

2. DOUTRINA NACIONAL

O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA, PSÍQUICA E MORAL E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE*

ANTONIO CELSO CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA

SUMÁRIO: 1. A integridade pessoal e o Estado – 2. A integridade pessoal como direito humano fundamental – 3. A pena privativa de liberdade no Brasil e as infrações à integridade física, psíquica e moral – 4. Bibliografia.

1. A integridade pessoal e o Estado

A Convenção Americana de Direitos Humanos (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22.11.1969), estabelece no seu art. 5.º, o “Direito à integridade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”⁽¹⁾

A simples leitura do dispositivo mencionado já revela a profunda relação do direito à integridade pessoal e a pena privativa de liberdade.

O Estado moderno que detém os poderes legislativo, executivo e judiciário, em geral, exerce-os por meio de representantes eleitos², estabelecendo

(1) Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, 1996, “convenção americana dos direitos humanos” constante do apêndice, p. 439.

(2) Os arts. 1.º, parágrafo único e 2.º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelecem:

Art. 1.º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

“Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(*) Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal da USP (Disciplina: Direitos Humanos Fundamentais) ao Professor Dalmo de Abreu Dallari, em maio de 1997.

limites ao indivíduo para que toda a sociedade possa viver em harmonia e bem-estar. No caso do Brasil, são objetivos fundamentais da República: 1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2) garantir o desenvolvimento nacional e, 3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3.º da CF).

Independentemente dos objetivos do Estado, que pode adotar a concepção do Estado do bem-estar, ou do Estado ético, ou do Estado-polícia, ou do Estado liberal, ou do Estado de direito, etc.³, todos, sem exceção, vivem o conflito de determinar normas relativas ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

O direito à integridade pessoal é muitas vezes preterido pelos fins do Estado. As questões filosóficas em torno da integridade pessoal são profundas e uma breve observação a respeito delas possibilitará o entendimento mais preciso do significado desse direito na ordem constitucional brasileira e internacional, e qual a razão de sua importância no caso de aplicação da pena privativa de liberdade.

Integridade é a qualidade de íntegro. A palavra íntegro pode significar: "1) inteiro, completo; 2) perfeito exato; 3) reto, imparcial, inatacável; 4) brioso pundonoroso"⁴. Creio que o significado da integridade desejada pelos tratados internacionais de direitos humanos diz respeito à possibilidade do indivíduo manter-se "inteiro", "completo", no sentido de que não pode o Estado ferir a convicção desse indivíduo tentando

mudá-la, obrigando-o a pensar como deseja o Estado.

A integridade física permite ao ser humano exercer a sua liberdade de ir e vir com segurança. Cabe ao Estado estabelecer sanções àqueles que causem ferimentos ou morte a outrem⁵. Da mesma forma, a integridade psíquica permite ao indivíduo exercer a sua liberdade de pensamento com consciência e vontade. Por fim, é direito do cidadão exercer a sua integridade moral, que é a essência de sua formação cultural, ainda que essa integridade contrarie os interesses do Estado.

O indivíduo legalmente preso é aquele que violou bem jurídico tutelado pelo Estado. Apesar dessa violação, cabe ao Estado garantir ao sentenciado o direito à integridade física, psíquica e moral, ainda que pretenda inculcar ao preso novos sentimentos morais. É direito do preso aceitar ou não a proposta de "reintegração", de "ressocialização".

O verbo latino *integro*, -as, -are, -avi, -atum⁶ pode ter o significado de renovar, recomeçar. Portanto, o direito à integridade pessoal, sob a perspectiva do indivíduo que cumpre pena legalmente estabelecida pelo Estado, tanto pode ser entendido como o direito do preso a ver respeitada a sua individualidade (psíquica e moral), como o direito de integrar-se ou renovar-se psíquica e moralmente.

⁽³⁾ O relacionamento do Estado com os indivíduos é mencionado pelo professor Dalmo de Abreu Dallari na obra "Elementos de Teoria Geral do Estado", Saraiva, 1976, pp. 92-94.

⁽⁴⁾ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Nova Fronteira, 2. ed.

⁽⁵⁾ O art. 129, *caput*, do Código Penal brasileiro estabelece: Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Julio Fabrin Mirabete ensina que: Tutela-se com os dispositivos (art. 129 e parágrafos) em estudo a integridade física ou psíquica do ser humano, bem individual e social (Manual de Direito Penal, Ed. Atlas, 1996).

⁽⁶⁾ Dicionário Escolar Latino-Português, organizado por Ernesto Faria, Ministério da Educação, 1962.

