

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
HANGRA SUZYANE DA LUZ

**OS DIREITOS DO PRESO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

LAGES
2018

HANGRA SUZYANE DA LUZ

**OS DIREITOS DO PRESO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Prof. Me. Edson Rodrigues de Souza Magaldi

LAGES
2018

HANGRA SUZYANE DA LUZ

**OS DIREITOS DO PRESO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Edson Rodrigues de Souza Magaldi

Lages,SC_____/_____/2018. Nota_____

Prof. Me. Edson Rodrigues de Souza Magaldi

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2018

Aos meus pais, amores da minha vida e meu estímulo de sempre continuar seguindo em frente.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, meu porto seguro, por guiar os meus passos e estar comigo em todos os momentos, me permitindo chegar ao fim desta árdua caminhada, sem ele nada disso seria possível.

A minha mãe Rosemeri Supptitz da Luz e ao meu pai Saulo José da Luz, obrigada pela amizade, companheirismo, paciência e por terem enxugado minhas lágrimas nas épocas mais difíceis, está é minha família a quem devo tudo que tenho e por ter chegado até aqui, sem o incentivo de vocês, não teria conseguido. Só vocês sabem o quanto foi difícil e o quanto esta conquista é importante em minha vida.

Ao meu Orientador Edson Rodrigues de Souza Magaldi, pelo qual tenho imensa admiração e respeito. Obrigada por toda dedicação, carinho, suas sugestões e por ter contribuído pacientemente na realização deste trabalho e para meu crescimento profissional.

A todos os professores do Curso de Direito, que contribuíram na minha caminhada, me ensinando, questionando, cobrando e ao meu lado estimulando meus passos futuros. Muito obrigado, tenho um carinho enorme por cada um.

A todos os meus amigos, e colegas meu muito obrigada pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas nesta jornada e finalmente, agradeço a todos aqueles que de alguma forma me ajudaram a chegar até aqui.

A todos vocês meu eterno agradecimento.

“A justiça pode irritar-se porque é precária. A verdade não se impacienta, porque é eterna.”
(RUY BARBOSA)

OS DIREITOS DO PRESO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

HangraSuzyane da Luz¹

Edson Rodrigues de Souza Magaldi²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso destina-se à análise do princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância dentro do Direito Penal, Direito Processual Penal e, especialmente, na Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84. Esse princípio é de suma importância para todas as áreas do Direito, especialmente o Direito Penal em que, na prática se vivenciam muitas violações aos direitos dos presos que, uma vez condenados, estão sujeitos às instituições estatais, as penitenciárias. Constitucionalmente assegurado, o princípio da dignidade da pessoa humana além de representar um pilar de importância dentro da Constituição Federal de 1988 também tem seus efeitos propagados para outras áreas do Direito. É, também, um direito humano e fundamental, não podendo ser negado a nenhum cidadão, mesmo que seja condenado a cumprir alguma pena, em especial a pena privativa de liberdade em que o condenado fica grande parte do tempo da condenação encarcerado, sob os efeitos de um regime mais severo de cumprimento. No entanto, apesar de todas as garantias constitucionais que estão em volta deste princípio, muitas vezes ele é violado o que representa um desrespeito ao ser humano e ao sistema de normas penais vigente no Brasil.

Palavras-chave: Preso. Dignidade humana. Prisão. Pena.

¹Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

LOS DERECHOS DEL PRESO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Hangra Suzyane da Luz³

Edson Rodrigues de Souza Magaldi⁴

RESUMEN

El presente trabajo de conclusión de curso se dirige al análisis del principio de la dignidad de la persona humana y su importancia dentro del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y, especialmente, en la Ley de Ejecución Penal - Ley 7.210 / 84. Este principio es de suma importancia para todas las áreas del Derecho, especialmente el Derecho Penal en el que, en la práctica se vive muchas violaciones a los derechos de los presos que, una vez condenados, están sujetos a las instituciones estatales, a las cárceles. Constitucionalmente asegurado, el principio de la dignidad de la persona humana además de representar un pilar de importancia dentro de la Constitución Federal de 1988 también tiene sus efectos propagados a otras áreas del Derecho. Es también un derecho humano y fundamental, no pudiendo ser negado a ningún ciudadano, aunque sea condenado a cumplir alguna pena, en especial la pena privativa de libertad en que el condenado queda gran parte del tiempo de la condena encarcelado, bajo los efectos de un régimen más severo de cumplimiento. Sin embargo, a pesar de todas las garantías constitucionales que están alrededor de este principio, muchas veces es violado lo que representa una falta de respeto al ser humano y al sistema de normas penales vigente en Brasil.

Palabras clave: Dignidad humana. Prisión. Pena.

³ Académica del Curso de Derecho, 10ª fase, del Centro Universitario UNIFACVEST.

⁴ Profundidad Maestro en Derecho, del cuerpo docente del Centro Universitario UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 10 de dezembro de 2018

HANGRA SUZYANE DA LUZ

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	12
2.1 Histórico dos direitos fundamentais	12
2.2 As dimensões de direitos	14
2.3 O direito fundamental à dignidade da pessoa humana	17
3 DAS PENAS E DA FORMA DE APLICAÇÃO DA PENA	19
3.1 Dos estabelecimentos prisionais	19
3.2 Conceito, origem e evolução da pena	20
3.3 Finalidade da pena	22
3.4 Das espécies de penas no ordenamento jurídico brasileiro	24
3.5 Da pena privativa de liberdade	26
3.4 Sistemas penitenciários, progressão e regressão de regime	28
4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	32
4.4 A dignidade da pessoa humana e a questão carcerária	32
4.2 Considerações sobre a Lei de Execução Penal	35
4.3 Problemas encontrados na execução penal.....	36
4.4 Entendimentos jurisprudenciais sobre a questão da dignidade da pessoa humana	39
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema de execução penal brasileiro.

A relevância do mencionado assunto se efetiva no fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, previsto no início da Carta Política brasileira, logo em seu art. 1º, inciso III e, juntamente com a cidadania e a soberania dentre outros pilares constitucionais de grande importância, formam os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Por ser um princípio de grande valor dentro da Constituição, a dignidade da pessoa humana acaba por surtir efeitos nas normas infraconstitucionais, devendo estas normas estarem de acordo com o que é constitucionalmente assegurado.

O problema reside exatamente quando um princípio como o da dignidade da pessoa humana acaba por ser violado: qual ou quais as causas que acabam por fazer com que esse princípio deixe de ser aplicado desrespeitando a Constituição Federal de 1988 quando se fala em execução penal no Brasil?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral traçar um panorama histórico e conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental que não pode ser desrespeitado.

Como objetivos específicos verificar quais os fatores que impedem a realização plena deste princípio quando se trata de cumprimento de pena no Brasil.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvido, no primeiro capítulo, um breve histórico dos direitos fundamentais, classificando estes direitos em dimensões ou gerações.

No segundo capítulo, já conceituado o princípio da dignidade da pessoa humana e classificado em uma dimensão de direitos será analisada a questão da pena no ordenamento jurídico brasileiro com destaque para a pena privativa de liberdade, bem como suas finalidades, regimes de cumprimento, estabelecimentos prisionais e sistemas penitenciários.

Já no terceiro capítulo, finalizando o presente trabalho, será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana mais explicitamente na questão carcerária, no sistema de

execução penal do Brasil, com entendimentos da doutrina e, ao final, dos tribunais brasileiros sobre a aplicação ou não do princípio.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente no presente trabalho, será abordada a construção histórica dos direitos humanos e fundamentais, as dimensões de direitos, bem como a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 Histórico dos direitos fundamentais

Assim como outros institutos do direito, os direitos humanos e fundamentais também possuem uma construção histórica.

Os direitos humanos tiveram origem em diversos documentos antigos, como por exemplo, no período do Antigo Egito com o Código de Hamurabi em 1690 a.C vindo a ser uma das primeiras ideias de que existia uma igualdade essencial entre os homens, onde consagram-se direitos comuns e direitos da vida, da propriedade, da dignidade, da honra e da família (MORAES, 1998).

Como se percebe, a ideia de Direitos Humanos e Fundamentais remonta a um passado distante na História.

Os antigos já usavam de alguns instrumentos para defesa de seus direitos, como a Lei das Doze Tábuas, a qual de certa forma era a proteção de seus direitos de cidadãos, prevenindo a proteção do ser humano como um todo, na religião, no idealismo, positivamente e materialmente. A necessidade de proteção partiria do direito natural o qual o homem seria seu responsável, da necessidade de proteção da dignidade e posteriormente vindo direitos fundamentais reconhecidos pelo estado, sob forma de normas jurídicas limitando o poder do estado frente aos direitos dos cidadãos, protegendo assim o ser humano (MORAES, 1998).

A todo tempo se notou formas de proteção ao ser humano, essa necessidade de proteção aos direitos. Com o tempo se definiu como o princípio da dignidade humana.

