

---

## A HUMANIDADE DAS PENAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM PERSPECTIVA DA FUGA DE PRESO

### THE PUNISHMENT HUMANITY AND THE HUMAN DIGNITY FROM A PERSPECTIVE OF PRISONER'S ESCAPE

*André Del Grossi Assumpção<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A dignidade da pessoa humana e seu corolário lógico relacionado à humanidade das penas são limitações essenciais ao exercício do poder punitivo do Estado e, no Brasil, têm status constitucional (artigos 4.º, inciso II, e 5.º, incisos XLIX e XLVII, da Constituição da República). A ponderação sobre o trabalho dos filósofos contratualistas e as reclamações humanitárias irradiadas - sobretudo - após a Segunda Grande Guerra sugerem que a dignidade da pessoa humana tem presença ainda mais forte no ordenamento jurídico, não apenas determinando a humanidade das penas, mas sustentando ideologicamente todo o Estado Democrático de Direito. A partir daí, avalia-se até que ponto os abusos no exercício do poder punitivo podem deslegitimar a própria intervenção estatal em si mesma; e, por via transversa, podem eventualmente legitimar a fuga do preso como meio juridicamente adequado de requalificação de sua dignidade. O tema é polêmico porque as preocupações com dignidade e humanidade não podem obscurecer a natureza necessariamente aflitiva da sanção penal, a fim de que cada penalidade cumpra efetivamente sua finalidade repressiva e preventiva.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana; Humanidade das penas; Direitos humanos; Pena; Fuga.

**ABSTRACT:** The human dignity and its derivative principle of punishment humanity are essentials borders to the exercise of State's punishment power and, in Brazil, it has a constitutional status (articles 4.º, II, and 5.º, XLIX e XLVII, from the Brazilian Constitution). The thought about the contractualist philosophers' works and the humanitarian concerns – especially – after the Second World War suggest that human dignity has a very important presence in the juridical organization, not only like a base to the punishment humanity, but like a ideological foundation for all the Democratic State. Therefore, it is necessary to evaluate in what measure the abuses in the exercise of that power could suppress the legitimation of the State' intervention; and could eventually legitimate the prisoners' escape like a juridical way to return to the human dignity. It is a controversous theme because the concerns about the human dignity and punishment humanity can not occult the afflictive nature of the criminal punishment, regarding its repressive-preventive finality.

**Keywords:** Human dignity. Punishment humanity. Human rights. Punishment. Escape.

---

<sup>1</sup> Pós-graduando em Direito do Estado – UEL. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional) – Universidade Estadual de Londrina - UEL, Londrina, 2009.

## INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana e seu corolário lógico relacionado à humanidade das penas são limitações essenciais ao exercício do poder punitivo do Estado e, no Brasil, têm status constitucional (artigos 4.º, inciso II, e 5.º, incisos XLIX e XLVII, da Constituição da República).

O trabalho dos filósofos contratualistas e as reclamações humanitárias irradiadas pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, com especial impulso jurídico observado mais recentemente (após a Segunda Grande Guerra), favoreceram o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como “superprincípio”, que apóia e limita não somente a humanidade das penas, mas todo o Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de pensamento, os abusos no exercício do poder punitivo podem alcançar nível tal que deslegitimem a própria intervenção estatal em si mesma; e, por via transversa, potencialmente legitimem a fuga do preso como meio juridicamente adequado de re aquisição de sua dignidade. Mas a questão é problemática, porque as preocupações com dignidade e humanidade não podem obscurecer a natureza necessariamente aflitiva da sanção penal, a fim de que cada penalidade cumpra efetivamente sua finalidade repressiva e preventiva.

## ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA INTERVENÇÃO (PUNITIVA) DO ESTADO SOBRE A LIBERDADE INDIVIDUAL

O fundamento teórico de toda intervenção punitiva do Estado no meio social variou amplamente ao longo do tempo, avançando primeiramente de uma concepção eminentemente religiosa (como expiação de pecado e reconciliação com Deus) para um segundo momento de reafirmação da ordem pública assegurada pelo Soberano, como ofensa direta ao Rei ou Príncipe:

A primeira concepção da justiça penal foi uma concepção religiosa; ela consiste em garantir a expiação do criminoso culpado por haver atentado contra a Divindade. O crime suscita a cólera dos Deuses que só será apaziguada pelo castigo expiatório. [...] A execução da pena ganha assim um aspecto sagrado que caracteriza esse ‘período teocrático que constatamos na história de quase todos os povos’. (ANCEL, 1979, p. 226)

