UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Jardel Magalhães Pereira

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:

a pena e as intervenções do judiciário na efetividade dos direitos fundamentais do preso

T _{n.} ,	Jal Manallaga Dangina
Jar	del Magalhães Pereira
	PRISIONAL BRASILEIRO:
a pena e as intervenções do judicial	rio na efetividade dos direitos fundamentais do preso
Sti Ur	ssertação apresentada ao Programa Pós-Graduação ricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da niversidade de Itaúna, como requisito parcial para a tenção do título de Mestre em Direito.
Or	rientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz
	Itaúna
	2016

P436s Pereira, Jardel Magalhães.

Sistema prisional brasileiro: a pena e as intervenções do judiciário na efetividade dos direitos fundamentais do preso / Jardel Magalhães Pereira. -- Itaúna, MG: 2016.

123 f.: il.; 30 cm

Bibliografias: f. 117-123.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna. Orientador: Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz.

1. Sistema prisional. 2. Pena. 3. Direitos fundamentais. 4. Judiciário. I. Tomaz, Carlos Alberto Simões de; Orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

CDU: 343.83:342.7

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira CRB-6/2239

Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

"SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A pena e as intervenções do judiciário na efetividade dos direitos fundamentais do preso"

Dissertação de Mestrado apresentada por *Jardel Magalhães Pereira*, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 24 de junho de 2016, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutpr, Carlos Alberto Simões de Tomaz

Mniversidade de Itaúna

Professor Doutor Deilton Risteiro Brasil
Instituto de Ensino Superior Presidente Tanciedo de Almeida Neves

Professora Doutora-Editene Lôbo Universidade de Itaúna - MG

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter iluminado meu caminho, amparando-me nos momentos difíceis e levando-me a acreditar cada vez mais na possibilidade da conquista.

Ao Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz, pela atenção, paciência, compreensão e valiosa orientação no desenvolvimento desta dissertação.

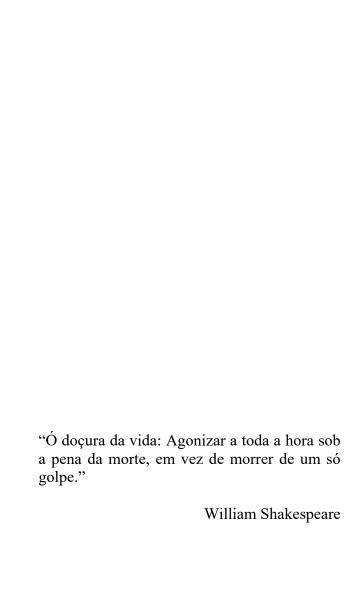
A todos os professores do programa de mestrado da Universidade de Itaúna, pela contribuição na minha formação e qualificação profissional.

A todos os funcionários da secretaria do mestrado da Universidade de Itaúna, pela costumeira gentileza, presteza e respeito com que sempre se reportaram a mim e demais colegas de curso.

Aos meus colegas do curso de mestrado da Universidade de Itaúna, pela convivência harmoniosa e construtiva.

Aos meus familiares, pelo carinho e amor.

Ao meu amigo Clenderson Rodrigues Cruz, pelo incentivo, apoio e exemplo de profissional a ser seguido.



RESUMO

Pelos valores, regras e princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988 é possível ao Poder Judiciário, visando tutelar direitos fundamentais dos presos, quando instado a fazêlo, implementar políticas públicas no âmbito carcerário. Essa nova postura garante que a população aprisionada busque a proteção jurisdicional para lesões ou ameaças a direito. A Constituição Federal de 1988 consagra uma série de direitos fundamentais dos presos, impondo ao Estado a obrigação de protegê-los através de um viés legal. Após 28 anos de promulgação, as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais de 1988 ainda geram controvérsias acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas implementadoras desses direitos. A presente pesquisa tem por objeto estudar o sistema prisional brasileiro sob o enfoque dos direitos fundamentais, pretendendo revisitar o instituto da pena como reprimenda penal e examiná-lo no contexto atual. Para tanto, revisitará, historicamente e filosoficamente, a teoria da pena, investigando-a desde a sua concepção. Posteriormente discorrerá sobre o sistema prisional brasileiro e sua falência, além de adentrar ao estudo dos direitos fundamentais dos presos. Por fim, serão apresentados, criticamente, diversos aspectos que envolvem a judicialização de políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

Palavras-chave: Sistema prisional. Pena. Direitos Fundamentais. Judiciário.

ABSTRACT

By the values, constitutional rules and principles of the 1988 Federal Constitution, it is possible to the judiciary power, aiming to protect prisoners' fundamental rights, when asked to do so, to implement public policies in the prison system. Such new approach ensures that the imprisoned population may seek judicial protection for injury or threats to their fundamental rights. The 1988 Federal Constitution sanctions a series of prisoners' fundamental rights, imputing on the State the duty of protecting them. However, even though after 28 years since its enactment, the 1988 constitutional laws which warrant fundamental rights still generate controversies on the possibility of jurisdictional control over the implementing policies of those rights. This research has the purpose to study the Brazilian prison system under the focus of the fundamental rights, intending to revisit the criminal penalty institute by way of punishment while examining it in the present context. Therefore, it will revisit, historically and philosophically, the theory of punishment, investigating it from the beginning. Then, it will focus on the Brazilian prison system and its failure, besides embracing the study of prisoners' fundamental rights. Finally, it will critically bring forward various aspects involving the legalization of public policies to ensure the effectiveness of prisoners' fundamental rights.

Keywords: Prison system. Punishment. Fundamental rights. Judiciary.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 APORTES TEÓRICOS SOBRE A PENA	1
2.1 Pena como sanção penal	1
2.2 Pena privativa de liberdade	1
2.3 Das teorias da pena	1
2.4 Dos sistemas penitenciários	1
2.5 O regime prisional	2
2.5.1 Regime de cumprimento de pena inicial, regressão e exame criminológico	3
3 MOVIMENTOS PENAIS: SEU TRATO HISTÓRICO E FILOSÓFICO	3
3.1 Períodos da vingança privada, vingança divina, vingança pública	3
3.2 Período humanitário, científico e da reação social	3
4 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	3
4.1 Criação do sistema prisional brasileiro	3
4.2 Quadro atual do sistema prisional brasileiro	2
4.3 Estudos quantitativos e qualitativos do sistema prisional brasileiro	2
4.3.1 Pessoas privadas de liberdade em junho de 2014	2
4.3.2 Contextualização do sistema prisional brasileiro no mundo	2
4.3.2.1 Informações prisionais dos dez países com maior população prisional do mundo.	2
4.3.2.2 Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2013 nos 4 países com maior	
população prisional do mundo	4
4.4 População prisional brasileira	2
4.4.1 Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)	2
4.4.2 Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil	4
4.4.3 População prisional no Brasil por unidade da federação	
4.5 Presos por natureza da prisão e tipo de regime	;
4.6 Evolução histórica da população prisional, das vagas e dos déficits de vagas	;
4.7 Distribuição das unidades prisionais no Brasil	;
4.8 Capacidade do sistema prisional	;
4.9 Tipo de estabelecimento conforme destinação originária	;
4.10 Destinação do estabelecimento por gênero	4

4.11 Unidades com acessibilidade para pessoas com deficiência física
4.12 Taxa de ocupação do sistema prisional
4.13 Vagas e pessoas privadas da liberdade por natureza da prisão ou tipo de regime
4.14 Média e máximo de vagas por tipo de estabelecimento
4.15 Movimentação no sistema prisional no primeiro semestre de 2014
4.16 Perfil
4.16.1 Faixa etária das pessoas privadas de liberdade
4.16.2 Raça, cor ou etnia
4.16.3 Porcentagem de pessoas negras no sistema prisional e na população geral
4.16.4 Estado civil da população prisional brasileira
4.16.5 Pessoas com deficiência física por situação de acessibilidade em que se
encontram
4.16.6 Escolaridade da população prisional
4.16.7 Continente de proveniência de presos estrangeiros
4.17 Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas
privadas de liberdade
4.18 Serviço social
4.19 Atendimento jurídico gratuito
4.19.1 Prestação de assistência jurídica gratuita nos estabelecimentos prisionais
4.20 Saúde
4.20.1 Unidades com e sem módulo de saúde
4.21 Mortalidade
4.21.1 Taxa de mortalidade intencional no primeiro semestre de 2014 para cada dez
mil pessoas privadas de liberdade
4.22 Educação
4.23 Trabalho
5 OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS
5.1 Direitos humanos: uma conquista
5.1.1 Os direitos humanos nos planos interno e internacional
5.2 Direitos fundamentais: efetivação
5.3 Direitos fundamentais do preso
6 INTERVENÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO JUDICIÁRIO NO SISTEMA
PRISIONAL

6.1 A intervenção do judiciário nas políticas públicas	
6.2 A judicialização de políticas públicas como meio de efetivação dos direitos	
fundamentais dos presos	97
6.3 A orientação jurisprudencial sobre a intervenção do judiciário no sistema prisional	102
6.4 Recente orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a intervenção do judiciário	
em políticas públicas para garantia da efetividade dos direitos fundamentais dos presos	106
6.5 Estudo de acórdão referente à intervenção do judiciário em políticas públicas para	
garantia de efetividade dos direitos fundamentais dos presos	108
6.5.1 Principais fundamentos do acórdão	108
6.5.2 Considerações acerca do acórdão	110
7 CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 esteve atenta à corrente constitucionalista mundial criada no pós segunda guerra e elencou um extenso rol de direitos fundamentais destinados às pessoas privadas da liberdade.

É cediço que a realização dos direitos reconhecidos pelo Estado é, originariamente, atribuição reservada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Ao legislador, incumbe regulamentar, através de leis, a atuação do poder público, ao passo que ao administrador, impõe-se o ônus de concretizar políticas públicas. Contudo, a inércia de tais poderes, por vezes, resulta em severas lesões a direitos fundamentais de seus destinatários.

Com efeito, vive-se o caos do sistema penitenciário, onde os custodiados são submetidos a situações análogas a de animais. O pródigo rol de direitos fundamentais elencados na constituição continua encerrando apenas um belo texto, uma ode a um futuro inatingível pelas omissas escolhas dos poderes legislativo e executivo.

Nesse quadro pernicioso, reserva-se, pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, ao Poder Judiciário, o dever de intervir em questões que envolvam lesão ou ameaça a direitos, fazendo com que juízes se tornem verdadeiros atores políticos no sentido de tentar evitar que a inapetência do Poder Legislativo e Poder Executivo resulte em severos prejuízos à população. A esse papel que o Poder Judiciário tem sido obrigado a prestar denomina-se judicialização da política, fato que vem gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência pátria.

Quando a judicialização atinge valores caros, como a vida e a dignidade humana, notadamente de pessoas segregadas do convívio social em razão de reprimenda penal, em que pese forte resistência de renomados juristas e posicionamento de tribunais superiores das unidades da federação, vem prevalecendo o entendimento de que é dever constitucional do Poder Judiciário implementar políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Nessa quadra, o presente estudo tem por escopo analisar a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas para assegurar os direitos fundamentais dos presos, analisando, para tanto, argumentos favoráveis e contrários, em conformidade com os preceitos constitucionais vigentes.

O método da pesquisa foi hipotético-dedutivo, já que um dos objetivos é propor soluções a partir de conjecturas, partindo-se dos efeitos de decisões judiciais de casos concretos bem como levando-se em consideração dados coletados pelo Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN). O marco teórico é o Estado Democrático de Direito como Estado dos Direitos Fundamentais, reconhecendo o Judiciário como órgão encarregado da guarda da justiça e, por consequência, dos direitos fundamentais.

No capítulo inicial, é desenvolvido um breve estudo do instituto da pena como reprimenda penal, investigando-a desde as suas concepções até o seu trato histórico e filosófico, bem como um exame de seu contexto atual, perpassando, ainda, pela análise dos sistemas e regimes penitenciários.

No capítulo segundo, aborda-se a criação do sistema prisional brasileiro e expõe-se o cenário dantesco pelo qual passa a população carcerária, sendo apresentados dados estatísticos hábeis a comprovar a falência da pena de prisão aplicada no território nacional.

No capítulo terceiro, trata-se dos direitos humanos, analisando-os no plano interno e internacional, bem como dos direitos fundamentais e sua efetividade, notadamente dos direitos fundamentais dos presos.

No quarto capítulo, desenvolve-se uma análise acerca da intervenção do judiciário nas políticas públicas, sobretudo para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos presos, apresentando a orientação jurisprudencial que predominou até outubro de 2015. Fazse, ainda, estudo de recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), com caráter de repercussão geral, reconhecendo a licitude do Poder Judiciário para intervir na implementação de políticas públicas a fim de resguardar e efetivar direitos fundamentais dos presos.

2 APORTES TEÓRICOS SOBRE A PENA

Não se pode negar que um dos temas mais controversos em todos os tempos no Direito perpassa pela discussão sobre a pena privativa de liberdade como reprimenda penal, havendo um verdadeiro hiato entre aqueles que a consideram branda e aqueles que a consideram um excesso, sendo as duas correntes repletas de ideologias e senso comum.

Destarte, para um estudo que pretenda discorrer sobre a pena privativa de liberdade sob o enfoque dos direitos fundamentais é necessário que, antecipadamente, discorra-se sobre a pena enquanto instituto jurídico e suas teorias academicamente aceitas, bem como sua estrutura estatal. Isso porque é necessário que a pesquisa indique qual é o tipo de reprimenda penal que se compatibiliza com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Assim, passa-se a discorrer, brevemente, sobre a pena.

2.1 Pena como sanção penal

A pena como sanção penal é a retribuição de algum mal praticado por agente imputável e que vive em uma sociedade politicamente organizada, onde os limites da conduta humana estão delineados em lei. Consiste na restrição ou na privação de um bem jurídico, com a finalidade de retribuir o mal injustamente causado à vítima e à sociedade, a readaptação social do apenado e a prevenção de novas transgressões, o que ocorre em razão do efeito pedagógico da reprimenda imposta.