O seguinte marco registrado no desenvolvimento dos direitos fundamentais foi a Petição de Direitos ou *Petition of rights*, feita em 1628 pelo Parlamento Inglês e enviada a Carlos I, como uma declaração de liberdade civil (LENZA, 2016). Este, juntamente com outros documentos ingleses, franceses e a independência americana são marcos históricos de direitos.

A Petição de Direitos, iniciada por Sir Edward Coke, baseou-se em estatutos e cartas anteriores e afirmou quatro princípios, segundo Lenza (2016, p. 552):

(1) Nenhum tributo pode ser imposto sem o consentimento do Parlamento, (2) Nenhum súbdito pode ser encarcerado sem motivo demonstrado (a reafirmação do direito de *habeas corpus*, protegendo o direito de ir e vir e a vontade de ficar a proteção contra prisões ilegais), (3) Nenhum soldado pode ser aquartelado nas casas dos cidadãos, e (4) a Lei Marcial não pode ser usada em tempo de paz.

Toda pessoa teria direito de ir e vir e caso isso não acontecesse, pagava-se uma multa, e estando presente o pretor e o coator, ouvia-se as alegações e decidia-se.

De acordo com Silva (2000, p. 181), no que diz respeito às características dos direitos fundamentais:

- a) **Historicidade:** são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, como o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;
- b) **Inalienabilidade:** são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indispensáveis;
- c) **Imprescritibilidade:** o exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda de exigibilidade pela prescrição;
- d) **Irrenunciabilidade:** não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

Como visto os direitos fundamentais possuem características peculiares, ou seja, que são somente deles, como a questão da irrenunciabilidade, se caracterizando como direitos não dispensáveis por ninguém.

Essas características dos direitos fundamentais são todas voltadas à incapacidade de se negociar esses direitos. Todos os seres humanos nascidos são proprietários desses direitos não podendo se desfazer deles.

Segundo Lenza (2016, p. 861):

Todos os seres humanos, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Na Revolução Francesa, um dos marcos históricos dos direitos humanos e fundamentais, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (COMPARATO, 2016). Nesse sentido, o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou alcançar com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A partir do século XI, foi redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta Libertatum* (Carta Magna das Liberdades ou Concordia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) que foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões nem parágrafos, ele é comumente apresentado composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas (COMPARATO, 2016).

A Magna Carta inglesa foi pioneira na segurança dos direitos fundamentais sendo considerado por muitos como o documento ocidental de maior relevância da História.

E no contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância da *Magna Carta*. Seu objetivo era assegurar a paz, e ela provocou a guerra. Visava consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência predeterminada para três meses, e mesmo dentro desse período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto a *Magna Carta* foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se a partir desta última data, direito permanente (COMPARATO, 2016).

A Magna Carta, desta forma, foi importante pilar para os direitos fundamentais mesmo que versando sobre um direito muito discutido na seara privada, qual seja, o direito de propriedade.

Outros documentos tão importantes quanto à Magna Carta foram criados ao longo da história como forma de garantir os direitos fundamentais, como a já citada Revolução Francesa, documentos de direitos na Inglaterra e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, por exemplo.

2.2 As dimensões de direitos

Os direitos humanos ou fundamentais podem ser divididos em gerações ou dimensões. É necessário entender a ligação entre o valor do princípio da dignidade da pessoa humana foi conquistado por intermédio do reconhecimento dos direitos fundamentais alcançados por valores idealizados pelo povo. Graças às conquistas dos direitos fundamentais foi possível positivizar na Constituição o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais, de acordo com Bonavides (2016, p. 556), “são as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e muitas vezes até não sobrevive”.

Os direitos fundamentais são iguais para todos não apenas formalmente reconhecido, é luta pelos desejos, ideais e necessidade.

Bonavides (2016, p. 560) destaca os direitos de primeira dimensão:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um *prima* histórico, aquela fase inaugural do constitucional do Ocidente. Esse direitos tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Portanto, os direitos de primeira dimensão se situavam no plano dos direitos negativos do indivíduo em face do Estado, ou seja, os chamados direitos oponíveis ao Estado.

Lenza (2016, p. 1056), continua:

Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais [...]. Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas e, podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal burguês do século XVIII.

Esses direitos além de irem contra o autoritarismo do Estado, como já mencionado, foram resultado das primeiras constituições colocando o indivíduo como o principal beneficiário da lei, devendo o Estado respeitá-lo.

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana aparece como um direito fundamental de primeira dimensão devendo o Estado respeitar o cidadão e o cidadão exigir do Estado o mesmo respeito.

Conforme o doutrinador Bonavides (2016, p. 560) continua:

Os direitos de segunda geração, foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; umas vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social democracia, dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Esses direitos tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Os direitos de segunda geração ou dimensão abarcaram os denominados direitos sociais, com destaque para os direitos trabalhistas e teve forte influência nas constituições do início do século passado, inclusive no Brasil.

O marco fundamental dessa geração ou dimensão de direitos é a Revolução industrial européia a partir do século XIX. Em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, surgem movimentos na Europa em prol de direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aqueles voltados para a coletividade. Constituições como a alemã de Weimar de 1919 e do México de 1917 e, no Brasil, em 1934, são típicas desse período de fortalecimento dos direitos sociais (LENZA, 2016).

Como se percebe, esses direitos vieram a reforçar as normas constitucionais de direitos sociais, como o que traz a Constituição de 1988 em seu art. 6º.

Sobre os direitos de terceira geração, traz igualmente Bonavides (2016, p. 560):

Os direitos fundamentais da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Já estes direitos versam sobre a coletividade, trazendo temas como a paz, o meio ambiente, comunicação e o patrimônio comum da humanidade, dentre outros. São direitos que pertencem ao ser humano coletivo. Lenza (2016, p. 1057-1058) continua:

Os direitos fundamentais de 3ª geração são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores [...].

Há uma preocupação maior nessa geração com o meio ambiente e a paz, por exemplo, por serem bens que pertencem a todos.

Bonavides (2016, p. 560) traz o significado de direitos de quarta geração ou dimensão:

São direitos de quarta geração o direito a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tao somente com eles será legítima a índole e possível a globalização política.

É uma geração ou dimensão de direitos voltada para o futuro da humanidade.

Essa dimensão de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, em razão da manipulação do patrimônio genético. A globalização seria a responsável pelos direitos de quarta dimensão (LENZA, 2016).

Conceituados e delimitados estão os direitos fundamentais e suas gerações e ou dimensões. A dignidade da pessoa humana como já destacado, figura em uma primeira dimensão de direitos por ser uma condição de oposição ao Estado, condição que o Estado deve prestar atenção quando se trata de Direito Penal e o cumprimento de pena, especificamente.

2.3 O direito fundamental à dignidade da pessoa humana

Passando para a Constituição Federal de 1988, se pode encontrar o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, um dos temas centrais do presente trabalho.

De acordo com o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a “dignidade da pessoa humana, é um princípio fundamental, sendo assim, inerente a toda pessoa humana, sem distinção de origem, raça, sexo, cor e credo”. Ou seja, é um pilar fundamental da democracia representativa brasileira e um direito de primeira geração ou dimensão, como se viu.

Este princípio está interligado a duas garantias fundamentais, também previstas pela Constituição (artigo 5º, *caput*), quais sejam, o da liberdade e da igualdade.

Todos os homens nascem livres e iguais, portanto todos têm os mesmos direitos e deveres. E por isso todos devem ser tratados com espírito fraternos, com as necessidades vitais básicas de cada ser definidas pelo homem e compreendidas pelo estado, tendo garantias mínimas como moradia, saúde educação e liberdade, protegidas pelo Estado.

O Estado, portanto deve proporcionar chances iguais, ou deveria proporcionar para que tivessem e pudessem atingir os fins econômicos, culturais e sociais. Isso faz com que o homem se torne mais dotado de consciência e seja mais racional e moral devido às condições que lhes é favorecida.

Os direitos fundamentais são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face de Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a um liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável (BONAVIDES, 2010).

Ou seja, a dignidade da pessoa humana é a forma de oposição a qualquer espécie de dominação estatal.

Além disso, de acordo com Canotilho (1993, p. 180), os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perceptiva:

- (1) Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual;
- (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evita agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Essas são as duas perspectivas que os direitos fundamentais cumprem, onde se pode verificar que exercem poder negativo e positivo.

Segundo Comparato (2016, p. 57):

Os direitos fundamentais tem também a função de prestação social que significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado. É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado a procura destes bens sociais, ele pode obter satisfação das suas 'pretensões prestacionais' através do comercio privado.

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais têm outra função, que é muito significativa para a esfera jurídica.

Um das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina é que pode chamar função de não discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentais iguais (COMPARATO, 2016).

Portanto, nada paga a dignidade do ser humano, seu valor não tem preço e a sua dignidade está acima de tudo, não se trata vidas e pessoas como coisas, não se da condição de coisa ou de objeto, nada paga a liberdade de expressão e de movimento.

