

A "DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA" COMO PARADIGMA DOMINANTE"

Osvaldo Moura Junior¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Direitos Fundamentais Constitucionalmente Protegidos; 3 Bem Jurídico Essencial Protegido; 4 Mudanças Na Legislação E No Paradigma Atual; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

Estando entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no Artigo 1º da Constituição Federal, a "dignidade da pessoa humana", será tratada e analisada em seus vários aspectos, constituindo esta análise o tema do presente trabalho. O referencial primeiro, o ponto de partida para este enfoque é o delineamento do perfil da pessoa considerada como digna, em contraposição àquela tida como indigna. Esta análise recorre aos fundamentos da dogmática jurídica, buscando sugerir novas formas de construção e maior eficácia do sistema punitivo penal brasileiro, de modo a salvaguardar a integridade dos recolhidos nas prisões, bem como orientar suas condutas pós-cárcere para a preservação de suas garantias constitucionais.

Palavras-chave: Dignidade; A Dignidade da Pessoa Humana; Digno; Indigno; Vida Humana; Igualdade; Morte.

ABSTRACT

Human dignity is among the fundamental rights protected by the Brazilian Constitution on article 1. The goal of this work is to analyze the many aspects of dignity. Therefore the first reference is to draw the characteristics of a dignified person in opposition to the one considered undignified. This analysis is founded on the law dogmas in order to present suggestions to improve the enforcement

¹ Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal e Mestre em Direito, ambos pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP – UNIVEM. E-mail: osvaldomourajr@adv.oabsp.org.br

system in Brazil with the aim to protect the integrity of the imprisoned as well as to guide his conduct after imprisonment and to protect his constitutional rights.

Key Words: Dignity; Human Being Dignity; Dignified; Undignified - Human Life; Equality; Death.

1 INTRODUÇÃO

A vida humana estudada de maneira crítica e racional gera interpretações discrepantes, se confrontadas ao caráter biológico, dadas as mudanças na conceituação dos valores humanos; quando intimamente nos referimos à dignidade humana, esta nos toca e sensibiliza ao dispormos eticamente essas condutas na sociedade.

A dignidade nasce com o indivíduo e com ele deve caminhar por toda sua existência, ao contrário de pensamentos firmados de que a dignidade é adquirida ao longo do processo de evolução dos direitos do homem.

Assim, a dignidade da pessoa humana não desaparece, por mais baixas que sejam as condições pessoais ou materiais, ou por mais repressivas que tenham sido suas ações no seio social.

O fato de viver em condições degradantes, que demonstrem serem indignas, não retira a dignidade humana destas pessoas, pois estas condições não facultam a ninguém, nem ao próprio Estado, o direito de tratá-los de forma diversa da dignidade contemplada, pois a intervenção jurídico-penal jamais deve servir-se de instrumento vexatório ou repugnante.

Indubitavelmente, após o advento da Constituição Federal de 1988 e com o novo Código Civil de 2002, a pessoa humana passa a ter mais valor, a ser estudada e tratada com mais veemência, retirando-se a maior importância ou valoração que o patrimônio tinha em face da pessoa.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o de maior importância segundo os anseios da sociedade, servindo de base e sustentação aos demais princípios que lhe garantem a concretização.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado a um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, disposto no Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, previstos no texto legal e na vontade legislativa, que se coloca na defesa da dignidade do "ser humano", protegendo-o de ações arbitrárias e indevidas por parte do Estado ou daquele que detém poder sobre outrem, senão vejamos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (GRIFO NOSSO)

Assim, o presente artigo trata da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como paradigma dominante na fundamentação e eficácia do ordenamento jurídico e traça as mudanças na legislação, fundadas nos princípios constitucionais, sempre com suporte e aos anseios jusfilosóficos, na busca de uma sociedade mais digna, justa e fraterna.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

O princípio da dignidade da pessoa humana integrou-se à categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do estado Democrático de Direito, princípio Federativo, princípio da Separação de Poderes (arts. 1º e 2º); objetivos fundamentais da República (art. 3º) e princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

Dessa forma, o Estado, ao impor a vontade legislativa presente na Carta Magna, está fazendo prevalecer por meio de sua autoridade os direitos dos indivíduos e todas as garantias constitucionais que serão aplicadas e reguladas de maneira uniforme e geral.