A segunda concepção da justiça penal é mais especificamente política. Essa justiça não busca mais fins religiosos; ela tem por objetivo unicamente proteger a paz e a ordem pública estabelecida pelo Soberano. Mas ela firma ao mesmo tempo a autoridade desse Soberano, em nome de quem doravante se exercita. [...] É assim que, sob o Antigo Direito, os criminalistas se compraziam em repetir que a vingança era interdita aos homens, não podendo ser exercida senão pelo Rei ou por seus oficiais. Na própria Inglaterra, no período compreendido entre o século XII e o Século XVI, quando se constitui historicamente a ‘Common Law’, a noção de justiça penal se reveste de uma importância singular e se traduz ostensivamente pelos deslocamentos dos juízes itinerantes, representantes do Rei ou da Curia Regis; e, durante todo esse período, se desenvolve já a idéia de paz do Rei, a King’s peace. Em todo o ‘direito comum’ da Europa continental, ao se superar o Feudalismo, afirma-se uma concepção análoga, que conduz finalmente a uma repressão implacável do atentado perpetrado contra a ordem estabelecida pelo Soberano e à aparição de penas e suplícios próprios a ‘aterrorizar os criminosos’. A justiça é então uma obra de ‘política’, na acepção exata da palavra. ANCEL, 1979, p. 226 e 227)

Em um terceiro momento da história, a referida concepção política cedeu passo no plano teórico para a invocação de bases marcadamente jurídicas (com bases no direito natural e nas diferentes proposições de contrato social).

As restrições à liberdade individual passaram a explicitar, no pensamento moderno, não mais infração à vontade divina ou ao arbítrio do Soberano, mas à ordem jurídica reguladora da vida social, pensamento ajustado às proposições de novos modelos para o Estado (sobre bases contratualistas), o que sustentou, em última análise, a necessidade de estabelecimento prévio das infrações e das penas correspondentes, a fim de que o ordenamento prevalecesse de modo harmônico à esfera de liberdade garantida a cada indivíduo:

A terceira concepção da justiça penal, que surge exatamente quando desaparece essa concepção política [v.g. da segunda fase], é uma concepção essencialmente jurídica. Não se trata mais, no caso, de lutar contra o crime, marginalizando o criminoso, mas, ao contrário, submetendo-o a uma lei que determina a um tempo a infração cometida e a sanção aplicável. Passa-se do domínio da política discricionária ao da regulamentação legal. Essa concepção se manifesta com toda sua força no final do século XVIII com o movimento filosófico e com os esforços empreendidos em favor da legalidade dos delitos e das penas [...] (ANCEL, 1979, p. 227 e 228)

É exatamente o contratualismo que emprestou fundamento ao processo de depuração dos direitos fundamentais na história moderna ocidental, com os estudos de filósofos do Século XVII, como THOMAS HOBBS (equivocadamente taxado “filósofo do absolutismo”), JOHN LOCKE, SAMUEL PUFFENDORF, CHARLES SECONDAT DE MONTESQUIEU e JEAN JACQUES ROUSSEAU,

que imaginaram a sociedade sob uma base pactuada e, com esse pensamento, elevaram o indivíduo da simples condição de súdito do rei a credor de certos direitos de liberdade contra o poder público.

Adotando variadas concepções sobre o estado de natureza (v.g. imaginado como real ou simplesmente hipotético), bem como diferentes proposições sobre as circunstâncias de inclusão no pacto social (i.e. por escolha e adesão voluntária ou por inclusão decorrente de seu nascimento em determinado grupo social), contemplaram esses filósofos a noção de que a vida social implica restrição à liberdade natural de cada indivíduo e, de consequência, importa também uma contrapartida consistente no respeito a determinadas liberdades fundamentais e na observância dos critérios legais para fundamento e limite dessa intervenção.

Por implicar um novo modelo para a compreensão dos poderes do Estado sobre o indivíduo, a afirmação desses direitos e do necessário respeito estatal à liberdade de cada cidadão, muito além disso, termina por moldar as próprias bases do Estado de Direito Liberal, que superou o modelo absolutista precedente.

Se bem que não seja, como a igualdade, inerente ao espírito de qualquer democracia, o princípio da legalidade é inseparável da forma ocidental de democracia, construída sobre a ‘separação de poderes’.

Esse princípio – ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – visa a combater o poder arbitrário e se liga ao conceito de lei manifesto na Declaração de 1789. Só a lei pode criar obrigação para o indivíduo, porque ela é apenas expressão da vontade geral. Expressão da vontade geral por seu órgão, o Parlamento. Expressão da vontade geral, que a tudo e todos governa, na democracia. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 278)

A doutrina endossa essa assertiva, ao ensinar que as primeiras declarações de direitos (asentadas sobre as mesmas bases filosóficas acima mencionadas) foram uma resposta direta aos abusos do Estado Absolutista, de modo que sua afirmação (dos direitos individuais de liberdade frente ao poder público) equivale à afirmação do novo modelo de Estado de Direito (então, Liberal).