A pena, sob a ótica jurídica, visa assegurar um futuro à sociedade. Não obstante a punição tenha que se fundamentar na existência de um fato criminoso que se provou ter ocorrido no passado, mediante o devido processo penal, a pena imposta ao infrator da lei penal, e, sobretudo, a sua execução, tem na ressocialização e na integração social do condenado a sua razão de ser (DELMANTO, 2007, p. 123).

A pena é castigo, intimidação ou reafirmação do Direito Penal, ou seja, uma forma de reprovação social e punição do criminoso, e seu caráter é de ressocialização (NUCCI, 2006, p. 359). O que justifica a pena envolve a punição e a ressocialização do apenado, a prevenção contra um futuro delito e a reafirmação da ordem jurídica. A pena é uma necessidade social, indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal (PRADO, 2005, p. 567).

No sistema brasileiro, a sanção penal consiste na privação da liberdade do indivíduo,

na restrição de alguns de seus direitos, prestação de serviços à comunidade, pagamento de multas e reparação de danos decorrentes da conduta criminosa.

2.2 Pena privativa de liberdade

A origem da pena de prisão é tão antiga quanto a história da própria humanidade, razão pela qual é difícil situá-la cronologicamente. Sabe-se que, desde a antiguidade, o encarceramento de delinquentes tem existido, contudo, não tinha caráter de pena e sim de contenção e guarda de criminosos para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados e executados. A pena imposta àqueles que cometiam delitos, na maioria das vezes, resultava na aplicação de penas corporais infamantes, torturas, trabalhos forçados e execuções capitais bárbaras.

Na Idade Média, existiam a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. A primeira se destinava ao recolhimento dos inimigos do rei, adversários políticos e os que cometiam crimes de traição, servindo de custódia ou detenção, a depender da natureza que levou o indivíduo ao cárcere. Já a prisão eclesiástica destinava-se aos clérigos rebeldes, e o internamento tinha um sentido de penitência e meditação (BITENCOURT, 2004, p. 09).

Entre os séculos XVI e XVII, a pobreza se abateu por toda Europa. A França havia perdido boa parte de suas riquezas nas guerras religiosas, de forma que os pobres somavam a quarta parte da população, que passou a viver de esmolas, roubos e assassinatos. Consequentemente, essa porção da população passou a ser castigada com açoites, tortura, banimento e morte. Esse fenômeno cresceu desmesuradamente pelo continente europeu, o que tornou evidente que as reprimendas impostas àqueles que se dedicavam à mendicância e à prática de crimes não se revelaram uma solução adequada.

Na segunda metade do século XVI, iniciou-se um forte movimento no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, com a criação de prisões organizadas para correção dos apenados, deixando de lado os açoites, o desterro e as execuções bárbaras que comumente aconteciam como forma de punir aqueles que atentavam contra a ordem.

Para Dario Melossi e Massimo Pavarini, foi na Holanda, na primeira metade do século XVII, no período da origem do capitalismo, que se iniciou uma forma de segregação punitiva que não apenas apenava aquela imensidão de pessoas que se dedicavam à mendicância e a delinquência, mas, também, respondia a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista, aproveitando-se a mão de obra abundantemente existente naquele formato (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 35). Portanto, as prisões não surgiram de um

propósito humanista e idealista, mas sim pela necessidade de um instrumento que permitisse nem tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas, sobretudo, o aproveitamento de sua mão de obra e consequente submissão ao regime capitalista, efervescente naquela época. Porém, no fim do século XVIII, quando o desenvolvimento econômico já havia alcançado vários países da Europa, notadamente a Inglaterra, fazia-se desnecessário que a prisão cumprisse uma finalidade econômica e, portanto, socializante, devendo circunscrever-se a uma função punitiva, um mero instrumento de intimidação e controle punitivo (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 73).

Entretanto, ainda no século XVIII, eclodiram movimentos em prol da elaboração de novos projetos a respeito da aplicação da pena, os quais marcaram uma nova era na justiça penal na maior parte do mundo. As penas cruéis aplicadas até então começaram a ser rechaçadas pela sociedade, deixando de castigar o corpo ou ceifar a vida para centrar-se na privação da liberdade do indivíduo. Os castigos impostos pelo Estado foram evoluindo em face de um sentido maior de humanização. As penas, antes desumanas e degradantes, cederam espaço para outras, cuja finalidade visa à recuperação do criminoso, assim como sua ressocialização. Ou seja, a pena passou então a ser usada de forma mais humana, menos ofensiva ao criminoso, sendo as penas corporais substituídas por penas privativas de liberdade, que embora não deixassem de humilhar o delinquente, ainda assim, faziam-se necessárias.

No Brasil, a pena de morte passou das Ordenações do Reino para o Código Criminal do Império, mas não foi mais aplicada a partir de 1865 e acabou sendo extinta pelo Código Republicano de 1890. No entanto, a Constituição Federal do Estado Novo, de 1937, foi concedida ao legislador ordinário a faculdade de prescrever a pena de morte para crimes políticos e delitos político-sociais mais graves, chegando até mesmo a ser reintroduzida por meio do Ato Institucional n. 14, de 05.09.1969, mas não chegou a ser aplicada e a Emenda Constitucional n.11, de 18/10/1978, ab-rogou os atos e o país voltou à tradição liberal de repúdio a essa espécie de sanção (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 670).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, XLVII, alínea "a", proíbe a pena de morte embora fazendo uma reserva no caso de guerra declarada, quando a mesma é autorizada. Em alguns países, a pena de morte ainda é utilizada, contudo, a tendência é desaparecer, pois, atualmente, para o direito penal, a pena de morte fica fora do conceito de pena, já que não cumpre a função preventiva que deve existir na reprimenda penal, mas sim a função de eliminar um ser humano, definitiva e irreversivelmente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 671).

A pena privativa de liberdade surgiu de uma instituição de fato, quase sem justificação teórica (FOUCAULT, 2008, p. 84), pois, à época, não havia estudo científico com base em pesquisa empírica capaz de comprovar que o encarceramento de uma pessoa como forma de castigo pudesse alcançar algum resultado além de puni-la. Contudo, era necessário restringir a liberdade daqueles que infringiam a ordem visto que era imprescindível sacrificar a liberdade de alguns indivíduos infratores para que a sociedade pudesse se ver livre do convívio dos mesmos.

2.3 Das teorias da pena

A pena é destinada a todo aquele que desrespeitou a legislação penal, sendo assim uma forma do Estado efetivamente aplicar a norma ao caso concreto. É a forma como o Estado exerce a jurisdição, subsumindo uma conduta abstrata a um caso real.

Em estudos acerca da pena, foram formuladas três teorias, cada qual com sua gradação de punição: a teoria absoluta ou retributiva, a teoria relativa ou preventiva e a teoria mista, unificadora ou eclética.

Para a teoria absoluta, também denominada de retributiva, a pena é uma forma de retribuir um castigo ao condenado pela violação de um bem jurídico tutelado penalmente. Com efeito, essa teoria não propugna qualquer outro objeto a não ser punir o condenado, causando-lhe um mal em razão de seu desvio de conduta; é um meio de forçar o condenado a entender que está sendo penalizado em razão de seu desrespeito para com as normas jurídicas em vigor e para com seu semelhante.

Não se pretende ressocializar um condenado, reeducá-lo, impor um trabalho com objetivo de dignificar-lhe, menos ainda uma forma de reparar o dano causado em razão da prática do crime; o objetivo único é punir, castigar e retribuir um prejuízo àquele que desrespeitou as regras em sociedade. Assim, a teoria absoluta tem por peculiaridade a retribuição. É uma forma de recompensar o mal causado, impondo um mal ao criminoso. Para essa teoria, a pena é um fim em si mesma, não tendo outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal (SILVA, 2002, p. 35).

A teoria absoluta tem por objetivo a busca pela justiça e é a simples consequência de um mal cometido pelo delinquente, isto é, uma forma de um mal justo oposto ao mal injusto do crime. Com efeito, a teoria absoluta da pena não apenas busca a justiça, mas como devolver ao condenado o mal causado pelo crime; é como a consequência do livre arbítrio: se o homem optou pelo caminho do crime, deve receber uma penalidade tão perversa como foi sua conduta (BITENCOURT, 2004, p. 74).

Ante as considerações expostas, constata-se que a teoria absoluta ou retributiva tem como único escopo punir o condenado, retribuindo o crime com o castigo. Aplicar as sanções previstas na legislação a um indivíduo que possui discernimento, livre arbítrio e que tenha atentado contra a ordem legal é a forma de se fazer justiça.

Já a teoria relativa tem por objetivo a prevenção de novos delitos, buscando impedir que os condenados voltem a delinquir. Há uma presunção de que se o condenado não for penalizado, imediatamente voltará a delinquir. Por essa razão, a teoria relativa ou preventiva visa impedir a reincidência delitiva.

Para a teoria relativa, a punição pelo encarceramento é uma forma de manter a paz e o equilíbrio social, tendo em vista que aquelas pessoas que tenham uma pré-disposição ao crime, estando reclusas, terão dificuldade de praticar novos delitos. Soma-se a tal fato o poder intimidativo que a prisão gera nas pessoas pretensas a delinquirem.

Com efeito, a finalidade do direito penal é a prevenção de novos delitos, evitando a proliferação de condutas criminosas. A obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal (CARNELUTTI, 2004, p. 73). A prevenção terá tanto um caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática criminosa, como um caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir e possa ser corrigido (SILVA, 2002, p. 35).

Para a teoria relativa, a necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos delitos (BITENCOURT, 2004, p. 81). O que se constata é que na teoria relativa há uma forma de aplicar justiça, não sendo uma consequência do delito em si, mas o momento oportuno para aplicação da pena, prevenindo que o condenado cometa novos delitos (prevenção específica) e possibilitando que a sociedade como um todo tenha receio de delinquir (prevenção geral).

A terceira teoria, nominada de mista, unificadora ou eclética, é uma junção das teorias absoluta e relativa, pois, para esta, a pena possui dois objetivos específicos, sendo não somente uma forma de punição ao criminoso, ante o fato do mesmo transgredir o ordenamento legal como, também, uma forma de prevenir a ocorrência dos delitos, tanto na forma específica como geral. Assim, a teoria mista concilia a teoria absoluta e a teoria relativa haja vista que a pena tem índole retributiva e, ao mesmo tempo, objetiva intimidação geral e reeducação do criminoso. Com a teoria mista ou eclética, resultado da fusão das teorias absoluta e relativa, passou-se, então, a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva,

tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção (MIRABETE, 2005, p. 245).

Modernamente, a teoria mista ou eclética procura justificar a aplicação da pena como fundamento de ordem moral, retribuição pelo mal praticado, e de ordem utilitária, ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes. A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a da recuperação social do condenado (LEAL, 2004, p. 383).

Nota-se que a teoria mista ou eclética, cujo fundamento é a mescla da teoria absoluta e da teoria relativa, passa a ter mais de um único fim, que consiste em punir e prevenir, e, consequentemente, educar a fim de promover a paz e o equilíbrio social. A pena não é apenas uma punição ao criminoso, servindo, sobretudo, de aviso àqueles que pretendem delinqüir. Decorre dai suas funções, repressiva e preventiva. Contudo, muitas vezes, o condenado já se redimiu, porém, permanece encarcerado para servir de exemplo aos outros, como se submetesse a um sacrificio próprio em beneficio alheio (CARNELUTTI, 2006, p. 103).

Com a evolução da humanidade e da pesquisa em torno dos fins da pena se formaram tais teorias: a primeira, denominada de absoluta ou retributiva, a segunda, de relativa ou preventiva, e a última, de mista, unificadora ou eclética. Gradativamente, tais mudanças foram incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, que taxativamente vedou qualquer espécie de pena com o único objetivo de torturar ou punir (inciso XLVI, do art. 5° da CF), enfatizando que seu objetivo, além de punir, é recuperar o preso e prevenir novos delitos, como pode ser constatado nas disposições dos artigos 1° e 10 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). Assim, o ordenamento jurídico pátrio é adepto à teoria mista, unificadora ou eclética.

Destacamos que as teorias da pena são utilizadas como forma de regramento extralegal para aplicação da pena, pois o juiz, ao fixar o quanto de pena em cada caso, deve primeiramente basear-se na legislação penal, analisando o preceito de cada tipo penal e, por fim, basear-se em elementos puramente subjetivos. Somente em um último momento é que o julgador deve observar tais teorias, considerando que a reprimenda deve ter um fim específico além de encarcerar o condenado. Decorre dai a importância de se analisar a finalidade de cada uma delas.

2.4 Dos sistemas penitenciários

É certo que a prisão antecedeu a pena já que desde a antiguidade o acautelamento de indivíduos se dava como uma fase preliminar das penas corporais, notadamente a pena de

morte (MUAKAD, 1996, p. 42). Ao final do período medieval, em alguns países da Europa, foram implantados os primeiros estabelecimentos prisionais, como na Holanda, em 1595, e na França, em 1656. Já a Itália somente seguiu esse caminho em 1703. A esta época, o intuito da repressão penal se afasta das penas corporais, focando-se na disciplina e correção de delinquentes. Assim, surgiram três sistemas voltados à execução da pena privativa de liberdade: o sistema da Filadélfia ou Belga, o sistema de Auburn e o sistema Inglês ou Progressivo, além do sistema reformatório.