A dignidade traz consigo os direitos fundamentais, o de ir e vir, de tomar suas próprias decisões, livre para fazer o que quiser desde que dentro do ordenamento jurídico, realização de sua felicidade pessoal.

Especialmente para o Direito Penal, a dignidade humana é tratada como princípio da humanidade em muitas passagens. Embora a segurança pública deva ser resguardada, a Carta Política estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, do qual é consectário o princípio da humanidade das penas. Na Constituição Federal, o princípio está previsto no art. 5º, XLVII, que veda o estabelecimento de penas de caráter perpétuo, de banimento, cruéis, de trabalhos forçados e de morte (salvo em caso de guerra declarada), bem como no inciso XLIX do mesmo dispositivo, que estabelece a obrigatoriedade de respeito à integridade física e moral do condenado. O princípio da humanidade determina, enfim, a prevalência dos direitos humanos, razão pela qual se proíbem penas insensíveis e dolorosas (AVENA, 2014). O que é permitido e o que não é em termos de pena será mais bem visto na seqüência do presente trabalho.

Neste primeiro capítulo se viu um histórico dos direitos fundamentais, as dimensões ou gerações de direitos, bem como a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive sua importância para o Direito Penal. No próximo capítulo, irá se ver um pouco sobre as penas bem como o surgimento dos sistemas penitenciários.

3 DAS PENAS E DA FORMA DE APLICAÇÃO DA PENA

O presente capítulo abordará como se dá a questão da aplicação da pena no Brasil, bem como a origem dos sistemas prisionais e a questão da progressão de regime.

3.1 Dos estabelecimentos prisionais

É fundamental que se fale aqui do surgimento das prisões, pois é o local que o homem construiu para que os condenados cumprissem suas penas por seus crimes cometidos.

O surgimento das prisões veio com o passar dos tempos e por conta do cometimento de crimes graves. Di Santis e Engbruch (2016, n.p):

Até o século XVIII, o Direito Penal era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então a privação de liberdade como forma de pena, mas sim como custódia, isto é, uma forma de garantir que o acusado não iria fugir e também um meio para a produção de provas, frequentemente usando métodos de tortura, considerada legítima. O acusado aguardava o julgamento e a pena subsequente, privado de sua liberdade, em cárcere. O encarceramento era um meio, não o fim da punição.

Ou seja, o cumprimento da pena era apenas uma fase que o condenado enfrentava aguardando uma possível punição mais severa, pois não se tinha ainda nesses tempos um teoria avançada sobre a pena.

As prisões eram cruéis assim como a própria pena que geralmente era atribuída de acordo com o crime praticado, mas de forma severa. Di Santis e Engbruch (2016, n.p) continuam:

Foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal. Com o gradual banimento das penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de facto. Segundo o filósofo e historiador francês Michel Foucault (1926-1984), a mudança nas formas de punição acompanha transformações políticas do século XVIII, isto é, a queda do antigo regime e a ascensão da burguesia. A partir daí a punição deixa de ser um espetáculo público, por que isso passou a ser visto como um incentivo à violência, e adota-se a punição fechada, que segue regras rígidas. Portanto, ao invés de punir o corpo do condenado, pune-se a sua “alma”. Essa mudança, segundo o autor, é um modo de acabar com as punições imprevisíveis do soberano sobre o condenado, gerando proporcionalidade entre o crime e a punição.

Aos poucos as penas foram ficando proporcionais aos crimes praticados e sendo aplicadas de forma individual de acordo com o crime praticado até se chegar às teorias mais modernas da pena e seu conceito atual. Para Nucci (2011, p. 391), além da finalidade punitiva, pena é “A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, para o criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”, como já visto anteriormente.

É no fim do século XVIII que começam a surgir os primeiros projetos do que se tornariam as penitenciárias que são o que é hoje. Primeiramente com o inglês John Howard (1726-1790) que, em 1777, publica o livro *The State of Prisons in England and Wales* (As condições das prisões da Inglaterra e Gales), onde faz uma dura crítica à realidade prisional da Inglaterra e propõe uma série de mudanças para melhorar a condição dos presos. Considerado por muitos o pai da ciência da penitenciária, Howard propõe a criação de estabelecimentos específicos para a nova visão do cárcere que tem a restrição da liberdade como punição em si (DI SANTIS; ENGBRUCH, 2016).

Pode-se atribuir à Inglaterra a evolução do sistema de cumprimento de pena em prisões no sentido de se melhorar o encarceramento e a vida do condenado.

Já no Brasil, até 1830, por ser ainda uma colônia portuguesa, não tinha um Código Penal próprio, submetendo-se às Ordenações Filipinas, que, em seu livro V, elencava crimes e penas que seriam aplicadas no Brasil. Pena de morte, penas corporais (como açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens e multa e ainda penas como humilhação pública do réu eram exemplos de penas aplicadas na colônia. Não existia a previsão do cerceamento e privação de liberdade posto que as ordenações são do século XVII e os movimentos reformistas penitenciários começam somente no fim do século seguinte. Nesta época, portanto, as prisões eram apenas local de custódia (DI SANTIS; ENGBRUCH, 2016).

O sistema penitenciário no Brasil no início apenas trancava os criminosos ou os punia de forma cruel. Não havia um sistema propriamente criado como os autores mencionaram, pois a evolução das prisões e sistemas penitenciários veio somente mais adiante.

As penas passaram por diferentes fases, desde as cruéis até a atualidade. Sobre pena, conceitua Capez (2011, p. 384-385):

Conceito de pena: sanção penal de caráter aflitivo, 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.

O autor traz no conceito que a pena deve ser imposta pelo Estado a quem for declarado culpado por um crime e destaca as finalidades, já vistas no presente trabalho.

3.2 Conceito, origem e evolução da pena

Há de se destacar o conceito, a origem histórica e a evolução das penas como parte essencial da sua aplicação.

Segundo Pimentel citado por Mirabete e Fabbrini (2004, p. 229): “[...] o confronto das informações históricas contidas nos relatos antropológicos, oriundos das mais diversas fontes, autoriza uma forte suposição de que a pena, como tal, tenha tido originalmente caráter sacral”.

O conceito de pena pode ser dito de várias maneiras, mas simplificando, trata-se de uma “punição” para aqueles indivíduos que não seguem as regras impostas em uma sociedade organizada por regras e normas jurídicas.

O direito penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas medidas de segurança (BITENCOURT, 2011).

Em um ambiente onde vivem duas ou mais pessoas, é natural que estes devam se adequar a regras como as do Direito Penal para que se possa obter uma certa ordem na convivência entre os cidadãos.

Para Soler citado por Mirabete e Fabbrini (2004, p. 229): “A pena é uma sanção aflitiva 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”.

Versa sobre a imposição do Estado através da lei para punir o infrator com a finalidade de reduzir a reincidência.

Para Bitencourt (2011, p. 59): “Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (‘totem’) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação”.

Eventos fora do comum eram atribuídos como forma de correção a atitudes contrárias aos costumes.

Não podendo explicar os acontecimentos que fugiam ao cotidiano (chuva, raio trovão), os homens primitivos passaram a atribuí-los a seres sobrenaturais, que premiavam ou castigavam a comunidade por seu comportamento. Esses seres, que habitavam as florestas, maléficos ou propícios de acordo com as circunstâncias, eram os *totens* (MIRABETE e FABBRINI, 2004).

Fenômenos naturais mais agressivos eram vistos pelos primitivos como recompensas ou punições por seus atos.

Para Pimentel citado por Mirabete e Fabbrini (2004, p. 229): “[...] é plausível, portanto, que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente os primeiros castigos (penas), se encontrem vinculados às relações totêmicas”.

Percebe-se que apesar de não ser ter uma data precisa quanto ao surgimento da aplicação da pena, a ideia desta vem se cultivando a muito tempo de diversas formas. Já nos mencionados grupos primitivos, citados por Mirabete e Fabbrini, havia aplicação de penalidades como uma maneira de organização nos grupos, para que os indivíduos que fazem parte deste se comportassem de forma adequada aos costumes da maioria.

3.3 Finalidade da pena

Destaca-se que a pena é imposta pelo Estado em execução de uma sentença e possui diversas finalidades, porém o maior fim de prevenir á prática de crimes, retribuir o mal causado e readaptá-lo.

As finalidades ou funções da pena dividem-se em finalidade geral que equivale a toda sociedade e positiva que é a afirmação do direito penal perante toda sociedade, que é mostrar que o direito penal existe, está presente e puni quem agir contra as leis (MIRABETE, 2000).

As penas estão presentes na sociedade desde os tempos remotos e trazem consigo o fator de punir, os quais não cumprem as determinações legais.

Além de ser um meio de demonstrar o poder do Estado à pena busca diminuir a prática de crimes, punindo todos aqueles que desrespeitarem a lei, se ela existe é para ser cumprida. Mas também temos o aspecto geral válido para toda sociedade chamado negativo que significa que a pena é uma intimidação, o Estado se vale da pena para intimidação da sociedade (MIRABETE, 2000).