Como já se podia antecipar, a positivação desses direitos de liberdade avançou firmemente a partir da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” da França Revolucionária, em 26 de agosto de 1789, de onde os direitos fundamentais se espalharam paulatinamente pelas Constituições das nações civilizadas.

Em todas elas, a função limitadora do poder público e fundamentadora de uma nova ordem política ficou bastante evidente, permitindo que possamos antever a gravidade do respeito rigoroso às referidas liberdades, sob pena de descaracterização do próprio Estado de Direito:

[...] as declarações dos séculos XVIII e XIX apresentam uma indisfarçável hostilidade contra o poder, considerado o inimigo por excelência das liberdades. Em todas elas avulta a mesma preocupação: armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência – liberdades-limites – seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste – liberdades-oposição. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 282 e 283)

A identidade entre os direitos fundamentais de liberdade e o Estado de Direito é tão profunda que foi até mesmo positivada quando da redação do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição”. (FILHO, 1999, p. 282)

A noção de Constituição, aqui, remete ao substrato jurídico básico do Estado de Direito, que deixa de existir em caso de inexistência de proteção àquela esfera de âmbito particular. Nesse sentido, se não estiverem assegurados os limites mínimos de rejeição da intervenção estatal, resta prejudicada a afirmação do próprio Estado de Direito, que se pode dizer – talvez – Absolutista, amparado por tal ou qual poder ditatorial, mas que não configura Estado de “Direito”, nem comporta a invocação de um processo democrático.

[...] os direitos humanos acabavam funcionando como uma espécie de parâmetro para aferição da legitimidade do poder político, já que se propunha a existência de direitos comuns a todos os Homens, situados no plano dos valores absolutos, universais e atemporais. Segundo LUIZ ANTÔNIO GUIMARÃES MARREY, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA e PEDRO FALABELLA TAVARES DE LIMA, ‘Democracia e liberdades públicas andam juntas. Toda vez que forem negadas condições para o exercício efetivo das liberdades públicas o regime democrático pereceu. Desta forma, defender as liberdades públicas significa na realidade, defender a democracia e com esta, o único caminho para o bem-estar do povo’. (TAVARES, 2003, p.377)

Claro que a afirmação das liberdades públicas nas Cartas de Direitos e nas Constituições dos Estados Democráticos se refere à vida social de forma geral e, principalmente em sentido mais original, remete à vida econômica. No entanto, todas as observações acima desfiadas se aproveitam para o tema da legitimidade do poder punitivo do Estado em sua terceira fase, de conteúdo jurídico (conforme inicialmente registrado).

No Brasil, a liberdade individual tem status constitucional há muito tempo, amparada no princípio da Legalidade, que assegura juridicamente que toda e qualquer intervenção públi-

ca deve ser realizada apenas e tão-somente dentro dos limites conferidos pela norma jurídica (condizente com a mesma Carta Política):

O princípio da legalidade foi consagrado por todas as Constituições brasileiras com uma única exceção – a Carta de 1937. A Constituição atual o anuncia logo no art. 5º, II. Entre a Carta de 1824 e a Constituição de 1988, que, aliás, repete a redação das de 1891, 1934, 1946 e 1967, só há uma diferença. A primeira afirmava que ‘nenhum cidadão’ podia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ao passo que as demais se referem a ‘ninguém’, estendendo, pois, ao estrangeiro o direito à legalidade. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 279)

O referido paralelo entre a proteção de liberdades (fundamentais) do indivíduo e a prática do (efetivo) Estado de Direito conduz a uma reflexão que favorece a tomada de decisão em favor daquelas. Isso porque esclarece cada operador do Direito quanto à importância do rigor no tratamento daquelas, visto que atua (ao restringir a liberdade individual) com um limite extremamente delicado (de reforço ou rejeição do próprio Estado de Direito).

A partir daí emerge com facilidade a importância dessa consciência pelos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia, a fim de assegurar que não negligenciem de forma nenhuma os rigores do trato com liberdades fundamentais, já que na atualidade quase a integralidade das intervenções punitivas está sob controle do sistema de Justiça e, quando ocorre negligência, não há ofensa apenas ao direito isolado de determinada pessoa, mas sim ao substrato de todo o ordenamento jurídico.

Como princípio de legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal. Apesar de sua importância, salvo os autores norte-americanos, poucos estudiosos lhe têm dado maior atenção, colocando-o no rol das coisas óbvias.