No sistema da Filadélfia, implantado, em 1681, na Pensilvânia, então uma colônia inglesa no território norte americano, o sentenciado permanecia em isolamento permanente, sem trabalho ou contato com visitas, permitindo-se, apenas, passeios pelo pátio da penitenciária e leitura da Bíblia como estímulo ao arrependimento (BITENCOURT, 2004, p. 58, 61). O trabalho era proibido, pois se objetivava a aproveitar todo o tempo do preso em sua doutrinação e serviços religiosos, acreditando-se que assim era possível dominar os criminosos de uma forma menos dispendiosa e fácil. Posteriormente, esse sistema foi atenuado, permitindo-se ao preso receber visitas de diretores e funcionários do presídio, médicos e religiosos, pastores ou sacerdotes, e, com o passar do tempo, evoluiu, passando, também, a permitir àqueles que praticaram crimes de menor potencial ofensivo trabalhar em conjunto, desde que totalmente em silêncio.

Esse sistema passou a substituir as penas de morte pelo recolhimento perpétuo do criminoso. Separavam-se os presos de acordo com o sexo, idade, e gravidade do crime apenas para resolver alguns problemas, como a promiscuidade que imperava dentro do sistema carcerário da época, sem a preocupação com a estrutura prisional, o que veio a ocorrer apenas posteriormente.

O sistema de isolamento foi elogiado em virtude da separação individual, que impedia a promiscuidade dos condenados, o conluio para as fugas ou movimentos de rebelados. Havia, ainda, a vantagem de pouco dispêndio financeiro com vigilância, um efeito intimidativo exercido sobre os delinquentes, sem falar no efeito pedagógico exercido no seio da coletividade. Por outro lado, o sistema da Filadélfia foi muito criticado pela severidade, já que se baseava na segregação e no silêncio, e não conduzia o condenado à readaptação social, mas, ocasionando a insanidade da maioria dos reclusos.

Em verdade, esse primeiro sistema penitenciário visava à organização do caos existente nos estabelecimentos prisionais da época. Consistia em uma tentativa de sistematização da execução da pena privativa de liberdade com vistas à superação de inúmeros problemas, como promiscuidade, fugas, rebeliões e higiene deficitária. Entretanto,

apesar de simbolizar um efetivo avanço, são muitas as objeções feitas a esse sistema, que, calcado na segregação e no silêncio, não proporcionava a reinserção social do condenado (PRADO, 2005, p. 558), já que não se tratava de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação, servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais (BITENCOURT, 2004, p. 94).

O referido sistema foi adotado, com algumas modificações, por diversos países da Europa: Inglaterra, em 1835, Bélgica, em 1838, Suécia, em 1840, Dinamarca, em 1846, e Noruega, Holanda e Rússia, em 1851.

O sistema de Auburn, criado, em 1821, nos Estados Unidos da América, adotava a regra do silêncio absoluto e o trabalho em comum (BITENCOURT, 2004, p. 70). Com o tempo, o isolamento absoluto dos presos foi abolido, mantendo-se apenas a separação noturna. Não existem grandes diferenças entre o sistema da Filadélfia e o sistema de Auburn: ambos proibiam a comunicação entre os condenados e realizavam a segregação noturna. A principal diferença está no fato de que no sistema filadélfico a separação dos reclusos ocorria também durante o dia, enquanto que o Auburniano permitia que, durante algum período do dia, os presos trabalhassem em grupo, desde que em silêncio.

O sistema auburniano, embora mantivesse preocupação com a recuperação dos condenados e procurasse evitar a contaminação moral através da imposição da disciplina do silêncio, aparentemente colocava em primeiro lugar a necessidade de obter lucros com o trabalho dos presos. A preocupação em fazer a prisão fornecer recursos para a sua própria manutenção parece ter sido o principal objetivo das penitenciárias que seguiram o modelo de Auburn, que predominou nos Estados Unidos, ao passo que o sistema da Filadélfia foi o mais adotado na Europa (Inglaterra, Alemanha e Bélgica).

O sistema auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende servir de modelo ideal para a sociedade; um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontram isolados em sua existência moral, mas reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema (BITENCOURT, 2004, p. 73), mas ambos apresentaram-se insatisfatórios e foram muito criticados e repudiados, desaparecendo sua forma original em menos de meio século (MUAKAD, 1996, p. 46).

A maior crítica que se faz ao sistema auburniano é a imposição do silêncio absoluto e proibição da visitação ao condenado. Porém, outro aspecto negativo desse sistema foi o rigoroso regime disciplinar aplicado (os reclusos não podiam caminhar a não ser com os pés acorrentados e em fila indiana, olhando sempre as costas de quem ia à frente), com uma

constante aplicação de castigos cruéis e excessivos, considerados justificáveis porque se acreditava que propiciariam a recuperação do delinquente (BITENCOURT, 2004, p. 77).

No estudo do sistema prisional, merece destaque Manuel Montesinos, considerado um genial precursor do tratamento humanitário da questão carcerária. Em 1809, durante a guerra de independência, Manuel Montesinos, ao capitular na Praça de Zaragoga, acabou sendo preso, durante três anos, em um arsenal militar em Toulon, na França, onde conheceu de perto o sofrimento existente no cárcere.

Anos mais tarde, precisamente em 1835, Manuel Montesinos foi nomeado diretor do presídio de Valência, onde se destacou pelos grandes dotes, o que permitiu disciplinar os reclusos não pela dureza dos castigos, mas, pelo exercício de sua autoridade moral (BITENCOURT, 2004, p. 89). Manuel Montesinos reconhecia a importância às relações de sentimentos, confiança e estímulo dos reclusos, mantendo-se sempre aberto às atitudes que pudessem, de alguma forma, estimular a reforma moral do detento (BITENCOURT, 2004, p. 100). Os principais traços característicos de Montesinos era o respeito à dignidade do preso e à função reabilitadora do trabalho: o trabalho é o melhor instrumento para se conseguir o propósito reabilitador da pena (BITENCOURT, 2004, p. 91).

Montesinos era um ferrenho crítico do regime celular, pois entendia que a função do confinamento servia apenas à degradação e mortificação do condenado. Era sua prática constante a concessão de licenças de saída porque entendia como benéfica a integração de grupos mais ou menos homogêneos, e não via problema em mesclar bons e maus indivíduos com o fim de estimular a transformação (BITENCOURT, 2004, p. 93).

O sucesso do sistema implantado por Montesinos pode ser representado por números, uma vez que ao assumir a direção do presídio de valência a reincidência caiu de 35% para 1%, sendo que até mesmo em alguns períodos chegou a desaparecer (BITENCOURT, 2004, p. 89).

Montesinos foi o grande precursor da ideia de prática penitenciária que constituiu no antecedente do regime aberto, já que na prisão de Valência não havia um só ferrolho enferrujado que não resistiria a um simples empurrão para romper-se, a segurança era subordinada a moralidade (BITENCOURT, 2004, p. 94).

O que gerou a bancarrota do sistema àquela época foi o fato do regime de trabalho no presídio ter progredido tanto, incomodando os artesãos livres, que alegavam que os produtos advindos do presídio não estavam sujeitos a onerosa carga de impostos, gerando uma concorrência desleal, além de consumir grande parte da matéria prima que deveria ser distribuída no comércio livre (BITENCOURT, 2004, p. 93).

No caso, a própria sociedade pressionou para que a realidade penitenciária fosse somente uma forma de isolamento, onde as possibilidades de reintegração social praticamente inexistiam.

No século XIX surgiu o Sistema Progressivo, dividido em três fases, primeiro havia isolamento celular diurno e noturno, no qual o condenado podia estar submetido a trabalho obrigatório, depois o apenado permanecia em isolamento celular noturno e era submetido a regime de trabalho comum durante o dia. Posteriormente, apresentado bom comportamento e aptidão para o regresso à vida social, o recluso alcançava a liberdade.

Este sistema consiste na distribuição do tempo de duração da condenação em períodos, tendo cada um destes uma porção de privilégios que o recluso poderia usufruir de acordo com seu bom comportamento e aproveitamento demonstrado no tratamento reformador (BITENCOURT, 2004, p. 82).

Demonstrou-se, com o Sistema Progressivo, um escopo de ressocializar o condenado, motivando-o ao bom comportamento e aprendizagem de um oficio para que pudesse ser reinserido no seio da sociedade antes mesmo do término do cumprimento da pena.

Com efeito, o Sistema Progressivo acaba por estimular o bom comportamento do preso e sua adesão ao regime aplicado, bem como a sua reforma moral e consequente preparação para viver em uma sociedade livre (BITENCOURT, 2004, p. 98).

O Sistema Progressivo introduzia uma relativa indeterminação no tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, na medida em que a duração da pena prevista na sentença poderia ser reduzida, tudo a depender do bom desempenho do preso no trabalho e da sua conduta carcerária. Isto significa que, de certa forma, o maior ou menor cumprimento da pena foi colocado sob responsabilidade do próprio condenado.

O sistema em voga foi dividido em Sistema Progressivo Inglês e Sistema Progressivo Irlandês, em razão de suas formas diversas de aplicação. O primeiro era dividido em três fases subsequentes: isolamento celular diurno e noturno, trabalho em comum sob regra de silêncio e liberdade condicional. O segundo sistema era dividido em quatro fases: reclusão celular diurna e noturna, reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum, período intermediário (presos trabalhavam em estabelecimento penal agrícola ou industrial, ao ar livre) e Liberdade condicional (BITENCOURT, 2004, p. 83-88).

O Brasil adotou um Sistema Progressivo semelhante ao Inglês, já que pelas regras do Código Penal de 1940 apenas os reclusos obtinham a progressividade, o que já não acontecia com os detentos. A detenção possuía um regime singular, no qual o condenado não era obrigado a passar por alguns estágios como o eram aqueles impostos aos reclusos, a exemplo

de não terem que enfrentar o isolamento celular inicial e poderia escolher o trabalho (MUAKAD, 1996, p. 53).

Inicialmente os reclusos ficavam em isolamento celular absoluto, por período não superior a três meses. A seguir, passava a trabalhar em comum com outros reclusos, dentro ou fora do presídio, em obras ou serviços públicos, mantendo-se o isolamento noturno, sem manutenção da regra do silêncio. Havia, ainda, previsão da transferência do condenado para colônia penal ou industrial, desde que preenchidas condições legais, como bom comportamento e cumprimento de metade da pena imposta, desde que inferior a três anos.

A possibilidade da suspensão condicional da pena era real, nos casos de indivíduos menores de 21 anos e maiores de 70, bem como o livramento condicional desde que satisfeitas as obrigações civis resultantes da prática da infração penal, ausência ou cessação da periculosidade, bom comportamento e tendo sido cumprida mais da metade da pena, se réu primário, e mais de três quartos, no caso de réu reincidente (MUAKAD, 1996. p. 54).

Verificou-se que os reclusos ficavam dependentes de critérios subjetivos dos diretores e funcionários da penitenciária para obter os benefícios previstos pela legislação.

Com o passar do tempo tornou-se imperiosa a necessidade de reconhecer a importância da progressão dos regimes no cumprimento da pena, o que veio a consagrar-se com o Código de 1969. Frisa-se que as principais mudanças com a vigência da nova legislação foram: sistema de observação e classificação do condenado, criação de regimes para individualizar a execução da pena de prisão, o trabalho externo para a mulher, remuneração do trabalho a fim de atender os objetivos da própria lei, direito e favores gradativos que passaram a ser reconhecidos formalmente e não em função de regimentos internos dos estabelecimentos fundamentais e alterações do chamado sistema progressivo (MUAKAD, 1996, p. 57).

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 1984, valorizou o Sistema Progressivo já consagrado, dispondo sobre a realização do exame criminológico quando indispensável, aconselhável ou tendo em vista a melhor individualização da pena. Críticas não faltaram por parte daqueles que reconheciam, na reforma que se programava com essa lei, uma porção de abrandamento do sistema, em função da maior facilidade de se perpassar de um regime prisional para outro (MUAKAD, 1996, p. 59).

O Sistema Progressivo apresenta problemas, a exemplo da ilusão de sua efetividade no que se tange a obter resultados de um regime que começa com um controle rigoroso de toda atividade do condenado; o afrouxamento do regime acaba sendo admitido como um método social que permite a aquisição de um maior conhecimento da personalidade e da

responsabilidade do preso; pouca probabilidade que o recluso, em uma prisão, esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária; e um grande inconveniente que tem o Sistema Progressivo Clássico é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada (BITENCOURT, 2004, p. 96).

Uma forte crítica que também se faz ao Sistema Progressivo é que ele parte de um conceito retributivo. Pela aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende-se que o recluso alcance sua reabilitação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de bom comportamento, que, inúmeras vezes, mostra-se apenas aparente (BITENCOURT, 2004, p. 97).

Com os problemas do Sistema Progressivo, adveio uma profunda mudança no sistema penitenciário através de duas vertentes, de um lado a individualização penitenciária (individualização científica), e por outro, a de que a pretensão do regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana, o que ocorre quando se estimula o regime aberto (BITENCOURT, 2004, p. 97). O que se encontra numa sistemática moderna é a utilização de uma pluralidade de sistemas, determinada pela classificação científica dos condenados, distribuídos em pequenos estabelecimentos com sistemas próprios, organizados de acordo com a natureza de seus internos (MUAKAD, 1996, p. 59). Nos dias atuais, a progressão deve observar o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, dependendo da natureza do delito e do instituto da reincidência, além da análise, pelo diretor do estabelecimento prisional, do bom comportamento carcerário por parte do condenado e, ainda, o preenchimento de requisitos relevantes e detectados no caso concreto.

No que se refere às penas, merecem atenção suas características expressas no artigo 1º do Código Penal Brasileiro e no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88): a legalidade, anterioridade, pessoalidade, individualidade, proporcionalidade e humanidade

O princípio da legalidade é um dos sustentáculos do Estado de Direito e vem consagrado, em um primeiro plano, no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispondo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O escopo do princípio da legalidade é combater o poder arbitrário do Estado, pois, com o primado soberano da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei (MORAES, 2014, p. 41). Segue-se que o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a da lei (MORAES, 2014, p.