O homem procura a felicidade, mas é um ser em conflito constante decorrente do seu egoísmo e de suas dificuldades na vida comunitária. Freud menciona que: "No processo de desenvolvimento do indivíduo, o programa do princípio do prazer, que consiste em encontrar a satisfação da felicidade, é mantido como objetivo principal. A integração numa comunidade humana, ou a adaptação a ela, aparece como uma condição dificilmente evitável, que tem de ser preenchida antes que esse objetivo de felicidade possa ser alcançado (...). Quase parece que a criação de uma grande comunidade humana seria mais bem sucedida se não se tivesse de prestar atenção à felicidade do indivíduo. Assim, pode-se esperar que o processo desenvolvimental do indivíduo apresente aspectos especiais, próprios dele, que não são reproduzidos no processo da civilização humana".⁷

As dificuldades do homem em viver em sociedade não podem ser agravadas pelo Estado. O controvertido filósofo Nietzsche acreditava que: "precisamente a maioria dos homens suporta a vida sem resmungar demais, e com isso acredita no valor da existência, mas precisamente porque cada qual só quer e afirma a si mesmo, e não sai de si como aquelas exceções: todo extrapeso, para eles, ou não é perceptível ou o é, no máximo, como uma fraca sombra. Portanto, somente nisto repousa o valor da vida para o homem comum, cotidiano: ele se dá mais importância do que ao mundo"⁸. Ao tratar da vida e obra de Nietzsche, Olgária Chaim Ferez menciona que: "Nietzsche foi ao mesmo tempo um antidemocrático e um antito-

talitário. 'A democracia é a forma histórica de decadência do Estado', afirmou Nietzsche, entendendo por decadência tudo aquilo que escraviza o pensamento, sobretudo um Estado que pensa em si ao invés de pensar na cultura".⁹

Os trechos citados dos pensamentos de Freud e Nietzsche mostram que o homem é um ser que necessita da cultura para entender os mecanismos de convívio social. Em geral, o sentenciado a uma pena privativa da liberdade, é levado ao cárcere pelas dificuldades na sua busca pela felicidade, nas dificuldades de compreensão das injustiças sociais e o seu inconformismo egoísta. O indivíduo rouba, não só pelas necessidades materiais, mas porque deseja afrontar a sociedade (em geral, consumista). O inconformismo do assaltante, por exemplo, é o inconformismo destituído de sentido moral, é a opção pela ignorância ou a atitude ignorante diante da ausência do Estado na formação cultural desse indivíduo.

Entretanto há casos em que o Estado, por ter agido com violência física, psíquica e moral contra a pessoa, acabou gerando um inconformismo transformador que resultou em libelos históricos contra o arbítrio, contra as penas aviltantes e contra o direito à liberdade de pensamento.

Cesare Beccaria, no final do Século XVIII, escreveu uma obra fundamental para a humanização das prisões – *Dos Delitos e Das Penas*. Da biografia de Beccaria consta que "cursou Direito na Universidade de Pavia. Aos 26 anos publicou *Dos Delitos e Das Penas*, obra que começou a escrever aos 25, em meio a um conflito envolvendo seu próprio pai e a pretendida esposa, Teresa de Blasco. O desentendimento com o pai, motivado pela irremovível objeção deste ao seu casamento com a moça

(7) "O Mal-Estar Na Civilização", Sigmund Freud, *Os Pensadores*, Editora Abril, 1978, p. 190.

(8) "Humano, Demasiado Humano", Nietzsche, *Os Pensadores*, Editora Abril, 1987, p. 52-53.

(9) Nietzsche, *Vida e Obra*, op. cit., p. XVI.

da família Blasco, chegou ao ponto de resultar na prisão do jovem Beccaria, providenciada pelo próprio pai, membro duro da nobreza, autoritário e presumivelmente francamente hostil a qualquer forma de condescendência ou liberalismo. A estadia do jovem Cesare, numa prisão italiana do séc. XVIII, fazendo-o sentir na carne a arbitrariedade do sistema carcerário vigente, teria sido a semente para a germinação e nascimento da obra em pauta¹⁰.