Na verdade, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais. Deflui inexoravelmente esse princípio da própria ‘separação de poderes’, pois outra não é, no fundo, a justificativa da independência do Judiciário que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, a sua expressa enunciação, como no art. 5º, XXXV, da Constituição – ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ – é sempre recomendável. De fato, o crivo imparcial do Judiciário contraria muita vez a prepotência dos governantes que, se podem, cuidam de impedir sua fiscalização. Com justiça, disse Pontes de Miranda que sua enunciação expressa ‘foi a mais típica e a mais presente criação de 1946’. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 279 e 280)

A doutrina estrangeira também enfatiza esse duplo aspecto muito importante da proteção da liberdade individual, enquanto assegurado pela lei e pela necessária atuação jurisdicional, do que é exemplo a lição muito clara adiante explicita em intenção do direito constitucional italiano:

Fra il diritti de libertà il primo elencato dalla nostra costituzione è Il diritto di libertà personale (art. 13). La persona è qui intesa nel suo significato fisico, e la costituzione considera espressamente come offese alla libertà della persona la detenzione, la ispezione e la perquisizione personale; ma partecipa della stessa natura, secondo la costituzione medesima, ogni altro atto che costituisca una menomazione della persona come tale.

La costituzione non ammette la violazione della libertà personale se non 'nei casi e nei modi previsti dalla legge'. Occorre adunque una legge affinché quegli atti testè ricordati, detenzione, ispezione, perquisizioni o altri, divengano leciti. E occorre una legge che non già li consenta genericamente rilasciando una qualche autorità di compierli a suo arbitrio, ma specifichi le circostanze nelle quali divengono leciti.

Ma non basta; occorre inoltre che quegli atti, quando ad essi concretamente si debba addivenire, siano previamente autorizzati con atto motivato dell'autorità giudiziaria. L'autorità giudiziaria deve accertare se nel caso concreto sussistano realmente gli estremi previsti dalla legge, e solo dopo tale giudizio, il quale dà garanzia che la legge sia effettivamente osservata, potrà l'autorità amministrativa procedere all'arresto o ad altro atto lesivo della libertà individuale. (PELLIERI, 1940, p. 280)

Enfim, tendo avançado ao longo tempo sobre bases jusnaturalistas ou racionais, a proteção à liberdade individual encontrou no contratualismo seu amparo teórico mais autêntico, à medida em que pressupõe certos direitos do indivíduo contrapostos aos direitos do Estado, devendo aqueles ser necessariamente observados, sob pena de descaracterização do próprio Estado de Direito enquanto substituto do Estado Absolutista e seus abusos.

## **NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE A HUMANIDADE DAS PENAS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A construção do Estado de Direito e a proteção da liberdade individual por razões jurídicas implicou a necessária humanização de todos os veios do processo penal antigo, espraian-do-se com naturalidade pela execução penal, baseada em critérios de racionalidade e utilidade.

É nesse contexto que merece notícia o “pequeno-grande” livro intitulado “Dos delitos e das penas”, de BECCARIA, cuja importância, conquanto seu autor não tenha logrado exercitar um discurso verdadeiramente científico sobre o assunto (mas eminentemente político e bastante sintético), se deve a ter sido um dos primeiros a colocar em evidência o caráter eminentemente utilitário da punição criminal enquanto preservadora da ordem.

Toda punição estatal, desde seu ponto de vista, exigiria necessários contornos preventivos de novas infrações. O referido autor expôs a preocupação básica de afastar o arbítrio e favorecer um regime de Legalidade estrita como produto fundamental do pensamento lógico, de forma que ainda não alcançaria toda a extensão valorativa da noção de humanidade das penas, mas estabeleceria bases para um novo Direito Penal no Estado de Direito.

Dito de outra forma, o utilitarismo compreende qualquer intervenção pública na liberdade individual como unicamente justificada pela sua efetiva prestabilidade para a proteção do ordenamento e do organismo social. A utilidade é, enfim, a razão última dessa intervenção, tomada não em sentido estrito, mas sim de modo mais amplo, enquanto relacionada aos interesses do homem em evolução, como ser em progresso.