Lowental (2001, p. 332) trata desta aplicação legal do Estado, cujos anseios estão representados na Constituição Federal e em sua regulação, ressaltando o absoluto poder de representatividade desta, quando afirma:

Nossa Constituição é, portanto, a voz do Estado que traça suas diretrizes e traz ao conhecimento de todos as normas básicas; tanto normas de estruturas como normas de conteúdo programático e também normas auto-aplicáveis. O Estado está falando pela voz da Constituição Federal, esta se auto-regulando da mesma forma que está dizendo direitos e os garantindo em seu exercício, bem como regulando a emissão das Leis e delineando a maneira como elas deverão ser elaboradas e empregadas de uma maneira macrolegal, digamos assim.

Porém a Constituição Federal, ao elencar a "dignidade da pessoa humana" entre os valores inerentes à vida, implícitos nas determinações estatais, não define o que seria esta dignidade humana, dando margem a várias interpretações tidas como verdadeiras e assim entendidas pelos estudiosos do direito, que buscam dar exata compreensão do termo.

Muitos, porém, fornecem elucidações que às vezes se distanciam da lógica e do bom senso, dando margem a outras idéias, algumas inviáveis e

incompreensíveis, distantes do verdadeiro sentido que o legislador procurou dar. No meio dessa complexidade de raciocínio, dilui-se a noção de dignidade, dificultando o delineamento do par de opostos digno-indigno, elementos-chave para a temática do presente estudo.

Sarlet (2001, p. 40), leciona acerca da dificuldade de se obter um conceito claro e preciso do que seja a dignidade da pessoa humana:

Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua 'ambigüidade e porosidade', assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa humana. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michel Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas sim de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta, todavia, acaba por não contribuir muito para a compreensão satisfatória do que evidentemente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

A falta desta definição e suas implicações estão bem explícitas nas palavras de Lowenthal (2001, p. 332-333), como segue:

O Estado ao eleger o princípio da "dignidade da pessoa humana", como um de seus valores fundamentais, funda-se a si mesmo sobre tal valor, porém não o define. Tal valor, autofundante na voz do Discurso Constitucional Brasileiro fica em aberto. Como preenchê-lo? Seu significado mínimo poderia ser apreendido no discurso do humanismo, por exemplo; no discurso do

antropocentrismo que confere à expressão "dignidade da pessoa humana" uma certa carga valorativa em que o ser humano é alçado aos píncaros da excelência, ao ser considerado o centro da criação, o ser mais elevado que habita a face da terra, que, portanto, merece toda a consideração do Estado, das entidades políticas, do próprio ser humano em particular e em geral. Porém, se o valor "dignidade da pessoa humana" for posto a exame, gerará, em uma dialética, o contravalor de indignidade.

Admitirá o discurso constitucional, embora dialeticamente tal contravalor, a indignidade, que seria apostado ao valor positivo dignidade. Ou seu postulado fundante, sua premissa intangível é a dignidade da pessoa humana, porque toda pessoa humana é digna ou há pessoas humanas dignas e há pessoas humanas não-dignas, por conseguinte indignas.

Será a dignidade o valor máximo de toda pessoa humana? Ou o indigno não é pessoa humana, nos autorizando a inferir que ser digno é o primordial requisito da pessoa humana.

Assim, a pessoa não-digna não é pessoa e nem é humana. Ou, ainda, pessoa não-digna não é humana. Ou em uma outra visão: ser pessoa é ser digno, sendo digno é pessoa humana. Podendo-se até inferir que a dignidade é o primeiro requisito para uma pessoa ser considerada pessoa humana.

Tomando como base a delimitação do termo exposto no último parágrafo da citação acima, podemos afirmar que o "ser humano" é um indivíduo que goza da dignidade para que possa realizar total ou parcialmente as suas necessidades básicas ligadas à comunidade e ao Estado, tidos como elementos mutáveis.

Atendo-se a outros aspectos, Sarlet (2001, p. 32), conceitua dignidade da pessoa humana como sendo:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Essa dignidade, como foi visto até agora, é, em princípio, uma prerrogativa inerente à condição humana. Neste sentido, o legislador constitucional na redação do artigo 1º da nossa Carta Magna, definiu como um dos direitos fundamentais a "dignidade da pessoa humana", que, sem dúvida, é, de maneira incontestável, o princípio constitucional de maior valia dentre os demais, pois referido princípio é imprescindível à sustentação, explicação e manutenção dos demais anseios do Estado Democrático de Direito e ao pragmatismo conceitual da pessoa humana, dada a sua dignidade tida como elemento essencial em nossa sociedade e em nossas vidas.

