



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O papel do Estado na administração da pena de prisão no Brasil, após a Constituição Cidadã

Silvia Regina Teixeira Rolins

Rio de Janeiro
2012

SILVIA REGINA TEIXEIRA ROLINS

O papel do Estado na administração da pena de prisão no Brasil, após a Constituição Cidadã.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof^a. Mônica Areal
Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2012

O PAPEL DO ESTADO NA ADMINISTRAÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL, APÓS A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Bacharel em Direito pela Universidade Estácio
de Sá - UNESA

Resumo: O papel do Estado e da sociedade na eficácia da pena de prisão, principalmente após a Constituição da República de 1988. A necessidade de uma política criminal, que assegure condições mínimas de reabilitação social do apenado.

Palavras-chaves: Administração da pena. Sistema carcerário. Direito Constitucional. Dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução. Capítulo 1 - Papel do Estado na Administração da pena de prisão no Brasil, após a Constituição Cidadã. Capítulo 2 – Os aspectos constitucionais dos direitos fundamentais e a evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Capítulo 3 – Condições dos estabelecimentos carcerários e a forma de cumprimento da pena como influência na reincidência e aumento da criminalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A relevância do tema escolhido mostra-se patente diante da violência em que a sociedade brasileira se encontra. Vive-se num país de contrastes, que só aumentam, e a concentração de renda cresce na mesma proporção da miséria. O descrédito nas instituições leva a uma apatia que em nada contribui para a reversão do quadro atual. A idéia de que bandido bom é bandido morto não solucionou em nada até agora, muito pelo contrário.

Necessário que se busque alternativas para que a porta de saída de uma penitenciária seja a luz no fim do túnel, e não a beira do abismo. Só haverá uma sociedade pacificada quando todos, indistintamente, forem tratados como iguais em direitos e obrigações, quando a política criminal adotada deixar de ser apenas um mecanismo estatal de manutenção política e de repressão, em sua esmagadora maioria, do pobre marginalizado.

Deve-se buscar um sistema penal que, além de proteger do crime os bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, represente uma atividade policial respeitosa e respeitada, um processo penal rápido, eficiente e constitucional, e um sistema penal digno. Para isso, deve-se discutir a situação atual das condições carcerárias no Brasil, sua possível influência nos índices de reincidência e, em consequência, de criminalidade, além do papel não apenas do Estado, mas de toda a sociedade civil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã.

E para isso se faz necessário uma explanação sobre a trajetória da pena de prisão, seu surgimento, evolução e aplicação, dos primórdios da sociedade civilizada até os dias atuais, e como, ao longo do tempo, a pena privativa de liberdade tem sido instrumento útil de manutenção do *status* social vigente. Bem como das condições dos estabelecimentos carcerários, em que os presos ficam expostos à superlotação, falta de higiene, violências sexuais, atendimento médico precário, somado a total inércia em que se encontram, durante o cumprimento da pena, impossibilitam que se atinjam os principais objetivos da pena: a prevenção, a repressão e, a mais importante, a recuperação do preso.

Analisar-se-á a trajetória dos direitos e garantias civil, o papel do estado como instrumento garantidor desses direitos e até que ponto o não exercício de certos direitos civis pela população carcerária, somado ao sentimento de desesperança, não representa mais um fator causador da violência rotineira na qual se vive. Também será objeto deste estudo verificar qual o interesse político e social na manutenção dessa mentalidade.

1. PAPEL DO ESTADO NA ADMINISTRAÇÃO DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL, APÓS A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Sistema penitenciário representa o conjunto de recursos e normas que regulam a execução das penas privativas de liberdade. Enquanto o direito penitenciário, como ramo do direito penal, estabelece os fundamentos e a razão de ser da pena e determina a atuação de seus aplicadores, que, hoje, baseia-se em duas grandes correntes ideológicas: a que considera a pena como expiação e retribuição do crime, por imposição da justiça; e a que vê a pena como instrumento de defesa social e forma de pressão para que o criminoso se emende.

A pena de prisão, de finalidade vingativa, evoluiu e adquiriu a função de proteção da sociedade e recuperação do transgressor. Para viabilizar a prisão, como instrumento reformador dos indivíduos, foram criados controles sociais que representam os ideais penitenciários de cada período histórico, e como, ao longo do tempo, foram estruturadas as práticas de dominação, pelo estabelecimento de relações de força, poder e violência, presentes no tecido social.

O cotidiano carcerário sempre revelou o descaso público, os aspectos sub-humanos apontavam para a precária cidadania ou sub-cidadania dos condenados sociais. Mesmo assim, teoricamente, sempre se buscou um modelo de enclausuramento perfeito. A prisão tinha como principais metas: modificar a índole dos detidos, pela recuperação; reduzir a criminalidade e a pobreza; reforçar a segurança e afirmar o Estado.

