

OS SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A COMPLACÊNCIA COM A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE: DO DISCURSO À REALIDADE DAS PRÁTICAS PUNITIVAS

THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM AND
THE COMPLACENCE WITH THE VIOLATION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS: FROM THE DISCOURSE TO
THE REALITY OF PUNITIVE PRACTICES

EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO Y LA
COMPLACENCIA CON LA VIOLACIÓN DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD: DEL
DISCURSO A LA REALIDAD DE LAS PRÁCTICAS
PUNITIVAS

SUMÁRIO:

Introdução; 1. A dignidade da pessoa humana como base do ordenamento jurídico e os direitos fundamentais da personalidade; 2. Dos suplícios à prisão: o princípio da dignidade da pessoa humana e a humanidade das penas; 3. O sistema carcerário brasileiro e a violação sistemática dos direitos fundamentais da personalidade e da dignidade da pessoa humana; 4. O discurso punitivista e a sociedade do risco e do medo: o inimigo no direito penal; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo busca expor uma contradição presente no discurso jurídico vigente, que consagra a dignidade da pessoa humana como base do orde-

Como citar este artigo:
CASTRO Alexander,
LOPES, Vinicius. O
sistema penitenciário
brasileiro e a
complacência com
a violação aos direitos
fundamentais da
personalidade: do
discurso à realidade
das práticas punitivas.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 43 2024,
p. 255-281.

Data da submissão:
29/09/2023

Data da aprovação:
14/11/2024

namento jurídico e dos direitos fundamentais da personalidade e aceita a prisão como método punitivo compatível com tais preceitos ao mesmo tempo em que é confrontado com a condições reais do sistema penitenciário brasileiro, formalmente reconhecido como uma instituição violadora dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. A contradição entre discurso e realidade, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não tem mobilizado esforços sociais para ser superada. Ao contrário, caminha-se para o seu agravamento. Essa complacência com um quadro já reconhecido de violação massiva de direitos é fruto, como se conclui ao final do artigo, da prevalência da lógica do risco e do medo na sociedade, que contribui para a despersonalização das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

ABSTRACT:

We seek to expose a contradiction present in the current legal discourse, which enshrines the dignity of the human person as the basis of the legal system and its fundamental rights and accepts incarceration as a punitive method compatible with such precepts at the same time that it is confronted with the real conditions of the Brazilian penitentiary system, formally recognized as an institution that violates the fundamental rights of inmates. This acknowledged discrepancy between stated principles and real-world practices, as recognized by both the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, has failed to spur collective societal endeavors aimed at its rectification. On the contrary, we seem to be heading towards its worsening. This complacency with an already recognized situation of massive violation of rights is the result, as concluded at the end of the article, of the prevalence of the logic of risk and fear in society, which contributes to the depersonalization of people deprived of freedom of movement in Brazil.

RESUMEN:

Este artículo busca exponer una contradicción presente en el discurso jurídico actual, que consagra la dignidad de la persona humana como base del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de la personalidad y acepta la prisión como un método punitivo compatible con tales preceptos al mismo tiempo que señala las condiciones reales del sistema

penitenciário brasileiro, formalmente reconhecido como uma instituição que viola los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. La contradicción entre discurso y realidad, ya reconocida por el Supremo Tribunal Federal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha movilizado esfuerzos sociales para ser superada. Al contrario, va camino de empeorar. Esta complacencia con una situación ya reconocida de violación masiva de derechos es resultado, como se concluye al final del artículo, de la prevalencia de la lógica del riesgo y del miedo en la sociedad, lo que contribuye a la despersonalización de las personas privadas de libertad en Brasil.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos Fundamentais da Personalidade; Violações Estruturais; Superlotação Carcerária; Inimigo.

KEY-WORDS:

Fundamental rights; Structural Violations; Prison overcrowding; Enemy.

PALABRAS CLAVE:

Derechos Fundamentales de la Personalidad; Violaciones Estructurales; Sobrepoblación carcelaria; Enemigo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda uma contradição presente no saber jurídico contemporâneo com um de seus objetos de estudo. De um lado, está o discurso jurídico vigente, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como base do ordenamento jurídico e fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, comando central da ordem constitucional brasileira que reverbera no âmbito jurídico-penal como base para a diretriz de humanização das penas, implicando a superação das penas corporais, desumanas e cruéis (suplícios) e a adoção da prisão como sendo o método punitivo mais compatível com o corolário da dignidade da pessoa humana. De outro lado, temos a realidade do sistema penitenciário brasileiro, que parece dar de

ombros aos ditames da modernidade jurídica. A prisão, em teoria, deve visar à ressocialização do condenado e à proteção dos direitos humanos, proporcionando um ambiente que respeite a integridade física e moral da pessoa detida. No entanto, a realidade do sistema penitenciário brasileiro é diametralmente oposta a esses ideais. O sistema é marcado por uma superlotação desumana, condições de vida precárias para os detentos e uma série de violações de direitos humanos e de direitos fundamentais da personalidade, incluindo o direito à saúde, à alimentação adequada, à integridade física e psicológica, bem como o direito à segurança sexual. Tais problemas originam-se em grande medida na omissão do próprio Estado e constituem-se em grave desrespeito à diretriz de proteção integral da pessoa.

Esta contradição, porém, muito embora já reconhecida inclusive por instâncias formais de poder, não mobiliza esforços sociais contrários à situação degradante do sistema penitenciário brasileiro e consequente violação à dignidade da pessoa humana, ao contrário, o caminho da política criminal brasileira parece caminhar cada vez mais no sentido de agravar a situação. A proposta da presente pesquisa, portanto, é abordar a complacência social a esta contradição sob um aspecto crítico, demonstrando que a lógica da sociedade do risco e do medo, produz uma despersonalização das pessoas privadas de liberdade no Brasil, tornando-as verdadeiros inimigos, justificando assim a violação aos seus direitos.