O Estado criador deste princípio constitucional deve à sociedade o compromisso de tomar providências para que sejam concedidas as condições mínimas de vida que respeitem os anseios da norma criada pela Constituição Federal, a todos os indivíduos aos quais foram impostas as leis e demais normas a serem cumpridas e os direitos a serem exercidos, dando-lhes dignidade, a ser respeitada no seu duplo aspecto de competência e essência, de modo a garantir condições para a realização da justiça social, dando eficácia aos princípios constitucionais, com a garantia de maior apreço e dedicação à dignidade da pessoa humana.

Rosenvald (2005, p. 39-40) também leciona neste sentido:

Para que a dignidade exercite eficácia jurídica positiva, caberá ao Estado ofertar igualdade de chances (não de resultados, o que seria paternalismo) mediante condições mínimas que não as excluam de um universo de oportunidades e permitam desenvolver a sua personalidade. A tarefa do sistema jurídico consiste em

conceber um conjunto de situações materiais indispensáveis que simbolizam uma espécie de carteira de acesso à vida. A partir do acesso ao documento, cada pessoa poderá prevalecer por seus méritos reais. Quem não receber a carteira se encontrará em um patamar inferior ao mínimo de dignidade, o que acarretará a imediata ação corretiva por intermédio do ordenamento, em face da ação ou omissão constitucional violadora.

Neste aspecto, Moraes (1999, p. 66) dispõe sobre a dignidade da pessoa humana, assim definindo a sua competência e a sua essência:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Vieira (2006, p. 65-66) também preleciona sobre a dignidade humana decorrente de nossa capacidade de aplicar a razão, quando leciona:

A idéia de dignidade humana está, portanto, vinculada à nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar apenas pelas nossas paixões. Consultada nossa razão como diria Rousseau, o ser humano pode conceber o que é certo e que é errado, o que é moral do que é imoral, e seu livre arbítrio o habilitará a seguir um ou outro caminho. A autonomia é, assim, um pressuposto da moralidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e em especial de um conjunto de direitos que circundam a dignidade da pessoa humana, tratada por Vieira, (2006, p. 68-69), elucida os parâmetros traçados pelos constituintes na busca da vida digna:

Em todas essas ocasiões o constituinte está proibindo que a vida seja submetida a padrões inadmissíveis, da perspectiva do que se compreenda por *vida digna*. [...] A sociedade e o Direito é que refletem seus valores, que vão a cada momento dizer o que é, ou não "cruel", o que é, ou não, "desumano" ou "degradante"; logo o que afeta, ou não, a dignidade.

Esta equiparação entre digno e indigno criada pela interpretação da "dignidade da pessoa humana" é vista em nossa atual conjectura sob um prisma de normalidade, pois o próprio capitalismo gera esta indiferença entre o digno e o indigno.

Inclusive àqueles tidos pelo próprio capitalismo como "dignos" ligados por fatores financeiros, têm, em contraposição, a visão e o tratamento daquele que está em situação inferior famigerada pela má distribuição de rendas, a certeza de que é tido como "indigno", atrelando toda a gama de responsabilidade social do Estado para que trate este indivíduo como digno no próprio "indigno", como se fosse considerado o causador desta injusta e indigna denominação.

Lowenthal (2001, p. 334), ainda em seu artigo, analisa tais disposições deste tratamento diferenciado entre aqueles considerados dignos e indignos, quando dispõe que:

Ao desproteger as pessoas que se encontram em situações fácticas que nos autorizariam a considerá-las não possuidoras dos requisitos primordiais para ser consideradas portadoras de uma dignidade inerente a elas mesmas, como pessoas humanas, o Estado se resguarda de cobranças por parte das outras pessoas humanas prenes de dignidade, que ao se considerarem dignas

graças a si mesmas e ao Estado, por sua vez, consideram os grandes segmentos da população indignos e até, segmentos compostos de não-pessoas.