Em meados do século XIX¹, começa a preocupação com as causas do crime. Surge a Antropologia Criminal, estudo da história natural do homem relacionada com a Criminologia, ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da

¹ COSTA, Tailson Pires. *A Dignidade da Pessoa Humana diante da Sanção Penal*. São Paulo: Fiúza. 2004, p.51-57.

vítima e do controle social, do comportamento delitivo. Todas essas conjecturas, no entanto, passam ser vistas sob a orientação da Criminologia, e esta, em face da *ética* (costumes e moral), da *política* (pena: função) e da *técnica* (ciências aplicadas).

Esses objetivos, porém, ficaram no plano teórico, pelo desinteresse dos governos com a questão da administração penitenciária, entregue ao arbítrio dos carcereiros que possuíam formas próprias de castigar e subjugar o preso. Os ideais dos juristas da época entravam em colisão direta com os poderes presentes na realidade penitenciária.

O mau gerenciamento já era uma das causas impeditivas da regeneração do apenado que, após o cumprimento da pena, estivesse possibilitado à readaptação social.

O Código Penal de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas, como a prisão celular, o banimento, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar². Passou-se a exigir da estrutura penitenciária o cumprimento de certos requisitos, como: segurança dos detentos, dos vigilantes e guardas; higiene; execução do regime carcerário aplicado; inspeções frequentes às prisões. Nessa nova estrutura penitenciária buscava-se dar a pena de prisão uma função social, e não apenas repressora e punitiva.

A implantação do regime de trabalho encontrava resistência na desorganização do sistema prisional, na falta de produtividade, na ausência de matérias-primas e de utensílios para o trabalho interno nas oficinas da prisão, mostrando-se totalmente inviável até nos dias atuais, pois a estrutura em muito pouco foi alterada. Essa situação deu causa a ociosidade, a preguiça e a promiscuidade do preso. Perde, então, a pena e o aparato carcerário não apenas a sua função social, mas a sua própria validade.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.6.

A idéia era que com o trabalho o preso buscasse sua “recuperação”, que tivesse sua auto-estima estimulada pelo ganho salarial advindo de sua produção.

No início do século XX a legitimidade social da prisão ganhou variações para um melhor controle da população carcerária. Surgiram tipos modernos de prisões adequadas à qualificação do preso segundo categorias criminais: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres. Percebe-se uma tentativa de racionalização do espaço, adequando-o à tipologia do crime tendo por critério o grau de infração e periculosidade do réu. Com relação às legislações anteriores, houve uma modificação positiva e significativa sobre o fato de se pensar um espaço apropriado para mulheres e menores.

A separação do apenado, levando-se em conta o sexo e a idade, começou ser observada pelo seu lado técnico, isolando-os em lugares específicos e por categorias específicas de presos, como melhor forma de controle. Esse novo mecanismo, também, tinha por objetivo reforçar a ordem pública, protegendo a sociedade através de uma prevenção apropriada: o isolamento em um espaço específico.

Introduziram-se certos benefícios, como o *sursis* e a *condicional*, para o preso com bom comportamento e que tivesse cumprido parte da pena. No entanto, o princípio do isolamento por categorias criminais entrou em choque com o cotidiano da realidade carcerária.

As medidas de prevenção ganharam, por parte das autoridades públicas, ações diretas e incursões constantes junto aos possíveis delinquentes. Ignorando, e muitas vezes até justificando, todo tipo de violências praticadas pela polícia.

Uma reforma mais ampla veio com o Código Penitenciário de 1930, que nas palavras de Lemos Brito³, trazendo os alicerces relativos aos estabelecimentos penais, regime penitenciário, serviços prisionais, deveres dos funcionários e reclusos.

A organização disciplinar mostrava-se extremamente rígida, com previsão de aplicação de punições, controle das correspondências e uma total vigilância dos presos. O Código Penitenciário continha sanções extremamente cruéis ao preso. Procurava-se por quaisquer meios, a extrema disciplina e obediência do detento com o intuito de puni-lo e não de regenerá-lo⁴.

Assim, os criminosos políticos transformados pelo discurso político em "perigo social", deveriam ser encaminhados à reclusão comum, pois poderiam corromper ideologicamente a sociedade. Segundo o sistema, quaisquer divergências às normas do Estado deveriam ser consideradas crime, sendo os comunistas símbolos desse desvio.

As casas de detenção eram destinadas aos reclusos que aguardavam julgamento, aos condenados à pena de detenção e aos condenados que aguardavam transferência. Enquanto que para as *Casas de Correção* deveriam ser enviados apenas os condenados reincidentes. No entanto, a obrigatoriedade do trabalho penitenciário continuava a ser enfatizada pelo Código, procurando atingir todas as formas de reclusão.

Pretendia-se através dessa prática, aliviar os cofres públicos das despesas com a manutenção das prisões, assim como promover a educação profissional do preso e sua readaptação social.

³ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 159-177.

⁴ Idem, p.177

O Estado capitalista via no trabalho do preso uma saída com relação aos custos da prisão e como uma pretensa produtividade do recluso: o detento deveria produzir alguma coisa.

O ideal reformador defrontou-se com as reais condições das prisões. No interior do país o problema chegou a ser desesperador, a situação ia desde a depravação, a falta de higiene, de conforto e de ordem nos infectos e superlotados presídios, onde se confundiam e se misturavam menores de todas as idades e criminosos de todos os graus.

A questão social ultrapassava o espaço das prisões. Segmentos da sociedade clamavam por ajuda, como, por exemplo, o menor abandonado e o delinqüente. A necessidade de mais vagas nas prisões e a criação de um abrigo para mulheres criminosas era uma discussão que se fazia presente há décadas.

A inoperância das instituições públicas brasileiras manteve-se desde então até os dias atuais, funcionando de forma autoritária, e descontinuada, sempre, a cada novo governo, com idéias de “salvadores da pátria”, com modelos ditos ideais e perfeitos de aprisionamento, que nunca muitas vezes eram esquecidas ou arquivadas no 1º dia de governo.

Nesse contexto, enquanto a segurança pública descia ladeira abaixo, a criminalidade ia ladeira acima.

2. A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ NO PAPEL DE PUNIR DO ESTADO

Com o advento da Constituição Cidadã, ao Estado, no exercício do seu direito/dever de punir, impõe-se um papel não apenas de mero gerenciador da pena, mais de agente garantidor de sua efetiva e eficaz aplicação. A atuação do administrador público passa a ser

pautada no interesse coletivo, e a todo indivíduo, como participante do corpo social, é endereçada a atividade pública estatal.

Com a nova ordem, a sociedade organizada inspirada pela idéia do coletivo, que compreende todos os indivíduos, sem exceção de qualquer gênero ou espécie, estrutura-se no sentido de que as regras disciplinadoras de sua vida visam ao fortalecimento do convívio social, fixando limites às condutas individuais, com direcionamento à proteção societária.

O direito, então, surge inspirado pelo ideal de preservação dos valores humanos, destinando-se à disciplinar uma vida comunitária harmônica, e orientada pela finalidade do bem comum, sendo o homem o principal personagem da cena social.

Com a chegada da nova ordem jurídica constitucional, tem-se, em tese, um regime moderado de punição, com o fortalecimento de direitos e garantias individuais e coletivas, acarretando no Direito Penal Brasileiro o fenômeno da descriminalização e despenalização, nesse sentido tem-se a criação dos Juizados Especiais Criminais – Lei 9099/95.

Na visão de Salo Carvalho, o Estado Social de Direito, trazido pela Constituição de 88, busca solidificar uma política criminal abrangente, multidisciplinar e participativa: “Na linha de um Estado Social preventivo, multiplicam-se as políticas sociais susceptíveis de conter o crime antes de acontecer: as questões da habitação, dos bairros difíceis, da droga, do abandono escolar são objeto de uma enorme atenção”⁵.

Desse contexto depreendem-se duas funções importantes do Estado: a primeira, pelo poder legiferante, pois dele é que emanam as normas jurídicas disciplinadoras dos conflitos sociais; a segunda, pela prestação jurisdicional, por seus agentes, ao apreciarem os casos concretos.

⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.216.

Entretanto, a crise instala-se diante da dificuldade fática de passar do discurso para atuação. Da resistência do domínio mercadológico imposto pelo modelo sócio-econômico, e da impossibilidade de arcar com os compromissos do novo estado providência, aos ideais constitucionais das garantias sociais.

É notório que as condições de detenção e prisão no sistema carcerário brasileiro violam os direitos humanos, fomentando diversas situações de rebelião onde, na maioria das vezes, as autoridades agem com descaso, quando não com excesso de violência contra os presos. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XLIX, a salvaguarda da integridade física e moral dos presos, dispositivo raramente respeitado pelo nosso sistema carcerário.

O sistema penitenciário brasileiro é composto de verdadeiras masmorras, depósitos humanos de excluídos formalmente separados dos "presos desviados", ou seja, aqueles "bons cidadãos" que por uma razão ou outra cometeram um "equivoco" e tiveram sua liberdade privada. São os chamados "presos especiais", com direito a regalias como comida especial, televisão, jornais, revistas e outras regalias que não cabem ao denominado "povão".

Para Salo, o modelo econômico atual acarreta um retrocesso ao estado pré-civilizatório, no qual impera a lei do mais forte, inexistindo o valor da pessoa humana. Para o autor, surgem novas formas de exclusão social, não apenas baseada em razões econômicas, mais de raça, nacionalidade, religião, acarretando um verdadeiro retrocesso sócio-cultural:

certas pessoas (por mais terrível que seja colocar no papel) simplesmente não servem: a economia pode crescer sem a sua contribuição; de qualquer modo que lhes considere, para o resto da sociedade tais pessoas não representam um benefício, mas um custo.⁶

⁶ Ibidem. p. 217.