Sobre a resistência à opressão no mundo contemporâneo, Celso Lafer menciona que "a resistência à opressão baseada nas técnicas da violência contrapõe-se à resistência apoiada na não-violência, merecendo destaque todo especial a *desobediência civil*. A reflexão sobre a desobediência civil remonta a Thoreau - um individualista de inclinação anárquica e libertária -, que procedeu a uma crítica da verdade do jurista, afirmando, ao discutir Webster, que ela é apenas uma conveniência consistente baseada na prudência¹¹. Thoreau, o artífice da desobediência civil, permaneceu um período de sua vida morando sozinho numa cabana, às margens do lago Walden, nos Estados Unidos. Consta que, "depois de um ano de sua estada em Walden, durante uma incursão na vila Concord, Thoreau foi preso por uma noite pelo não-pagamento de impostos, explicou mais tarde os antecedentes e os motivos dessa prisão no mais famoso dos seus textos, *A desobediência civil*"¹². Em seus passeios pelo lago Walden, Thoreau diz: "Dou

uma volta para contemplar um de nossos lagos; mas que significa a beleza da natureza quando nossos homens são desprezíveis? Conversamos com os lagos para neles enxergar a imagem de nossa serenidade; quando não temos serenidade, não adiante visitar os lagos. Quem pode ser sereno num país onde tanto os governantes quanto os governados carecem de princípios? Minha andança fica estragada pela lembrança do meu país. Minhas reflexões são ameaças terríveis contra o Estado e conspiram contra ele, involuntariamente"¹³.

Embora não tenha sido preso como Beccaria e Thoreau, Pietro Verri foi o autor de outro grande texto contra a tortura e a violência estatal. Conforme salienta Dalmo de Abreu Dallari, no prefácio da obra "Observações sobre a Tortura": "A leitura de *observações sobre a tortura*, de Pietro Verri, suscita reflexões sobre importantes questões de ordem moral, cultural e jurídica. O próprio Verri tinha consciência disso ao redigir seu livro-denúncia, escrito com a esperança de que a humanidade se envergonhasse de tanta degradação. O povo, o governo, os juizes, são analisados a partir de sua atitude perante a tortura e as formas violentas e primárias de obtenção de uma suposta verdade e de punição dos culpados, que assumiam esta condição a partir da primeira suspeita"¹⁴. O livro de Verri narra "o processo dos untores", em que inocentes foram presos, acusados de terem alastrado a peste na cidade de Milão, no ano de 1630. Após seguidas torturas, vão os inocentes confessando os "crimes" relacionados aos "ungüentos pestilentos" (líquidos que seriam elaborados pelos criminosos com a finalidade de alastrar

(10) Nota biográfica, "Dos Delitos e Das Penas", Hemus, 1995.

(11) Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, Companhia das Letras, 1991, p. 199.

(12) Henry Thoreau, *Desobedecendo - a desobediência civil & outros escritos*. Trad. José Augusto Drummond, Rocco, p. 19.

(13) Op. cit., p. 169.

(14) Pietro Verri, *Observações sobre a tortura*, Martins Fontes. Trad. Federico Carotti, 1992, p. XVI.

a peste). O professor Dalmo de Abreu Dallari aduz que “a obra é um formidável libelo contra a violência como instrumento da justiça, deixando evidente que o uso desse método contém em si um princípio de injustiça, pela grande possibilidade de supliciar inocentes, sendo também responsável pela alta incidência de erros judiciários”.¹⁵

As obras de Beccaria, Thoreau e Pietro Verri, contra o autoritarismo e a violência, contribuíram decisivamente no curso da história para a evolução dos direitos humanos fundamentais, especialmente em relação ao direito à integridade física, psíquica e moral. A partir da ratificação dos tratados internacionais e da democratização brasileira com a promulgação da Constituição de 1988, a análise do direito à integridade pessoal parte da premissa da existência de um Estado democrático moderno cujo princípio da legalidade é fundamental. Nas palavras de José Afonso da Silva: “O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais”.¹⁶

2. A integridade pessoal como direito humano fundamental

A integridade pessoal está inserida na concepção dos direitos humanos fundamentais. José Soder conceitua os

direitos do homem como “os direitos subjetivos inerentes à pessoa humana pelo só fato de ela possuir racionalidade. Nascem com a pessoa humana e acompanham toda a trajetória da existência do homem. Por isso são chamados direitos do homem, no singular genérico, e não direitos dos homens, ou direito de certos grupos humanos”.¹⁷ O mesmo autor salienta que a noção dos direitos do homem é idêntica à de direitos naturais, ressaltando que a noção de direito natural tem caráter abstrato, teórico, enquanto que os direitos do homem “possuem aspecto prático, concreto”.¹⁸

A visão contemporânea dos direitos humanos busca exatamente os aspectos práticos e concretos que possam melhorar as condições econômicas, culturais e sociais do homem. A melhoria dessas condições é decorrência natural da Declaração Universal dos Direitos Humanos (proclamada em 10.12.1948) e de outros pactos e convenções internacionais, especialmente o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (adotado em 16.12.1966), do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (adotado em 16.12.1966) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (adotada em 10.12.1984).