Várias instâncias nacionais e internacionais de direitos humanos rotineiramente denunciam as péssimas condições carcerárias no Brasil. No entanto, a sociedade em geral parece mostrar uma tolerância surpreendente em relação a essa situação degradante. Isso pode ser atribuído, em parte, a essa despersonalização das pessoas privadas de liberdade, retratando-as como meras ameaças perigosas e não como sujeitos de direito. Essa desumanização dos presos leva a uma aceitação tácita da violação de seus direitos, uma vez que são considerados inimigos da sociedade. A ideia de que punições severas e condições prisionais desumanas são justificadas para manter a segurança pública é profundamente enraizada em algumas camadas da sociedade, apesar das evidências de que tais práticas não apenas violam os direitos humanos, mas também falham em atingir o objetivo de redução da criminalidade.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

A partir de uma concepção filosófica e política, a dignidade da pessoa humana encontrava originalmente relação com o *status* social do indivíduo, “daí porque falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas” (SARLET, 2011, p. 17). Na Roma antiga, no entanto, principalmente a partir da compreensão de Cícero, a concepção de dignidade ganha um duplo significado, pois a dignidade do homem advém da sua posição de superioridade em relação à natureza, se constituindo em um sentido absoluto da dignidade, mas também está a dignidade relacionada com a posição social da pessoa, dimensão esta que pode se alterar durante sua vida, ou seja, “uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorre da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida” (SARLET, 2011, p. 17 e 18).

Nos séculos XVII e XVIII, a partir do pensamento jusnaturalista, a ideia de dignidade da pessoa humana ganha roupagem mais racional, superando em parte os aspectos cristãos, “mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade” (SARLET, 2011, p. 18). A superação da concepção cristã, no entanto, se dá com Immanuel Kant, “cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano” (SARLET, 2011, p. 19). Kant parte de pressupostos que consideram a natureza racional do ser humano, estabelecida a partir da autonomia da vontade e se constituindo como o fundamento da dignidade da pessoa humana, eis que é característica presente somente em seres racionais, que possuem a “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis” (SARLET, 2011, p. 19). É digno de nota, também, a posição de Hegel desenvolvida no século XIX, cuja interpretação entendia que a dignidade não se tratava de condição ontológica ao ser humano, inerente a sua própria condição de ser humano, ou seja, “o ser humano não nasce digno – já que Hegel refuta uma concepção estritamente ontológica de dignidade – mas torna-se digno a partir do momento que assume sua condição de cidadão” (SARLET, 2011, p. 21).

Até os dias de hoje, no entanto, a dignidade da pessoa humana é instituto de difícil conceituação, especialmente sob o aspecto normativo, até porque, ao contrário de outros direitos fundamentais, não se trata de “aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano” (SARLET, 2011, p. 22). Fato é que, considerando a volatilidade das relações sociais, talvez sequer seja desejável um conceito fixo e inerte de dignidade da pessoa humana.

Sob o aspecto jurídico, portanto, a positivação da dignidade da pessoa humana é fenômeno recente, compondo o arcabouço constitucional dos países sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948. No caso brasileiro não foi diferente, a Constituição Federal de 1988, estabelece de forma clara que os princípios fundamentais, são a base da própria Constituição, e dispõe que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado democrático de direito (SARLET, 2011, p. 37). A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, pela Constituição brasileira, portanto, “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (SARLET, 2011, p. 38).

Todavia, é importante frisar que a categoria jurídico-normativa ocupada pela dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico não é de direito fundamental, muito embora seja a base destes, e dela derivem uma série de direitos fundamentais, não é acertado afirmar que “existe um direito fundamental à dignidade” (SARLET, 2011, p. 39). Até porque, sendo condição inerente ao ser humano, não cabe ao ordenamento jurídico concedê-la a qualquer pessoa que seja, além de, se direito fundamental fosse, haveria a possibilidade de retirá-la do cidadão. Como bem acentua Ingo Wolfgang Sarlet, o que existe é um direito ao reconhecimento da dignidade, ou seja, “direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de direito a uma existência digna” (2011, p. 39). A dignidade da pessoa humana, ocupa, portanto, no ordenamento jurídico, o *status* de princípio fundamental, de orientação ética e moral, mas também de norma de natureza jurídico-positiva, de modo que, sob o ponto de vista da classifica-

ção das normas de Robert Alexy, se trata de um princípio e de uma regra (SARLET, 2011, p. 40).

Este caráter da dignidade da pessoa humana, no entanto, exige a proteção integral dos direitos fundamentais nas suas mais variadas dimensões, resultando, por exemplo, na proteção da integridade física, que, para o escopo do presente artigo, também serve de base para a proibição de penas de morte, de tortura, e de penas corporais (SARLET, 2011, p. 49). Da mesma forma, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível compreender que os direitos fundamentais são passíveis de existirem fora do rol dos direitos fundamentais contidos na Constituição, e mesmo fora da própria Constituição, sendo, portanto, um “conceito materialmente aberto de direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 52).

Significa dizer, nesse sentido, que o ordenamento jurídico abarca e protege direitos, que possuem como fundamento à dignidade da pessoa humana, mesmo que eles não estejam expressamente escritos na Constituição Federal, daí advém, também, a proteção aos direitos da personalidade, tendo em vista que o “direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, já que o ser sujeito (titular) de direitos, é, à evidência, inerente à própria dignidade e condição de pessoa” (SARLET, 2011, p. 55). Sendo assim, os direitos da personalidade, previstos no Código Civil, possuem intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, eis que, estes decorrem da promoção da personalidade, que, por sua vez, é fundamentada na dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 55).

Tendo um panorama do local em que se encontra a dignidade da pessoa humana, é importante ainda localizar especificamente a questão dos direitos fundamentais. A liberdade é inequivocamente um dos maiores desejos do ser humano, de modo que, as normas que visam garantir esta liberdade são chamadas de “direitos fundamentais” (MICHAELS e MORLOK, 2016, p. 47). A importância dos direitos fundamentais se dá, historicamente, na proteção dos abusos estatais em face dos cidadãos, de forma que “os direitos fundamentais não se dirigem contra qualquer pessoa, mas apenas contra o Estado e contra os entraves à liberdade por ele controlados ou controláveis” (MICHAELS e MORLOK, 2016, p. 48).

Lothar Michaels e Morlok Martin, explicam que no Estado constitucional, em que o povo é o soberano, a validade dos direitos fundamentais

não depende do Estado, sendo, nessa concepção, “direitos naturais inalienáveis, que cabem à pessoa humana em virtude do seu ser-pessoa” (2016, p. 53). Daí se percebe, portanto, a vinculação direta da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, ou seja, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana em virtude da sua condição de pessoa, é também a base dos direitos fundamentais.

Inobstante, estando tais premissas estabelecidas, passa-se a expor qual a relação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais com os direitos da personalidade, para posteriormente demonstrar ainda a vinculação deste arcabouço jurídico com o sistema punitivo. Nesse espeque, as primeiras formulações sobre os direitos da personalidade, surgem no século XIX, e possuíam estrita relação com “um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana” (SCHREIBER, 2014, p. 05). Após ficarem um bom tempo longe das discussões jurídicas, os direitos da personalidade voltam a ganhar relevância no pós-guerra, sendo que, no Brasil, passam a entrar no debate após a Constituição de 1988 e especialmente após o Código Civil de 2002.