Conforme o autor, a política criminal realizada pelo Estado visa, ainda, apenas a manutenção do sistema político imposto pelo modelo econômico, atuando como gestor da miséria e da exclusão social, acarretando verdadeira situação de barbárie: “irracionalismo, a inexistência de garantias e a tolerância às práticas penais genocidas”.

Vê-se instaurada uma realidade totalmente contrária às diretrizes e exigências impostas pela nova ordem constitucional. Daí a relevância de se buscar uma nova ordem estatal. Uma ordem fundada nos preceitos constitucionais exigidos no novo Estado Democrático de Direito, e imposto ao Administrador Público.

No artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁷, a dignidade da pessoa humana surge como dispositivo fundamental, sendo que em seu artigo 5º, dispõe dos direitos e garantias individuais e coletivas e, em seu inciso II: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Com redação semelhante dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”.

Na definição trazida por Luiz Antônio Rizzatto Nunes: “O princípio é aquilo que, uma vez identificado, não pode mais ser alterado, devendo incidir sobre tudo. É algo universal, absoluto, do qual não se pode escapar.”⁸

Dessa forma, a dignidade do homem é princípio fundamental, como necessidade material, que alicerça a construção de uma sociedade, tanto social, como juridicamente.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana”. Disponível em : <http://www.senado.gov.br/legislacao/const>. Acesso em 30-04-2012.

⁸ RIZZATTTO apud COSTA, Tailson Pires. *A Dignidade da Pessoa Humana Diante da Sanção Penal*. São Paulo: Fiúza Editores, 2004, p.15.

O princípio da humanidade encontra-se em vários dispositivos constitucionais. Em matéria penal, tem-se o art. 5º, inciso XLVII, que veda a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

Com isso a Constituição oferece a mais ampla proteção aos direitos fundamentais, estabelecendo a prioridade destes direitos de forma clara, instituindo mecanismo idealizado para atuar como uma espécie de correia de transmissão, por meio da qual os direitos fundamentais incorporam-se ao direito interno mesmo quando tenham origem em tratados internacionais (§ 2º, do artigo 5º.); além disso, quando versam sobre direitos e garantias individuais estão dotados de vocação de eternidade, não podendo ser objeto de emenda supressiva ou impositiva de limites (artigo 60, § 4º, inciso IV), nas chamadas *cláusulas pétreas*.

Exemplo disso é que a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor em nosso país em 1992, por intermédio do Decreto 678/92. As normas deduzidas do artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica tiveram aplicação imediata. Tais regras prescrevem o princípio da estrita legalidade quanto à privação da liberdade, a proibição de toda detenção arbitrária, o direito do preso ou detido de ser informado sem demora das razões da limitação da liberdade, o direito de peticionar perante o juiz para que seu caso seja resolvido com brevidade ou em prazo razoável e o direito de recorrer da decisão que ordena a prisão ou o mantém preso. São regras que se articulam com a presunção de inocência, a exigência de juiz natural – independente e imparcial –, o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal, como previsto no artigo 8º do referido Pacto.

Dessa forma, as garantias individuais previstas na Constituição Federal atuam tanto como limitadores da atividade estatal, como de fim implícito a ser alcançado e preservado pelo Estado.

Assim, o Estado deve buscar, em sua atividade pública, o interesse coletivo, sendo que o primeiro passo, necessariamente, é respeitar o indivíduo, pois este representa àquele. Só será realmente eficaz um Estado capaz de proporcionar a dignidade do homem através da prática do princípio da primazia do ser humano sobre qualquer outro interesse.

É possível a solução do problema criminal sem atentar contra o ideal humanitário e com respeito à ordem democrática, o que, como já afirmado, não é só uma necessidade, mas também uma obrigação estatal. O desrespeito aos princípios e garantias fundamentais, esculpidos na Lei Maior, rompe com todo o sistema jurídico e fragiliza o próprio Estado. O crime e a violência não podem vencer a Democracia.

Nesse sentido, mostra-se o pensamento de Sérgio Salomão Shecaira⁹ e outro:

É através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo, pois, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do Homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis. Também não se transige com a observação deste princípio no momento de elaboração da norma instituidora da sanção penal.

E, como ressaltam os autores, o respeito aos direitos individuais, no caso, do apenado, através de uma política humanizadora da execução penal, não traz perigo nem a ordem e nem a segurança pública, muito pelo contrário, representa a legalidade e legitimidade do poder punitivo estatal, garantindo sua estabilidade e eficiência.

Um sistema penal baseado no respeito à dignidade do homem deixará de ser um instrumento apenas de estabilização política e de repressão social, mas de proteção da sociedade e de resgate do indivíduo, de modo a reincluí-lo social e economicamente.