[...] o único fim para o qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer fração de seu número é a autoproteção. [...] É oportuno afirmar que abro mão de qualquer vantagem que poderia ser atribuída ao meu argumento a partir da idéia do direito abstrato, como uma coisa independente da utilidade. Encaro a utilidade como o último recurso em todas as questões éticas; mas ela deve ser utilidade no sentido mais amplo, fundada sobre os interesses permanentes de um homem enquanto um ser progressivo. Estes interesses, insisto, autorizam a sujeição da espontaneidade individual ao controle externo apenas em relação àquelas ações de cada um que dizem respeito ao interesse dos demais. (MILL, p. 206 e 207)

Do ponto de vista filosófico, os reclames de humanização das penas acompanharam o declínio do prestígio de projeções abstratas e idealizadas da punição, como estabelecidas em KANT ou HEGEL, avançando pela sua sustentação em vista da utilidade social que detinham:

Podemos pensar que la retribución em sentido moral pretenderá defender en abstracto la libertad y la personalidad, pero el nivel moral de la pena lo sitúa KANT alejado del nivel concreto de la pena como sanción positiva. [...] En los dos niveles, momentos, planteados por KANT la pena tiene distinto carácter, porque se desvincula cada nivel del outro, y al ideal se le da preferencia. (MUÑAGORRI LAGUIA, 1977, p. 65 e 66)

[...] la pena como institución necesaria de um mundo real, o la pena como institución que produce la reconciliación de um orden jurídico metafísico, cabe situarse desde una posición aparentemente simplista, pero profunda y problemáticamente real. Penas criticadas em la práctica, modos de ejecución de penas que atentan contra el sentimiento jurídico por su carácter de sufrimiento, se les há pretendido justificar a priori, equivocadamente, por el pensamiento de KANT o HEGEL. (MUÑAGORRI LAGUIA, 1977, p. 67)

Nessa linha, o utilitarismo de MARC ANCEL, dito pai da Nova Escola de Defesa Social, procurou conjugar o ideário humanizador das penas com as novas proposições de “ressocialização” do preso e, sob análise do ponto de vista, e a “necessidade” de humanização das penas de forma geral (conseqüentemente em razão de sua utilidade para aquele projeto de “ressocialização”):

Essa ação de ressocialização não pode entretanto se desenvolver senão por meio de uma humanização, sempre crescente, do novo direito penal que deverá fazer apelo a todos os recursos do indivíduo; buscará torná-lo confiante em si mesmo e restituir-lhe o sentimento de responsabilidade pessoal, ou, mais precisamente, talvez, de responsabilidade social, bem como senso dos valores humanos. Ao mesmo tempo, essa concepção não envidará esforços visando a assegurar, tanto em relação ao acusado quanto ao condenado, o respeito aos direitos inerentes à sua qualidade de pessoa humana, assim como defenderá a manutenção das garantias essenciais que derivam do princípio da legalidade e da regularidade do processo penal. (ANCEL, p, 206 e 207)

À primeira vista pode parecer incongruente a afirmação de que os fundamentos de defesa social para humanização das penas estejam escorados em noções positivistas, mas MARC ANCEL chega a ponto de afirmar que “a verdadeira noção de defesa social surgiu com o positivismo” (ANCEL, p. 82) e explica que sua teoria só se consolidaria mais tarde, superando as teorias positivistas:

O movimento positivista se apresentava, portanto, inicialmente com Lombroso, e, de forma mais evidente ainda com Enrico Ferri e com Garófalo, como uma reação contra as doutrinas, ou mais precisamente ainda, contra os postulados do direito penal clássico ou neoclássico. [...] Assim, a idéia de defesa social ganhava corpo com os últimos anos do século XIX; porém a primeira teoria de defesa social só iria surgir nos primeiros anos do século XX. Por mais remotas que fossem suas origens, por mais diversificadas que pudessem ser suas primeiras tentativas de manifestação, é, então, e

somente naquele momento histórico, que podia ela se constituir em doutrina explícita e coerente. (ANCEL, p. 60 e 61)

Em favor da citação do positivismo como um dos elementos de reação à noção clássica – puramente retributiva – da pena criminal, lembra-se o esforço correspondente à investigação de causas internas e externas do ato delinqüente:

La exigencia de que el mal siga al mal – dice BETTIOL – no es en absoluto la expresión de um desordenado instinto primario de reacción contra la ofensa, sino la expresión de um sentimiento de justicia que postula um castigo para el reo’. Sin embargo, pensamos que tales planteamientos, cargados en el fondo de maniqueísmo, desaparecen em la medida em que la realidad del delito se conoce en su complejidad y que, como señala GIMBERNAT, el paso de la ‘justa retribución’, en cuanto sufrimiento merecido a quien libremente delinquirió, a la pena, considerada ‘amarga necesidad’, se deve a que la actitud respecto al delincuente há cambiado. ‘No nos sentimos ‘superiores’, porque no sabemos qué es lo que há llevado a cabo a una persona a delinquir y porque no sabemos hasta qué punto no hemos sido nosotros mismos, la sociedad, los que hemos condicionado um delito del que aparentemente solo uno es responsable’. [...]. (MUÑAGORRI LAGUIA, 1977, p. 507)

Mas não só a utilidade da pena se fixou nos dias de hoje como limite de sua aplicação e desenvolvimento, posto que o universo dos direitos fundamentais passou também a conviver com a noção mais clara e firme da Dignidade da Pessoa Humana enquanto ponto-chave de respeito às liberdades individuais (e mesmo promoção de determinadas expectativas positivas em relação Estado).