Neste diapasão consta-se que a pena não possui caráter apenas punitivo, mas também se tem como finalidade prevenir para que a sociedade de modo geral tenha medo de praticar delitos, desta forma evitando que novas condutas criminosas ocorram novamente.

Vale ressaltar que a pena tem o caráter específico positivo pela reeducação, ressocialização, desta forma transformando aquele individuo pela pena aplicada em uma pessoa melhor, desta forma volte a conviver normalmente no meio da sociedade novamente. (MIRABETE, 2000).

Nesta esteira é primordial destacar a necessidade da aplicação da pena, voltando-se a questão social da pena, desta forma ressocializar e educar aquele individuo para que ele volte a conviver em sociedade. Messa (2010, p. 86), complementa a finalidade retributiva, preventiva e reeducativa da pena: “Retributiva – Visa a ‘compensar’ o mal causado pela infração penal com o mal necessário da pena. Preventiva – Visa a evitar o cometimento de novas infrações penais. Reeducativa – Visa à ressocialização do infrator”.

Como se vê, os objetivos da aplicação da pena ao indivíduo que comete crimes, se limitam a retribuir o mal feito na sociedade, prevenir que se cometam novos crimes e ainda reeducar o detento para conviver novamente em sociedade.

Alguns princípios da Constituição Federal de 1988 estão ligados á pena e ao seu cumprimento, como o princípio da responsabilidade pessoal que traz a pena como personalíssima não podendo passar da pessoa do delinquente (art. 5º, XLV); o princípio da legalidade que representa que a pena não pode ser aplicada sem prévia comunicação legal (art. 5º, XXXIX); princípio da inderrogabilidade, ou seja, ela não pode deixar de ser aplicada uma vez constatada a hipótese de cometimento de crime; princípio da proporcionalidade, que nada mais é do que uma pena proporcional ao crime praticado (art. 5º, XLVI); princípio da individualização da pena, estabelecendo que para cada criminoso o Estado deve estabelecer a pena exata e merecida; e o princípio da humanidade, vedando-se penas insensíveis e dolorosas aos criminosos, devendo-se respeitar a integridade física e moral dos condenados (art. 5º, XLVII, XLIX) (NUCCI, 2011, p. 400).

Estes princípios juntamente com outros e as leis penais orientam o cumprimento da pena no Brasil.

Por fim o aspecto específico negativo, a pena privativa de liberdade tem caráter segregatório, ao retirar o indivíduo do seio social, colocando-o em uma cadeia pública, separando da sociedade por determinado tempo. Mirabete (2000, p. 24) ressalta:

A finalidade da pena como medida de integração social do condenado tem sido contestada pela chamada criminologia crítica ou criminologia radical. Coloca tal corrente em cheque a função da prevenção e ressocialização do delinquente, que converteria a execução penal numa atividade produtora e reprodutora de etiquetas com as quais se julgam as personalidades e definem-se os comportamentos. Num sistema de subculturas, além do sistema oficial, existiria uma série de subsistemas de valores que se transmite aos indivíduos por meio de mecanismos de socialização e de aprendizagem dos grupos e do ambiente que se encontram insertos, de modo que não estão eles em condições de decidir se participam ou não dessas subculturas e de aprenderem ou repelirem os valores e modelos de comportamentos desviados, para serem responsabilizados criminalmente.

Diante do posicionamento de Mirabete e da atual realidade de descaso do sistema prisional entende-se que o encarceramento que deveria punir, prevenir e ressocializar acaba não sendo a melhor solução porque além de ser uma verdadeira violação de direitos humanos em decorrência da situação em que se encontram, acaba sendo também uma escola de crime.

3.4 Das espécies de penas no ordenamento jurídico brasileiro

As penas ou sanções penais possuem importância para o presente trabalho, pois a condição do cumprimento da pena por parte do preso tem ligação direta com a pena privativa de liberdade analisada em item separado.

Nucci (2011, p. 400) destaca as modalidades de penas na lei brasileira:

São as seguintes: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e penas pecuniárias. As penas privativas de liberdade são: reclusão, detenção e prisão simples. As duas primeiras são aplicadas em decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada às contravenções penais. As penas restritivas de direitos são as seguintes: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e de valores. A pena pecuniária é a multa.

É o que se acha no Código Penal brasileiro no art. 34, dividindo as penas em privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa.

Greco (2010, p. 101) fala das proibições das penas no Brasil:

Em nosso país, depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição Federal visando proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não estão em território nacional, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses à sua função preventiva, como veremos mais adiante. O inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, diz, portanto que não haverá penas: *a) de morte, salvo no caso de guerra declarada, nos termos do seu art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento.*

Essas penas trazidas pelo autor ao fim da citação (pena de morte, perpétua, de trabalhos forçados e de banimento) não são aplicadas pelo Código Penal brasileiro por se tratarem de penas duras, que ofendiam a dignidade da pessoa humana.

As penas privativas de liberdade serão vistas mais adiante na continuidade do trabalho, em item específico, pois tem ligação direta com a problemática do próximo capítulo.

Quanto à natureza das penas restritivas de direitos traz Masson (2011, p. 669):

As penas restritivas de direitos são também chamadas de "penas alternativas", pois têm o propósito de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade nas situações expressamente indicadas em lei, relativas a indivíduos dotados de condições pessoais favoráveis e envolvidos na prática de infrações penais de reduzida gravidade. Busca-se a fuga da pena privativa de liberdade, reservada exclusivamente para situações excepcionais, aplicando-se em seu lugar a restrição de um ou mais direitos do condenado.

Essas penas são consideradas mais leves que a privativa de liberdade e estão ligadas ao crime cometido e as condições do condenado, existindo vários requisitos que autorizam o juiz a aplicá-las de forma a substituir uma pena privativa de liberdade ou de forma isolada.

Quanto às penas restritivas de direitos traz o Código Penal no seu art. 43:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940).

O artigo deixa claro que essas penas não são as privativas de liberdade e sim aplicáveis como forma de cumprimento de pena do detento podendo substituir as privativas de liberdade ou serem aplicadas sozinhas (art. 44).

Masson (2011, p. 671) também traz:

As penas restritivas de direitos são também dotadas de autonomia. Isto é, uma vez substituídas, não podem ser cumuladas com a pena privativa de liberdade. Em suma, o magistrado deve aplicar isoladamente uma pena privativa de liberdade para, em seguida, substituí-la por uma ou mais restritivas de direitos. É vedado, contudo, somá-las.

As penas restritivas de direitos são aplicadas de forma isolada ou podem substituir as privativas de liberdade, mas nunca ser somadas.

A pena de multa está no art. 49 do Código Penal:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (BRASIL, 1940).

O máximo que o condenado pagará na pena de multa é de 360 dias multa e no prazo de dez dias após o trânsito em julgado da sentença:

Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. § 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; c) concedida a suspensão condicional da pena. § 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. (BRASIL, 1940).

Esse artigo destaca como se deve dar o pagamento da multa. Importante perceber que a multa não pode ser cobrada sobre os vencimentos destinados ao sustento do condenado e de sua família como traz o parágrafo segundo do art. 50 citado acima.

Também há de destacar a diferença entre pena e medida de segurança. Nucci (2011, p. 102) traz:

A medida de segurança não é pena mas não deixa de ser uma espécie de sanção penal, aplicável aos inimputáveis e semi imputáveis que praticam fatos típicos e ilícitos e precisam ser internados e submetidos a tratamento. Trata-se, pois, de medida de defesa social embora se possa ver nesse instrumento uma medida terapêutica ou pedagógica destinada a quem é doente.

Importante se fazer essa diferenciação, pois as pessoas confundem ambos os institutos achando que uma ou outra medida tomada pelo Estado para punir o criminoso não passam da

mesma coisa quando na realidade a medida de segurança traz punição ao delinqüente que necessita de tratamento e não de encarceramento junto com outros detentos.

3.5 Da Pena Privativa de Liberdade

Para se analisar a pena privativa de liberdade se faz necessário repassar suas origens bem como seu surgimento, que não pode ser apontado com uma data específica.

A pena de prisão é uma espécie de sanção penal aplicada pelo Estado ao cidadão infrator, aquele que, aos olhos do Estado, comete um crime ou contravenção, vai contra o ordenamento jurídico brasileiro. Masson (2011, p. 537) destaca:

Sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *jus puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. Divide-se em duas espécies: penas e medidas de segurança. As penas têm como pressuposto a culpabilidade. Com efeito, crime é o fato típico e ilícito, e a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis não perigosos. Já as medidas de segurança têm como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam, no lugar da punição, de especial tratamento curativo.

Como se vê, no Brasil, é possível que, ao cometer um crime, um ilícito, fato típico previsto em lei, o criminoso irá cumprir uma sanção penal e não uma pena, como se diz. Pois na realidade, sanção penal é a designação geral para penas e medidas de segurança. As primeiras para punir os criminosos comuns e a segunda para impor uma punição aos criminosos com necessidades de tratamento por parte do Estado.