Como já se pode perceber, os direitos da personalidade possuem conceituação que praticamente se confunde com o conceito de direitos fundamentais, ou seja, são condições inerentes ao ser humano. Por oportuno salientar, no entanto, que existe, em tese, uma sensível diferença entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, uma vez que os direitos fundamentais são compreendidos como aqueles que se encontram previstos na Constituição, e possuem no seu núcleo a “proteção da pessoa humana no campo do direito público”, por outro lado, os direitos da personalidade são inerentes às relações privadas, ambos, porém, encontram o seu alicerce na dignidade da pessoa humana (SCHREIBER, 2014, p. 13).

A dicotomia entre direito público e privado, no entanto, vem sendo superada, uma vez que grande parte dos direitos da personalidade se encontram prevista no rol dos direitos fundamentais na Constituição Federal (art. 5º), significa dizer que “os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais” (SCHREIBER, 2014, p. 14). Trata-se de fenômeno muito bem exposto por Zanini, Oliveira, Siqueira e Fraco Jr., que explicam que a aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade se deu principalmente a partir de 1945, ganhando força com o

movimento de constitucionalização do direito civil, de modo que “a confluência entre o papel do Estado na sociedade contemporânea e a expressa previsão dos direitos da personalidade na Constituição e no Código Civil parece desenhar a ágora ideal para a defesa do caráter dúplice ou híbrido desses direitos” (2018, p. 217).

Feito este introito, o presente artigo pretende ainda abordar a aplicação deste discurso de preservação dos direitos fundamentais da personalidade no campo do Direito Penal, uma vez que o sistema penal, por ser o braço mais forte do Estado no âmbito jurídico é também o causador de inúmeras violações aos direitos das pessoas que são submetidas ao sistema de justiça criminal.

2. DOS SUPLÍCIOS À PRISÃO: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A HUMANIDADE DAS PENAS

Na obra “Vigiar e Punir”, Michel Foucault inicia a sua exposição a respeito da história da punição expondo a mórbida execução de um suplício, realizado na França em 1757, em que o condenado Damiens é executado em um espetáculo punitivo realizado em praça pública (1987, p. 8-9). Em contraposição, Foucault apresenta também o regulamento da “Casa dos Jovens detidos em Paris”, redigido 30 anos depois, já no século XIX, e que expõe o cumprimento de uma pena em moldes que se pode chamar de mais civilizados, vez que composto por uma série de regramentos voltados ao cumprimento da pena em um estabelecimento de detenção (1987, p. 10). Esta significativa mudança no método de punir, ocorrida em menos de um século, é reflexo de uma profunda reorganização sucedida na Europa e nos Estados Unidos, que culminou em inúmeras reformas: “nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir, abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes, projeto ou redação de códigos modernos” (FOUCAULT, 1987, p. 11 e 12). Mas a principal das reformas, foi o “desaparecimento dos suplícios” (FOUCAULT, 1987, p. 12), de modo que a punição passou a não versar mais diretamente sobre o corpo do condenado, que outrora era simbolicamente açoitado em verdadeiros espetáculos punitivos, sendo assim, “no final do século XVIII e começo do século XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai se extinguindo” (FOUCAULT, 1987, p. 12).

E é neste contexto, portanto, que surge a prisão como método punitivo em substituição aos suplícios, como reflexo de uma época que o autor chama de “sobriedade punitiva” (FOUCAULT, 1987, p. 18). O objeto de punição, nesse sentido, não é mais o corpo do condenado, nas execuções públicas de violência praticadas pelo próprio Estado. O paradigma se altera profundamente, “como já não é o corpo, é a alma” (FOUCAULT, 1987, p. 20). A prisão é, no entanto, uma instituição que já existia antes de ser efetivamente adotada como pena, molde este que só vem adquirir na virada do século XVIII para o século XIX (FOUCAULT, 1987, p. 260). Esta forma de punir, portanto, passa a ganhar imenso protagonismo, se constituindo na “base e no edifício” da justiça penal, passando a se relacionar “ao próprio funcionamento da sociedade que relegou para o esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado” (FOUCAULT, 1987, p. 261).

De acordo com Foucault, o “sucesso” da prisão como método punitivo pode ser atribuída a alguns fatores. O primeiro deles é o fato de se tratar de uma “forma simples da privação da liberdade”, que atua em um bem pertencente a todos da mesma forma, sendo, nesta concepção a “pena por excelência”, isto porque a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma forma, de modo que a sua perda também teria o mesmo resultado para todos, ao contrário de penas como a de multa (1987, p. 261). Há ainda uma certa clareza do ponto de vista jurídico, isto porque a pena de prisão é delimitada por uma certa quantidade de tempo, o que passa ainda uma perspectiva “econômica”, ou seja: “ao retirar tempo ao condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, além da vítima, toda a sociedade” (FOUCAULT, 1987, p. 261). Daí, vem a ideia, inclusive, segundo o autor, de que o preso está “pagando sua dívida” (1987, p. 261). Da mesma forma, a prisão teria a função de “transformar os indivíduos”, tornando-os dóceis e disciplinados. Sendo assim, “este fundamento duplo – por um lado, jurídico-econômico e, por outro, técnico-disciplinar – fez a prisão como a forma mais imediata e a mais civilizada de todas as penas” (FOUCAULT, 1987, p. 262).

Mas a adoção da prisão como método punitivo reflete ainda um discurso filosófico vigente no final do século XVIII e início do século XIX. Cesare Beccaria, em sua célebre obra *Dos Delitos e das Penas*, tida como o marco do Direito Penal moderno, catalizou a discussão da filosofia ilumi-

nista no âmbito penal previamente inaugurada com Montesquieu, partindo de uma concepção fundada na teoria do contrato social como sendo o marco de origem das penas. Beccaria afirma que o abandono do estado de guerra, e a organização dos homens em sociedade, possui como condição a existência de leis (1999, p. 27). Os homens, portanto, sedem parcela de sua liberdade, para que possam usufruir do restante com tranquilidade e segurança, e “a soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador” (BECCARIA, 1999, p. 27).