É que mais recentemente - sobretudo depois do fim da Segunda Grande Guerra, em 1945 -, o modelo de Estado Social que sucedeu ao Estado Liberal (destacadamente o Estado social-nacionalista alemão, por seus abusos) deu nova evidência aos direitos humanos, com exigências mais firmes e superiores inerentes à Dignidade Humana, esta que se firmou como o mais fundamental dos direitos humanos, ou – de outro ponto de vista – como um “superprincípio”, que dá apoio não apenas à humanidade das penas, mas se arroga como o “fundamento dos fundamentos” (a expressão é nossa) de todo o Estado de Direito Democrático. (PIOVESAN, 2001, p. 45)

No Estado de Direito, a humanidade das penas e a Dignidade da Pessoa Humana estão intimamente relacionadas, de modo que a visão mais moderna do tema explica a primeira como: “segundo o magistério de Hans Heinrich Jeschek, o postulado ‘reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade’ e consiste [a humanidade] no reconhecimento do condenado como

pessoa humana [...].” (LUIZI, 2003, 46 - 48)

Curiosamente, embora a afirmação da Dignidade da Pessoa Humana importe reforço muito sério nas restrições ao exercício do poder punitivo, ela não foi expressamente incluída como tal, no rol dos direitos fundamentais. Isso porque o Constituinte de 1988 preferiu elencá-la mais antecipadamente no Texto constitucional, com maior solenidade, entre os fundamentos da República brasileira:

A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º.

Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quando à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º.

A esse respeito, são precisas as considerações de INGO WOLFGANA SARLET: ‘Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico), compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que – como ainda teremos oportunidade de demonstrar – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido. (TAVARES, 2003, p.405 e 406)

Além do referido inciso III do artigo 1º, menções afins a ambas as figuras (humanidade das penas e Dignidade da Pessoa Humana) encontram assento constitucional também nos artigos 4º, inciso II, e 5º, incisos XLIX e XLVII.

Pondera-se que a sustentação da humanidade das penas é mais antiga e contemporânea do processo de afirmação da Legalidade como parâmetro de atuação do poder estatal quando da intervenção na liberdade do indivíduo, ao passo que a noção de Dignidade da Pessoa Humana é mais recente mas, acrescentando um novo horizonte às proposições de cunho racional e utilitarista, terminou por se estabelecer como a base principal do próprio Estado de Direito.

A partir daí, a conclusão provisória da primeira parte deste trabalho (relativa à equiparação entre defesa da liberdade individual e do Estado de Direito) avança para um novo patamar (de equiparação entre defesa da Dignidade Humana em qualquer atuação do Estado junto ao indivíduo e o correlato Estado de Direito), com as mesmas exigências rigorosas aos operadores da justiça.

## O PROBLEMA RELATIVO À FUGA DE PRESO

Como já mencionado, a humanidade das penas e a Dignidade da Pessoa Humana estão positivadas na Constituição da República do Brasil. O Código Penal, anterior à Constituição, também detém conteúdo semelhante em seu artigo 38: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (art. 38); e a Lei de Execução Penal, no seu artigo 40, traduz o mesmo pensamento: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

É indiscutível, portanto, que é proibido ao Estado extrapolar os limites da execução das penas (mediante castigos corporais ou excesso temporal da punição, por exemplo), tal como praticar qualquer conduta negativa que o equivalha, em vista das exigências de humanidade e dignidade (deixando de assegurar alimentação minimamente sadia etc.).

Por outro lado, admite-se o pressuposto de que a fuga – ainda que não haja dano ao patrimônio público, violência ou ameaça caracterizadoras de fato criminoso (artigos 351 e 352 do Código Penal) – constitui infração ao ordenamento jurídico, por força da sanção administrativa prevista no artigo 50 da Lei de Execução Penal.

Não há, portanto, (em condições regulares de execução) qualquer direito à fuga, mesmo que as circunstâncias impliquem sua atipicidade penal.