41). Destarte, é a lei que tipifica o crime e a pena, portanto, tem-se uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado, significando que não haverá crime se não houver lei escrita definindo a infração penal e impondo-lhe uma consequente sanção.

Registre-se que a redução das hipóteses de incriminação à matéria legislada não exclui o uso das demais fontes do Direito da interpretação jurídico-penal, de maneira que o recurso ao direito consuetudinário e jurisprudencial é plenamente admissível em direito penal, restrito, obviamente, às técnicas de descaracterização do delito ou exclusão da pena (CARVALHO, 2015, p. 259).

Por expressa previsão constitucional e infraconstitucional (art. 5°, inc. XXXIX da Constituição Federal de 1988, e artigo 1° do Código Penal), cujos preceitos legais se repetem, preconizando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, tem-se que a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada uma infração penal para que possa ser observada e aplicada.

Pelo princípio da anterioridade é que a lei baliza o comportamento do cidadão mesmo antes de este se verificar, estabelecendo normas e regulando a sua conduta, ou seja, a conduta é predeterminada pelo legislador antes mesmo de sua ocorrência. O fundamento de referido princípio é a ideia de segurança jurídica, que se consubstancia num dos princípios reitores do Estado de Direito, segundo o qual as normas que regulam as infrações penais não podem ser modificadas após sua vigência em prejuízo do cidadão. Se o contrário fosse permitido, o indivíduo estaria desprotegido contra o próprio legislador, que por pressões sociais poderia criar, majorar e agravar normas incriminadoras vigentes ao tempo da prática de dado delito (BITENCOURT, 2006, p. 207).

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5°, inciso XLV, que 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. O princípio da pessoalidade se alia às noções de legalidade na configuração de uma estrutura normativa de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que exige um vínculo concreto entre o autor do fato e a conduta incriminada, já que a imputação recai apenas sobre a pessoa que deu causa ao resultado típico (CARVALHO, 2015, p. 261).

Com efeito, para que haja a responsabilização penal é fundamental que o autor da conduta criminosa tenha optado livre e conscientemente pela violação de norma incriminadora, ou que, no mínimo, tenha produzido o resultado de forma negligente, com a violação de deveres objetivos de cuidado inerentes às condutas sociais de risco. O requisito

objetivo de responsabilização é descrito nas regras atinentes à relação de causalidade, prevista no artigo 13 do Código Penal: "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa", o que significa que somente o sujeito da ação ou da omissão que produziu o resultado pode ser responsabilizado criminalmente (CARVALHO, 2015, p. 262).

Assim, a pena é de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado, não podendo estender-se a terceiros, conforme previsto não apenas na Constituição Federal de 1988, mas, também, no parágrafo 3º do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece "a pena não pode passar da pessoa do delinquente" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 156). O princípio da individualização da pena também possui respaldo na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XLVI, no qual desenvolve questões relativas às sanções adequadas, limites de aplicação máximos e mínimos, bem como circunstâncias que aumentem ou diminuam sua aplicação, estabelecendo que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos".

O legislador define os limites punitivos, mas, a concretização da pena é fixada em um segundo momento, qual seja, no julgamento do caso concreto, quando da elaboração da sentença condenatória, ocasião esta em que se insere a individualização judicial. A individualização judicial tem 04 (quatro) etapas estabelecidas pelo Código Penal. A primeira etapa se refere à espécie de pena a ser aplicada (pena privativa de liberdade, restritiva de direito, multa), a segunda se refere à quantificação da pena dentro do mínimo e máximo aplicável, atento às condições judiciais do artigo 59 do supracitado diploma legal, o terceiro momento define o regime inicial de cumprimento de pena e, por último, a substituição de pena de prisão por outra modalidade de sanção restritiva de direitos (CARVALHO, 2015, p. 266), ou seja, a última fase do processo de pessoalização da pena é a da individualização executiva, ligada ao instituto de quantificação da pena (remissão, detração e comutação) e ao instituto de qualificação da pena (progressão, regressão de regime, livramento condicional, cumprimento da reprimenda penal, prescrição, indulto, nova lei mais benéfica), após a sentença penal condenatória transitar em julgado.

No artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já havia previsão para que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade de um crime praticado e a sanção a ser aplicada, ao determinar que "a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito". O princípio da proporcionalidade foi abarcado pela

Constituição Federal de 1988, como se observa nos preceitos que exigem a individualização da pena (art. 5°, XLVI), a proibição de penas cruéis (art. 5°, XLVII), a admissão de maior rigor para delitos mais graves (art. 5° XLII, XLIII e XLIV) e moderação na aplicação de penas para infrações de pequeno potencial ofensivo (art. 98, I).

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela teoria constitucional germânica, é constituído por três princípios parciais: princípio da adequação, princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que o primeiro e o segundo princípios têm por objeto a otimização das possibilidades da realidade – pena como meio adequado e necessário para realizar um fim – enquanto o objeto do terceiro se constitui na otimização das possibilidades jurídicas – verificação da pena criminal em relação aos bens jurídicos (SANTOS, 2010, p. 27).

Seu objetivo é fazer com que as penas cominadas para os delitos sejam adequadas e necessárias para repressão, o que fica a cargo do legislador e, de igual modo, permitir ao juiz – dentro de seu livre convencimento, quando da análise das circunstancias judiciais e legais, incluindo o emprego dos substitutivos penais e dos regimes de execução de pena – equacionar a reprimenda penal de forma mais justa. Com efeito, com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal estará justificado, balizando as violências (crimes, vinganças e punições arbitrárias) e as penas a elas cominadas (BITENCOURT, 2006, p. 69).

O princípio da humanidade das penas assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, sendo vedado ao Estado aplicar-lhes penas cruéis e infames, que possam atingir a sua dignidade, o maior valor do ser humano. Esse princípio tem por objetivo tornar a execução penal adequada à ressocialização dos condenados e não à sua degradação. Com efeito, a ideia de humanização das penas tem sido uma reivindicação constante da sociedade e, consequentemente, do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

A Constituição Federal de 1988, à exceção de caso de guerra, veda a pena de morte, com o objetivo de harmonizar os princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. A pena de morte e tratamento cruel apresenta-se na Constituição Federal de 1988 como um desdobramento do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, harmonizando-se com os demais dispositivos relativos à proibição da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante (art. 5°, III), além das previsões legais referentes ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5°, XLIX), o que forma uma cadeia de

princípios humanistas que devem orientar as práticas punitivas, buscando a ressocialização do condenado, o resgate de sua identidade e capacidade de um convívio social pacífico, sem transgressão da ordem jurídica (CARVALHO, 2015, p. 271).

O que se verifica é que o princípio da humanidade da pena, na Constituição Federal de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a impedir a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana (FRANCO, 2005, p. 64). Com efeito, o princípio da humanidade é que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 157). Portanto, é inaceitável que as penas ultrapassem o que está limitado pela organização institucional e pela sensibilidade humana, pois o Direito é a força motriz que garante a ordem dentro dos presídios e o instrumento capaz de impedir que barbaridades intramuros ocorram (BECCARIA, 1997, p. 92).

2.5 O regime prisional

Os regimes de pena são fixados, em sua fase inicial, tendo por base aspectos ligados a *quantum* da pena imposta, à reincidência do agente criminoso e pela análise das circunstâncias, consequências e motivos da infração penal e da personalidade, antecedentes e culpabilidade do apenado.

São três os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade constantes no Código Penal: regime fechado, com a execução em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto, com a execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto, com a execução em casa de albergado ou estabelecimento adequado, conforme regra preconizada no artigo 33, § 1º do Código Penal (MIRABETE, 2014, p. 278). Além destes, há, no ordenamento jurídico, o regime disciplinar diferenciado, introduzido através da Lei nº 10.792/03.

O regime fechado impõe severas limitações às atividades comuns dos presos e um maior controle e vigilância sobre eles. A este regime devem se sujeitar os presos de alta periculosidade, observando-se a quantidade de seus crimes, as elevadas penas e a reincidência (MIRABETE, 2014, p. 278). A Lei de Execução Penal estabelece que a pena no regime fechado seja cumprida em penitenciária, em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sujeitando- se o condenado a trabalho no período diurno e recolhimento

isolado no período noturno. As celas onde são alojados os reclusos em regime fechado deverão ser dotadas de um ambiente salubre, com a concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, além de uma área mínima de seis metros quadrados, conforme determinado pelo artigo 88 da referida lei. A penitenciária de homens deverá ser construída em local afastado do centro urbano, mas a uma distância que não restrinja a visitação, e a de mulheres deverá ser dotada de seção para gestante, parturiente e de creche, com a finalidade de assistir o menor desamparado, cuja responsável esteja presa (MIRABETE, 2014, p. 281).

Em síntese, as regras gerais do regime fechado podem ser assim dispostas: a) o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução, obrigatoriamente realizado pela Comissão Técnica de Classificação; b) o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno; c) o trabalho será em comum dentro do estabelecimento e em conformidade com as aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena; d) o trabalho externo é admissível, em serviços ou obras públicas, ou, excepcionalmente, também em obras privadas, mas, em qualquer hipótese, com vigilância (GOMES, 2007, p. 862).

O regime semiaberto é destinado a condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua duração, e a condenados não reincidentes a penas superiores a quatro anos, bem como a penas inferiores a quatro anos, contanto que se analise as circunstâncias, consequências e motivos da infração penal, e a personalidade, antecedentes e culpabilidade do apenado (MIRABETE, 2014, p. 91). Nesse regime, a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, pois, considerando o fato de que a maioria dos criminosos provém dos grandes centros urbanos, o legislador optou pela diversidade de estabelecimentos semiabertos, disponibilizando, além da colônia agrícola, os estabelecimentos industriais e mistos, como os agroindustriais (MIRABETE, 2014, p. 91).

Os estabelecimentos do regime prisional semiaberto possuem uma configuração arquitetônica simples, havendo menor preocupação com a segurança, já que o regime tem como principal fundamento o senso de responsabilidade do condenado, qual seja: trabalhar, submeter-se à disciplina e não empreender fuga (MIRABETE, 2014, p. 92), podendo o condenado ser alojado em compartimento coletivo, observados os mesmos requisitos de salubridade de ambiente exigidos no regime fechado.

A maior vantagem do regime semiaberto é o trabalho ao ar livre, o que possibilita aos condenados o cultivo dos benefícios da convivência social, podendo, inclusive, trabalhar

externamente, bem como frequentar cursos supletivos profissionalizantes, e de instrução de segundo grau e superior.

O regime aberto é cumprido em casa do albergado ou estabelecimento adequado, que deverá conter, além dos aposentos para os presos, lugar adequado para cursos, palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (GOMES, 2007, p. 865). Caso a localidade não disponha de tais estabelecimentos, conforme entendimento jurisprudencial já pacificado, o condenado passa para o regime domiciliar, já que o condenado não pode ser aprisionado a um regime gravoso por omissão do Estado, que deixou de ofertarlhe casa do albergado para alojar-se (MIRABETE, 2014, p. 507).

O regime aberto tem por pressuposto básico a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado, que tem o dever de trabalhar, frequentar cursos ou exercer alguma atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância, recolhendo-se à noite e nos dias de folga em casa do albergado ou seu domicílio. Esta é a grande vantagem desse sistema, quer seja, a obrigatoriedade de o preso trabalhar, preparando-o para o momento em que deixe a prisão definitivamente. Entretanto, o condenado será transferido do regime aberto para outro mais rigoroso se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução, se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada, ou no caso de condenação por crime anteriormente praticado e a nova soma das penas torne incompatível o regime aberto.

O regime disciplinar diferenciado foi estabelecido pela Lei nº 10.792/03, para presos provisórios e para condenados quando há prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas e para presos nacionais ou estrangeiros que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, bem como para os acusados sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (PRADO, 2006, p. 515).

O regime disciplinar diferenciado pode ser sintetizado da seguinte forma: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; direito a visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e à saída da cela por 2 horas diárias para banho do sol, conforme estabelece o art. 52, I, II, III, IV da Lei de Execuções Penais (PRADO, 2006, p. 515). Na verdade o regime disciplinar diferenciado é uma espécie de regime fechadíssimo, onde imperam regras rígidas dentro do regime fechado (GOMES, 2007, p. 863).

2.5.1 Regime de cumprimento de pena inicial, regressão e exame criminológico

Nos termos do artigo 33, § 2º do Código Penal, os condenados à reclusão reincidentes estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado no início do cumprimento da pena, cuja pena seja superior a oito anos. Entretanto, devem iniciar o cumprimento em regime semiaberto, os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua quantidade. De igual forma os condenados não reincidentes, cuja pena de reclusão seja superior a quatro anos e não excedente a oito, podem iniciar o cumprimento em regime semiaberto, conforme previsão contida no artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.

O regime aberto se destina ao não reincidente condenado à pena igual ou inferior a quatro anos, quando lhe forem favoráveis as circunstâncias judiciais, ou seja, se da análise das circunstâncias, consequências e motivos da infração penal e da personalidade, antecedentes e culpabilidade do apenado o regime seja adequado (MIRABETE, 2014, p. 110).

Assim como se adotou a progressão de regime, instituiu-se também a regressão, ou seja, a transferência de um regime mais brando para outro mais rigoroso, por exemplo, do aberto para o semiaberto ou fechado. O artigo 118 da Lei de Execuções Penais estabelece, obrigatoriamente, a regressão para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o sentenciado pratica crime doloso ou falta grave, ou sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torna inaplicável o regime.

Depreende-se, do artigo 50 da Lei de Execuções Penais, que o condenado à pena privativa de liberdade comete falta grave quando: incitar ou participar de movimento que subverta a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidentes de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; não observar os deveres referentes à obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e à execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas.