Ora, se isto ocorre, os segmentos dignos não se importam em averiguar que outrem, ou seja, que seus concidadãos estão em situação de indignidade; ou, se constatam tais situações de indignidade; ou, se constatam tais situações por vezes alarmantes e injustas, não se comprometem em postular pela dignidade dos não-dignos, pois não os consideram, ainda que inconscientemente, pessoas. E seguem tranqüilos seus trajetos, embora, no decorrer de sua caminhada, tenham que se desviar e mesmo procurar evitar a visão dos segmentos populacionais que habitam os vãos e os caixotes de papelão, os barracos insalubres e os subsolos dos metrô e dos viadutos. Não se indagam, os cidadãos dignos, se o Estado está descumprindo e até mesmo violando, e gravemente, seus fundamentos constitucionais. Isto porque tais segmentos indignos em sua indignidade, fazem parte dos grupos de não-pessoas humanas, e portanto, como não pessoas, por que indignos e não dignos, não teriam seus direitos de pessoas humanas garantidos e tangidos pelo próprio discurso constitucional, que se funda nos valores da pessoa humana digna.

Assim, o próprio cidadão nacional, que ao elaborar e pôr a norma constitucional, por meio de seus representantes eleitos, não atina e nem propugna pelo cumprimento de tal norma, por que se crê protegido e a salvo e garantido pela própria norma, pois crê que tem sua cidadania, sua livre iniciativa, seu trabalho plenamente resguardados.

Assim, a exata interpretação da "dignidade da pessoa humana" disposta em nossa Carta Magna, fica sem uma explicação, e a falta de uma definição clara dá margem a interpretações errôneas.

Ora, tratar o digno e o indigno sob a proteção da "dignidade da pessoa humana" em situação de igualdade é afrontar o artigo 5º de nossa Carta Magna que dispõe:

Artigo 5º. Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (GRIFO NOSSO)

Essa discriminação que é feita entre o digno e o indigno quando da interpretação das garantias fundamentais dispostas nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, trata os indivíduos de maneira desigual, ferindo a igualdade contida e assegurada a todo cidadão no texto constitucional.

Essa igualdade implícita, para ser mantida, requer uma eficiência muito sólida nos mecanismos de aplicação da lei, tal a complexidade da questão, que pode ser ilustrada no seguinte raciocínio de Aristóteles (2001), quando afirmava que se as pessoas não fossem iguais, não deveriam receber coisas iguais; e que isso era origem de disputas de queixas (como quando iguais recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais).

Porém, se todos são iguais perante a lei, mas não agem de formas iguais, como se deve proceder para a manutenção da justiça e do direito?. Vieira (2006, p. 283) estende-se nesta análise:

[...] partindo do pressuposto moral de que cada pessoa é um fim em si – portanto, um ser dotado de dignidade, Kant propunha que todas as pessoas deveriam ser tratadas com igual respeito e consideração. A igualdade entra, aqui, como instrumento pelo qual deverá se distribuir de modo universal a obrigação de respeitar as demais pessoas.

Ainda Mello (1984, p. 39), dispendo sobre o Princípio da Igualdade, afirma:

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Sabemos, de maneira incontestada, que somos iguais geneticamente; somos, no entanto, pessoas dotadas de personalidade substancial, o que nos difere uns dos outros, e somos, por isso, desiguais. Assim, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em seu *caput*, ao afirmar que "todos são iguais perante a lei", dispõe sobre os interesses e relações entre as pessoas, que conseqüentemente devem estar em consonância com o equilíbrio entre si.

Não obstante essa igualdade, sabemos que somos desiguais uns com relação aos outros. Isto não significa que não exista norma válida, em vigor e com eficácia plena para a proteção e eliminação dessas desigualdades. Existe uma norma válida, para a manutenção da qual houve a necessidade de implementação de políticas públicas geradoras das mais diversas formas de integração e superação dessas deficiências.

Na necessidade desta superação, àquele que se encontre preso, por exemplo, devem ser asseguradas todas as condições que garantam a sua dignidade, devendo esta ser preservada, não podendo ser corrompida por quaisquer que sejam as circunstâncias relativas ao convívio social.

Essa igualdade garante ao indivíduo a concreta realização de seus direitos e garantias fundamentais, de modo que não seja submetido a nenhum tratamento desumano ou desigual dentro e fora da prisão, dado o caráter implícito da norma.

A igualdade abrange, além dos citados direitos e garantias fundamentais relativas à pessoa, os meios técnicos para que ele goze de seu direito

constitucional de defesa, por meio dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com seus pedidos e suas penas apreciados por um Juiz natural e imparcial, proporcionando, por conseguinte, o fundamento da decisão com igualdade de tratamento, sempre em consonância com o devido processo legal.