Uma vez formado este “depósito” de liberdades cedidas, surge a necessidade de um método de proteção contra eventuais tentativas de usurpação pelos próprios homens que compõem a sociedade (BECCARIA, 1999, p. 27). E nesse sentido, faz-se necessário a existência de “motivos sensíveis suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos” (BECCARIA, 1999, p. 27). E nesta concepção, o método utilizado para dissuadir a violação das leis, é a punição, que surge, portanto, como verdadeira necessidade (BECCARIA, 1999, p. 28). Neste interim, o autor explica, que a punição deve ser proporcional ao delito praticado, no sentido de que o “bem” oriundo da prática criminosa, seja dissuadido pelo “mal” causado pela punição (BECCARIA, 1999, p. 39). Esta proporção é intrinsecamente relacionada com as finalidades da punição, que devem se restringir a evitar que tanto o criminoso, quanto a sociedade, cometam novos delitos, para que assim “causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu (BECCARIA, 1999, p. 52).

E é a partir deste raciocínio que BECCARIA rejeita, por exemplo, a ideia da pena de morte. Vale destacar, a crítica do autor iluminista a pena capital se fundamenta principalmente em uma ideia de efetividade e utilidade da punição e não em ideais baseados na dignidade da pessoa humana. Isto porque, na sua concepção, a eficácia da punição é relacionada com a sua extensão, e não com a sua intensidade, uma vez que “a sensibilidade humana é mais facilmente e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém renovadas, do que por abalo intenso, mas efêmero” (1999, p. 91). E a pena de morte, para BECCARIA, muito embora cause uma impressão forte, é de rápido esquecimento (1999, p. 92). E é por esta razão que o autor defende a retirada da liberdade do criminoso como sen-

do o método mais eficaz de punição, em uma modalidade cumulada com trabalhos forçados, denominada por ele de “pena de escravidão perpetua” (1999, p. 92). Não se trata, portanto, de prezar pelo direito à vida, tampouco de consagrar a dignidade da pessoa humana, ao contrário, se trata de produzir ainda mais sofrimento ao condenado, mesmo que a forma de aplicação pareça mais humana.

A história das penas, portanto, como bem diz Luigi Ferrajoli, supera a crueldade da história dos próprios crimes, até porque, as penas derivam de um processo de racionalização, tratando-se de um processo consciente, de uma escolha da sociedade, ao contrário dos delitos que, muitas vezes são frutos de impulsões e necessidades, ou seja, “não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 310). Durante a história são incontáveis a variedade das penas corporais, e dos métodos de execução de pena de morte que foram criados, para todas as espécies de crimes. Mas a crueldade das penas não é tema que ficou no passado, ao contrário, ainda hoje existem diversos países que ainda preservam a pena de morte, inclusive o pretense desenvolvido Estados Unidos (FERRAJOLI, 2002, p. 311).

Da mesma forma, o pensamento jurídico-penal acompanhou as atrocidades existentes na história das penas, com suas teorias justificadoras que basicamente consistiam em “justa retribuição, a intimidação, a defesa social, a ideia da sociedade como organismo em que é válido amputar o órgão infeccionado” (FERRAJOLI, 2002, p. 311). A ausência de humanidade na essência do pensamento jurídico-penal, pode ser constatada inclusive daqueles que tecem críticas à pena de morte, que historicamente se baseiam em critérios utilitários de eficácia da punição, ao invés de, simplesmente, repudiar qualquer tipo de violação ao direito à vida, e “esta é talvez uma razão não secundária da lentidão com que a instituição tende a desaparecer nos países civilizados” (FERRAJOLI, 2002, p. 310).

As penas modernas, portanto, não se caracterizam mais, em tese, por serem “aflições”, passando a se caracterizarem como “privações” aos três principais direitos que constituem o Estado moderno: vida, liberdade e propriedade (FERRAJOLI, 2002, p. 314). A pena privativa de “vida”, como parece óbvio, é a pena de morte, espécie de pena anterior à burguesia,

e que continua a ser praticada em diversos Estados modernos, mesmo que agora passaram a “abandonar as antigas exibições espetaculares e, ao contrário, ocultando-se à vista do público” (FERRAJOLI, 2002, p. 314). Já a pena privativa de liberdade, por sua vez, é uma pena eminentemente burguesa, pois muito embora a prisão seja uma instituição muito antiga, passou a ser adotada como método punitivo principal somente no final do século XIX (FERRAJOLI, 2002, p. 315).

O processo de humanização das penas passa a ganhar força com a preponderância do pensamento iluminista, que orientado pela questão de “como punir”, entendia que a pena deve ser a “necessária e a mínima dentre as possíveis em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 317). Nesse sentido, a principal característica do movimento iluminista sob o aspecto penal era a “mitigação e minimização das penas inspirado numa ética racional de tipo utilitarista” (FERRAJOLI, 2002, p. 317). Como bem acentuado por Ferrajoli, o movimento iluminista se utilizou de argumentos utilitaristas para buscar a humanização das penas, mesmo que tais fundamentos sejam insuficientes, já que, não conseguem, por exemplo, sequer evitar a existência da pena de morte em casos que poderiam ser justificados pela necessidade (2002, p. 318). O fundamento basilar na promoção da humanidade das penas, é, na verdade, “o princípio moral do respeito à pessoa humana”, ou seja, acima de qualquer argumento sobre a utilidade ou eficácia da pena, o que impede as penas corporais, degradantes, humilhantes, de morte, de prisão perpetua, é o “valor da pessoa humana” (FERRAJOLI, 2002, p. 318). Sendo assim, pode se dizer que toda pena, que seja degradante ao apenado, seja no sentido qualitativo ou quantitativo, é uma violação direta à dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

O discurso jurídico vigente, portanto, é o de que a dignidade da pessoa humana é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo o fundamento dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Da mesma forma, sob o aspecto jurídico-penal, a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento do abandono das penas corporais e cruéis (suplícios) – muito embora os argumentos iluministas tenham sido muito mais voltados a fundamentos utilitaristas –, para que o método de punição adotado fosse a prisão, considerada hoje como sendo a pena por excelência, e

como sendo o marco de superação das penas cruéis. A realidade, porém, confronta o discurso.

3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A figura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surge pela primeira vez na Corte Constitucional Colombiana, como reflexo de diversas violações a garantias fundamentais de forma contínua e estrutural naquele país, não incidindo somente sobre violações a direitos individuais, portanto, mas sim aos direitos fundamentais de modo amplo que estejam sendo violados de forma massiva e estrutural (FERRER, MARTTOS e LAZÁRI, 2022, p. 15). André Luís Cateli Rosa e Valter Moura do Carmo, explicam que “consiste em situação extrema de omissão estatal”, não necessariamente relacionadas a normas constitucionais específicas, ou mesmo omissões no âmbito legislativo, mas sim uma “omissão ou ineficiência do aparato estatal que resulta na proteção deficiente de direitos fundamentais” (2019, p. 12).