Em respeito aos princípios da pessoalidade e da proporcionalidade da pena, é necessário que se faça a classificação dos condenados para a individualização indispensável ao tratamento penitenciário adequado. Individualizar, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para alcançar a reinserção social, iniciando-se o processo com a observação do condenado para sua classificação. O exame criminológico se orientará a fim de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso. Abrange esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico do condenado para determinar a sua inserção no grupo com o qual

conviverá (MIRABETE, 2014, p. 36). De acordo com o artigo 9º da Lei de Execuções Penais, o exame deve ser realizado pela Comissão Técnica de Classificação de cada presídio, que observará a ética profissional e terá sempre presentes peças ou informações do processo, podendo entrevistar pessoas, requisitar de repartições ou estabelecimentos privados dados e informações a respeito do condenado e realizar outras diligências e exames necessários.

3 MOVIMENTOS PENAIS: SEU TRATO HISTÓRICO E FILOSÓFICO

Como se pode notar no estudo da pena acima levado a efeito, não se pode duvidar que houve uma evolução em matéria de reprimenda em face do ilícito. Entretanto, a história relata situações inaceitáveis sob os marcos jurídicos nacionais e internacionais existentes (Constituição Federal e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Porquanto existentes tais marcos, é necessário um estudo dos movimentos penais, analisando seus históricos e fundamentações.

3.1 Períodos da vingança privada, vingança divina, vingança pública

O período da vingança privada é caracterizado pela reação do homem frente a agressões sofridas, cujo método de repulsa era o revide. No geral, esse período data de aproximadamente 500.000 a 10.000 a.C. e se estendeu em todas as sociedades, onde se permitia que o mal fosse a resposta ao mal. Prevalece, nesse período, a chamada vingança de sangue, que não se tratava apenas de represália ao ato individual, mas de guerra de honra entre os clãs, sendo a ira dirigida não ao autor do delito ou agravo, mas sim ao clã inimigo.

A chamada "lei de talião" – olho por olho, dente por dente – era aplicada implacavelmente como questão de honra e converteu-se em direito das vítimas e de seus familiares. Ao tempo da vingança privada a punição era rigorosa, cruel, especialmente quando eram cometidos crimes considerados graves, como a traição, o sacrilégio, o adultério, a pederastia e o incesto, aos quais era aplicada a pena de morte pública.

Com efeito, com o passar do tempo, impasses decorrentes de delitos passaram a ser decididos por meio de um contrato de conciliação, que encerrava ou contornava a situação, mediante o pagamento de uma multa.

Já o período da vingança divina tinha a finalidade de aplacar a ira da divindade ofendida pelo delito, e de tal forma castigar o criminoso. Os castigos, aplicados sempre pelos sacerdotes, eram severos, cruéis e desumanos, visando à intimidação (NORONHA, 1979, p. 30). Este foi um período em que a humanidade já se encontrava num estágio de civilização, sendo o poder social, a justiça e a punição do criminoso exercido em nome de uma divindade.

Revestido de caráter religioso, o código de Hamurabi, texto legislativo mais antigo que chegou até os dias de hoje, era inscrito em pedra e versava sobre decisões de equidade que protegiam a propriedade, a família, o trabalho e a vida humana. Quanto à proteção da família, observa vários tipos penais, sendo o adultério – embora somente da mulher – o ilícito mais

grave e punido com a morte. A pena capital era também aplicada em casos de incesto, sendo a mãe e filho queimados (art. 157), mas, no caso de relações com a madrasta, seria o filho expulso da casa paterna (art. 158). O código defende no ordenamento jurídico penal a pessoa humana, sendo a pena aplicada mediante a condição social da vítima, variando na sua mensuração, de acordo com a classe social do ofendido (homens livres e escravos).

O Código da Índia, de Manu, tinha por finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas, donde provinham direitos e deveres: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos sudras, que nada valiam (NORONHA, 1979, p. 30).

O direito penal dos hebreus, também conhecido como "Leis Mosaicas", teria sido ditado por Deus a Moisés e está contido no Pentateuco, ou seja, nos cinco primeiros livros do Velho Testamento: *Gênese, Êxodo, Levítico, Números* e *Deuteronômio*. O Pentateuco inclui os Dez Mandamentos dados a Moisés no alto do monte Sinai e não só disciplinou a vida dos israelitas, mas forma a base da tradição judaico-cristã.

A autoridade religiosa tanto punia espiritualmente como se utilizava de violência e de penas físicas. Assim, por exemplo, a pessoa condenada, ou até mesmo seus familiares, perdia seus bens, era marcada na carne e no rosto, devia ser evitada pelos demais membros da sociedade, tinha a casa assinalada para que ninguém nela adentrasse, ou era apedrejada.

Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, no período homérico da Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas. Em fase posterior, porém, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual, impositiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais (NORONHA, 1979, p. 30).

Prolongou-se a vingança divina até a Revolução Francesa, motivo pelo qual em muito influenciou no desenvolvimento da Ciência Jurídica. Note-se que não há, ainda, menção de qualquer meio de encarceramento ou sistema prisional para aplicação de qualquer que seja o tipo de pena. A maioria delas, atendendo ao princípio intimidativo, vigia penas cruéis visando à intimidação e era executada em praça pública para que pudesse servir de exemplo para a comunidade. Com efeito, a fase da vingança pública objetivava a segurança dos que exerciam o poder, no sentido de se dar maior estabilidade ao Estado (NORONHA, 1979, p. 30). A vingança pública caracteriza-se pela aplicação das sanções no suposto interesse da sociedade muito embora estas sanções continuassem a ser severas e desumanas, sem mencionar o fato de

ainda inexistir garantias processuais.

A Revolução Francesa foi a rebelião política e social em que a burguesia, revoltada com a monarquia e contando com o apoio popular, toma o poder, instaurando a primeira república. Com efeito, decorre da Revolução Francesa os três princípios básicos do Direito Penal, que foram aceitos por todos os países civilizados da época: não há crime e não há pena sem lei anterior que as defina; não há crime sem juízo, sem processo e sem julgamento; e não há crime sem tipo, ou seja, o Estado deve relacionar as condutas proibidas, bem como a pena correspondente a cada violação.

Como mencionado acima, antes do século XVII, a prisão não passava de um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por desvios de conduta, como mendigos, prostitutas ou questões políticas. No final do referido século, a pena privativa de liberdade institucionaliza-se como principal sanção penal, e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas.

Assim, iniciou-se o Direito Penal sob o aspecto científico hoje existente, sendo estudado o crime, o criminoso e a pena, seus elementos naturais. A vingança deu lugar à correção, ou recuperação, humanizando-se as penas.

3.2 Período humanitário, científico e da reação social

Na fase humanística, as penalidades passam a adquirir sentido humanitário, respeitando-se a dignidade humana, representando uma crítica aos castigos e torturas aplicados até então. Como os povos estavam saturados de tanta barbárie sob o pretexto de aplicação da lei, pode se dizer que o período humanitário surgiu como uma reação às arbitrariedade praticadas pela administração da justiça penal e contra o caráter real das sanções. Começa-se a pensar na necessidade da prevenção do crime e não apenas na sua punição. Rejeitam-se as leis que vigoravam na Europa em meados do século XVIII porque se inspiravam em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, em que se aplicava, de forma abrangente, a pena capital e castigos corporais bárbaros (BITENCOURT, 2006, p. 81).

Diante desse nefasto panorama, suscitava na consciência comum a necessidade de modificações e reformas no direito repressivo e, no decorrer do Iluminismo, inicia-se o chamado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal, no fim do século XVIII (BITENCOURT, 2006, p. 82).

Com efeito, nesse momento, o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do direito de punir e da legitimidade das penas.

Cesare Beccaria foi uma das primeiras vozes a repercutir na consciência pública a necessidade de reforma da sistemática penal, operada entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que culminou com a consolidação da Escola Clássica. Os princípios básicos de Cesare Beccaria foram: a legalidade dos crimes e das penas, a indistinção das pessoas perante a lei penal, a lei penal deveria ser tão completa e minuciosa que ao juiz não restasse lugar para interpretações ou criações de tipos incriminadores ou de penas não-cominadas e proporcionalidade das penas aos delitos, propondo também um novo fundamento à justiça penal (BITENCOURT, 2006, p. 84). Com efeito, no período científico ou criminológico, como também era denominado na época, houve uma preocupação com o homem que delinquia e a razão pela qual delinquia.

César Lombroso, Ferri e Garofalo, todos da escola positivista, sintetizavam o seguinte pensamento: o direito penal é um produto social, obra humana; a responsabilidade social deriva do determinismo, vida em sociedade; o delito é um fenômeno natural e social (fatores individuais, físicos e sociais); a pena é um meio de defesa social com função preventiva; o método é o indutivo experimental; os objetos de estudo do direito penal são o crime, o delinquente, a pena e o processo (BITENCOURT, 2006, p. 107).

A fase científica, em seu estágio mais avançado, se divide em três períodos: o antropológico, em que os fatores físicos e psíquicos do criminoso passam a ser a explicação para suas ações, criando-se a ideia do criminoso nato; o sociológico, o qual começa a levar em consideração os fatores externos ao indivíduo, passando o crime a ser pensado como um fenômeno social; e o período jurídico, que vem a dar suporte legal à aplicação das penalidades, representando valores tanto antropológicos quanto sociológicos.

Por fim, a Teoria da Reação Social, datada de meados do século XX, emergiu sobre a formatação do delito, dando maior ênfase ao estudo do próprio sistema penal, inclusive à análise de seu funcionamento desigual. Inicia-se uma nova visão acerca da criminalidade, ocasião em que o criminoso deixa de ser visto como um ser intrinsecamente bom ou mal, ou provido de fatores biopsicológicos, que o rotulam como delinqüente. O delito passa a ser considerado um fruto de uma construção social, proveniente dos desvios de conduta que o delinquente tem com as normas sociais, e não uma conduta em si mesma má. Tudo depende de uma interpretação, de acordo com um dado momento histórico-cultural, que defina quais os comportamentos tolerados pela sociedade e quais os tipificados como ilícitos. Rotula-se o

delito e o delinquente.

Esta teoria, ao rotular o sujeito ativo do crime, acaba, muitas vezes, por não permitir que o mesmo consiga se desvencilhar dessa imagem, passando a construir uma carreira criminosa. O fato dos criminalizados não conseguirem se desprender da imagem a eles associada, gerando-lhes um rótulo social negativo, é a grande crítica a respeito da Teoria da Reação Social, pois, por corolário, a mesma nega o princípio da finalidade ou da prevenção, tendo em vista que impede a ressocialização concreta do indivíduo infrator.

Enfim, o foco desta teoria é o estudo do funcionamento de todo sistema penal como parte do controle social, momento em que a história da criminologia passa a confundir-se com a do direito penal e da política criminal, já que, ao revelar seu conteúdo ideológico, abrange a discussão e a justificação da atividade repressiva penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 141).

4 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Realizada uma análise sobre a teoria da pena bem como sua fundamentação histórica e filosófica, faz-se necessário apresentar o sistema prisional brasileiro, qual seja, o ambiente que nos propomos a estudar na presente pesquisa. Sendo assim, passa-se ao estudo minucioso desse sistema desde sua criação, a dramaticidade de seu quadro atual e suas perspectivas, mormente, sob a Constituição Federal.

4.1 Criação do sistema prisional brasileiro

Na primitiva civilização brasileira, antes do domínio português, adotava-se a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas reações penais. O *modus vivendi* dos nativos não permite concluir pela existência de uma organização jurídico-social, senão simples normas baseadas nos costumes, comuns ao convívio social mínimo, transmitidas verbalmente e, quase sempre, dominadas pelo misticismo (BITENCOURT, 2006, p. 89).

À época da colonização brasileira, logo em seu estágio inicial, o sistema prisional foi baseado nas Ordenações Afonsinas, repletas de atrocidades no seu ordenamento jurídico penal. A prisão era utilizada como prevenção, onde o autor de fato delituoso ficava confinado até o seu julgamento. Mais adiante, nas Ordenações Manuelinas, que tinham características do Direito Medieval, confundindo religião, moral e direito, a prisão era utilizada como repressão pessoal até o julgamento. E por fim, nas Ordenações Filipinas, a prisão era utilizada como prevenção e repressão ao acusado de cometer fato delituoso, sujeitando-o a verdadeiras barbáries. Nessa época, vigia penas baseadas no terror e na crueldade, sendo a pena de morte, de deserdação e de confisco algo comumente aplicado (BITENCOURT, 2006, p. 90).

Com a independência do Brasil e o advento do período imperial, as prisões tornaramse não apenas uma forma de punição do criminoso e proteção da sociedade, mas também passaram a servir com o intuito de ressocialização do condenado. No ano de 1827, José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentaram cada qual um projeto de Código Penal. O apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos sofreu algumas modificações e agregou-se ao Código de 1830, que ainda continha a pena de morte, que foi, entretanto – após a execução de Mota Coqueiro, condenado de maneira injusta e tendo a sua inocência provada apenas depois de ser executado – abolida por D. Pedro II (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 190). Proclamada a República, foi também publicado um novo código, pelo Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, que adotava como linha de princípio o fato da criminalidade não poder ser atenuada por meio de medidas penais de extrema severidade. Assim, manteve a abolição da pena de morte, além de excluírem-se as penas infamantes e estabelecer que o tempo de reclusão do condenado não poderia ultrapassar trinta anos, apresentando em suas modalidades de penas as seguintes características: prisão celular, reclusão, trabalho obrigatório, prisão disciplinar e a aprovação pecuniária.