O art. XXIX – 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da

⁽¹⁵⁾ Observações sobre a tortura, Ob. cit., p. XX.

⁽¹⁶⁾ Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, 11. ed. 1996, p. 121.

⁽¹⁷⁾ José Soder, *Direito do Homem*, Companhia Editora Nacional, 1960, p. 6.

⁽¹⁸⁾ Ob. cit., p. 7.

moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Nesse artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, está o Estado autorizado a deter alguém quando este atingir direito de outrem, desestabilizando a ordem pública e o bem estar da sociedade democrática.

Permitida a prisão decorrente de sentença proferida por juiz legalmente constituído, buscaram os tratados internacionais deliberar sobre a necessidade de aplicação da pena com garantias à integridade física, psíquica e moral. Assim, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, estabeleceu-se que:

“Art. 7.º – Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento a experiências médicas e científicas.

Art. 8.º – 3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios; b) a alínea a do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalho forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente.

Art. 9.º – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos (...); 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

Art. 10 – 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana (...); 3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, estabeleceu, dentre os seus trinta e três artigos, que:

Art. 1.º – Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são inflingidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são inflingidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício das funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Art. 10 – 1. Cada Estado-parte assegurará que o ensino e a informação sobre proibição da tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do

pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

Art. 16 – 1. Cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no art. 1.º, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”.

Os dispositivos retro citados influenciaram decisivamente a Constituição brasileira de 1988 que, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, inseriu em seu art. 5.º, as seguintes normas relativas à integridade pessoal do indivíduo que cumpre pena:

III. Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura (...);

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LXVII – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

3. A pena privativa de liberdade no Brasil e as infrações à integridade física, psíquica e moral

O eminente Ministro do Superior Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, na consagrada obra “Constituição Federal Anotada”, a respeito da incolumidade do detento, assim sintetiza o tema: “Aos agentes estatais se impõe, de modo indeclinável, o dever de respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. O direito à incolumidade física e moral constitui inegável emanção dos direitos da personalidade. O preceito penal incriminador dessa norma constitucional encontra-se consubstanciado no Código Penal e na Lei Federal n. 4.898/65, que pune a violência arbitrária e todas as modalidades de abuso de autoridade. Nenhum tratamento cruel, desumano ou degradante poderá ser infligido a qualquer pessoa detida, presa ou custodiada pelo Estado. Os Tribunais têm reconhecido a responsabilidade civil do Estado, por atos lesivos de seus agentes, omissivos ou comissivos, praticados contra pessoas sujeitas a prisão, custódia ou detenção em estabelecimentos penitenciários, recolhimentos de menores ou cadeias públicas: RT 511:88, 495:261, 477:81, 464:98”.¹⁹

(19) José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1986, p. 447.

A Lei n. 7.910, de 11.06.1984, a chamada Lei de Execução Penal, é outro importante instrumento jurídico na garantia à integridade pessoal do sentenciado. A Lei n. 7.910/84 alargou a jurisdição, "além dos limites anteriores, passando a inserir-se toda a execução no âmbito do processo de execução penal, caracterizado como instrumento através do qual opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença".²⁰

A demonstrar a preocupação do legislador em preservar a integridade pessoal do condenado, citamos alguns artigos da Lei n. 7.910:

"Art. 1.º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3.º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

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;

(...)

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa²¹;

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

Art. 84. § 1.º. O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6m².

A Lei n. 4.898, de 09.12.1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Referida lei nunca atingiu adequadamente os seus objetivos; ao contrário, gerou um sentimento de impunidade em face das dificuldades na sua aplicação e penas brandas. A lei estabelece expressamente que constitui abuso de autoridade qualquer atentado "à incolumidade física do indivíduo" (art. 3.º, i) e também: "a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder" (art. 4.º, a); "b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei" (art. 4.º, b).

A lei de abuso de autoridade no seu art. 2.º estabelece que "o direito de representação será exercido por meio de petição". Essa exigência é um grande impedimento à persecução dos agentes

(20) Sidnei Agostinho Beneti, *Execução Penal*, Saraiva, 1996, p. 37-38.