A pena de prisão é antiga e teve sua origem nos mosteiros em que se puniam os monges que cometessem faltas. Assim ensina Greco (2011, p. 102):

Podemos dizer que a pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas. Segundo nos informa Manoel Pedro Pimentel, a pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus.

Esta pena inicialmente através dos tempos veio a punir não apenas os monges, mas sim aqueles que cometessem crimes severos, atentados contra outras pessoas de forma que a única opção dada pelo Estado era a de punir a liberdade do corpo destes criminosos.

Sendo assim, a pena privativa de liberdade é aquela imposta ao criminoso que comete crimes graves decidindo o Estado que ele deve cumprir pena dentro de um estabelecimento prisional. Masson (2011, p. 558), traz o conceito de pena privativa de liberdade: “Pena privativa de liberdade é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado”.

O direito de locomoção, um direito de todos, é o principal atingido com este tipo de pena, pois no momento em que se cumpre uma pena desta espécie fica o condenado submetido ao aprisionamento, restrito às normas da prisão e o que a lei determina para esses casos.

Greco (2011, p. 102), também explica o objetivo da pena privativa, “As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso”.

O autor traz de forma clara que o objetivo de punir a liberdade de locomoção do agente deve estar ligado à reinserção deste mesmo agente na sociedade. Caso contrário, não se teria porque punir uma pessoa extraíndo a sua liberdade.

O direito penal brasileiro admite três espécies de penas privativas de liberdade, quais sejam, reclusão e detenção relativas a crimes (art. 33 *caput* do Código Penal) e prisão simples para as contravenções penais (Leis das Contravenções Penais, art. 5º, I) (MASSON, 2011, p. 558). Aqui irá se abordar a previsão do Código Penal no seu art. 33.

O Código Penal traz que as penas serão a de reclusão e a detenção, a primeira para regime fechado como termo inicial do cumprimento da pena e a segunda como forma de cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto. Os regimes já foram trabalhados anteriormente no presente trabalho. Capez (2011, p. 386), completa: “a) Se a pena imposta for superior a 8 anos: inicia o seu cumprimento em regime fechado. b) Se a pena imposta for superior a 4, mas não exceder a 8 anos: inicia em regime semiaberto. c) Se a pena for igual ou inferior a 4 anos: inicia em regime aberto”. Deve-se, portanto, observar a quantidade de pena fixada para o condenado.

Também deve se ver se o condenado estará a cumprir a sua pena sob a forma de reclusão ou de detenção. Isso geralmente está na parte especial do Código Penal juntamente com a pena de cada crime e possui diferenças importantes para o condenado. Masson (2011, p. 563), diferencia reclusão de detenção:

No Código Penal extraem-se quatro diferenças fundamentais entre as penas de reclusão e as de detenção. Inicialmente, a reclusão pode ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto ou aberto. Já a detenção, somente nos regimes semiaberto e aberto. Em segundo lugar, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se aquela por primeiro (CP, art. 69, *caput, infine*). [...] depois de executada integralmente a pena de reclusão, será cumprida a pena de detenção. Em terceiro lugar, a reclusão pode ter como efeito da condenação a capacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (CP, art. 92, II). Esse efeito não é possível na pena de detenção. Finalmente, a reclusão acarreta na internação em caso de imposição de medida de segurança, enquanto na detenção o juiz pode aplicar o tratamento ambulatorial (CP, art. 97, *caput*).

Como se percebe, as diferenças são grandes na reclusão e na detenção, não se limitando apenas aos regimes de cumprimento de pena, mas também, por exemplo, como citado pelo autor, a incapacidade para exercício do pátrio poder se o crime doloso for praticado contra filho, tutelado ou curatelado. Greco (2011, p. 105) traz:

O Código Penal prevê duas penas privativas de liberdade - reclusão e detenção - sobre as quais incidem uma série de implicações de Direito Penal e de Processo Penal, tais como o regime de cumprimento a ser fixado na sentença condenatória e a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial.

Como se vê a aplicação da pena de reclusão ou de detenção influencia em todas as fases posteriores de cumprimento da pena, não influenciando apenas o que está no Código Penal e Código de Processo Penal, mas também na Lei 7.210, a chamada Lei de Execução Penal como irá se falar a seguir.

3.6 Sistemas penitenciários, progressão e regressão de regime

Os sistemas penitenciários são elaborados para o cumprimento da pena dos detentos. Estes sistemas se originam no chamado direito penitenciário. Para Messa (2010, p. 87):

[...] É o ramo do Direito que tem por objeto de estudo o funcionamento e a estrutura das prisões. A competência para legislar o Direito Penitenciário é concorrente da União, de estados, do Distrito Federal e de Municípios, nos termos do art. 24, inciso I, da Constituição Federal.

Como se vê, quando se trata de organizar o encarceramento dos detentos no país isso ocorre por força dos entes federados através do chamado direito penitenciário.

É de iniciativa concorrente na Constituição pelo simples motivo de que todo o país deve estar atento às condições das carceragens, podendo se legislar amplamente sobre essa matéria.

Já os sistemas penais ou penitenciários têm diversas origens. Messa (2010, p. 87), destaca três deles, quais sejam o da Filadélfia ou pensilvânico, Auburn e o sistema progressivo:

Sistema da Filadélfia: isolamento e passeio isolado, sem trabalho ou visitas, apenas incentivo à leitura; sistema de Auburn: isolamento noturno, trabalho em cela e fora com os demais presos e silêncio absoluto; sistema progressivo: isolamento inicial, trabalho em comum e com silêncio e livramento condicional.

Os dois primeiros sistemas surgiram nos Estados Unidos e o último na Inglaterra. Este último foi adotado no Brasil.

No final do século XVIII e início do século XIX, surgem na Filadélfia os primeiros presídios que seguiam o sistema celular, ou sistema da Filadélfia. O preso ficava isolado em sua cela, em reclusão total, sem contato com o mundo externo e com os outros presos. Em

1820 surge nos Estados Unidos o Sistema Auburn ou Sistema de Nova Iorque, que adotava a reclusão e o isolamento apenas no período noturno. Durante o dia, as refeições e o trabalho eram coletivos, mas impunha-se regra de silêncio, os presos não podiam se comunicar ou mesmo trocar olhares, a vigilância era absoluta (DI SANTIS; ENGBRUCH, 2016).

Esses sistemas, em especial o progressivo, que é adotado no Brasil, construíram o sistema de execução ao longo dos tempos. Masson (2011, p. 566) destaca:

No Brasil, o Código Penal e a Lei de Execução Penal adotaram o sistema progressivo ou inglês. De fato, o art. 33, § 2 do Código Penal diz que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva". E o art. 112 da Lei de Execução Penal preceitua que "a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso".

Ou seja, o sistema progressivo ou inglês foi o aprovado no Brasil com progressão de regime do preso para um regime mais favorável. O sistema adotado na lei penal e na lei de execução penal visa contemplar o preso conforme seu comportamento carcerário, pois é objetivo do preso condenado à pena privativa de liberdade conseguir avançar de regime até entrar em uma fase de semi liberdade e, posteriormente, na fase aberta de cumprimento da pena. Masson (2011, p. 566) continua:

O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (CP, art. 34, §§ 1 e 2). Em seguida, se cumpridos os requisitos legais, passa ao regime semiaberto, com trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (CP, art. 35, § 1). É possível o alojamento do condenado em compartimento coletivo (LEP, art. 92, *caput*). Por fim, e se novamente satisfeitos os requisitos legais, o condenado é transferido ao regime aberto, fundado na autodisciplina e no senso de responsabilidade, no qual deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (CP, art. 36, *caput* e § 1).

Para se ajustar ao sistema progressivo adotado no Brasil, os regimes previstos no Código Penal são o fechado, o semi aberto e o aberto. Uma vez que o preso comece o cumprimento da pena em regime fechado poderá ele, cumprindo os requisitos legais, passar ao semi aberto e, conseqüentemente, ao aberto para começar sua reinserção social, uma das finalidades da pena, como se viu no item 3.2. Masson (2011, p. 567) completa:

O sistema progressivo acolhido pelo direito brasileiro é incompatível com a progressão "por saltos", consistente na passagem direta do regime fechado para o aberto. Não se pode pular o estágio no regime semiaberto, em atenção à necessidade de recuperação gradativa do condenado para retorno à sociedade. Como bem acentua o item 120 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

Ou seja, o preso não poderá sair imediatamente do regime fechado para o aberto, violando a lei de execução penal. A progressão por "saltos" como mencionou o autor acima, não é permitida.

Uma vez destacado o sistema de progressão adotado no Brasil, sobre os regimes de cumprimento de pena, traz o Código Penal:

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (BRASIL, 1940).

As regras do regime fechado estão presentes no art. 34 do CPB e trazem de forma geral a que tipo de disciplina o condenado terá de enfrentar, como trabalho no período diurno e isolamento no período noturno. Ainda, mesmo que o regime seja o mais severo, é possível o trabalho externo em obras e serviços públicos.