O Estado de Coisas Inconstitucional, consiste, portanto, em um mecanismo criado pelo Poder Judiciário para que sejam declaradas situações de graves violações ao texto constitucional, em razão das falhas estruturais do Estado, principalmente decorrentes de omissões na efetivação de políticas públicas (ROSA e CARMO, 2019, p. 13). A teoria aparece pela primeira vez, como já mencionado, na Colômbia em 1997, em um caso em que se constatou o “descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de professores” (ROSA e CARMO, 2019, p. 13). Já em 1998, a Corte Colombiana declara o Estado de Coisas Inconstitucional “em relação ao quadro de superlotação das penitenciárias do país, tendo em vista o descumprimento generalizado dos direitos fundamentais dos detentos” (ROSA e CARMO, 2019, p. 14). Os autores, explicam ainda que a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional por parte da Corte Colombiana, não se limitou apenas em mera declaração, passando a ordenar “prestações positivas do Estado por meio de ordens aos demais poderes, atribuindo-lhes, inclusive, prazos para o seu cumprimento” (ROSA e CARMO, 2019, p. 15).

Pois bem, o estado de calamidade do sistema prisional brasileiro

atraiu a incidência deste instituto jurídico. O Supremo Tribunal Federal, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, apreciou o grave problema da violação dos direitos daqueles que integram o sistema carcerário no Brasil. A ação constitucional foi proposta pelo partido político PSOL, e se ocupou de problemas que vão desde a superlotação dos presídios, até os problemas estruturais que causam diversas violações a direitos fundamentais dos presos, uma vez que “há a limitação da dimensão da dignidade humana na medida em que a realidade carcerária traz consigo o tratamento de desprezo para os presos, com o não acesso à Justiça e a direitos sociais, sem contar a segurança física” (FERRER, MARTTOS e LAZÁRI, 2022, p. 17).

No bojo da ADPF nº 347, portanto, o Supremo Tribunal Federal, tal qual a Corte Colombiana, além de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário, determinou que o Estado assumisse obrigações positivas visando a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos (ROSA e CARMO, 2019, p. 19). Nesse sentido, conforme consta da ementa do acórdão da Medida Cautelar na ADPF em questão, que contou com a relatoria do então Ministro Marco Aurélio, foram abordados os seguintes tópicos no julgamento: o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamentais, em razão da condição degradante do sistema penitenciário brasileiro; a constatação da “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais” o que possibilitou que o “sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2015); além disso, foram determinadas medidas de caráter positivo, como a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e da realização obrigatório de audiências de custódia, conforme preconiza os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2015).

Como se percebe, no bojo da medida cautelar na ADPF 347, a lógica da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal consistiu em, primeiro, esclarecer que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é medida adequada para se apreciar a questão do sistema penitenciário brasileiro. E, segundo expor os motivos pelos quais o Tribunal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, sendo eles: “superlotação carcerária” e “condições desumanas de custódia”, fatores estes oriundos de “falhas estruturais” e que acarretariam em uma

“violação massiva de direitos fundamentais” (BRASIL, 2015, p. 03). Além da mera declaração de Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal também impôs obrigações aos Poderes Executivo e Judiciário, sendo que, em relação ao Poder Executivo, determinou-se a liberação das verbas oriundas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), para o seu devido fim, bem como, para o Poder Judiciário, determinou-se que os juízes e tribunais realizassem audiências de custódia, prática pouco difundida na época (BRASIL, 2015, p. 03).

Do voto do Ministro relator Marco Aurélio, é possível constatar o grave estado do sistema penitenciário. Segundo o ministro, a população carcerária no Brasil, em 2014, era de 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três) presos, para apenas 357.219 (trezentos e cinquenta e sete mil, duzentos e dezenove) vagas, ou seja, havia um déficit de 206.307 (duzentos e seis mil, trezentos e sete) vagas, isso sem contabilizar as prisões domiciliares (BRASIL, 2015, p. 22).

Para além da superlotação carcerária, que, segundo o Ministro, dá ao Brasil o posto de terceira maior população carcerária do mundo, apenas atrás de Estados Unidos e China, há que se ressaltar a situação dos detentos que é narrada no voto, que estão sujeitos a diversas violações a direitos fundamentais da personalidade, estando expostos a homicídios, crimes sexuais, celas em situações insalubres, com risco de contaminação por doenças, alimentação de péssima qualidade, ausência de água potável e de produtos básicos de higiene, além da ausência de assistência jurídica, acesso à educação, a saúde e ao trabalho, e, se não bastasse, o “amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual” (BRASIL, 2015, p. 23).

O Ministro atribuiu a responsabilidade em relação ao estado do sistema prisional para os três poderes, em âmbito Federal e Estadual, há, segundo o julgador “problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal” (BRASIL, 2015, p. 26). Inclusive, quanto a este ponto, é importante destacar do voto a questão relacionada ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), que era significativamente contingenciado, sendo que, chegavam a 80% dos valores não serem utilizados (BRASIL, 2015, p. 39).

Ao deferir a medida cautelar, portanto, além das medidas já citadas

anteriormente, foram ainda determinadas políticas ao próprio Poder Judiciário para buscar diminuir a população carcerária, sendo elas: que os juízes e tribunais fundamentem, em caso de prisão preventiva, as razões pelas quais não adotam medidas alternativas a prisão, bem como, que seja considerado, quando da decisão sobre a aplicação das cautelares penais, ou na aplicação da pena e no processo de execução penal, o “quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro” (BRASIL, 2015, p. 42).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, no bojo do Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, reconheceu a existência das condições degradantes e violadoras aos direitos fundamentais da personalidade que assolam o sistema carcerário brasileiro. Não obstante, o sistema de justiça criminal no Brasil, possui patologias endógenas, que vão muito além de problemas que possam ser sanados por meio de decisões judiciais. Não há como desprezar, que o Direito Penal é absolutamente seletivo, e que cada vez mais vêm sendo utilizado como um instrumento simbólico e populista para combater problemas sociais que assolam a sociedade.