(21) O art. 41 da Lei n. 7.910 apresenta quinze incisos, sendo que o art. 42 aduz que:

"aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção".

estatais violentos ou autoritários, uma vez que nos crimes de abuso de autoridade a ação penal é pública condicionada à representação. As pessoas humildes que são as que mais sofrem com a prática do abuso de autoridade, dificilmente vão *peticionar* nos termos da lei. Caso estejam dispostas a “peticionar”, são obrigadas a fazê-lo perante a instituição do infrator que, muitas vezes, age com espírito corporativo. O constrangimento da vítima é evidente, inviabilizando a legislação a punição efetiva de todo caso de abuso de autoridade. As penas de multa e detenção de dez dias a seis meses prescrevem num período exíguo e o rito processual da lei é bastante confuso, o que também explica a impunidade. A Lei que estabelece os crimes de tortura altera parcialmente essa situação de impunidade como será mencionado a seguir.

A Lei n. 9.455, de 07.05.1997, define os crimes de tortura e dá outras providências. Dentre as condutas descritas como tortura, constitui crime “Art. 1.º, inciso II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena-reclusão, de dois a oito anos. § 1.º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2.º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”. A lei foi sancionada uma semana depois da veiculação de cenas mostrando a violência de policiais militares na cidade de Diadema, na Grande São Paulo. Além de ter sancionada a lei que teve tramitação demorada no Congresso

Nacional, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, “assinou decreto criando a Secretaria Nacional de Direitos Humanos.”²²

A legislação ordinária mencionada revela que o Brasil, ao menos formalmente, apresenta instrumental jurídico moderno e com certa harmonia em relação aos tratados internacionais que cuidam dos direitos à integridade física, psíquica e moral.

Citando Jeschek, argumenta Sidnei Agostinho Beneti, que reconhece-se a existência de direitos fundamentais do condenado. Na expressão de Jeschek, “um relevante princípio da execução da pena, em seguida, é o reconhecimento do preso como sujeito de direitos. Esses direitos a rigor, devem conduzir, na palavra do mesmo Professor e Juiz, ao objetivo mais elevado da execução penal, a significar que o preso deve ser apto no futuro a levar vida socialmente responsável sem infrações penais.”²³

Embora os direitos fundamentais do condenado sejam reconhecidos pelo legislador, há um grande descompasso entre a realidade e a lei. É discutível a conclusão do Magistrado Sidnei Beneti, na sua obra “Execução Penal”, ao dizer que “o resultado da segura tradição jurisprudencial e de firme evolução doutrinária foi a efetiva implantação de sistema jurisdicional da execução penal no Brasil, que nesse ponto, além da normatividade sedimentada, pode oferecer à observação científica internacional a própria experiência prática, que tende a aperfeiçoar-se na medida em que ocorrem os necessários investimentos, a cargo do Poder Executivo nos Estados da Federação, para a implementação integral dos dispositivos da Lei da

⁽²²⁾ Jornal “O Estado de São Paulo”, 08.04.1997.

⁽²³⁾ Sidnei Agostinho Beneti, *Execução Penal*, Saraiva, op. cit., p. 10.

Execução Penal.²⁴ Por ora, a experiência prática tem-se revelado inadequada, sendo o modelo brasileiro motivo de vergonha.

O sistema de execução penal pode ser administrativo (Inglaterra, Estados Unidos, França e a quase totalidade dos países da América Latina), jurisdicional (Espanha, Portugal e Brasil) ou eclético (Alemanha e Itália)²⁵. A partir do momento em que o sistema jurisdicional se distancia do Poder Executivo, passam os estabelecimentos penitenciários a sofrer um processo de esquecimento, desconsideração e descaso. O sistema jurisdicional, embora garanta a ampla defesa e o contraditório do preso, acaba por ser moroso e distante do dia-a-dia do cárcere. Muitos dos institutos previstos na Lei de Execução Penal seriam mais rapidamente aplicados se ficassem sob a tutela dos agentes estatais. A jurisdicionalização da execução da pena formaliza demasiadamente o processo de cumprimento da pena e seus incidentes, em face das características do Direito brasileiro (formal, ritualizado, escrito, etc.).