Nesse sentido, a dignidade do homem e os direitos humanos não são contrapontos do sistema penal. Não são inimigos, já que a função punitiva do estado pode se realizar e

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.87.

alcançar sua finalidade, sem ofender os valores jurídicos-políticos máximos, que na realidade são sua própria base.

A Lei de Execuções Penais enuncia em seu art. 41 os direitos do preso. Enquanto que o Código Penal, em seu artigo 38 dispõe “*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.*” O preso não só tem deveres a cumprir, mas é sujeito de direitos, que devem ser reconhecidos e amparados pelo Estado. O recluso não está fora do direito, pois é parte em uma relação jurídica em face do Estado, e exceto pelos direitos suspensos ou limitados em decorrência de sua condenação, a sua condição jurídica mantém-se igual a das pessoas não condenadas. São direitos e deveres que derivam da sentença do condenado com relação à administração penitenciária.

Ao direito à vida, corresponde a obrigação da administração quanto à assistência material, à assistência à saúde, à assistência jurídica e religiosa (art. 41 LEP).

Quanto aos direitos civis, mantém o preso o direito de propriedade, o direito de família, dentro das limitações da prisão. O preso tem direito de orientar a educação dos filhos. A presa tem o direito de manter consigo o filho até a idade pré-escolar.

Relativamente, aos direitos sociais: direito à educação e ao trabalho remunerado, juntamente com os benefícios da seguridade social, descanso, pecúlio e recreação. Direito à seguridade social, como direito adquirido, que não se suspende com o rompimento da relação de emprego no meio livre. Direito à qualidade de vida.

Direito ao tratamento de reeducação é direito fundamental, do qual derivam os demais direitos. Direito à cela individual. Direito a alojamento com condições sanitárias. Direito ao processo disciplinar, quando lhe for suposta infração disciplinar, não tipificada ou sem justificativa. Direito à progressão e afetação do regime apropriado, e ao estabelecimento

que lhe for indicado. Direito à assistência pós-penal, como obrigação do Estado de assistir moral e materialmente o recluso na sua volta ao meio livre.

Não mais encontra amparo na nova ordem constitucional, a idéia de que, por praticar um delito, o indivíduo seja excluído da sociedade, quase como um “apátrida”, devendo ser esquecido como pessoa humana, ignorando-se que os direitos humanos valem para todos, sejam criminosos ou não.

Infelizmente, no Brasil, o valor das pessoas e a importância de suas vidas são diretamente proporcionais ao seu poder aquisitivo.

Tanto a vida desumana quanto, a prática de medidas como a tortura, por exemplo, dentro dos presídios, são fatores que impedem o ser humano de cumprir o seu papel de sujeito de direitos e deveres. Na verdade, no dia a dia carcerário, o preso brasileiro possui apenas deveres.

A situação atual só mudará com vontade política, técnica e financeira que vise objetivos a curto, médio e longo prazo, mas em caráter de absoluta urgência.

Se o ser humano é a essência de todas as instituições, o aperfeiçoamento do aparelho penitenciário exige uma abordagem mais humanitária, que possibilite o desenvolvimento e a dignificação do detento. Por conseguinte, é de se concluir que o *ius puniendi* do Estado após a Constituição Cidadã está vinculado e limitado pelos princípios por ela dispostos, dentre eles o de maior significância é da dignidade da pessoa humana, pois é dele que todos os outros derivam. A atuação estatal, então, deve por ele se orientar e se fundamentar.

Assim, devem todas as atividades e instituições, que compõem o sistema penal, serem também fundadas numa estrutura humanitária, para melhor exercer suas funções de proteção dos bens jurídicos, seja da sociedade, seja do apenado, tornando mais eficaz o poder

punitivo do Estado, e não apenas um mero instrumento de estabilização política e de repressão pura e simples.

2.1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Muitas são as expressões usadas para designar o que seriam os direitos fundamentais. Todas, porém, carecedoras de precisão.

Em trabalho realizado no Curso de Mestrado junto a Universidade de Burgos – Espanha, a prof^a Nuria Belloso Martin nos traz certos conceitos essenciais ao entendimento do que venha a ser os direitos fundamentais, que ora trazemos a colação:

Direitos humanos: de forte pretensão moral, que deve ser atendida de modo a tornar possível uma vida humana digna, e como um sistema de direito positivo, no qual os direitos humanos encontram-se reconhecidos em uma norma positiva, ou seja, na lei;

Direito natural: trata-se de um direito preexistente ao Estado e a norma jurídica, sendo inerente ao homem, por decorrer de sua própria existência, e que se impõe a todas as normas criadas pelo homem, representando um agente limitador da ação humana;

Direitos públicos subjetivos: surgido na escola alemã, no séc. XIX, como o direito natural positivado;

Liberdades públicas: de origem francesa, representam os direitos reconhecidos em um sistema jurídico positivado. Diretamente ligado à autonomia privada;

Direito moral: de origem anglo-saxônica, basicamente, seria o direito natural, já que, como este, de existência prévia ao Estado e capaz de fazer frente ao seu poder.¹⁰

Todavia, nenhuma dessas expressões possui alcance e precisão suficientes a definir seu real significado como a expressão “Direitos Fundamentais”. Ao contrário desta, cada uma delas peca por ser ou abstrata demais ou restritiva demais, ou destituída de conteúdo moral, ou desconsiderada as transformações históricas, eis que a historicidade é uma das características desses direitos.