Uma vez que o condenado consegue a progressão, passa ao semi aberto:

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (BRASIL, 1940).

De acordo com o Código Penal, no semi aberto, o trabalho do preso será em comum em período diurno e o local passa a ser colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Ainda é possível o trabalho externo e a frequência de cursos de capacitação. Quanto ao regime aberto:

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (BRASIL, 1940).

Nesta última fase da progressão a lei apenas traz que o condenado tenha autodisciplina e senso de responsabilidade, ou seja, que ele tenha por si só um bom comportamento. O trabalho e estudos são admitidos, mas se exige que o detento fique recolhido no período noturno e na folga.

Ainda o parágrafo segundo traz a possibilidade de regressão de regime caso pratique fato definido como crime doloso, caso venha a frustrar os fins da execução ou ainda não pague multa que tenha sido cumulada com a pena. Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão. Vale dizer: a regressão acarreta o retorno ao regime semi-aberto, estando o condenado no aberto, ou ao fechado, se na ocasião se encontrar no regime

intermediário ou semi-aberto. É vedada a regressão por salto. De tal sorte, não se poderá transferir o condenado que se encontre no regime aberto diretamente ao fechado, pela regressão, sem antes passar pelo regime semi-aberto (MARCÃO, 2012).

O Código Penal ainda traz em seu art. 37 o regime especial destinado ao cumprimento de pena da mulher condenada que, igualmente, se submete ao sistema progressivo adotado de forma geral.

Neste segundo capítulo se viu a forma como se é aplicada a pena no ordenamento jurídico brasileiro, as espécies de penas, bem como uma análise breve sobre as prisões e a questão da progressão e da regressão de regime.

No próximo e último capítulo se verá a questão referente ao princípio da dignidade da pessoa humana e o sistema carcerário no Brasil.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Passada a fase dos conceitos ligados ao tema em questão, neste último capítulo irá se abordar especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e o sistema prisional no Brasil.

4.1 A dignidade da pessoa humana e a questão carcerária

Além de estar presente na Constituição Federal em seu art. 1º, como mencionado no primeiro capítulo, a dignidade da pessoa humana encontra seus fundamentos na aplicação do Direito Penal, pois neste ramo do direito, deve se dar total atenção ao tratamento que é dado ao preso dentro do seu cumprimento de pena, quando condenado, especialmente a uma pena privativa de liberdade que deve ser cumprida em regime fechado dentro de um estabelecimento prisional.

Existe de fato a previsão da garantia a todo o brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como no artigo 5º inciso XLIX do referido artigo, está prevista a proteção da integridade do preso: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e corporal”. (BRASIL, 1988).

Contudo, a situação da pena de prisão nos dias de hoje no ordenamento brasileiro, é de falência, com superlotação, o qual não cumpre com o seu objeto social, a ressocialização, ao contrário, causando novos problemas à sociedade com celas praticamente indo contra os princípios constitucionais mencionados e outras normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

No sentido de conceituar o atual modelo de prisão, Masson (2011, p. 669) traz:

Fala-se, atualmente, em falência da pena de prisão, provocada por diversos motivos, e notadamente por seu fator criminógeno. A privação da liberdade, em vez de combater a delinquência, muitas vezes a estimula. Não traz benefícios ao condenado, proporcionando, ao contrário, abertura para vícios e degradações morais.

O espaço utilizado pelos presos no sistema carcerário, não comporta a quantidade de demanda que o sistema tem, acarretando a estes, problemas como superlotação, calor, falta de ventilação, bem como, locais inapropriados para repousar, entre vários outros problemas, como a própria falta de privacidade.

A falta de investimentos públicos para a construção de presídios e penitenciárias são um dos principais problemas da superlotação, por exemplo. Outro seria também o não

cumprimento de uma das finalidades da pena, qual seja, a ressocialização do preso, voltando este a cometer o mesmo ou novos crimes mesmo durante o cumprimento da pena em regime mais favorável ou em liberdade condicional.

No sentido de demonstrar fatores que façam com que ocorram a reincidência, Zampier (2011, n.p) destaca que: “[...] muitas vezes a prisão produz o próximo problema. Você colocar uma pessoa que não tem histórico nenhum presa é algo muito complicado, pois a prisão é um ambiente de violência, e isso afeta as pessoas”.

O autor bem demonstra que a junção de condenados por crimes diversos, acaba sendo uma “escola” para os outros, assim como colocar alguém que não possua histórico criminal, em selas com detentos de lista vasta, pois, a prisão é um ambiente violento, que afeta e intimida as pessoas.

Nesse viés, se analisa a situação crítica que nosso sistema está vivenciando em contrapartida aos direitos previstos e salientados no artigo 5º da Constituição, consignados como princípios.

Em decorrência dos preceitos a serem atendidos em favor do preso, Nascimento (2010, n.p.) destaca que:

O direito processual penal deve obedecer aos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CF. Para isso, devem ser aplicados os princípios do artigo 5º. Também é garantido ao preso o respeito à sua integridade física e moral (Art. 5º, XLIX da CF). A pena deverá ser cumprida em estabelecimento qualificado pela natureza do crime, da idade e do sexo (Art. 5º, XLVIII da CF) e, às detentas, é assegurado ter condições para permanecer com seus filhos no período de amamentação (Art. 5º, L da CF) [...]. Cabe frisar que os princípios e garantias constitucionais não são expressões sinônimas, embora muitas vezes sejam confundidas. O princípio é a regra matriz de um sistema, da qual irradiam as demais normas. A garantia é a defesa dada pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo.

Não só existe a previsão da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também a garantia da integridade física e moral. Sendo que a pena deve ser cumprida em local adequado e qualificado pela natureza do crime, da idade e do sexo.

Dentro dos princípios se tem uma regra para um sistema, já a garantia é a defesa trazida pela Constituição Federal aos direitos especiais do indivíduo.

Em relação o princípio da Dignidade Humana da Pessoa, é bom destacar que esta é o respeito que toda pessoa merece receber.

Para uma melhor compreensão acerca desse princípio, demonstra Sarlet (2009, p.60):

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 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A reciprocidade dada a cada indivíduo, tanto da sociedade, quanto do Estado, no qual se faz merecedor de respeito e consideração. Trazendo com isto à tona, vários direitos e deveres fundamentais.

O direito da dignidade da pessoa humana, além de ter previsão legal na Constituição Federal, também está fundamentado no Pacto de San José da Costa Rica. Nesse sentido, a Piovesan (2004, p. 92), destaca ser este um super princípio, que orienta tanto direito internacional como também interno:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Não é apenas no Brasil que a dignidade encontra espaço, mas sim em todo o ordenamento. Moraes (2008, p. 122) completa: “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal prevê que os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil”.

Mesmo que o Brasil não trouxesse uma norma que regulasse a dignidade da pessoa humana, sua aplicação poderia se dar de leis estrangeiras pois a Constituição de 1988 permite.

Independente da esfera que esteja sendo julgada ou analisada, no caso em tela, no cumprimento da pena em estabelecimentos públicos, estaduais ou federais, a aplicação do princípio é garantido por norma constitucional.

Nesse viés, Carvalho (2009, p. 654), afirma que o princípio garante a todos e obriga a todos ao mesmo tempo, respeito:

Como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana garante, com caráter obrigatório, o absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano, exige que todos sejam tratados com respeito, resguardados e tutelados; um atributo da pessoa, não podendo ser medido por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos, entre outros. O Estado tem como uma de suas finalidades oferecer condições para que as pessoas se tornem dignas.

É muito importante salientar, em conformidade com as palavras do autor, que o Estado tem obrigação de oferecer condições para a transformação e vivência de pessoas dignas, independente de classe econômica, questões morais, fatores sociais e políticos ou religiosos.

4.2 Considerações sobre a Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal ou LEP, lei 7.210/84, possui em seu texto todas as considerações possíveis acerca do cumprimento de pena dos condenados no Brasil.

A Lei de Execuções Penais traz em seu art. 1º duas ordens de prioridade. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal destinados a reprimir os delitos. A segunda é a de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (MIRABETE, 2004, p. 28). Traz o autor que a decisão que colocou o criminoso dentro de uma prisão deve ser cumprida integralmente com a máxima condição de se reabilitar, coisa difícil nos tempos atuais em que os presídios estão lotados e os presos em condições ruins.

Uma vez que o criminoso é condenado ele passa a cumprir pena, passa a ser o executado. Marcão (2012, n.p.) traz:

Executado poderá ser tanto o preso definitivo quanto o provisório, em se tratando de pena privativa de liberdade; aquele que estiver submetido ao cumprimento de pena restritiva de direitos, sursis ou livramento condicional; o internado ou o submetido a tratamento ambulatorial, nas hipóteses de medida de segurança.

Portanto o perfil do condenado pode variar de acordo com a sua história. Se ele tiver problemas mentais, por exemplo, não irá cumprir pena, mas sim medida de segurança, como visto anteriormente no trabalho.