Não obstante, condições extremamente degradantes impostas ao apenado fazem re-uar o Estado de Direito e, do ponto de vista filosófico, rompem o “pacto” imaginado entre o indivíduo e o poder público, ou retiram a “utilidade” encampada pela lei para a estatal, de modo que são potencialmente legitimadoras da reação do apenado ao abuso mediante o expediente da fuga, como meio de reaquisição de sua dignidade de ser humano.

No direito positivo, o apenado submetido a condições desumanas poderá invocar em seu favor (e comprovar adequadamente as circunstâncias objetivas correspondentes) tanto aqueles fundamentos constitucionais, como (para fins criminais) as mesmas figuras de legítima defesa e estado de necessidade que invocaria se, em liberdade, fosse acochado por abuso de autoridade previsto na Lei n.º 4.898/65.

O grande problema da questão está em saber até que ponto o abuso é justificador da fuga ou, em outras palavras, se o apenado está obrigado a submeter-se a algum nível de abuso antes de recorrer àquele expediente.

Claramente, porém, não se deve perder de vista que a pena é instrumento jurídico,

legítimo, de intervenção estatal para preservação da ordem social (ainda não se propôs em definitivo nada de melhor para substituição ao sistema penal).

A proteção dos bens jurídicos mais graves, mediante retribuição e prevenção (específica e geral) dos delitos, é também reconhecida pelo sistema constitucional e, bem por isso, as normas relativas à humanidade e à Dignidade da Pessoa Humana não podem obscurecer a natureza aflictiva da sanção penal ou fragilizá-la, despindo-a de seu caráter aflictivo. (LUIZI, p. 50 e 51)

Há registros de decisões judiciais (referidas de modo elogioso) que se orientaram pela cessação da prisão atentatória à dignidade humana apenas sob esse único fundamento. (HERKENHOFF, 1999) Mas há também casos críticos em que o balanço entre a legitimidade da pena e as ofensas à humanidade/Dignidade da Pessoa Humana produziram situações constrangedoras para todos os interessados.

Nesse ponto, lembramos o episódio da prisão do ex-banqueiro Salvatore Cacciola em Mônaco, após ser condenado a 13 anos de prisão em 2005, que deixara o Brasil em 2000 sem nenhuma restrição da Justiça, conquanto já tivesse contra si a perspectiva de condenação tão grave. “Sobre a questão, o ministro Marco Aurélio Mello, do STF, declarou: “É direito natural do homem fugir de um ato que entenda ilegal. Qualquer um de nós entenderia dessa forma. É algo natural, inato ao homem”. (AGUIAR, 2007)

Com a devida vênia, o argumento do Ministro é inconcebível, mesmo consideradas as condições ruins das cadeias públicas brasileiras e a eventual crença pessoal do acusado em sua própria inocência ou “inadequação” para o cumprimento de uma pena criminal no Brasil.

O cotejo das duas hipóteses parece sugerir, portanto, que a chave para solução do problema está em esgotar, pelas vias legítimas, todos os remédios cabíveis para afastamento das circunstâncias que transformariam a pena em instrumento de ofensa à dignidade do apenado.

Qualquer que seja a base jusfilosófica invocada para humanização das penas ou seu ajuste à Dignidade da Pessoa Humana, sempre deve ser ponderado que a pena criminal é naturalmente aflictiva e assim deve ser, para que cumpra seus objetivos originais de retribuição e prevenção.

O argumento do apenado no sentido de que irá expor-se a sofrimento em estabelecimento penal, ou que será punido injustamente (ou em excesso para a medida de sua culpabilidade) só pode justificar o manejo dos recursos jurídicos pertinentes. Apenas depois de esgotados esses e em caso de abuso flagrante (conforme a hipótese, antes mesmo do esgotamento daqueles recursos), poderá o apenado fugitivo pretender ver reconhecida a impunibilidade de seu ato de fuga (tanto na esfera criminal como em sede disciplinar administrativa).

Nessa linha, MARC ANCEL justifica a manutenção do sistema penal, conquanto destacada a preocupação com seus contornos, almejando não a simples recusa ao Direito Penal, mas sua aplicação aperfeiçoada, para o bem de todos:

A polícia criminal de defesa social visa, portanto, não a ‘extinção do direito penal’, mas o aperfeiçoamento desse direito, ou, mais exatamente, mesmo a adequação sempre maior da reação anticriminal às necessidades conjugadas do indivíduo e da Sociedade, a um tempo objetos e sujeitos da proteção social. (ANCEL, p. 126)

