o renascimento das identidades, e ainda convivemos com a "idade média" das favelas, tudo na mesma sociedade, inter-agindo entre tolerância e radicalismo, exclusão e setores de excelência.

No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 inicia o Estado Democrático de Direito: os direitos e garantias do indivíduo enquanto ser humano são alçadas ao *status* de fundamentais, sobrepondo-se assim aos bens enquanto núcleos estruturantes da relação jurídica e da própria sociedade, pelo que justamente à CF/88 deu-se o epíteto de “Constituição Cidadã”.

Em face da positivação constitucional dos direitos fundamentais, nova axiologia é adotada no Direito Privado: os paradigmas do contrato, da família e da propriedade, então alicerces privatísticos, cedem lugar à dignidade humana a ponto de eles mesmos (contrato-família-propriedade) sofrerem nova contextualização e novo significado. As relações privadas deixam de ser herméticas e pecuniaristas e passam a ser influenciadas pelo viés social, surgindo aí uma interpenetração de fatores e valores: da mesma forma que a sociedade deverá respeitar a autonomia

privada dos particulares, a relação jurídica privada deverá obedecer aos ditames da função e justiça sociais e congêneres.

A ideia de sistema jurídico privado é revista: a principiologia constitucional, apoiada em valores como a igualdade, solidariedade, liberdade e outros, vincula não só o Estado como também o cidadão, rompendo-se assim com a restrita ideia patrimonialística de relação de jurídica privada. Essa profunda alteração nos e dos valores cria uma axiologia normatizada, perfectibilizada no princípio da Dignidade Humana: o ser humano passa a ser o referencial da relação jurídica e o sujeito de proteção do Direito, relegando-se assim o patrimônio a segundo plano.

É dizer: a finalidade precípua do negócio jurídico deixa de ser a aquisição de propriedade ou acumulação de riquezas, e passa a ser a satisfação das necessidades e conveniências da pessoa humana; o ser humano migra do papel de mero sujeito de direito participante da relação jurídica, e passa a ser o centro e finalidade precípua desta. A relação jurídica passa a ser conduzida nos moldes kantianos: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio” (Kant, 2004, p. 59).

Essa estrutura principiológica e axiológica trazida pela CF/88 faz com que regras, princípios e valores sejam obrigatoriamente obedecidos pela norma jurídica, sob pena de desvirtuamento do propósito do sistema jurídico e assim sua inexorável nulidade. Consequentemente, o princípio da Dignidade Humana e seus decorrentes direitos fundamentais – dentre eles, o direito ao trabalho (CF, art. 6º) e os dele decorrentes (CF, arts. 7º a 11 e outros) – transformam-se em regras imperativas.

Nesse sentido, Aronne (2000) bem elucida:

Pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva, na dialética normativo-axiológica do sistema, que o horizonte da principiologia abre para o operador do direito. Trata-se de uma ruptura com o dogmatismo sem cair no ceticismo, pela recusa do objetivismo e subjetivismo, na perseguição da interpretação mais adequada ao caso concreto, ditada pelos valores do sistema, teleologicamente alinhados.

Vê-se assim, que o cerne do ordenamento jurídico passa a ser a tutela e proteção dos direitos e integridade psíquica, física e moral do ser humano. Ou seja: institui-se o princípio da dignidade humana enquanto fundamento básico e

orientador do sistema jurídico de proteção à personalidade, e por decorrência os direitos fundamentais como norteadores da relação jurídica entre particulares.

Vê-se, outrossim, que a CF reconhece o princípio da Dignidade Humana enquanto alicerce axiológico de todos os direitos humanos, fundamentais e pessoais, na medida em que elenca tal princípio no inciso III de seu art. 1º, o qual disciplina os fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Destarte, por estar acima de valoração meramente pecuniária ou patrimonial, a dignidade humana resulta ao indivíduo todo um complexo de direitos essenciais à vida em sociedade, aos quais se deu o nome de “direitos fundamentais”, entendidos como aqueles pertencentes ao indivíduo em face do Estado e em face de outros indivíduos e sem os quais o homem não consegue relacionar-se social e juridicamente com seus semelhantes, descaracterizando-se enquanto pessoa nesta última hipótese.