Mas os reflexos jurídicos causados pela grave situação do sistema prisional brasileiro, não ficou somente no campo do direito interno. Em 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) estabeleceu medidas provisórias a respeito do Brasil, especialmente em relação ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), localizado no Complexo Penitenciário de Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro. A atuação da Corte, em relação ao IPPSC tem início em 31 de agosto de 2017, quando solicita ao Brasil que adote, de imediato, “todas as medidas que fossem necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Plácido de Sá Carvalho”. (OEA, 2018, p. 01)

A partir desta solicitação da CIDH, de janeiro a novembro de 2018 o Brasil passou a encaminhar relatórios para a Corte, especialmente em relação aos três principais problemas detectados no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho: superlotação, mortes e infraestrutura. Após analisar as informações prestadas pelo Estado brasileiro, em 22 de novembro de 2018, a Corte considerou que os problemas detectados não foram resolvidos, de modo que haveria violação aos artigos 5.2¹ e 5.6² da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2018, p. 14). Sendo assim, o

grave quadro do Instituto exigiu que a Corte Interamericana tomasse medidas concretas, sendo constatado que o único meio de cessar as violações aos direitos humanos ocorridas no local seria a diminuição da população carcerária (OEA, 2018, p. 23).

Não sendo uma solução razoável a construção de novas unidades prisionais, ou o traslado dos presos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho para outras unidades, a Corte desenvolveu uma solução a partir de uma análise de antijuridicidade das penas cumpridas no IPPSC. Consta da decisão exarada pela Corte que, todas as penas privativas de liberdade, sejam elas definitivas ou provisórias, mesmo que cumpridas em estabelecimentos prisionais que respeitem as regras mínimas de respeito aos direitos dos detentos, implicam “necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável” (OEA, 2018, p. 15). Quando a privação de liberdade, porém, ocorre em um estabelecimento degradante, “o conteúdo afitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica” (OEA, 2018, p. 15).

Uma pena cumprida nestas condições, portanto, deve ensejar em uma redução do tempo do seu cumprimento, ou seja, “implica compensar, de algum modo, a pena até agora sofrida na parte antijurídica de sua execução” (OEA, 2018, p. 23). Diante de tal constatação, a decisão formula o seguinte raciocínio: considerando que o problema da violação dos direitos humanos ocorridas no Instituto Plácido de Sá Carvalho se dá pela superlotação, que se encontra em uma densidade de 200% (duas vezes suas capacidade), “disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada da dor da pena”, desta forma, dobrados os efeitos de sofrimento causados por uma pena cumprida nestas condições, o cálculo de cumprimento da reprimenda de ve ser “computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes” (OEA, 2018, p. 23). Daí surge, portanto, o que ficou conhecido como o cômputo de pena em dobro.

Diante disso, o que se percebe é que há uma grave contradição entre o discurso jurídico penal vigente, que como demonstrado, se baseia nos preceitos da dignidade da pessoa humana e que consagra os direitos fundamentais da personalidade no bojo do direito penal, com a realidade empírica do sistema carcerário. Enquanto é consagrado que não haverão penas degradantes, e que o direito penal pós-iluminista superou a barbari-

dade dos suplícios, diariamente as pessoas privadas de liberdade no Brasil são expostas à condições dignas de um relato Foucaultiano, chegando ao ponto de ser reconhecida a violação massiva e estrutural dos direitos fundamentais dos detentos, tanto pela Suprema Corte do Brasil, quanto pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Este quadro, no entanto, pouco aparece nos debates políticos, tampouco é alvo de críticas por boa parte da sociedade, não tendo havido qualquer melhora nas condições do sistema carcerário, muito pelo contrário, o superencarceramento só tem aumentado, e junto dele a violação aos direitos fundamentais da personalidade das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Afinal, o que justifica tamanha complacência com a violação de direitos fundamentais e da personalidade desta parcela significativa da sociedade?

Como a presente pesquisa pretende apontar, o péssimo estado das penitenciárias é reflexo daquilo que a própria sociedade reproduz quando da adoção de discursos penais que buscam, por meio de punitivismo simbólico, resolver todos os problemas sociais. Uma sociedade embebida na lógica do risco, torna o Direito Penal um instrumento de combate ao inimigo, cujo único interesse é o aumento das penas, o aumento das condutas a serem tipificadas e a diminuição de direitos e garantias. Este é o discurso penal majoritariamente adotado no Brasil, especialmente no campo político e midiático, de modo que o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário é, mesmo que discursivamente repudiado, aceito por uma espécie de subconsciente coletivo.

4. O DISCURSO PUNITIVISTA E A SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO: O INIMIGO NO DIREITO PENAL

Durante a história, cada formação de Estado possuía o seu respectivo modelo de Direito Penal, e mesmo antes da formação dos Estados, a instrumentalização do poder punitivo se distinguia de acordo com o local em que era exercido e dos interesses do detentor do poder. Apesar disto, é possível traçar um paralelo em quase todos os modelos de poder punitivo: a constante prevalência de um inimigo. Desde os primórdios do poder punitivo, no contexto do colonialismo europeu, até a globalização do século XX, pode-se afirmar, que o Direito Penal sempre teve um alvo (ZAFFARONI, 2019, p. 29). O reconhecimento de um inimigo sempre se

fez presente na estrutura do poder punitivo, como uma verdadeira “seletividade estrutural” já que “sempre reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos” (ZAFFARONI, 2019, p. 81).

É necessário, portanto, abandonar a concepção ilusória de neutralidade do Direito Penal, pois por ser meio de controle social formal exercido pelo Estado, ele é criado para cumprir funções, e estas funções são determinadas por interesse do próprio Estado, ou então por interesses sociais que são concentrados nas pretensões da classe hegemônica, ou seja, “o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais” (BATISTA, 2007, p. 20). Entender que o sistema criminal existe para cumprir finalidades determinadas é de suma importância para entender o porquê da situação degradante do sistema carcerário e o motivo de que, mesmo havendo decisões proferidas tanto pela mais alta Corte do país, quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o poder público e o próprio corpo social permanecem inertes diante deste quadro.

A primeira premissa necessária para compreender a proposta do presente estudo é a de que a sociedade contemporânea se encontra inserida em uma lógica baseada na ideia de medo e risco. Como bem explica Ulrich Beck o risco é um fenômeno endógeno à sociedade, não sendo um fator estritamente atual, sendo os riscos das sociedades mais antigas substancialmente distintos, já que eram inclusive perceptíveis sensorialmente, “enquanto os riscos civilizatórios atuais atipicamente escapam à percepção” (2011, p. 25 e 26). Na sociedade atual o risco se consubstancia através da produção de riqueza e se demonstra a partir de dois pressupostos: o primeiro é o de que a evolução tecnológica ligada ao avanço das forças produtivas e as garantias previstas no ordenamento jurídico de um Estado Social tendem a diminuir e isolar a “carência material”; o segundo é a modernização acelerada que acarreta em criação de riscos até então inimagináveis. Ademais, os riscos atuais se diferenciam dos riscos anteriores pois são de natureza global, relacionados ao próprio ser humano, à fauna e a flora, ou seja, “são um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior” (BECK,

2011, p. 26).