As infrações ao direito à integridade física, psíquica e moral são flagrantes e reconhecidas pelas próprias autoridades.²⁶ A participação da sociedade na ressocialização do preso, salvo poucas iniciativas isoladas e altruístas de alguns cidadãos, é praticamente nula. Presos provisórios são misturados a presos já sentenciados; presos primários são colocados juntamente com os reincidentes; numa cela onde deveriam ser colocados

seis presos, colocam-se doze ou quinze (quando isso acontece, os presos precisam revezar-se para dormir); na maioria dos casos, não há trabalho para o preso; muitas vezes os detentos são torturados ou agredidos pelos agentes penitenciários como "método de correção"; a AIDS prolifera no sistema penitenciário nacional em razão da promiscuidade; doenças como a tuberculose, ressurgem de forma assustadora nas cadeias públicas; etc.

A distância entre a legislação e a realidade é avassaladora e a distância entre os operadores do direito que lidam com a execução penal e os detentos também o é. Os presos são tratados quase como animais, o que inviabiliza qualquer perspectiva de reintegração. A partir do momento em que o homem é tratado como animal, retira-lhe o Estado a condição de agir com racionalidade comprometendo o direito à integridade psíquica.

A pena privativa da liberdade tem um forte componente autoritário. A respeito da prisão, Michel Foucault pontificou que: "a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma 'detenção legal' encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação da liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do Século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação da liberdade e a transformação técnica dos indivíduos."²⁷

Sustenta Miguel Reale Júnior que: "Sob a tônica dos direitos humanos, a pena passa a ser focalizada de outros ângulos, sob novas perspectivas: vista não apenas como consequência obri-

(24) Ob. cit., p. 37.

(25) Sistemas de execução penal *Execução Penal* ob. cit. p. 15 e ss.

(26) Em recente seminário sobre penas alternativas, realizado pelo Governo do Estado de São Paulo, o representante do Governo Federal para assuntos penitenciários, reconheceu a defasagem entre o número de presos e as vagas existentes.

(27) Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, editora. Vozes, 1987, 5. ed. p. 209.

gatória e culminante do Direito Penal, como meio para se restabelecer a ordem jurídica violada. Hoje indaga-se da ciência, dos reais e concretos resultados da pena, da sua viabilidade de assumir novas formas, mais positivas, outras que não a prisão, mais benéficas para o condenado e para o próprio Estado.²⁸

Embora válidas as críticas à pena privativa da liberdade, ao contrário do que pensam os adeptos da criminologia radical, não há por ora como simplesmente eliminar as prisões.²⁹ Partindo-se da premissa que a prisão é um mal necessário, cabe ao Estado democrático fazer com que a pena que restringe a liberdade, garanta ao sentenciado o direito à integridade física, psíquica e moral.

O Brasil, apesar da legislação vigente, prossegue infringindo esse direito humano fundamental do preso. A responsabilidade em parte é da sociedade, mas, fundamentalmente, do Estado que não investe no sistema penitenciário. Sendo tratados de forma subumana, acabam os presos a adotar como solução a rebelião motivada pelo ódio, pela ignorância e pelo irracionalismo. A civilidade só pode ser atingida através da cultura e da educação. As prisões no Brasil seguem no sentido inverso da civilização, ou seja, são a imagem da barbárie.

4. Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito constitucional positivo*. 11. Malheiros, 1996.
 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed., Hemus, 1995.

- BENETI, Sidnei Agostinho *Execução Penal*. Saraiva, 1996.
 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Saraiva, 1976.
 FARIA, Ernesto. *Dicionário Escolar Latino-Português*. Ministério da Educação, 1962.
 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Nova Fronteira, 2. ed.
 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Vozes, 1987, 5. ed.
 FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização. Os Pensadores*, Abril, 1978.
 HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*, v. 1. Acadêmica, 1994.
 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo, Companhia das Letras, 1991.
 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad, 1996.
 MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. Saraiva, 1986.
 MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. V. I, Atlas, 1996.
 REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Forense, 1983.
 NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano, Os Pensadores*, Abril, 1987.
 SODER, José. *Direitos do Homem*. Companhia Editora Nacional, 1960.
 THOREAU, Henry. *Desobedecendo – a desobediência civil & outros escritos*. Rocco, 2. ed., 1986.
 VERRI, Pietro. *Observações Sobre a Tortura*. Trad. Federico Carotti, Martins Fontes, 1992.

⁽²⁸⁾ Miguel Reale Júnior, *Novos rumos do Sistema Criminal*, Forense, 1. ed., p. 12.

⁽²⁹⁾ Na obra "Criminologia Radical" (Forense, 1981, p. 83), Juarez Cirino dos Santos declara que: "a estratégia alternativa para o sistema carcerário é radical: abolição da prisão".