A LEP possui previsões bem claras sobre como deve ser o tratamento dispensado ao preso, bem como os outros órgãos de execução penal. Aqui irá se colocar apenas algumas delas. A assistência ao preso, prevista no art. 10 traz:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. (BRASIL, 1984).

Como se vê a assistência prometida pelo Estado é praticamente integral, não faltando nada. Inclusive ao egresso, aquele que passou pelo sistema prisional, também acaba sendo beneficiado.

Do art. 28 ao art. 36 da lei, são tratados o trabalho carcerário interno e externo. E do art. 38 ao 43 dos direitos e dos deveres do preso. Sobre os direitos do preso traz o art. 40-41:

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

Esses direitos alcançam a todos, não se podendo excluir do tratamento que é dado aos condenados os presos provisórios.

Dos artigos 87 a 104 ficam destacadas na LEP onde e em qual estabelecimento deve ser cumprida a pena por cada tipo de preso. O condenado à pena privativa de liberdade em regime fechado, por exemplo, deve cumprir pena em penitenciária (art. 87).

Outra parte importante da lei é a remição de pena: “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Isso faculta ao preso a possibilidade de descontar de sua pena o tempo trabalhado e estudado dentro do estabelecimento prisional na fração de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar e um dia de pena para cada três dias trabalhados (art. 126, parágrafo primeiro).

A lei ainda traz como se deve cumprir qualquer tipo de pena, como as restritivas de direitos e a pena de multa, bem como questões como a monitoração eletrônica para aqueles que estão em prisão domiciliar (art. 146-A a 146-D).

Como se percebe a LEP é bem completa e aparentemente se mostra eficaz, mas não é o que se tem na realidade.

4.3 Problemas encontrados na execução penal

A atualidade das penas privativas de liberdades fala por si só, a todo o momento o noticiário, demonstra a falência das prisões, bem como, indaga o fator não ressocializador causado pelos problemas internos dos locais de cumprimento da pena.

Os problemas são clássicos, e a cada momento constante e sem resolução. Afetam diretamente a população carcerária, fatores como a super lotação, a falta de higiene bem como acompanhamento médico e odontológico, e a própria ociosidade do detento, dentre outras.

A Lei de Execução Penal prevê em seu art. 12, que o detento tem direito ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, assim como prevê o artigo 14 da mesma Lei, a assistência a atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Bitencourt (2011, p. 166), indaga fatores relevantes ligados sobre fatores de saúde dos internos:

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos.

O doutrinador declara que as instalações e a comida fornecida no ambiente de trabalho, facilitam o desenvolvimento de doenças, bem como, a tuberculose, a falta higiene das prisões também são fatores que causam a decadência da saúde do detento.

Malagueta (2007, p. 77), destaca outro tipo de doença que ataca muito a comunidade carcerária:

O que mais afeta a população carcerária é o vírus HIV, e, de fato, o censo penitenciário constatou que 1/3 da população carcerária é portadora do vírus HVI, o que se vincula às práticas de uso de drogas e relações sexuais sem proteção. O uso de drogas injetáveis caracteriza 1/4 da epidemia da Aids no Brasil, e no sistema prisional esse quadro é ainda maior, sendo 52% dos usuários injetáveis de droga soro-prevalência de HIV, e o uso compartilhado de seringas e agulhas aproxima-se de 60%.

Outra doença, muito conhecida dentro das unidades prisionais, é o HIV, está causada por uso de drogas injetáveis e a prática sexual sem o uso de preservativo.

Contudo, não apenas os fatores de doenças e falta de um local higienicamente apropriado, para o desenvolvimento da punição, mas também, a superlotação dos presídios são fatores que dificultam uma ressocialização.

Nesse viés Rossini (2014, n.p.):

Essa superlotação está associada a vários fatores tais como, o aumento da quantidade de prisões efetuadas durante os últimos anos, o atraso do judiciário no julgamento dos processos, e o descaso do Estado na implantação de medidas que auxiliem a reintegração do preso na sociedade.

A superlotação carcerária desencadeia vários problemas, os quais, no fim são absorvidos pela sociedade. Essa inflamação de presos se deu, pelo aumento de prisão, bem como pela lentidão do judiciário e pela falta de implantação e reintegração do preso na sociedade.

A própria lotação do sistema prisional, traz outro problema á tona, o regime estabelecido pelos próprios detentos, que acabam possuindo influência sobre os mais “fracos”.

Bitencourt (2011, p. 186):

A influência do código do recluso é tão grande que propicia aos internos mais controle sobre a comunidade penitenciária que as próprias autoridades. Os reclusos aprendem, dentro da prisão, que a adaptação às expectativas de comportamento do preso é tão importante para seu bem-estar quanto a obediência às regras de controle impostas pelas autoridades.

Não apenas o regime determinado pelas leis, das regras que o condenado tem que cumprir, como também, as determinações estabelecidas pelos próprios companheiros de sela e ou pavilhão, pois essas normas asseguram o seu bem estar e segurança.

Aflorando melhor sobre a autoridade que alguns detentos aplicam aos demais, Valejo (2013, p. 28) explica que:

[...] uma vez dentro deste ambiente, o detento é submetido a diversas regras de disciplina, com o objetivo de impor um determinado comportamento considerado adequado, tanto das autoridades quanto dos já encarcerados. Como o meio é de submissão, o indivíduo através do processo de prisionalização passa a abrir mão de suas características culturais e pessoais, moldando-se a cultura prisional. Há portanto uma massificação do comportamento daqueles ali inseridos, perdendo de forma gradual, suas características individuais definidas.

Visando um determinado comportamento do delinqüente, tanto por meio da autoridade, quanto dos outros encarcerados. Dessa maneira, o condenado passa a abrir mão da sua cultura e características pessoais.

Como se não bastasse, todos esses fatores, outro problema é a falta do fazer do preso, sendo que o controle da atividade do detento é de grande valia para evitar a ociosidade e dar créditos a sua ressocialização.

Na Lei de Execuções Penais, em seu artigo 41, incisos V, e VI trazem a garantia do detento ao trabalho e atividades recreativas:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

[...]

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; (BRASIL, 1984).

Determinado na pela lei que regula o cumprimento das penas, é previsto que durante a prisão se tenha tempo para trabalhar, descansar e exercer a parte recreativa.

Como mostra Porto (2007, p. 35), é de suma importância a não ociosidade:

O princípio da não-ociosidade é considerado por Foucault fator essencial no processo de ressocialização do detento. Através da técnica da ocupação máxima do tempo, permite-se exercitar atividades múltiplas, todas ordenadas, de modo a desviar o caráter do criminoso, impondo-lhe sucessivas regras de bom comportamento.

O detento necessita se desenvolver ocupar o seu tempo, com a aprendizagem de técnicas, de modo a esquecer do lado criminoso, enfatizando com isso uma ressocialização.

Os problemas dentro das intuições prisionais são variados e em grande excesso, com isso o fator punição está sempre previsto na sentença, o que acaba faltando é a intenção de reinserir na sociedade um novo homem. Este lado não está sendo trabalhado.

Além dos problemas já descritos acima, a violência carcerária é outro problema que ganha bastante destaque. Nunes (2005, p. 168) traz:

Prova maior da violência desenfreada contra os presos brasileiros, está no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo monitoramento da Convenção Americana de Direito Humanos [...]. Em uma das muitas denúncias está a assertiva de que existe uma grande distância entre a estrutura das disposições constitucionais e das instituições legais, criadas para defender os direitos humanos, a persistente violência e falta de garantias práticas [...]. O sistema judicial [...] padece de lentidão, formalismos complexos, desnecessários e debilidades institucionais.

Como se vê a questão da violência está ligada a outras questões como o próprio sistema de leis e de aplicação das leis que não funciona corretamente.

Com essas características negativas, não é à toa que a própria sociedade fica receosa em aceitar o condenado novamente na sociedade e o acaba isolando. Esses e outros problemas afetam a reinserção social do preso, conforme destaca Greco (2011, p. 443): “Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”.

É notório o receio e isolamento daquele que recém saiu de um estabelecimento prisional, não tendo este apoio na sociedade ao qual foi colocado novamente, após o termino da sua dívida com a justiça.

4.4 Entendimentos jurisprudenciais sobre a questão da dignidade da pessoa humana

O presente tema, também é muito discutido nos tribunais, no que se refere a dar suporte aos direitos dos presos.