Diante do conceito de pessoa como indivíduo dotado de corpo, consciência, razão e vontade, autônomo e responsável, àquele que se encontra privado dessas características, no caso o apenado recluso, atribuir-se-á dignidade por meio da ascrição, (do inglês *to ascribe*, atribuir), ou seja, pela atribuição de certa dignidade pessoal, outorgada criteriosamente, a seres que julgamos merecedores dela, pela proximidade que intuímos desfrutar conosco, apesar do fato de eles não satisfazerem os critérios da definição clássica da pessoa, sujeito racional, livre, autônomo e responsável.

Assim, o constituinte de 1988 consagrou nos artigos 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade da pessoa humana como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de modo a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem.

3 BEM JURÍDICO ESSENCIAL PROTEGIDO

A efetiva necessidade do Estado de privar da liberdade alguns de seus membros se consubstancia na efetiva proteção de determinados bens, que são considerados essenciais à convivência humana e pacífica em sociedade.

A privação da liberdade pela prisão deve ter repercussão no campo de incidência penal que autoriza ao Estado retirar esses bens jurídicos da esfera de disponibilidade do indivíduo, e de maneira incisiva, aplicar o *jus puniend*.

Esses bens jurídicos constitucionalmente protegidos estão definidos no texto constitucional como sendo a vida, a liberdade, a privacidade, dentre outros, que serão objeto de proteção do direito penal, quando estiver presente uma efetiva necessidade social.

São valores da pessoa humana calcados no dispositivo constitucional que a protege, possibilitando a convivência em sociedade e a efetiva participação do indivíduo, sendo assegurada a sua liberdade e seu livre arbítrio.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito em que a proteção dos cidadãos fica a cargo do direito penal, que intervém apenas quando for necessário para a conservação ou manutenção da convivência pacífica dos cidadãos, assegurando a liberdade de todos e punindo aqueles que a infringirem, fato descrito como ilícito penal.

Esses direitos fundamentais, também presentes no indivíduo preso, não podem jamais implicar sua perda ou minimização, pois a instituição penitenciária em que ele se encontra detento ou recolhido tem o dever de respeitá-lo em seus direitos fundamentais e em seus direitos como recluso, dispostos na norma legal, bem como naqueles direitos não atingidos pela sentença penal condenatória.

Deve-se, por conseguinte, respeitar as normas do regime interno, reguladoras da vida do estabelecimento, sendo intoleráveis quaisquer formas de abuso de poder e/ou arbitrariedades por parte da autoridade administrativa, bem como as que não sejam ensejadoras da ressocialização e reinserção social do indivíduo.

Em contraposição ao caráter punitivo-retributivo do Estado em fazer valer o direito penal positivo quando houver a efetiva infringência do fato descrito no tipo penal, Giorgio Agamben (2004, p. 89) trata da figura do "*Homo Sacer*", como sendo aquele indivíduo do direito criminal romano que qualquer um podia matar impunemente e não devia, porém, ser levado à morte nas formas sancionadas pelo rito:

A estrutura da *sacratio* resulta, tanto nas fontes como segundo o parecer unânime dos estudiosos, da conjunção de dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. Primeiramente, o impune *occidi* configura uma exceção do *ius humanum*, porquanto suspende a aplicação da lei sobre homicídio atribuída a Numa (*si quis hominem liberum dolo sciens mort duit, parricidas esto*).

O *Homo Sacer*, a despeito da configuração e caracterização do digno e indigno, não é classificável em sua morte, nem como um sacrifício ou homicídio praticado, nem como exceção de uma condenação e nem como sacrilégio. Uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina, em uma relação de exceção. Esta se consubstancia na decisão soberana, que suspende a lei no estado de exceção e assim aplica nele a vida nua. A indicação da vida indigna de se viver mostra a vida digna.

Assim, conforme preleciona Agamben (2004), na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional, desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *Homo Sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacrificável e, todavia, matável é a vida sacra.

Devemos caracterizar o *Homo Sacer* como uma instituição do direito romano, uma figura mantida em ligação negativa com o ordenamento jurídico, por exclusão, exceção.