Ou seja: o sustentáculo da CF é a pessoa humana, a qual se torna fundamento e fim precípua da sociedade e do próprio Estado. A dignidade humana norteia não só os direitos e garantias individuais, mas os direitos e prerrogativas coletivos, econômicos, sociais e correlatos; regulamenta e orienta os direitos subjetivos e o próprio dever geral de direito, ao ponto de o indivíduo ter obrigações em relação a si mesmo enquanto pessoa humana, ainda que contra a sua vontade.

Isto posto, observa-se que a evolução da sociedade implicou na reformulação do ordenamento jurídico para a respectiva adequação e prestabilidade deste àquela. Nesse mister, restou clara a mudança da propriedade para a pessoa humana enquanto paradigma do ordenamento jurídico: por força do princípio da Dignidade Humana, obrigatoriamente a relação jurídica de direito privado deve coadunar com os direitos e garantias fundamentais individuais, sob pena de invalidade e até mesmo de inconstitucionalidade. É dizer: o valor central da sociedade está na pessoa humana, em razão da qual defluem todos os direitos e garantias fundamentais e por isso se preconiza ser a dignidade humana princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico pátrio.

2. A DIGNIDADE HUMANA DO PRESO

Não sem motivo, a Constituição Federal de 1988 reconheceu o princípio da Dignidade Humana enquanto alicerce axiológico de todos os direitos humanos, fundamentais e pessoais, ao elencá-lo no inciso III do artigo 1º, que traz os fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. A esse respeito, Kant (2004, p. 65) assevera que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Isto resulta ao indivíduo todo um complexo de direitos essenciais à vida em sociedade, aos quais se deu o nome de “direitos fundamentais”, entendidos como aqueles pertencentes ao indivíduo em face do Estado e em face de outros indivíduos e sem os quais o homem não consegue relacionar-se social e juridicamente com seus semelhantes, descaracterizando-se enquanto pessoa nesta última hipótese. Uma vez considerada o fundamento primordial e o último arcabouço da guarida dos direitos fundamentais, a dignidade humana faz-se necessariamente presente em todas as relações pessoais, direta ou indiretamente, de forma a se garantir ao ser humano um mínimo de condições de vivência, convivência e sobrevivência em meio aos seus semelhantes e junto à sociedade em si considerada.

Repise-se: em “todas” as relações pessoais, porque a dignidade humana deve ser observada e protegida em relação aos presos, encarcerados em cadeias e penitenciárias em todo o território nacional. Tal se faz mister ressaltar, pois a sociedade preocupa-se muito com investimentos em segurança aos cidadãos mas nem sempre consideram nesse contexto o tratamento aos presidiários, os quais muitas vezes veem seus direitos e principalmente sua dignidade desrespeitados.

É nesse sentido que os direitos e garantias fundamentais expressos na Lei Maior reclamam observação ao Sistema Penitenciário, na medida em que o preso é antes de tudo pessoa.¹ É também nesse sentido a legislação infraconstitucional, tendo-se por exemplo a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal): há em seu art. 41 rol que elenca os direitos do preso, primando-se assim

¹ Veja-se o art. 5º da CF, incisos III, X, XXXV, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LI, LII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, LXXIV e LXXV.

pela qualidade de vida do indivíduo preso para que, mantendo uma situação digna, seja bem mais viável e menos onerosa sua ressocialização. Frise-se que os direitos elencados no referido artigo não são taxativos, havendo na própria LEP vários outros direitos inerentes ao indivíduo preso que clamam por sua dignidade, já que o veem como pessoa humana.

Bem assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, traz em seu bojo várias ocasiões em que trata da dignidade humana e, sobretudo, do detento. Por exemplo, o art. 5º da referida Convenção, que trata do direito à integridade pessoal, trata da proteção à integridade pessoal e diz:

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Pode-se notar a preocupação internacional acerca dos direitos fundamentais da pessoa humana, ressaltando-se que o inciso 1 traz explicitamente o respeito à dignidade como dever de observância por parte de todos. Nessa linha de raciocínio, o art. 7º do Pacto bem alude à liberdade pessoal, corolário da dignidade humana:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua

liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

O art. 11 do Pacto ainda é mais efetivo, quando prevê literalmente a proteção à honra e à dignidade:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Observa-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) não descarta o preso enquanto pessoa humana: mesmo privado de sua liberdade, possui direito à garantia de condições mínimas de vivência e existência – ou seja, um mínimo necessário à manutenção de sua dignidade enquanto ser humano.