¹⁰ MARTIN, Nuria Belloso. *Derechos Fundamentales y Nuevos Derechos*. Curso de Mestrado. Convênio Universidade Estácio de Sá, Brasil – Universidade de Burgos, Espanha, Capítulo III.

A expressão “Direitos Fundamentais” mostra-se mais adequada por estar fundamentada não numa moral qualquer, abstrata, mas numa moral justificada pela idéia de dignidade da pessoa humana e reconhecida através de conceito jurídico positivado, sendo subsistema dele, dentro de um contexto social, a fim de realizar de forma eficaz a sua finalidade.

Nesse sentido, um de nossos maiores constitucionalistas, o prof. José Afonso da Silva, leciona que os Direitos Fundamentais estão vinculados ao ideal político de cada ordenamento jurídico, representam prerrogativas e instituições essenciais para que a pessoa humana se realize, conviva de modo sadio e produtivo em sociedade.

Tem-se, então, o surgimento da geração dos primeiros direitos humanos e da institucionalização da legitimidade democrática como obras decorrentes da Revolução Americana e Francesa. A primeira consolidou a restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, frente aos abusos e usurpações do poder monárquico. A segunda, ao contrário, objetivando a tentativa de transformações radical das condições de vida em sociedade e a missão libertária dos povos oprimidos.

A emancipação histórica do indivíduo frente aos grupos sociais a quem sempre se submetera, como família, clã, derivou das declarações de direitos norte-americana e francesa. É assim que o indivíduo se torna mais vulnerável às vicissitudes da vida, uma vez que perdeu muito da proteção familiar e religiosa. Em contrapartida, a sociedade liberal ofereceu-lhe a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei.¹¹

Todavia, a pretendida isonomia não se realizou, ficando apenas no plano formal, uma vez que a massa crescente de trabalhadores tinha que se submeter às pretensões capitalistas para sobreviver. O resultado dessa pulverização social foi o empobrecimento das

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.52.

classes operárias, na primeira metade do séc. XIX, que desencadeou uma profunda indignação dos trabalhadores e no movimento de organização das classes em sindicatos.¹²

3. CONDIÇÕES DOS ESTABELECIMENTOS CARCERÁRIOS E A FORMA DE CUMPRIMENTO DA PENA COMO INFLUÊNCIA NA REINCIDÊNCIA PARA A MARGINALIZAÇÃO SOCIAL

Inicialmente, acreditou-se que a pena de prisão pudesse ser um instrumento efetivo na reforma do criminoso, um instrumento reabilitador. Entretanto, cada vez mais se questiona a prisão como instrumento capaz de surtir algum efeito positivo sobre o apenado.

Não há como se ensinar a viver em liberdade em um ambiente no qual ela inexistente, como no estabelecimento penitenciário, em que o preso vive em situação de negação constante de todas as formas de liberdade individual.¹³ Não se pode, ao mesmo tempo, segregar pessoas e pretender reeducá-las. Não há lógica em confinar para reintegrar.

Há uma finalidade fática para a socialização do condenado que é originada pelo ambiente antinatural em que vivem, ao dissociá-los da sociedade e confiná-los com outros anti-sociais, acaba-se por coisificar o preso, através de um processo de desculturalização.

O preso, ao entrar na prisão, depara-se com dois sistemas de vida totalmente antagônicos: o oficial, representado pelas normas de disciplina do cárcere, e o não oficial constituído por um código do recluso, que rege realmente a vida dos presos e o relacionamento entre eles. E, para sobreviver, só resta adaptar-se à forma de vida, usos e costumes que os outros internos lhe impõem.¹⁴

¹² *Ibidem*, p. 53.

¹³ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.85.

¹⁴ *Ibidem*, p.87.

Traumatizado, deslocado, indefeso, o recém ingresso no sistema carcerário transforma-se em vítima, ocorrendo o que Thompson chama de vitimização, e o leva a aceitar sua prisionização.¹⁵

Para Muñoz, citando Clemmer e Coffman, essa situação acarreta um fenômeno chamado de prisionalização e enculturação, que faz o preso perder faculdades vitais e sociais mínimas exigidas para levar uma vida em liberdade, e que lhe dá uma atitude negativa para com a sociedade.¹⁶

O confinamento acarreta todo o tipo de esbulhamento físico, mental e moral, o que contraria o objetivo ressocializador que se procura atribuir a pena privativa de liberdade. A situação precária e desumana dos estabelecimentos carcerários, em nosso país, deriva da ausência de interesse dos órgãos públicos, através de uma política de omissão, que inviabiliza a função ressocializadora da pena de prisão.