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece com frequência nas decisões dos tribunais do país. Nesse sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. APENADA QUE OBTEVE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. PEDIDO DE NOVA PROGRESSÃO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. DECISÃO DO JUÍZO DE ORIGEM QUE FIXA A DATA DA DECISÃO QUE DEFERIU A PRIMEIRA PROGRESSÃO. INSURGÊNCIA DA DEFESA. NOVO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. DATA-BASE QUE DEVE SER FIXADA COMO SENDO A DATA EM QUE A APENADA TEVE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 112 DA LEI 7.210/84. INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 0595 DO STJ. "[...] passou a considerar como data-base para concessão de nova progressão aquela em que o apenado preencheu os requisitos do art. 112 da LEP. O STJ, em casos de punição disciplinar, determina que a data-base para nova progressão de regime será contada a partir do dia da falta grave, e não do dia em que for publicada decisão que a reconhece judicialmente. Na situação de progressão de regime, a regra deverá ser a mesma. O sistema progressivo da execução penal não pode ser erigido em detrimento do apenado em casos específicos de mora judiciária [...]. Por tais motivos, o período de permanência no regime mais gravoso, por mora do Judiciário em analisar requerimento de progressão ao modo intermediário de cumprimento da pena, deverá ser considerado para o cálculo de futuro benefício, **sob pena de ofensa ao princípio da dignidade do apenado**, como pessoa humana (art. 1º, III, CF) e prejuízo ao seu direito de locomoção. RECURSO PROVIDO (grifou-se). Agravo de Execução Penal. Processo: 0002997-86.2017.8.24.0075. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal. Origem: Tubarão/SC.

No caso acima, houve demora do Poder Judiciário em conceder a progressão de regime para mais benéfico o que, no entendimento colacionado, é violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Contra o decidido acima:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. RECURSO MINISTERIAL. PRISÃO DOMICILIAR (LEI N. 7.210/84, ART. 117). REGIME PRISIONAL DIVERSO DO ABERTO. DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III). PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DECISUM REFORMADA. PRISÃO DOMICILIAR REVOGADA. "É admitida a concessão de prisão domiciliar humanitária ao condenado acometido de doença grave que necessite de tratamento médico que não possa ser oferecido no estabelecimento prisional ou em unidade hospitalar adequada" (Agravo Regimental na Execução Penal n. 23/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 27.8.2014). In casu, **não ficou demonstrado o quadro grave da doença que acomete o apenado, tampouco que ele não possa receber tratamento adequado no estabelecimento prisional**, sendo incabível, assim, a concessão da benesse excepcional (grifou-se). Agravo de Execução Penal. Processo: 0006157-36.2017.8.24.0038. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Origem: Joinville/SC.

No caso acima não ficou demonstrada a gravidade da doença do condenado por isso o preso acabou não tendo reconhecida a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em outra decisão:

HABEAS CORPUS – PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA POR MAIS DE 07 (SETE) ANOS – PACIENTES QUE, EMBORA PRONUNCIADOS, SEQUER FORAM SUBMETIDOS, ATÉ O PRESENTE MOMENTO, A JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI – INADMISSIBILIDADE – EXCESSO DE PRAZO CARACTERIZADO – SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER TOLERADA NEM ADMITIDA – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE QUALQUER RÉU, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO, A JULGAMENTO PENAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS NEM DEMORA EXCESSIVA OU IRRAZOÁVEL – DURAÇÃO ABUSIVA DA PRISÃO CAUTELAR QUE TRADUZ SITUAÇÃO ANÔMALA APTA A COMPROMETER A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A FRUSTRAR O DIREITO DO ACUSADO À PROTEÇÃO JUDICIAL DIGNA E CÉLERE. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 – RTJ 157/633 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. **A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) –** significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Art. 9º, n. 3) Doutrina. Jurisprudência (grifou-se). HC 142177 - STF. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Julgamento: 06/06/2017.

Na decisão acima do Supremo Tribunal Federal ficou constatada a demora da prisão cautelar aplicada ao réu por um período de sete anos, tempo que no Código de Processo Penal não encontra fundamento e é clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se viu, não é apenas na doutrina que se encontra proteção à dignidade da pessoa humana, mas também em decisões dos tribunais, na sua maioria aplicando o princípio tendo em vista as constantes violações aos direitos básicos dos detentos, mas também negando a aplicação do princípio quando o caso assim exigir.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a aplicabilidade do instituto do cumprimento da pena no sistema de execução penal brasileiro e seus problemas, bem como uma análise histórica dos principais conceitos ligados ao tema.

No primeiro capítulo se viu um histórico da formação dos chamados direitos humanos ou fundamentais, classificando-os em gerações ou dimensões de direitos. Cumpre ressaltar que o princípio fundamental e também um direito, a dignidade da pessoa humana analisada no presente trabalho, é direito fundamental de primeira dimensão.

Relacionado também a este primeiro capítulo viu-se que este princípio está presente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, de forma clara, ou seja, refletindo em todas as normas infraconstitucionais, como o Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, não podendo ser negado a nenhum cidadão.

No segundo capítulo foi falado das penas e da forma da aplicação da pena, como está positivado na legislação penal brasileira. Os estabelecimentos prisionais foram analisados, bem como conceitos acerca da origem e da evolução da pena, igualmente importantes para a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, tema central do trabalho.

Igualmente, as finalidades da pena tais quais elas devem ser observadas, foram outro ponto de destaque no segundo capítulo, pois, é sabido que dificilmente se consegue atingir a todas elas, restando como fundamental no sistema carcerário brasileiro o caráter meramente punitivo, sem ressocialização do condenado.

As espécies de penas também foram vistas, em especial a pena privativa de liberdade, que leva o detento ao regime fechado. Os sistemas penitenciários também foram analisados, em especial o sistema progressivo adotado no Brasil, em que há a hipótese do preso “evoluir” na condenação passando de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso, sem permitir a progressão por saltos.

No terceiro e último capítulo, se adentrou na problemática central do trabalho, qual seja, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana dentro da realidade prisional no Brasil. Foi mostrado que esse princípio é afetado diretamente quando se fala de prisão ou aprisionamento e cumprimento de pena. A Lei de Execuções penais também foi analisada e mostrada como uma legislação atual e moderna trazendo os principais aspectos que devem orientar o preso na condenação.

Também foram analisados alguns problemas na execução penal e entendimentos jurisprudenciais sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na atualidade.

Ao final, como resultado, se viu que a LEP apesar de seu texto bem elaborado, contemplando todos os direitos e deveres do preso dentre outras garantias, em especial a dignidade do preso, é ineficiente na prática, pois as penitenciárias que abrigam os condenados no Brasil são ruins e deficitárias, o cumprimento da pena se dá de forma incorreta com inúmeros problemas internos, como por exemplo, superlotação e doenças, e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ou da humanidade não encontra totalmente uma base sólida, carecendo as prisões de melhorias básicas para os que cumprem penas.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Execução Penal: Esquematizado**. São Paulo: Forense, 2014.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/set/2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/set/2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/set/2017.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/set/2017.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/set/2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito penal: Parte geral. Arts. 1º ao 120. V.1.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, K. G.. **Direito Constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIP, R. **Crime e castigo: Reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Milleminium, 2001.

DI SANTIS, B. M.; ENGBRUCH, W. **A evolução histórica do sistema prisional.** Disponível em: <http://pre.univesp.br>. Acesso em: 13/out/2017.

GRECO, R. **Código penal comentado.** Niterói, RJ: Impetus, 2011.

_____. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MALAGUETA, S. **O Sistema Prisional e o Crime Organizado.** 2007. 107 f. Monografia, (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2007.

MANÃS, C. V. **Princípio da insignificância como excludente da tipicidade do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MARCÃO, R. **Curso de execução penal.** São Paulo: Saraiva, 2012

MASSON, C. R. **Direito penal esquematizado.** Parte geral. V. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MESSA, A. F. **Direito Penal.** 2. ed. São Paulo: Barros, Fischer e Associados, 2010.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal.** São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Execução Penal:** comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais:** comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, M. S. **Garantias e princípios constitucionais do preso.** 2010. Disponível em: www.jurisway.org.br. Acesso em: 14/out/2017.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal:** parte geral e parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, A. **A realidade das prisões brasileiras.** Recife: Nossa Livraria, 2005.

PARIZOTTO, J. R. **Dos crimes contra o patrimônio**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos: O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**. 2004.

PIRES, A.O. **Estado de necessidade: um esboço à luz do art. 24 do código penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

PORTO, R. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

QUEIROZ, P. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REPÓRTER RECORD. **Conheça o caos no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://videos.r7.com>>. Acesso em: 04/nov/2011.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 7. ed. Lages: Papervest, 2014.

ROSSINI, T. R. D. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 14/out/2017.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, J. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICA. **Jurisprudência - Recurso Especial 2016/0012638-4**, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão julgador T2 - SEGUNDA TURMA, data do julgamento 06/12/2016. Disponível em: acesso em: 17/out/2017.

_____. **Jurisprudência - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2014/0259580-6**, relator Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão julgador T2 - SEGUNDA TURMA, data do julgamento 05/05/2016. Disponível em: acesso em: 17/out/2017.

VALEJO, M. F. **Prisionalização: um retrato do submundo Carcerário**. 2013. 65f. Monografia, (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2013.

ZAMPIER, D. **Nova Lei da Prisão Preventiva deve soltar milhares de presos que ainda não foram julgados.** 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br>>. Acesso em: 02/out/2017.

YAROCHEWSKY, L. I. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** São Paulo: Del Rey, 2000.