3. A REALIDADE DAS PRISÕES BRASILEIRAS

Na prisão, local físico para onde é encaminhado o indivíduo a fim de que permaneça no cárcere por determinado tempo, agrupam-se os diversos indivíduos que cometem delitos a fim de que não estejam em contato direto com a sociedade para não agredi-la novamente, vez que o crime é sempre uma agressão social.

Conforme o art. 38 do Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), “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”. Deduz-se portanto que, mesmo em face da punição proveniente da pena

privativa de liberdade, o indivíduo conserva o direito à dignidade.

Bem assim, de acordo com o *caput* do art. 10 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei das Execuções Penais), “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Em seguida, o art. 11 da mencionada Lei assevera que a referida assistência será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Dessarte, a partir do *ius puniendi* que possui o Estado tem o poder-dever de aplicar a sanção anteriormente inserida no ordenamento jurídico. Porém, em que pese ser o representante da sociedade, deve-se ter em mente que não somente se deve punir o criminoso, mas, exatamente por ser um ente provindo do contrato social, deve acima de tudo primar pela dignidade do preso enquanto ser humano.

Entretanto, a realidade é bem diversa: as prisões brasileiras transformaram-se em verdadeiros depósitos de indivíduos segregados da sociedade, ultrapassando em muito o mister de punir o delinqüente pelo delito cometido. Presídios superlotados e sem saneamento adequado, entre outras precariedades, são o reflexo do cotidiano prisional brasileiro, deturpando assim totalmente o princípio da Dignidade Humana.

Há um paradoxo de dimensões alarmantes entre o que se espera da prisão e o que ela efetivamente traz ao indivíduo enquanto preso: a forma como é tratado o preso, com grosseria, indiferença, desrespeito, não faz jus ao que proclama a Justiça. As normas de estruturação, de higienização, enfim, de toda a base para o restabelecimento da dignidade da pessoa presa estão elencadas na Lei de Execução Penal, que, diga-se sempre, é uma lei muito bem redigida, porém pouco praticada em sua integralidade. Se observadas as normas advindas da referida lei, o sistema prisional brasileiro estaria dignamente incentivando a ressocialização do preso quando egresso à sociedade.

De acordo com Paixão (1987, p. 9), “prisão significa aprendizagem do isolamento. (...) a penitenciária é a escola do sofrimento e da purgação”. Em semelhante opinião afirma Zaffaroni (1991, p. 35), quando diz ser a cadeia uma espécie de máquina de deteriorar:

[...] a parte mais importante da deterioração condicionante fica por conta da ‘instituição total’ que conhecemos com o nome de ‘prisão’ (...). O preso ou prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto (...) o preso é ferido na sua auto-

estima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc.

Dentro de tal contexto, há que se lembrar das várias tentativas de fuga, motins, etc., como verdadeiro apelo às autoridades estatais pelo bem-estar nas cadeias e penitenciárias, uma vez que não é novidade a incidência de tortura, falta de saneamento, afora outros problemas grosseiros, vividos pelos presidiários cotidianamente.

Desde que o preso, uma vez ciente de seus direitos vê-los em total desuso pelas autoridades dentro e fora das carceragens, não há incentivo à progressão, no sentido de se inspirar num ordenamento justo, para haver uma correlação entre o sistema prisional e o seu interesse em se reformar. Da forma como é tratado hoje, o preso não vê saída para seus tormentos e muito menos tem ânimo para o começo de uma reforma interior, galgada em princípios éticos e morais. Tratado como animal, não vê nada além de uma repugnância social diante de si, o que, conseqüentemente, leva-o a crer que a sociedade, não o querendo bem, não o quer de volta e, dessa forma, não há motivo para melhoras de comportamento.