A Constituição de 1934 reafirmava a necessidade de se garantirem princípios fundamentais de segurança individual e coletiva. Proibiu-se a pena de banimento, confisco ou de caráter perpétuo e a pena de morte, esta última com exceção apenas na legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

Com o advento da revolução de 1937, as reformas legislativas do Presidente Getúlio Vargas resultaram no Decreto nº 2.848/40, que passou a vigorar, em 1º de janeiro de 1942, como o novo Código Penal. Esse diploma legal dava uma importância maior à figura humana e tinha como suas principais características: a reclusão pelo tempo máximo de 30 (trinta) anos, detenção, multa, pena e medida de segurança com individualização. Destarte, em contrapartida aos grandes avanços da legislação em matéria de proteção do indivíduo contra o poder punitivo do Estado, a pena privativa de liberdade, manteve-se como a mais importante forma de punição do sistema jurídico, não tendo sido implementadas formas mais eficientes de alternativa.

Com o anteprojeto Hungria, o Código Penal, embora mantendo as principais penas do Código de 1940, teve algumas características importantes alteradas, como: estipularam-se em 40 (quarenta) anos o tempo máximo da pena de reclusão e 20 (vinte) anos para a detenção; a inclusão de um regime de reclusão mais rigoroso; a separação dos condenados e a execução era programada para se obter uma pena individualizada. No período da ditadura militar, foi elaborado o rigoroso Código Penal de 1969, que incluía a pena de morte, prisão perpétua e redução das garantias processuais, mas teve uma *vacatio legis* extremamente longa e nem chegou a entrar em vigor.

Em 1984, um anteprojeto para algumas modificações na parte geral do código vigente resultou na Lei nº 7.209/84, cujas características mais marcantes foram a humanização das sanções penais e adoção de penas alternativas à prisão. Porém, não logrou maior êxito em razão da falta de estrutura do sistema penitenciário, cada vez mais escasso de políticas públicas (BITENCOURT, 2006, p. 92).

Na década de 90, a escassez de políticas públicas, que poderiam dar suporte à

diminuição da repressão penal, unida à ineficácia do sistema penal, produziu o incremento da violência e da demanda da maximização do direito penal, esta patrocinada pelo liberal Congresso Nacional, que criou a lei dos crimes hediondos, tipificou-se o crime de organização criminosa e outros delitos de especial gravidade (BITENCOURT, 2006, p. 92). A tendência imposta por uma política criminal do terror foi arrefecida com o advento da Lei nº 9.099/95, que disciplinou os Juizados Especiais Criminais, dando especial relevo à transação penal, destacando a composição civil com efeitos penais, bem como instituindo a suspensão condicional do processo. Em 1998, a Lei nº 9.714/98 ampliou a aplicação das denominadas penas alternativas, abarcando crimes perpetrados sem violência, cuja pena de prisão aplicada não seja superior a 04 (quatro) anos.

A tendência que se desenvolve no início do século é animadora em direção à efetividade dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, conforme ressai de seu artigo 5°, parágrafo 3°, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, em matéria de direitos humanos, notadamente em matéria penal, já que se abre o progressivo movimento de internacionalização do direito penal e processo penal, na busca do ideal de justiça universal (BITENCOURT, 2006, p. 93).

4.2 Quadro atual do sistema prisional brasileiro

Analisando-se a atual situação carcerária do Brasil, pode-se afirmar que o caos reinante em quase todos os presídios das unidades da federação se deve à falta de políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos presos. Os direitos dos reclusos são, sistematicamente, vilipendiados nos estabelecimentos prisionais do Brasil, onde são submetidos a tratamento desumano e degradante, um verdadeiro ultraje ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A superlotação das prisões faz com que o cumprimento da pena se torne um martírio para o recluso, que sequer pode contar com um alojamento minimamente adequado para pagar pela condenação que lhe foi imposta pelo Estado. Indivíduos condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas que, além da superlotação carcerária, incluem celas imundas, insalubres, sem aeração, com proliferação de doenças infectocontagiosas, temperaturas extremas, instalações sanitárias exalando intenso odor, alimentação, em geral, de diminuta qualidade e, muitas vezes faltando água potável e produtos higiênicos básicos. Somam-se ao referido quadro de horror a promiscuidade e a violência sexual sofrida pelos custodiados

dentro do complexo penal, além de constantes maus tratos e agressões a que são submetidos, muitas vezes patrocinadas por agentes do próprio Estado.

O último levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN) realizado no Brasil data de junho de 2014 e revela que o complexo penal abriga uma população carcerária quantificada em 607.731 presos. Por trás dos números, cultiva-se um sistema prisional violador de valores, da lei e de qualquer parâmetro razoável de eficiência, inaceitável sob a ótica legal e moral. O que se vê é a completa ignorância de qualquer padrão ético e de dignidade humana, uma ruptura com todos os valores de uma sociedade politicamente organizada.

Algo que desperta atenção é que os presos, em sua maioria, são homens pobres, negros e de parca instrução educacional, justamente aqueles que pertencem a classes sociais menos favorecidas, tendo na cor da pele a marca do preconceito e não possuindo, minimamente, acesso à educação, sendo incapazes de fazer frente ao pagamento de bons advogados para lutar pelos seus direitos. É sobre essa classe pobre que se descarregam tensões e agressividades sociais, tornando-se o preso um bode expiatório no sentido de que todas as culpas da violência estrutural e os ódios existentes entre as classes recaem sobre si, parte de um corpo social desprotegido que não tem como se defender de um sistema institucionalizado e bem organizado (FRAGOSO, 1980, p. 81).

Também não passa despercebido o fato do preso provisório, mesmo não tendo contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, ser tratado, em várias unidades prisionais dos estados, como se apenado o fosse, e além de alojado de forma indiscriminada é obrigado a raspar o cabelo assim que ingressa na prisão. Já que o preso provisório – não tendo contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, ao contrário do preso definitivo – pode, comprovando, posteriormente, sua inocência, deixar o cárcere a qualquer momento, às vezes, poucas horas após sua prisão. Mas, ainda que exíguo o tempo no cárcere, o preso provisório poderá já ter sido submetido a uma violência de ter seus cabelos raspados, assinalado em si um símbolo discriminatório característico de estabelecimentos prisionais no Brasil. O Estado pratica tal atrocidade sob o fundamento de higienização do preso e do cárcere. Contudo, a justificativa é odiosa, já que é desarrazoado optar por agredir a integridade do preso a custear a limpeza das unidades prisionais e do custodiado.

Diante desse cenário nefasto, o Estado tenta tornar princípios e garantias estampados na Constituição Federal em letra morta, a exemplo do que faz com a presunção de inocência, a dignidade humana, a não discriminação, o devido processo legal e o respeito à integridade física e moral do preso. E mais, o Estado, não se contentando em aprisionar aquele que,

supostamente ou efetivamente, atentou contra a ordem jurídica, ainda impõe à família dos reclusos os reflexos da condenação, a exemplo do que ocorre com os familiares dos apenados durante as visitas.

A revista intima a que se sujeitam os visitantes de reclusos em unidades prisionais no Brasil se assemelha a uma sessão de tortura, sendo uma verdadeira extensão da pena do condenado que recai sobre aqueles que não cometeram qualquer ilícito. Em praticamente todas as unidades prisionais da federação, o visitante entra em uma sala reservada, onde se encontra um agente penitenciário (do mesmo sexo), despe-se totalmente e, ao comando do agente, faz movimentos sobre um espelho; tudo no afã de que apareçam pelo reflexo quaisquer indícios de drogas ou objetos no interior dos órgãos genitais. Caso se constate o indício, outro agente é chamado para presenciar a cena, sendo que, caso concordem que exista algo no interior do corpo, exigem que a pessoa permaneça no estado de agachamento até sua retirada, sendo tudo registrado por fotos. O constrangimento e vexame a que os visitantes dos presos são submetidos nas inspeções de vistoria revelam-se abomináveis. Há evidente violação à intimidade, vilipêndio à honra, ultraje à liberdade e tratamento desumano e degradante, incompatíveis com o estágio de civilização em que nos encontramos.

É certo que o Estado tem o dever de zelar pela segurança pública, e é em razão dessa atribuição que são estabelecidos regramentos para vistorias daqueles que adentram aos presídios na condição de visitantes. Contudo, as normas editadas devem estar em perfeita harmonia com o respeito à dignidade da pessoa humana. Com efeito, há equipamentos tecnológicos aptos e disponíveis no mercado, os quais são de simples emprego para a realização de vistorias em visitantes aos segregados do sistema penitenciário e não ofendem o patrimônio da dignidade dos usuários do sistema, a exemplo de modernos aparelhos de raios-X (localizados em aeroportos) e já instalados em raras unidades prisionais.

Diante desse panorama, é flagrante que o Estado é o maior responsável pela violência que assola a sociedade nos dias de hoje, já que, ao infringir os direitos fundamentais dos presos, está disseminando o ódio e a desesperança entre os reclusos e seus entes próximos. A injustiça experimentada por um prisioneiro é uma das causas que mais pode tornar indomável seu caráter. Isso porque a lei não ordenou e nem mesmo previu tal situação. O preso se revolta contra tudo que o cerca, enxergando apenas carrascos em todos os agentes da autoridade e não mais se considerando culpado e acusa a própria justiça de submetê-lo a tratamento desumano (FOUCAULT, 2008, p. 62).

O Estado brasileiro tem retornado à idade das trevas no trato dos presos, demonstrando total incapacidade de devolvê-los à sociedade com perspectivas de uma vida digna. A

ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal (GRECO, 2011, p. 103).

O Brasil é o quarto país que mais encarcera no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos, China e Rússia, como veremos quando da análise de dados estatísticos acerca do sistema prisional, o que indica que, por certo, as políticas públicas para enfrentar o problema se mostram ausentes ou ineficazes. Com efeito, se o Estado não cumpre a Constituição Federal no que se refere aos direitos fundamentais dos presos e tampouco a Lei de Execução Penal, o quadro do sistema prisional tende a se agravar e, com isso, corroborar com o aumento da violência e crescente reincidência penal.

A reincidência tem várias causas, que vão desde os traumas vivenciados pelos reclusos na prisão, quando alojado em condições inóspitas, estendendo-se pelas privações básicas, violências físicas e psíquicas, falta de assistência social, assim como a cooptação por parte de organizações criminosas estabelecidas dentro dos muros das prisões. Porém, a principal causa da reincidência é a falta de ocupação do preso no cárcere (indisponibilidade de trabalho e estudos), o que lhe deveria ser garantido por força da Lei nº 7.210/84, corolário do princípio da dignidade humana. Em boa parte dos presídios brasileiros, a maioria esmagadora dos encarcerados não trabalha nem estuda, assim, ao cumprir suas penas e serem colocados em liberdade, sem estudos e sem qualificação profissional, e, ainda, com um estigma de expresidiários, voltam a delinquirem.

É de se destacar ainda o fato do Estado não disponibilizar recursos suficientes para estruturar a justiça, fazendo com que a demora dos provimentos jurisdicionais acabe por contribuir com a superlotação carcerária, deixando aprisionados aqueles que já poderiam estar em liberdade.

4.3 Estudos quantitativos e qualitativos do sistema prisional brasileiro

Em que pese o país estar sob o império da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), uma das legislações mais modernas do mundo, exemplo a ser seguido por toda nação civilizada, em solo brasileiro não passa de letra morta.

O último levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN) realizado no Brasil data de junho de 2014 e revela dados oficiais que expõem o caos do sistema prisional brasileiro (BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional,

2014). O INFOPEN é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro e, desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Antes da existência do INFOPEN, os dados disponíveis a respeito da realidade prisional do país eram escassos, com pouca periodicidade e, frequentemente, não abrangiam todo o universo em questão. Com sua criação, esse quadro sofreu sensível mudança a partir da produção de relatórios que começaram a desvelar a realidade existente no universo intramuros, ainda que muitas e importantes questões permaneçam invisíveis aos olhos da sociedade.

A pesquisa em comento, realizada sob a coordenação da Secretaria Nacional de Segurança Pública, com suporte do Conselho Nacional de Justiça, auxílio de membros do Ministério Público (MP) e gestores de estabelecimentos prisionais, trouxe, para o universo real, dados outrora não revelados, já que o estudo não se restringe à contagem de presos e de unidades carcerárias, muito menos se limita a indicar números de déficit de vagas no sistema, mas informa o perfil daqueles que estão sistematicamente sendo levados ao cárcere e os tipos de delitos praticados. Enfim, é uma pesquisa quantitativa e qualitativa.

Da análise dos dados coletados, verifica-se que os problemas a serem enfrentados são numerosos, passando pela superlotação das prisões, crescimento vertiginoso da população carcerária, necessidade urgente de humanização das condições do cárcere, preservação da vida e da integridade física e moral dos presos, auxílio material básico aos reclusos, oferta de trabalho, garantia de saúde e educação e assistência jurídica entre outros. Problemas estes que somente serão resolvidos com a implementação de políticas públicas eficientes.

O último retrato das prisões apresentado no relatório do INFOPEN desafia o sistema de justiça penal, a política criminal e a política de segurança pública. Os números denunciam a calamidade do sistema e o massacre que se impõe aos reclusos do sistema prisional. Como apontado no relatório do INFOPEN, os problemas no sistema penitenciário do país devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda.

4.3.1 Pessoas privadas de liberdade em junho de 2014

Figura 01 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014

Brasil - 2014			
População prisional	607.731		
Sistema Penitenciário	579.423		
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950		
Sistema Penitenciário Federal	358		
Vagas	376.669		
Déficit de vagas	231.062		
Taxa de ocupação	161%		
Taxa de aprisionamento	299,7		

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 11.

Os primeiros números apresentados revelam o panorama geral da população prisional brasileira, sendo possível observar que, no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade ultrapassou a marca dos seiscentos mil. Atualmente, existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. O número de presos é consideravelmente superior às quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Em outras palavras, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados. Isso em uma média geral, porque em algumas localidades existem centenas de presos onde poderiam ser comportadas apenas dezenas.

Os dados acima, por si só, sinalizam a gravidade da situação do sistema prisional brasileiro. Contudo, para uma melhor compreensão desse quadro, é pertinente comparar a realidade brasileira com a realidade de outros países.