[...] em sua acepção moderna, a defesa social se apresenta, antes de tudo, como uma reação contra esse sistema unicamente retributivo. É inclusive neste aspecto que o termo ‘defesa social’ adquire uma dimensão ou, se preferem, uma nova autonomia; é o aspecto que implica uma concepção nova de luta contra a delinquência; é enfim nesse contexto, superando um direito penal como técnica jurídica, que se pressupõe uma política criminal consciente e baseada em fundamento das ciências sociais e da criminologia. Essa política criminal moderna resulta de uma premissa fundamental, ou seja, o crime sendo um fato social e um ato humano, nem tudo termina com a definição legal do delito e cominação da pena: resta compreendê-lo como fenômeno sócio-individual, preveni-lo e interrogar sobre a atitude a tomar em relação ao seu autor, indo além de uma simples qualificação legal. (ANCEL, p. 09 e 10)

A observação desse aspecto é importante, porque enfatiza que, se não houve desrespeito fundamental aos limites de seu direito de liberdade, o indivíduo não pode invocar qualquer direito à fuga (que não existe em condições regulares de execução penal), sendo, ao contrário, devida a submissão à força estatal.

[...] insiste ANCEL en el posible character activo de la pena retributiva. ‘La pena – dice -, incluso la más clásica, en su acepción de sufrimiento infligido, en contrapartida de una falta voluntaria reconocida, puede, según la nueva defensa social, constituir a veces um elemento importante y un elemento activo del procedimiento de resocialización que la defensa social pretende instaurar’. En resumen, la Nueva Defensa Social admite una validez relativa de la pena retributiva. Planteada la pena, en dicho movimiento defendista, como un conjunto que ‘puede comprender una parte retributiva, una parte afflictiva, una parte curativa y una parte reeducativa’, la retribución puede ser um elemento que se integre en la sanción penal que propone la Nueva Defensa Social, aunque no sea su elemento fundamental. (MUÑAGORRI LAGUIA, p. 63)

## CONCLUSÃO

O poder de intervenção do Estado sobre a liberdade do indivíduo está intimamente relacionado à Legalidade e se afirmou historicamente - adequado às teorias contratualistas -

como reação aos abusos do Estado Absolutista, dando os contornos com os quais se construiu a própria definição de Estado de Direito nas declarações afins e constituições nacionais.

Nesse contexto, a humanização das penas e o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como expressões e, no segundo caso, próprio fundamento último do Estado de Direito Democrático têm status constitucional (artigos 1.º, inciso III, 4.º, inciso II, e 5.º, incisos XLIX e XLVII, da Constituição da República).

Abusos extremos podem desconfigurar o “pacto” fundamentador da intervenção estatal e legitimar a fuga do preso como meio juridicamente adequado de requalificação de sua dignidade, sob diferentes títulos (invocação dos princípios constitucionais já mencionados) ou mesmo legítima defesa ou estado de necessidade diante de abuso criminoso, nos termos da lei.

Resta evidente, porém, que as preocupações com dignidade e humanidade não podem obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal, a fim de que cada penalidade cumpra efetivamente sua finalidade repressiva e preventiva. Uma vez que a preocupação humanitária anule o caráter aflitivo da pena, já não haverá mais pena e a prisão se transforme em casa-abrigo; deixando a descoberto os bens jurídicos tão graves protegidos pelo Direito Penal.

Assim também, uma vez que a punição simplesmente ignore a dignidade do preso enquanto pessoa humana e se mostre destituída de qualquer preocupação humanitária ou com a dignidade do apenado, então se revive o Estado Absolutista, desajustando-se também radicalmente do interesse social.

## **REFERÊNCIAS**

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O direito de fugir. Publicado na rede mundial de computadores (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10654>) em nov. 2007.

ANCEL, Marc. A nova Defesa Social: um movimento de política criminal humanista. Trad. Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2001.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATAGLINI, Giulio. Direito Penal. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1973.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal na Constitui-

ção. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio fundamental da dignidade humana e o direito fundamental à educação. Revista dos Tribunais, ano 13, n. 51, abr/jun. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: RCS, 2005.

HERKENHOFF, João Batista. Uma porta para o homem no direito criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JAKOBS, Günther. Fundamentos do direito penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal interpretado. São Paulo: Atlas, 2005.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio. Sanción penal y política criminal: confrontación com la Nueva Defensa Social. Madrid: Reus, 1977.

PALLIERI, G. Balladore. Diritto Costituzionale. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1949.

PIERANGELLI, José Henrique, Códigos Penais do Brasil: evolução histórica (Bauru, São Paulo: Jalovi, 1980).

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Curso de direito penal brasileiro: parte especial. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROBLES, Gregorio. Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual. Barueri-SP: Manole,

2005.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003.

WEFFORT, Francisco C. (Org.) Os clássicos da política: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. v.2. Local não indicado: Ática, \_\_\_.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.