As penitenciárias não têm espaço suficiente para tantos quantos estão presos. É certo que a criminalidade no Brasil anda em alta; porém, o que acontece freqüentemente e faz aumentar a população prisional é o uso desenfreado de prisão antes do trânsito em julgado da sentença: em que pese haver previsão constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV) e que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII), a acomodação de inúmeros presos que não deveriam estar nessa situação causa a falta de espaço nos presídios.

Entrementes, não se pode creditar o caos prisional brasileiro à (falta de) infraestrutura: a análise do mérito da dignidade vai muito além da parte física prisional. A indignidade nas prisões vai desde a violação sexual sofrida por detentos - o que leva à grande incidência de AIDS entre os encarcerados - às mais atrozes torturas que, ao contrário do que parece, continuam sendo utilizadas freqüentemente. Dessa forma, a idéia de ressocialização proposta pela política criminal atual com base na Lei de Execução Penal resta cada vez mais distante da concretização.

Herkenhoff (1998, p. 37) bem sintetiza:

[...] a prisão, em si, é uma violência à sombra da lei, um anacronismo em face do estágio atual das mais diversas Ciências Humanas. O pretendido tratamento, a ressocialização, é incompatível com o encarceramento. (...) a prisão exerce um efeito devastador sobre a personalidade, reforça valores negativos, cria e agrava distúrbios de conduta (...) violência não é um desvio da prisão: violenta é a própria prisão.

4. MODIFICAÇÕES VIÁVEIS E CABÍVEIS QUANTO AO SISTEMA PRISIONAL

Várias são as propostas de mudanças no sistema de penas argüidas pelos estudiosos do assunto. Fala-se sempre em descriminalização, destipificação e despenalização no âmbito do Direito Penal atual.

Descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas (Cervini, 1995, p. 72). Assim foi por exemplo com o adultério, o qual, mesmo sendo crime até meados de 2004, socialmente não era assim considerado há bem mais tempo. Ato contínuo, a destipificação redundava no processo legislativo em face do qual formalmente retira-se o caráter de ilícito penal a conduta que assim era considerada. Por fim, a despenalização, no dizer de Dotti (1998, p. 266) implica, também por via legislativa, em submeter determinados fatos ilícitos à jurisdição de outros ramos de direito que não o penal. As penas criminais são substituídas por sanções de outra índole.

Há que se concordar que esses três institutos, se utilizados, em muito ajudariam na organização do sistema penal: sendo diminuídos os crimes – ou mesmo a sanção deixando de ser a prisão – os presídios teriam já um grande avanço no sentido da diminuição de contingente, o que, de certo modo, diminuiria os problemas de superlotação e falta de higiene, uma vez que, com menos presos, seria mais fácil manter a ordem.

A ocorrência e incidência tão cotidiana de penas privativas de liberdade no sistema brasileiro tem sido a grande preocupação do Direito Penitenciário, haja vista os problemas retro-mencionados. Dotti (1998, p. 413-414) assim enfatiza:

A redução das hipóteses da perda da liberdade é um anseio generalizado a desafiar o legislador do futuro, uma vez sensível aos aspectos da proporcionalidade (como medida de retribuição) e dos fins sociais e individuais da pena. A indicação de limites fundamentais para regular a execução que atenda os interesses da justiça, da defesa social e os direitos e garantias individuais, completa a primeira parte desse projeto que alcança o seu epílogo no melhor tratamento do egresso e num inadiável aprimoramento do instituto da reabilitação a fim de se converter em mecanismo importante no quadro das medidas antidelituais no seu amplo sentido.

Ainda como medida não institucional, a pena de multa seria também grande aliada na contenção de penas privativas de liberdade, vez que o delinqüente sente imediatamente o peso da infração e quase sempre impelido à não reincidência, o que invariavelmente auxilia a ordem no sistema prisional.

As penas alternativas, hoje em dia tão aclamadas, de certo modo são a mais expressiva nuance da reforma esperada no âmbito penal, pois que são formas não privativas da liberdade e nem sempre restritivas de direitos, mas que efetivamente se fazem cumprir, além do que estão intimamente relacionadas à pessoa do condenado. Dessa feita, são maneiras que impedem a reincidência no crime. As penas alternativas como um todo têm caráter social: quase sempre, seu cumprimento é retornado à sociedade, principalmente quando diz do trabalho em favor da comunidade; o infrator, além de cumprir sua pena, ainda está de certa forma auxiliando com seu próprio esforço.