4.3.2 Contextualização do sistema prisional brasileiro no mundo

4.3.2.1 Informações prisionais dos dez países com maior população prisional do mundo

Figura 02 - Informações prisionais dos dez países com maior população prisional do mundo

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	a Taxa de Taxa de	
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	1 61,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	1 61,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%

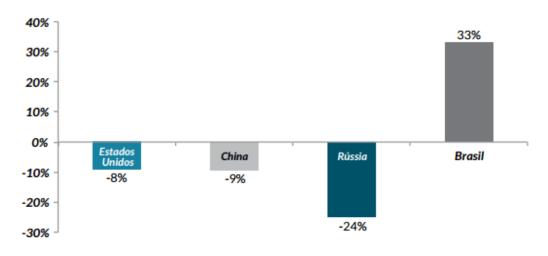
Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 12.

Os dados listados trazem um panorama geral da situação prisional dos dez países com maior população encarcerada no mundo. Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população carcerária, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Fazendo um paralelo entre a taxa de aprisionamento desses países, constata-se que, em termos relativos, a população prisional brasileira também é a quarta maior: somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia têm um contingente prisional mais elevado. A taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros (161%) é a segunda maior entre os países relacionados. O Irã (161,20) tem a maior taxa de ocupação prisional. Apesar de os Estados Unidos contarem com a maior população prisional do mundo, e a Rússia com a terceira maior, a taxa de ocupação desses países é relativamente pequena. Enquanto os estabelecimentos prisionais russos operam, em média, aquém de sua capacidade, com aproximadamente 94% de ocupação, os estabelecimentos dos Estados Unidos operam somente um pouco acima (102%).

O Brasil exibe, entre os países comparados, a terceira maior taxa de presos sem condenação. Do total de pessoas privadas de liberdade no Brasil, aproximadamente quatro entre dez (41%), até junho de 2014 estavam presas sem ainda terem sido julgadas, perdendo apenas para Índia e México.

4.3.2.2 Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2013 nos 4 países com maior população prisional do mundo

Figura 03 - Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2013 nos 4 países com maior população prisional do mundo



Comparação entre 2008 e 2013 (último dado disponível)

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 14.

Os dados da figura acima revelam a variação, nos últimos cinco anos, da taxa de aprisionamento dos quatro países com a maior população prisional do mundo. Depreende-se do gráfico acima que a variação da taxa de aprisionamento brasileira apresenta tendência contrária aos demais países. Desde 2008, os Estados Unidos, a China e, principalmente, a Rússia, estão reduzindo seu ritmo de encarceramento, ao passo que o Brasil o vem acelerando. Entre 2008 e 2013, os Estados Unidos reduziram a taxa de pessoas presas de 755 para 698 presos para cada cem mil habitantes, uma redução de 8%. A China, por sua vez, reduziu, no mesmo período, de 131 para 119 a taxa de reclusos (-9%). A Rússia se destaca: o país diminuiu em, aproximadamente, um quarto (-24%) a taxa de pessoas presas para cada cem mil habitantes. Mantida essa tendência, pode-se projetar que a população privada de liberdade no Brasil ultrapassará a da Rússia em menos de dois anos.

4.4 População prisional brasileira

4.4.1 Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)

700.0
600.0
500.0
400.0
300.0
200.0
100.0
1990 1992 1993 1994 1995 1997 1999 2000 2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 2014

Figura 04 - Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 15.

Em conformidade com os últimos dados coletados (junho de 2014), a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas, ou seja, o número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 374,9%, valor superior à vinte vezes o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano.

4.4.2 Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil

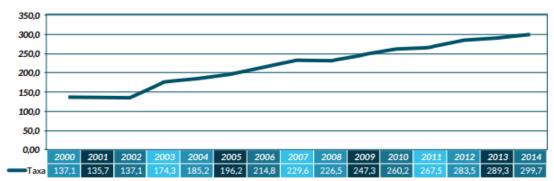


Figura 05 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 16.

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%, o que significa que em 2000 havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso se mantenha esse ritmo de encarceramento, em pouco mais de 05 anos a

população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos e, em pouco mais de meio século, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.

4.4.3 População prisional no Brasil por unidade da federação

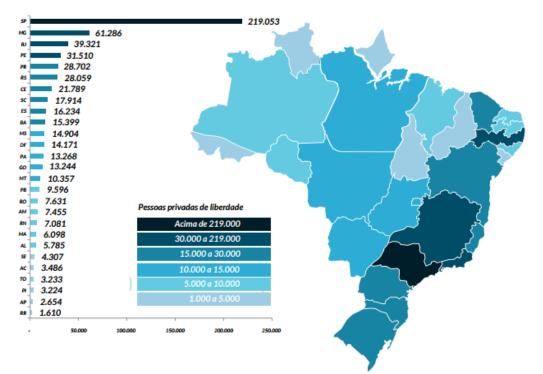


Figura 06 - População prisional no Brasil por unidade da federação

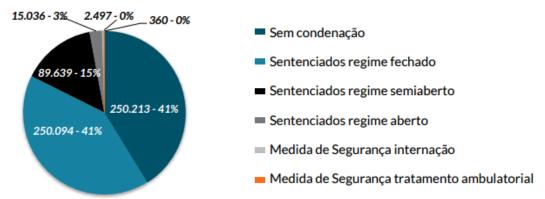
Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 17.

Como é possível notar, o número de pessoas presas nas unidades da federação é bastante distinto. São Paulo, estado com o maior número de presos, tem 219.053 pessoas privadas de liberdade, montante que corresponde aproximadamente a 36% da população prisional do país. Minas Gerais, com 61.286 presos, e Rio de Janeiro, com 39.321, ocupam, respectivamente, o segundo e terceiro lugares na classificação. Roraima, que tem 1.610 pessoas presas, é o estado com a menor população carcerária em números absolutos.

Em parte, a diferença entre a quantidade de pessoas presas nas unidades da federação é uma consequência das diferenças demográficas entre essas unidades. Sendo São Paulo o estado mais populoso do país e Roraima o menos, é de se esperar que tenham, nessa ordem, a maior e a menor população prisional, em quadro comparativo a outros estados. Por essa razão, para uma compreensão mais aprofundada, além de comparar a população prisional desses estados em números absolutos, é necessário realizar uma análise relativa desses quantitativos.

4.5 Presos por natureza da prisão e tipo de regime

Figura 07 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime

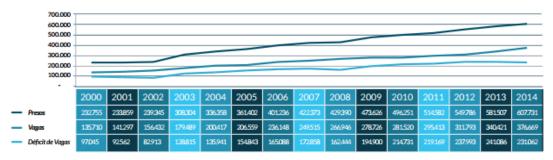


Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 20.

Observando o gráfico, constata-se que aproximadamente 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Apenas 3% das pessoas privadas de liberdade estão em regime aberto e 15% em semiaberto. Para cada pessoa no regime aberto, há aproximadamente 14 pessoas no regime fechado; para cada pessoa no regime semiaberto, há aproximadamente três no fechado.

4.6 Evolução histórica da população prisional, das vagas e dos déficits de vagas

Figura 08 - Evolução histórica da população prisional, das vagas e do déficit de vagas



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 23.

Em que pese o número de vagas ter quase triplicado no período, o déficit de vagas mais do que dobrou, porque o número de encarcerados cresce a passos largos. Essa constatação se justifica pela tendência de crescimento exponencial da população prisional.

4.7 Distribuição das unidades prisionais no Brasil

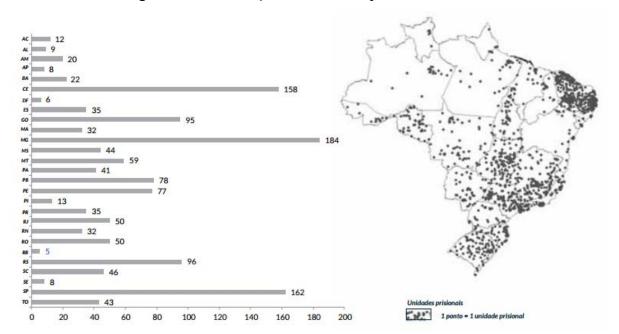


Figura 09 - Distribuição das unidades prisionais no Brasil

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 23.

No Brasil, existem, ao todo, 1.424 unidades prisionais. Quatro desses estabelecimentos são penitenciárias federais, e as demais unidades são estabelecimentos estaduais.

4.8 Capacidade do sistema prisional

Figura 10 - Capacidade do sistema prisional

UF	Total de unidades	Total de vagas	Média de vagas das unidades prisionais	Capacidade máxima observada em unidade da UF
AC	12	2.258	188	588
AL	9	2.589	288	762
AM	20	3.385	169	627
AP	8	1.898	237	850
BA	22	8.321	378	1.004
CE	158	11.790	75	944
DF	6	6.605	1.101	1.584
ES	35	12.905	369	886
GO	95	8.491	89	800
MA	32	5.049	158	804
MG	184	37.323	203	1.974
MS	44	6.902	157	960
MT	59	8.264	140	1.180
PA	41	9.021	220	786
PB	78	6.298	81	612
PE	77	11.894	154	1.195
PI	13	1.718	132	324
PR	35	19.300	551	1.480
RJ	50	28.230	565	1.699
RN	32	4.502	141	620
RO	50	5.996	120	1.000
RR	5	1.080	216	750
RS	96	23.165	241	2.069
SC	46	13.596	296	1.474
SE	8	2.579	322	800
SP	162	130.449	805	2.696
то	43	2.284	53	432
Total	1.420	375.892	265	2.696

Fonte: BRASIL Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 24.

O sistema prisional brasileiro tem 375.892 vagas. E, como se pode notar, as unidades prisionais brasileiras possuem capacidades muito distintas: a média é de 265 vagas por unidade, entretanto, a unidade com maior capacidade chega a 2.696 vagas. Observa-se uma diferença entre as unidades da federação em relação ao porte dos estabelecimentos penais. No Tocantins, a capacidade média das unidades é de 53 vagas, com um máximo de 432 vagas em uma unidade, situação muito diversa do Estado de São Paulo, que apresenta uma capacidade média de 805 vagas, chegando a uma unidade com o máximo de 2.696 vagas.

Verifica-se uma diferença significativa no porte das unidades entre as regiões do Brasil. A região Sudeste apresenta a maior capacidade média das unidades prisionais (485 vagas), seguida da região Sul (317 vagas), da região Centro-Oeste (148 vagas), da região Norte (145 vagas) e, por fim, da região Nordeste (128 vagas).

4.9 Tipo de estabelecimento conforme destinação originária

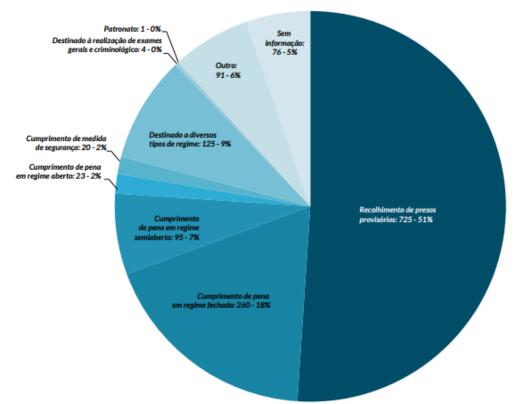


Figura 11 - Tipo de estabelecimento conforme destinação originária

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 26.

A análise do tipo de estabelecimento conforme sua destinação originária permite identificar que mais da metade (51%) dos estabelecimentos existentes no país foram concebidos com vistas ao recolhimento de presos provisórios, razão pela qual existem tantos cárceres abrigando presos de forma indistinta, pouco importando se são apenados ou não.

4.10 Destinação do estabelecimento por gênero

9 - 1%

238 - 17%

Masculino

Feminino

Misto

Sem informação

Figura 12 - Destinação do estabelecimento por gênero

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 33.

No que se refere à distribuição dos estabelecimentos prisionais de acordo com o gênero a que ele se destina, percebe-se que a maior parte dos cárceres, três quartos, é voltada ao público masculino.

4.11 Unidades com acessibilidade para pessoas com deficiência física

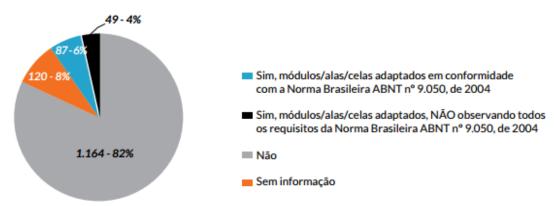


Figura 13 - Unidades com acessibilidade para pessoas com deficiência

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 36.

A figura acima evidencia que a porcentagem de unidades prisionais adaptadas com acessibilidade para pessoas com deficiência é absurdamente inferior à necessidade. Em apenas 6% das unidades analisadas, registrou-se a existência de módulos ou alas acessíveis, em consonância com a Lei de Execuções Penais.

Uma vez analisada a população prisional e as vagas disponibilizadas no sistema prisional, se faz necessária a avaliação dos padrões de ocupação desses estabelecimentos.

4.12 Taxa de ocupação do sistema prisional

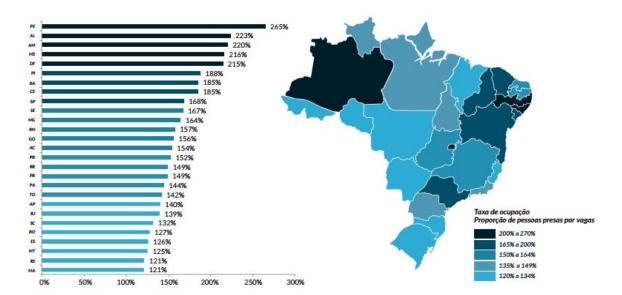


Figura 14 - Taxa de ocupação do sistema prisional

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 37.