Hodiernamente, a realidade prisional brasileira revela formas de exercício do poder que não podem ser classificadas como disciplinadoras. Para Zaffaroni, o sistema brasileiro de execução penal caracteriza um genocídio, sendo possível a paráfrase de que o sistema penal brasileiro seria a poesia de Dante posta em execução.

É imprescindível que a execução da pena ocorra em estabelecimentos carcerários que propiciem a necessária cominação da sanção, como também, preservem a integridade do condenado e lhe garantam a habilitação pessoal, para o convívio e efetiva reinclusão na sociedade.

Todavia, o cotidiano carcerário além de demonstrar o descaso público com a questão, revela também a qualidade de sub-humanos atribuída aos detentos, de sub-cidadãos,

¹⁵ THOMPSON, Augusto, *op. cit.*, p.25.

¹⁶ CONDE, Francisco Muñoz, *op. cit.*, p.85.

originando um sistema social próprio dos reclusos, com valores e regras totalmente contrárias aos valores e regras estabelecidas pela sociedade e pelas instituições legalmente reconhecidas.

Improbidade administrativa, servidores mal remunerados, insensibilidade das autoridades públicas e a indiferença da sociedade caracterizam a situação de total abandono da questão penitenciária no Brasil, inviabilizando ou dificultando em muito a aceitação do preso regresso pela sociedade.

Assim, os ideais humanitários trazidos pela nova ordem constitucional, através dos direitos e garantias individuais e coletivas, esbarram na realidade de um Estado engessado pela máquina estatal, com desvios em um orçamento deficiente e servidores públicos, como policiais, carcereiros, médicos, psicólogos, mal preparados e pessimamente remunerados, sem nenhuma condição e segurança de trabalho.

A atuação do pessoal penitenciário repercute diretamente no ambiente dentro da prisão. Se agirem com desprezo e violência, a população carcerária responderá na mesma proporção. As rebeliões cada vez mais deixam de ser uma situação localizada, “intra-muros”, para representar movimentos coordenados em nível nacional.

Por outro lado, se receberem tratamento digno e respeitoso, a possibilidade de quebra da coesão social entre os grupos criminosos controladores será maior, possibilitando uma via de comunicação entre carcereiros e apenados, de forma a diminuir rebeliões e fugas.

Entretanto, o Poder Legislativo, que tem a incumbência de regulamentar a execução penal, não se preocupa em fomentar um sistema penitenciário mais humano. Ao contrário, os novos mandamentos de conduta e direção das casas de custódia mostram-se dissociados dos objetivos da pena de prisão, fazendo com que o mau gerenciamento dos presídios, através de administrações equivocadas, seja mais um impeditivo à regeneração do preso.

Se as condições impostas ao preso durante o cumprimento da pena de prisão não o ajudam a regenerar, da mesma forma o fará a realidade que o aguarda ao retornar à sociedade. A situação de desemprego, miséria e analfabetismo, em que vive a maior parte da população, de onde vem 90% dos condenados, não possibilita um ambiente propício ao regresso social, sendo mais um fator causador da reincidência.

Se antes o apenado estava confinado pelo muro de silêncio e indiferença que a sociedade constrói em volta do cárcere, ao sair da prisão ele se vê como um fantasma para esta sociedade. Ela simplesmente não lhe enxerga e quando o vê é com temor e desconfiança, até mesmo desprezo.

Cumprida a pena, tem-se uma pessoa aculturada, sub-humanizada, com deficiências graves que impossibilitam uma vida digna no meio social. Desprovida de educação, a maioria é analfabeta, sem profissão definida e estereis aos valores desta sociedade, sem nada a ofertar, muito menos a receber, vê-se perdido, busca o único ambiente no qual é reconhecido, no qual possui existência, que é a criminalidade.

Nesse sentido, conforme Antonio Garcia-Pablos y Molina “de acordo com a experiência, efetivamente, a pena não ressocializa ninguém. E não ressocializa porque, como instituição, o cárcere não nasceu para ressocializar ninguém”.¹⁷

Todavia, impõe-se a sua aplicação, se não como fonte ressocializadora, como forma inevitável de afirmação da autoridade punitiva do Estado, que sem dúvida deve ser preservada e respeitada.