Como o *Homo Sacer* representa caso paradigmático da exceção, sua sacralidade é uma exceção em todas as frentes. Ele se encontra precisamente na fronteira entre o jurídico e o religioso e, quando for efetivamente aplicado, o ordenamento jurídico é suspenso. O *Homo Sacer* é a personificação da exceção.

Reforçando esta condição de excepcionalidade, Agamben (2004), no Estado de Exceção, dispõe que a exceção expõe a estrutura do direito e se torna, no mundo em que vivemos, a regra geral, que tem, como concentração ou campo, o paradigma da política moderna, sendo a exceção o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida.

Agamben defende que a exceção é sempre o limiar do Estado de Direito, garantidor do funcionamento normal do ordenamento jurídico que tem como pressuposto a possibilidade dessa exceção.

4 MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO E NO PARADIGMA ATUAL

Aos indivíduos condenados à pena privativa de liberdade, deve ser dada condição de saúde, moral, principalmente no que se refere à sua integridade física e moral, para que se crie na mente destes o espírito de vida digna eivada de condições ressocializadoras, hoje desprezadas na prática.

A estes indivíduos condenados à pena privativa de liberdade, como cumprimento à ética de punição do sistema criminal punitivo, pouco são os direitos fundamentais assegurados, condição que os torna indignos não pela natureza da infração, mas pela efetiva insatisfação de que o cárcere em nada ajudará para sua reinserção social, por falta de políticas criminais que lhes possibilitem o exercício de atividades, com o fito de prepará-los psicologicamente e profissionalmente ao regular convívio social.

A busca de programas de incentivo à ressocialização perante a sociedade brasileira geraria, nos brasileiros, a idéia de que com as novas políticas criminais e com a implantação de novos programas de incentivo à ressocialização, estes indivíduos vistos pela sociedade como "indignos" poderiam redimir-se e ser colocados no mercado de trabalho como pessoas consideradas "dignas".

A pena privativa de liberdade imposta na sentença penal condenatória pode, mediante uma incisiva paralisação e apreciação legislativa, sofrer mudanças tanto nos tipos legais e dispositivos de aplicação da lei penal, como no cumprimento da pena.

Neste caso, serão aplicadas as penas alternativas, em especial prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, em cumprimento desta pena restritiva de direitos como parte do cumprimento da pena privativa de liberdade. Este procedimento constitui um incentivo tanto a desfiguração do "cárcere" (considerado elemento psicológico degradante na construção da reinserção social e ressocialização), como à incisiva idéia de que a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas possa qualificar o indivíduo profissionalmente, com atestados ou declarações das entidades a que os serviços

foram prestados, das atividades praticadas, bem como da conduta tida quando do cumprimento.

Não obstante a idéia ressocializadoras e profissionalizante que o indivíduo possa ter acerca de estar acobertado por esta espécie de cumprimento, que podemos, de certa forma, chamar de misto, sabemos que as atividades desenvolvidas nem sempre são qualificadas para uma formação profissional ou prática de afazeres profissionais.

Na verdade, essas atividades não fornecem uma qualificação, mesmo que aparente, para que, quando do cumprimento final da pena, possa exercer na sociedade tais funções, pois as atividades atribuídas aos sentenciados são tidas como "serviços gerais", em que são prestados serviços de urgência e atendidas necessidades das entidades, não sendo nem tendo funções específicas a serem praticadas.

Na teoria, o nosso Código Penal, em seu artigo 46, parágrafo único, com a nova redação dada pela Lei nº. 9.714/98, tratando das penas alternativas, dispõe que as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, o que efetivamente não ocorre, pois, além de não serem atribuídas conforme as reais aptidões dos indivíduos, não há uma fiscalização dessas penas que estão sendo cumpridas.

Fica a cargo das entidades beneficiadas com a prestação de serviços, a incumbência de mensalmente informarem ao juízo da vara das execuções, onde houver, ou comuns, como na grande maioria através de relatórios de cumprimento das obrigações e da conduta quando do efetivo cumprimento. Caso não seja cumprida satisfatoriamente pelo sentenciado a pena de prestação de serviços, esta pode ser convertida pelo Juiz em privativa de liberdade, retornando os efeitos da pena anteriormente imposta.

Assim, dentre as penas alternativas restritivas de direito, a prestação de serviços à comunidade é a que mais se adequa ao caráter-fim de todo o sistema de penas, consubstanciado na ressocialização e reinserção social, dado o caráter de

cumprimento da pena imposta, satisfeitas as condições subjetivas e objetivas em substituição à pena privativa de liberdade.