Como explicam os professores Fernando de Brito Alves e Luiz Fernando Kazmierczak, o contexto social de risco reflete diretamente no direito penal, que busca observar os anseios sociais por mais segurança, sendo esta uma “visão distorcida do Direito Penal, como instrumento de crueldade e vingança” (2016, p. 37). Esta influência se dá em razão do atual cenário tecnológico dos meios de comunicação, que faz com que notícias de atos de criminalidade se espalhem na mídia de forma instantânea, o que reforça a sensação de medo na sociedade (ALVES e KAZMIERCZAK, 2016, p. 49). Sendo assim, essa constante e exacerbada sensação de medo faz com que o Direito Penal se expanda para buscar acalantar a instável sociedade de risco, que devido a esta fragilidade, cotidianamente acredita que existe um inimigo à porta, um “estranho”, o “outro”, e exige do Direito Penal que o afaste (ALVEZ e KAZMIERCZAK, 2016, p. 05). Portanto, neste cenário estabelecido, onde o Direito Penal cada vez mais se expande, de forma seletiva, o encarceramento em massa é inevitável consequência, sendo também, consequência lógica deste cenário, as violações aos direitos fundamentais da personalidade dos encarcerados, já que, são vistos, de forma estrutural, como inimigos. O discurso jurídico penal atual propagado pelo senso comum, seja de forma explícita, seja de forma implícita, não reconhece nos indivíduos criminalizados a condição de pessoa, mas sim de “criminoso”, “bandido”, “delinquente”. E ausente a condição de pessoa, se sobressai a condição de inimigo, cujos direitos podem ser constantemente violados.

É interessante perceber ainda, que o risco e o medo são fatores instrumentalizados e implantados na sociedade. Como explica Juarez Cirino dos Santos, o Direito Penal possui objetivos declarados e não declarados. Os declarados, segundo ele, consistem na proteção de bens-jurídicos previstos na Constituição Federal, sob ameaça de uma pena, agindo (de forma subsidiária e fragmentária) quando estes bens-jurídicos são lesados ou até mesmo ameaçados (SANTOS, 2014, p. 05). Em contraponto, Juarez Cirino aponta para os objetivos não declarados (ou reais) do Direito Penal, apontando-o como o “centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas” (2014, p. 06). Esta concepção de Juarez Cirino possui suas bases na estrutura social capitalista de

desigualdade, em que predomina a dicotomia entre possuidores do capital e possuidores da força de trabalho. Por isso, deve o Direito Penal ser entendido também a partir destes pressupostos de classe (2014, p. 07). Isso porque, sendo o ordenamento jurídico um mecanismo de manutenção da ordem social, também é o Direito Penal um instrumento de preservação da ordem estabelecida, que no caso, se consubstancia no “domínio de uma classe sobre outra”. Em decorrência dessa característica de ser utilizado como um mecanismo de dominação, temos que “o Direito Penal garante uma ordem social desigual” e, em essência, “garante a desigualdade social” (SANTOS, 2014, p. 07).

Sendo assim, o superencarceramento não é uma falha do sistema, mas sim parte estruturante do Estado neoliberal, que se utiliza do sistema penal como meio de controle de indesejáveis. Porém, como explicam André Martins Pereira e Marcus Alan de Melo Gomes, esta pretensão neoliberal não se efetiva sem que a sociedade seja convencida e levada a crer que o encarceramento é a solução para os problemas sociais, é necessário, portanto, “um discurso que retire a humanidade de quem está selecionado pelas agências penais, que justifique que o aparato repressivo estatal seja incrementado” (2017, p. 08). Para que o sistema penal funcione, as pessoas tem que acreditar que as teorias da pena funcionam, e que quanto mais pessoas estiveram presas, mais segura estará a sociedade, que quanto mais dor seja infligida ao condenado, maior será a eficácia da punição, e portanto, menos crimes serão cometidos. Mas para que a sociedade acredite neste discurso, é preciso, antes, fazer com que as pessoas se sintam em risco, que estão em perigo, pois “o medo e a sensação de insegurança ganham importância enquanto fatores que podem ser capitalizados e utilizados de forma estratégica na consecução do projeto encarcerador” (PEREIRA e GOMES, 2017, p. 09). Nesse sentido, a mídia hegemônica cumpre o papel de difundir o senso comum punitivo na sociedade, funcionamento como um mecanismo para legitimar a instrumentalização do poder punitivo contra os alvos selecionados (PEREIRA e GOMES, 2017, p. 09).

Trata-se, em síntese, de um discurso punitivista, que pode ser compreendido como um estímulo ao aumento da severidade do poder de punir, seja através da aplicação de penas mais severas do que

aquelas que estão previstas em lei, seja através da própria criação de leis que possibilita a recrudescimento das punições (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 03). O punitivismo, no Brasil, sofre, ao menos desde 1970, forte influência das práticas punitivas dos Estados Unidos, de modo que “a expansão do punitivismo nos EUA, é de certa maneira, parte da história das origens do punitivismo brasileiro.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 03)

O punitivismo, por óbvio, resulta em um aumento do encarceramento, que nos Estados Unidos pode ser percebido concomitantemente ao processo de desmantelamento do Estado Social e das políticas de assistência aos menos favorecidos financeiramente. Ou seja, a marginalização ainda maior desta classe social, oriunda do fim das políticas sociais, passou a ser gestada pela política criminal, urgindo, assim, uma sensação de risco e de medo, que passa a ser difundida através da mídia e por parte da política, fazendo com que a população internalize “o sentimento de pânico em face de uma suposta barbárie, ainda que inexista altos índices de prática de crimes, especialmente de crimes violentos.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 07). Significa dizer, portanto, que ao contrário do que sugere o senso comum, o aumento do encarceramento não possui como causa o aumento da criminalidade, que, inclusive, foi estável nos Estados Unidos durante os anos 70, e diminuiu a partir dos anos 90, mas sim, se encontra estritamente relacionado com o objetivo de “controle das massas não úteis e indesejadas pelas estruturas produtivas após o declínio do Estado de Bem-Estar Social.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 07) No Brasil, muito embora o Estado de Bem-Estar Social nunca tenha efetivamente se consolidado, o abandono das políticas de *welfare* e a adoção de um verdadeiro Estado Penal nos Estados Unidos, encontrou grande aderência em “um país que com dificuldades esforçava-se para superar a herança de seu recente passado autoritário.” (CASTRO e RIGOLIN, 2023, p. 10)