Não há dúvida de que o sistema penitenciário brasileiro está falido e se mostra incapaz de solucionar os problemas da criminalidade. Criminalidade sempre existirá, por melhor e mais eficaz que sejam as medidas adotadas, na aplicação da pena, pois como produto

¹⁷ GARCIA, Pablos y Molina *apud* BITTENCOURT, *op. cit.* P.171.

de concausas é fruto de um problema mais amplo: o das estruturas sócio-político-econômicas, que se encontra em momento anterior ao ingresso do preso no sistema carcerário¹⁸, mas pode-se tentar diminuí-la, levá-la a um patamar razoável na sociedade moderna, de modo a alcançar um ponto de equilíbrio entre a sociedade e o indivíduo.

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, consagrou, ao constituir o Estado Democrático de Direito, como um dos seus princípios fundamentais o da dignidade da pessoa humana, exigindo da nova ordem jurídica a reformulação de suas práticas de forma a adequá-las aos preceitos constitucionais.

A dignidade da pessoa humana, como um dos mais caros direitos fundamentais do ser humano, como objetivo da atividade estatal, impõe ao Estado o dever de proteção e concretização do exercício desse direito por todos os cidadãos, independente da situação civil em que se encontrem.

Assim, no princípio da dignidade da pessoa humana tem-se mais que um direito fundamental, mas uma função limitadora do Estado, enquanto Administração Pública e enquanto sociedade, devendo não apenas respeitar, mas também possibilitar os meios necessários para o seu pleno exercício por todos indistintamente, inclusive pelos apenados.

Principalmente em sua atuação punitiva, através do *jus puniendi*, não pode o Estado ignorar o direito do apenado de resgatar junto à sociedade, da qual é parte, a dívida que tem, através do cumprimento da pena imposta, de forma digna, saudável e produtiva.

¹⁸ THOMPSON, Augusto, *op. cit.*, p.110.

É nesse momento que o Estado Democrático de Direito deixa de ser um ideal programático para se caracterizar na atuação mais pura da soberania estatal, pois o Estado que não respeita seus próprios cidadãos não pode ser digno de ser considerado democrático.

Se por um lado por Estado possui o dever-poder de punir o infrator, este por sua vez tem direito ao cumprimento de sua pena de forma digna. A pena é antes de tudo um direito do preso, pois através dela resgatará sua dívida para com a sociedade, podendo a ela retornar em situação de igualdade.

Como se vê, a garantia de reintegração à sociedade é direito de todo preso, após cumprida a pena. Só haverá uma sociedade pacificada quanto todos, indistintamente, forem tratados como iguais em direitos e obrigações, quando a política criminal adotada deixar de ser apenas um mecanismo estatal de manutenção política e de repressão, em sua esmagadora maioria, do pobre marginalizado.

Percebe-se claramente que o sistema penitenciário não possibilita a regeneração de ninguém. Não há como ressocializar quem nunca chegou a ser socializado. Logo, antes de tudo é preciso repartir o bolo. É preciso olhar para essas pessoas, não apenas vendo, mas enxergando-os como iguais, como sujeito de direitos tanto quanto os demais.

O direito ao respeito à dignidade da pessoa humana, à educação, ao trabalho, enfim, a uma vida digna, pertencem a todos os brasileiros, independente de situação sócio-econômica.

O aumento crescente da violência e da marginalidade reflete um conjunto de fatores pessoais, políticos e sociais, e não apenas as condições carcerárias.

Não há mais dúvidas de que o sistema penitenciário brasileiro está falido, além de inútil como instrumento de controle da criminalidade, porém não se pode mais ignorar o desrespeito sistemático aos direitos humanos nas prisões brasileiras.

Deve-se buscar um sistema penal que, além de proteger do crime os bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, represente uma atividade policial respeitosa e respeitada, um processo penal rápido, eficiente e constitucional, e um sistema penal digno e mais humano.

Os princípios trazidos pela Constituição de 88 trouxeram uma nova exigência social, ao possibilitar ao cidadão e à sociedade, como um todo, o exercício de direitos e garantias antes apenas aspirados, mas enfim concretizados.

Com isso, não se permite mais a segregação de qualquer natureza, sendo inconcebível que direitos e garantias trazidas com a Carta Magna sejam, ainda que conferidos a todos, só permitidos e exercidos de fato por poucos.

REFERÊNCIAS

- Almeida, GEVAN. *Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na legislação Brasileira*, 2. ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica. Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da Pena de Prisão – Causas Alternativas*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *O Problema da Pena*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*, Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2000.
- HIRECHE, Gamil Foppel El. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LEMOS BRITTO, J.G. *Reforma Penitenciária no Brasil*. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, 1993.
- MARTIN, Nuria Belloso. *Derchos Fundamentales y Nuevos Derchos*. Curso de Mestrado. Convênio Universidade Estácio de Sá, Brasil – Universidade de Burgos, Espanha.
- SHECAIRA, SALOMÃO, Sergio e Outro. *Teoria da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COSTA, Tailson Pires. *A Dignidade da Pessoa Humana diante da Sanção Penal*. São Paulo: Fiúza. 2004.
- THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.