No entanto a proposta de uma pena tida como "mista", em razão do cumprimento de crimes mesmo que ultrapassem o máximo permitido para substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos constantes do artigo 44, inciso I, do Código Penal de 04 (quatro) anos, deve ser tida como válida.

Neste caso, o sentenciado tem direito de cumprir apenas parte da pena no cárcere, isto dependendo das circunstâncias do crime e da personalidade do agente. Então lhe é concedida a oportunidade, após cumprida parte da pena (seja de 1/6 ou 1/3, a ser analisada), e, dependendo da análise das circunstâncias objetivas e subjetivas do sentenciado, de cumprir o restante da pena em liberdade, com uma série de condições, como as do sursis.

Esse procedimento gera expectativa de ressocialização e reinserção social, quando do cumprimento desta prestação que também não seria de 08 (oito) horas semanais, mas de 04 (quatro) horas diárias.

Sem dúvida, entende-se que esta não seria a solução para o problema criminal e prisional; no entanto o incentivo da prestação de serviços como prática de reflexão por parte do sentenciado; a oportunidade de cumprir pena fora do cárcere e aquela atividade junto aos programas de incentivos e as políticas criminais irão colocá-los no mercado de trabalho; tudo isso gera no sentenciado maior conscientização da não-reincidência penal, ficando ciente de que o não-cumprimento ou a má-conduta ensejam, de imediato, a quebra do benefício, com a revogação da substituição e o cumprimento do restante da pena em regime fechado, não sendo dada a oportunidade de novo benefício.

CONCLUSÃO

A dinâmica das relações sociais condicionam o indivíduo a conscientizar-se acerca dos aspectos morais e éticos da sociedade, levando em consideração a historicidade, suas ideologias políticas, a uniformização de idéias e conceitos.

Porém essas mesmas premissas atuam como uma força limitadora, de modo a torná-lo escravo do paradigma dominante, tirando-lhe a oportunidade de lutar pela igualdade de condições que existe de direito, mas não de fato.

Esta equiparação supostamente existente, mas muitas vezes negada, é, no entanto, o fator responsável para que vivamos sempre em consonância com os preceitos fundamentais, muito dos quais ignorados na prática, em razão do capitalismo dominante e da má formação social burguesa.

Tratar uma pessoa como digna significa dar-lhe todas as condições normais de vivência. Este tratamento digno está condicionado a vários fatores, e o reconhecimento da dignidade humana depende do caráter típico da sociedade que muitas vezes condiciona o tratamento indigno quando faz com que os indivíduos sejam tratados como meros espectadores da vontade de poucos, pela precária política de informações e de conscientização.

Assim, por mais falha que seja esta aplicação, ou seja, este exercício de dignidade, ele seria incisivo na construção de um processo prático e efetivo na marcha rumo à consolidação da garantia dos direitos fundamentais, em especial do reconhecimento da dignidade.

Por sua vez, o indigno, que deveria ser considerado como uma exceção, é tratado em nossa sociedade como regra geral, neste ato corroborado por Giorgio Agamben (2004, p. 92), quando afirma que: "[...] a exceção expõe a estrutura do Direito, tornando-se no mundo em que vivemos a regra geral [...]". Assim, a figura do "indigno" seria a correspondência da normalidade com a exceção, onde o analisamos para explicar o estado de normalidade.

Devemos assegurar os direitos fundamentais a todos os cidadãos, indistintamente, dando-lhes a oportunidade de uma segurança jurídica mais

eficaz, de modo a fazer valer o direito material, para que não se crie no indivíduo a falsa noção de Justiça atrelada aos romantismos dos textos legais inaplicados.

Se ao invés de tratar da "dignidade da pessoa humana" da maneira formalista como o é hoje; da maneira somente vista nos textos legais, na doutrina e demais diplomas jurídicos e científicos; se, ao invés de dar este tratamento teórico que só limita e restringe atos e entendimentos da população; se, ao invés disso implantássemos efetivas políticas públicas sociais integrando-as com práticas de defesa da cidadania e direitos fundamentais realizados por entidades particulares, por certo conseguiríamos mais familiarização desses direitos junto à sociedade; por certo conseguiríamos conscientizar a mente pública de que este problema é social e, por isso mesmo, somente resolvido com a mobilização da sociedade, tratando de perto este assunto para superarmos esta desigualdade.