O Direito Penal não é neutro. Ao contrário, existe para cumprir funções, e como exposto, estas funções estão relacionadas aos interesses da classe hegemônica, que se utiliza do poder punitivo para neutralizar as classes oprimidas. Para legitimar o uso do Direito Penal nestes moldes, porém, e inclusive para disfarçar as suas reais

intenções, é necessário convencer a própria sociedade de que este método é necessário, o que é realizado através da produção do medo e do risco, e principalmente na criação de indivíduos tidos como inimigos sociais, que são aqueles sobre quem o poder punitivo é exercido. As pessoas privadas de liberdade, portanto, são vistas pela sociedade como inimigas, de modo que, sobre elas a violação aos direitos fundamentais da personalidade é tolerada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem proposta nesta pesquisa destaca uma contradição significativa entre o discurso jurídico e a realidade vivenciada pelas pessoas privadas de liberdade no Brasil. No âmbito discursivo, a dignidade da pessoa humana é apontada como o alicerce central de todo o ordenamento jurídico, fundamentando, assim, a validade dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Sob essa ótica, esses direitos são considerados inerentes à própria condição humana, tornando-se indisponíveis e inalienáveis. A prevalência da dignidade da pessoa humana na posituação do Direito, manifestada por meio dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, tem sido um ponto fundamental no discurso jurídico penal, particularmente no que se refere à humanização das penas. Essa trajetória de humanização das penas foi trilhada com o intuito de superar práticas penais arcaicas e cruéis, como os suplícios, penas corporais e outras formas desumanas de punição. Nesse processo, a prisão foi adotada como o método punitivo por excelência, substituindo gradativamente as práticas mais cruéis e degradantes. A lógica subjacente a esse movimento era a de que, mesmo em um ambiente prisional, as pessoas privadas de liberdade deveriam ter seus direitos respeitados e serem tratadas de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana. De tal forma, a ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e a concepção integrada dos direitos intrínsecos à pessoa humana, que se materializa sob a forma de direitos fundamentais da personalidade, implica que mesmo as pessoas encarceradas com base em condenações transitadas em julgado deveriam ser objeto de proteção integral não obstante a necessidade de fazer cumprir as funções declaradas da pena que lhes foi imposta. Portanto, mesmo no ambiente carcerário, a doutrina da proteção integral da pessoa deveria ter validade.

Ao contrário do discurso que promove a dignidade da pessoa hu-

mana e a proteção integral dos direitos fundamentais da personalidade, a realidade das práticas punitivas nacionais, conforme reconhecido por importantes decisões judiciais, como a da Suprema Corte do Brasil na ADPF 347 e pela Resolução de 22 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expõe um quadro alarmante de violações estruturais e generalizadas dos direitos das pessoas privadas de liberdade no país. É crucial enfatizar que essa conclusão não é meramente resultado de teorias críticas ou de posicionamentos ideológicos, mas sim de constatações feitas por instâncias de poder formais e estabelecidas, conforme são a Suprema Corte do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar desse reconhecimento formal, a política criminal no Brasil continua trilhando um caminho de superencarceramento e expansão desmedida do sistema penal. Poucos esforços têm sido feitos, seja no âmbito político, legislativo, judiciário ou executivo, para reverter essa tendência alarmante. Digno de nota é também a ausência de pressão popular significativa contrária a essa situação de violação dos direitos fundamentais da personalidade das pessoas privadas de liberdade, apesar de tais direitos já terem sido reconhecidos e garantidos por leis nacionais e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Esse descompasso entre o discurso jurídico e a prática efetiva é profundamente problemático, pois enfraquece a legitimidade do sistema de justiça e mina a confiança do público na capacidade do Estado de proteger os direitos humanos. Além disso, perpetua-se um ciclo de violência e criminalidade, já que a falta de condições humanas nas prisões muitas vezes contribui para o agravamento das questões sociais e da criminalidade.

Concluimos, ainda, que a complacência com a violação aos direitos fundamentais da personalidade das pessoas privadas de liberdade no Brasil se dá porque a sociedade se encontra inserida em uma lógica baseada no medo e na percepção de risco, produzida pela lógica neoliberal e difundido pelos grandes meios de comunicação, consagrando, assim, o discurso punitivista. Tal dinâmica faz com que a própria sociedade enxergue as pessoas privadas de liberdade, e de modo geral as pessoas criminalizadas, como inimigas, fazendo com que se aceite acriticamente que esta parcela da sociedade tenha seus direitos fundamentais da personalidade constantemente violados. A dignidade da pessoa humana, nos quadrantes limitados de uma sociedade excludente, não alcança os marginalizados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito Penal diante da sociedade de risco: a criminalização motivada pelo medo. **Conpedi Law Review**. Uruguai, v. 2, n. 4, p. 36-57, JUL/DEZ 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, **Diário da Justiça**, 09 de setembro de 2015.

CASTRO, Alexander Rodrigues, RIGOLIN, Isabela Fural. O punitivismo no Brasil, o Estado Penal e os adolescentes criminalizados. **Revista Interacção**. Universidade Federal de Santa Maria/RS, v. 14, n. 3, JUL/SET 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER, Walkiria, MARTTOS, Andre, LÁZARI, Rafael. Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro: um olhar sobre as possíveis causas do aumento da criminalidade no Brasil. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 36, 2022, p. 295-317, jan/abr 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. Editora Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de 22 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf. Acesso em 09 de set. de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 09 de set. de 2023.

PEREIRA, André Martin, GOMES, Marcus Alan de Melo. A Fabricação dos Medos Pela Mídia e a Violência do Sistema Penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-18, Jul/Dez 2017.

ROSA, André Luis Cateli, CARMO, Valter Moura de. A Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional Frente às Consequentes Externalidades Negativas. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 17, n. 25, p. 177-202, maio/ago. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. – Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 6ª reimpressão, 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; OLIVEIRA, Edmundo Alves de Oliveira; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO JR. Raul de Mello. Os Direitos da Personalidade em Face da Dicotomia Direito Público – Direito Privado. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo/SP. v. 19. n. 08. p. 208-220. Jan/abr. 2018.

'Notas de fim'

1 O artigo em verbatim estabelece que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (OEA, 1969)

2 O artigo em verbatim estabelece que: “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” (OEA, 1969)