É claro de se notar que o sistema de penas alternativas é o de menor impacto na restrição ao infrator: quando lhe é imposta a pena de prisão, na maioria das vezes vê sua dignidade esquecida por detrás da grades, ou seja, ao invés de se melhorar para reinserção social, na maioria dos casos, sai da prisão um criminoso totalmente formado. Quando lhe é imposta uma pena alternativa, a dignidade que seria perdida é permanente e, mais que isso, é aprimorada ao ver seu esforço pelo trabalho resultante em bem ao próximo.

Se de todo modo a prisão for inevitável, deve-se levar em conta a dignidade humana na aplicação das normas. Um exemplo claro é a ocupação do preso em algum tipo de trabalho interno ou externo, conforme preceituam os arts. 31 e seguintes da Lei de Execuções Penais.

Oriunda da transição do *Ancién Regime* para o Estado Liberal de Direito, a noção protestante segundo a qual o trabalho enobrece o homem (Andrade, p. 89)

atravessou os séculos e ecoa na atualidade. *In casu*, bem apropriada é a ideia em relação ao detento: enquanto trabalha, mantém sua dignidade enquanto ser humano e mantém sua integridade psicológica, na medida em que se sente útil. Bem assim, em regra dificilmente terá tempo para pensar na reincidência, o que permite dizer que certamente não sairá da prisão um profissional no crime.

5. CONCLUSÃO

A Lei de Execução Penal traz em seu bojo as condições não só de trabalho, mas também de educação e outras atividades ligadas à dignidade humana² e congêneres³. O Estado pode arregimentar empresas interessadas em recrutar mão de obra presidiária, principalmente em razão da responsabilidade social. Muitas vezes, preso quer, mas não tem onde nem como trabalhar.

O investimento estatal deve ser efetivamente feito na estrutura prisional, respeitando o art. 83 da LEP, bem como a todo o Título IV da referida Lei⁴. Dir-se-ia, portanto, que o Estado, com seu *ius puniendi*, com vistas ao garantismo, teria de, observados os princípios legais, dar ao preso condições de ressocializar-se para posterior reinserção social, uma vez que os moldes da legislação pátria, de longe, são bem elaborados. O que falta, efetivamente, é o cumprimento legal por parte do órgão estatal.

Um delinqüente que adentra as acomodações penitenciárias e vê sua dignidade respeitada, uma vez que tem trabalho, educação, lazer e religião, nada terá em mente a virtude e a vontade do convívio social, o que, efetivamente, o levará à finalidade da pena, qual seja a ressocialização, reforma e reinserção social. Portanto, pode-se dizer que, em que pese o sistema prisional brasileiro viver o presente caos, o que falta é somente colocar em prática o que a lei tão sabiamente traz em seu texto, para que a efetiva utilização da norma não a deixe ser somente uma letra morta no ordenamento jurídico.

² “Art. 83 O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.”

³ Título II, Capítulo III, da LEP.

⁴ Título IV, da LEP: “Dos estabelecimentos penais”

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: 1999.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 nov 2011.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 20 out 2011

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 nov 2011.

CERVINI, Raúl. **Os processos de discriminalização**. Tradução de Eliana Granja. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1995.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1998.

ANDRADE, Thales de. O pensamento sociológico de Max Weber. In: FILHO, Arnaldo Lemos et al (org.). **Sociologia Geral e do Direito**. 4. ed. Campinas: Alínea, 2004.

HERKENHOFF, João Batista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3 ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 1998.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. Juarez de Oliveira. São Paulo: 2000.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal. Comentários à Lei 7210, de 11 de julho de 1984**. Atlas. São Paulo: 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso.** São Paulo: Cortez, 1987.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição. Aspectos relevantes para sua aplicação e execução.** Revista dos Tribunais. São Paulo: 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 2 ed: revista e atualizada. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000.

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e Direitos Fundamentais. Aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.