Esta política de incentivos sociais, interagindo com procedimentos de resgate social praticados por entidades particulares, deve motivar tanto a conscientização de tratamento igual aos iguais como também igual aos desiguais, gerando uma necessária antinomia, pois, no caso em tela, tanto aos dignos tidos como iguais devem ter garantidos os seus direitos fundamentais, como aos indignos tratados como desiguais, dentro da sistemática de garantia de preceitos fundamentais a todo cidadão.

O incentivo ao trabalho aqui tratado é praticado em atenção à pena tida como mista, em que o indivíduo cumpriria a pena privativa de liberdade e, após seu cumprimento parcial, analisados os requisitos objetivos e subjetivos deste cumprimento, e em atenção à conduta do sentenciado, seria substituída por restritiva de direitos, consistindo em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Isto representa uma forma de o sentenciado cumprir a pena na entidade, com jornada de trabalho em período de quatro horas diárias, sendo-lhe dada a oportunidade tanto de pernoitar em sua residência, como de trabalhar, caso comprove emprego fixo, seja com registro em carteira de trabalho ou por declaração idônea de empregador, e escolha jornada de quatro horas diárias, cumprindo as outras quatro na entidade, para quando do cumprimento da pena,

poder exercer uma profissão, tendo em vista que, efetivamente a pena teria de se adaptar às aptidões do sentenciado (o que, na prática, não se verifica), e este seria o propósito, o *animus de* não reincidir na prática delituosa, conscientizando-se da necessidade de ressocialização e reinserção social.

Apesar de o apenado gozar do instituto do livramento condicional, disposto no artigo 83 e parágrafos do Código Penal, sendo colocado em liberdade assim que cumprida parte da pena e analisados os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício, considera-se somente extinta a punibilidade, desde que o apenado a cumpra normalmente, sem incorrer em sua revogação.

Com o livramento condicional, o apenado estaria sendo colocado em liberdade; no entanto ele não iria estar trabalhando após a sua saída do cárcere, ou seja, uma vez cumpridas as exigências legais ele estaria desobrigado de, com os frutos de seu trabalho, ser solidário ao Estado e, de certa forma, estar retribuindo o mal cometido com a pena-retribuição e não estaria buscando a eficácia dos princípios da solidariedade e fraternidade, consubstanciados no trabalho, bem como nos laços afetivos e fraternos tidos na pena mista ora defendida.

Assim, a reinserção social e a eficácia dos princípios da solidariedade e fraternidade estariam distantes da busca de formas de qualificação profissional, amor ao próximo e sentimento de solidariedade tidos na retribuição do cumprimento de parte da pena no cárcere e o restante, em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, com vistas ao cumprimento efetivo das finalidades da pena.

Por fim, todas as políticas de conscientização das oportunidades de reinserção e ressocialização do indivíduo encarcerado são válidas nesse momento. Novas políticas públicas sociais estão sendo debatidas e estudadas com vistas à melhor reformulação do sistema punitivo criminal brasileiro, dada a efetiva necessidade de reformulação de nossa Lei Penal.

Sobretudo, o Código Penal de 1940, embora com as mudanças da reforma de 1984, necessita de ser reformulado, com a implantação de textos legais

atualizados e que sejam eficazes, devido à gama de situações emergentes não abrangidas pelo texto antigo, elaborado há quase 70 anos; no entanto estas mudanças certamente serão recepcionadas em meio a inconformismos e divergências no seio da sociedade e estudiosos do direito, mas são necessárias para que se mude o quadro criminal vigente e seja, por fim, restabelecido um sistema racional voltado à eficácia do Estado na aplicação do direito positivo penal.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Editora EDIJUR, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Penas alternativas**. São Paulo: APMP, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Lúcia Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1983.

LOWENTAL, Ana Maria Valiengo. Exame da expressão a dignidade da pessoa humana sob o ângulo de uma semiótica jurídica. In: **Ensaio em homenagem a Franco Montoro**: Humanismo e Política. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

JUNIOR, Osvaldo Moura. A "dignidade da pessoa humana" como paradigma dominante". Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: Ed. AB, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NÓBREGA, Alexandre Jorge do Amaral. **Penas alternativas**. São Paulo: Editora APMP, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e a boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade: Alternativa à pena privativa de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.