A taxa de ocupação prisional brasileira é de 161%; isto significa que em um espaço concebido para custodiar apenas dez indivíduos, há, em média, 16 pessoas encarceradas. Todas as unidades da federação exibem taxa de ocupação superior a 100%. Pernambuco é o estado com a maior taxa de ocupação prisional, com 265%. O Maranhão, em contrapartida, é o estado com a menor taxa, com 121%.

Além de averiguar a heterogeneidade dos dados estaduais, é pertinente focar as diferenças dos padrões de ocupação entre as unidades prisionais.

4.13 Vagas e pessoas privadas da liberdade por natureza da prisão ou tipo de regime

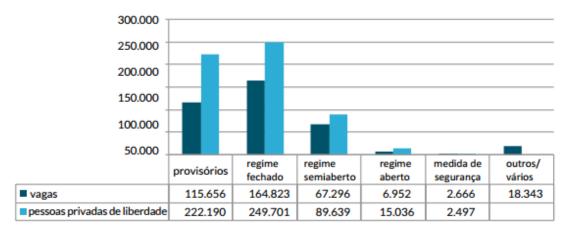


Figura 15 - Vagas e pessoas privadas de liberdade, por natureza da prisão ou tipo de regime

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 43.

A taxa de ocupação das vagas destinadas a presos provisórios é de 192%, cifra consideravelmente superior à da taxa referente ao regime fechado, de 151%, e à referente ao semiaberto, de 133%. A superlotação do regime semiaberto, apesar de menor, merece atenção, pois pode acarretar reflexos na taxa de ocupação dos estabelecimentos de regime fechado. A depender do critério adotado pela autoridade judicial, a ausência de vagas no regime semiaberto acarreta a manutenção do condenado no regime fechado.

Importante destacar que, na realização da pesquisa, apenas 38% das unidades prisionais informaram quantas pessoas se encontram na situação alhures referida. Nessas unidades, constatou-se que há, no total, 7.399 pessoas que deveriam ter progredido para o regime semiaberto e não foram promovidas ao regime adequado por falta de vagas. Esse valor corresponde a 13% das pessoas que se encontram em regime fechado nessas unidades. Se projetarmos essa proporção para o contingente total de pessoas em regime fechado no Brasil, poderíamos inferir que há cerca de 32.460 pessoas que teriam o direito de progredir para o regime semiaberto, mas que não tiveram tal direito assegurado por falta de vagas. Somando esse quantitativo ao déficit de vagas evidenciado pela ocupação dos estabelecimentos destinados ao regime semiaberto, estima-se um déficit de 55 mil vagas nesse regime.

4.14 Média e máximo de vagas por tipo de estabelecimento

Figura 16 - Média e máximo de vagas e presos por tipo de estabelecimento

Tipo de estabelecimento	Média de vagas	Média de presos	Máximo de vagas	Máximo presos
Estabelecimento destinado ao recolhimento de presos provisórios	165,4	277,1	2.069	4.337
Estabelecimento destinado ao cumprimento de pena em regime fechado	442,4	664,8	1.997	3.151
Estabelecimento destinado ao cumprimento de pena em regime semiaberto	344,5	435	2.500	2.941
Estabelecimento destinado ao cumprimento de pena em regime aberto ou de limitação de fim de semana	96,3	316	612	2.132
Estabelecimento destinado ao cumprimento de medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial	215	171	808	642
Estabelecimento destinado a diversos tipos de regime	203,6	242,4	1.474	1.231
Estabelecimento destinado à realização de exames gerais e criminológico	470,3	1.458,5	701	2 .694
Brasil	264,7	408,0	2.696	4.337

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 45.

Os padrões máximos verificados nesses quesitos indicam um distanciamento considerável de padrões adequados de construção e de ocupação dos estabelecimentos destinados ao recolhimento de presos provisórios e aos estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena em regime semiaberto, revelando uma precariedade substancial.

A pesquisa traz informações, também, de números referentes à movimentação e saída de presos do sistema.

4.15 Movimentação no sistema prisional no primeiro semestre de 2014

Figura 17 – Movimentação no sistema prisional no primeiro semestre de 2014

Entradas	Masculino	Feminino	Total
Número de inclusões originárias Inclusões não decorrentes de remoção ou transferência de outro estabelecimento do Sistema Prisional	145.908	9.913	155.821
Saídas	Masculino	Feminino	Total
Número de saídas Saídas decorrentes de alvarás de soltura, óbitos, entre outros	109.255	9.027	118.282
Transferências/remoções	Masculino	Feminino	Total
Número de inclusões por transferências ou remoções Recebimento de pessoas privadas de liberdade oriundas de outros estabelecimentos do próprio Sistema Prisional	70.999	2.773	73.772
Transferências/remoções – de um estabelecimento para outro.	84.148	3.363	87.511
Autorizações de saída	Masculino	Feminino	Total
Permissão de saída Para os condenados do regime fechado e semiaberto ou provisórios, por falecimento ou doença grave de parente ou necessidade de tratamento médico (art. 120 da Lei de Execução Penal)	35.613	3.924	39.537
Saída temporária Para os condenados que cumprem pena em regime semiaberto para visitar família (art. 122, inciso I, da Lei de Execução Penal)	72.212	3.472	75.684

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 46.

Com feito, da análise dos dados de entrada e saída do sistema prisional, é possível verificar uma grande movimentação de pessoas no sistema. Observa-se que, enquanto entraram 155.821 pessoas no primeiro semestre de 2014, saíram 118.282, isto é, para cada 75 pessoas que saíram, 100 pessoas entraram.

Ao comparar o fluxo de entrada e saída entre os diferentes tipos de estabelecimentos, é possível identificar uma grande diferença entre eles. Enquanto as unidades prisionais destinadas ao recolhimento de presos provisórios apresentam uma proporção de 68 pessoas saindo para cada 100 pessoas entrando, nas unidades destinadas ao regime semiaberto o movimento é inverso, duas pessoas saem para cada pessoa que entra.

4.16 Perfil

4.16.1 Faixa etária das pessoas privadas de liberdade

Figura 18 - Faixa etária das pessoas privadas de liberdade

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 48.

A imagem gráfica revela a distribuição da população prisional brasileira por faixa etária, donde se depreende que a maior parte é formada por jovens (pessoas com idades entre 18 e 29 anos). Comparando o perfil etário da população prisional com o perfil da população brasileira em geral, observa-se que a proporção de jovens é maior no sistema prisional que na população em geral. Enquanto 56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país.

Registre-se que, neste quesito, os números do Estado de São Paulo não foram computados porque a gestão não prestou tal informação.

4.16.2 Raça, cor ou etnia

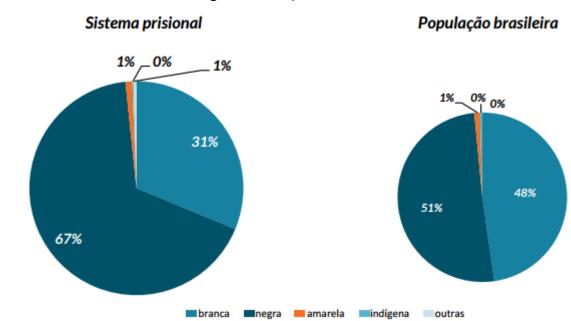


Figura 19 - Raça, cor ou etnia

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 50.

O gráfico demonstra a distribuição da população privada de liberdade por raça, cor ou etnia. Ressalte-se que para os fins do presente relatório, entende-se raça como o grupo definido socialmente, em razão de características físicas. Por etnia, entende-se o grupo definido pelo compartilhamento histórico, religioso ou cultural. A informação que se destaca é a proporção de pessoas negras presas: dois, em cada três presos, são negros. A categoria negra inclui pretos e pardos.

Enquanto a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%).

4.16.3 Porcentagem de pessoas negras no sistema prisional e na população geral

90% 80% 70% 60% 50% 40% 30% 20% 10% 0% Norte Centro-Oeste Sudeste Nordeste Sul no sistema prisional 83% 80% 73% 72% 33% ■ na população geral 76% 71% 42%

Figura 20 - Porcentagem de pessoas negras no sistema prisional e na população geral

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 52.

Os números mostram a distribuição da população de cor privada de liberdade nas unidades da federação. Apenas nos estados do sul do país – Santa Catarina (36%), Paraná (33%) e Rio Grande do Sul (32%) – a população prisional não é composta majoritariamente por pessoas negras. Esse dado, contudo, deve ser analisado à luz do perfil demográfico desses estados. A imagem apresenta que apenas um terço da população prisional da região Sul é composta por pessoas negras, ao passo que, na população em geral da região, a porcentagem de pessoas negras é de 21%.

Nas demais unidades da federação, a maioria absoluta da população prisional brasileira é negra. Os estados com maior porcentagem de pessoas presas negras são o Acre e o Amapá. Nesses estados, nove em cada dez pessoas presas são negras. Na região Sudeste, os negros representam apenas 42% da população total e 72% das pessoas presas.

4.16.4 Estado civil da população prisional brasileira

Solteiro(a)

União estável/amasiado(a)

Casado(a)

Separado(a) judicialmente

Divorciado(a)

Viúvo(a)

Figura 21 - Estado civil da população prisional brasileira

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 53.

Dos estudos realizados, conclui-se que 57% da população prisional brasileira é solteira. Conforme já mencionado, a população prisional é majoritariamente composta por jovens, o que explica, pelo menos em parte, a alta proporção de solteiros na população prisional.

4.16.5 Pessoas com deficiência física por situação de acessibilidade em que se encontram

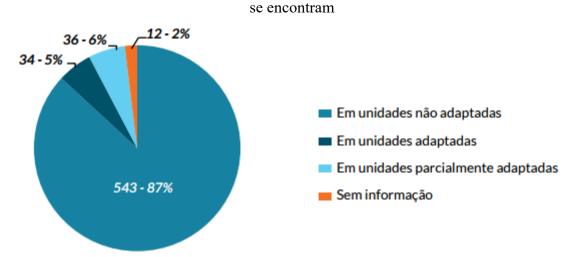


Figura 22 - Pessoas com deficiência física por situação de acessibilidade da unidade em que

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 57.

O estudo mostra a proporção de pessoas com deficiência física privadas de liberdade

que estão custodiadas em um estabelecimento adaptado de modo a atender aos preceitos da acessibilidade. Contata-se que a grande maioria das pessoas com deficiência física (87%) está em unidades sem acessibilidade. Apenas 5% se encontram em unidades adaptadas, devendo ser dito, que há ainda aquelas em unidades parcialmente adaptadas (6%) e aqueles sem informação (2%).

4.16.6 Escolaridade da população prisional

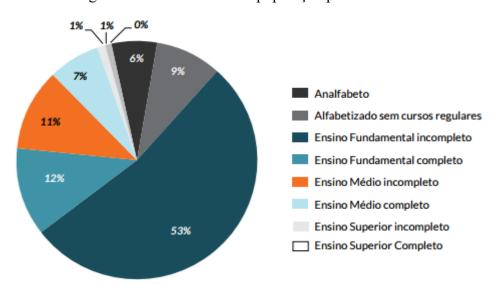


Figura 23 - Escolaridade da população prisional

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 58.

Outro aspecto que demonstra o quanto a educação é fundamental como forma de conter a criminalidade são os números apresentados acima. A figura ilustrativa evidencia que, aproximadamente, oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental, ou o têm incompleto, é de 50%.

Analisando a população brasileira como um todo, tem-se que, aproximadamente, 32% da população completaram o ensino médio, ao passo que apenas 8% da população prisional o concluíram.

4.16.7 Continente de proveniência de presos estrangeiros

1.600 1477 1.400 1.200 1.000 787 800 600 397 400 200 112 2 0 África Ásia América Oceania Europa

Figura 24 - Continente de proveniência dos presos estrangeiros

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 61.

Do presente gráfico, infere-se que grande parte dos estrangeiros privados de liberdade – cinco em cada dez presos estrangeiros – é de origem de países do continente americano. Os países com maior número de presos no Brasil são o Paraguai (com 350 presos), seguido da Nigéria (337) e da Bolívia (323).

4.17 Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade

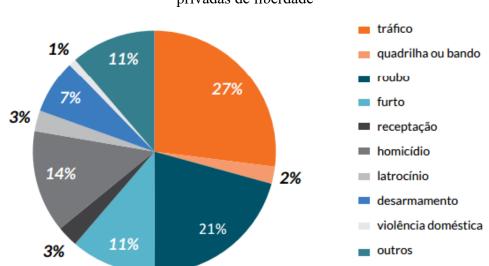


Figura 25 - Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 64.

A figura acima consolida os registros informados de todas as ações penais pelas quais respondem as pessoas privadas de liberdade no Brasil. Nota-se que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio. Cerca de um em cada dez corresponde a furto. Percebe-se que o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%.

4.18 Serviço social

É cediço que a Lei de Execução Penal impõe como dever do Estado prestar assistência social à pessoa privada de liberdade, com os objetivos de prevenir o crime, amparar o preso e prepará-lo para o retorno à sociedade.

Incumbe ao serviço de assistência social: conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; relatar, ao diretor do estabelecimento, os problemas enfrentados pelo assistido; acompanhar o resultado das permissões de saídas temporárias; promover, pelos meios disponíveis, a recreação; orientar o assistido na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.



Figura 26 - Unidades com sala de atendimento para serviço social

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 94.

A figura demonstra o número de estabelecimentos, em dados absolutos e percentuais, que dispõem de salas de atendimento para serviço social. Verifica-se que aproximadamente 62% das unidades têm sala, ainda que em estado precário, sendo que 23% têm sala exclusiva para este fim, e em 39% dos estabelecimentos a sala é compartilhada com outros serviços.

4.19 Atendimento jurídico gratuito

As pessoas privadas de liberdade sem recursos financeiros para constituir advogados têm direito à assistência jurídica, nos termos da Lei nº 7.210/84. As unidades da federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

28 - 2%

270 - 22%

Sala exclusiva

Sala compartilhada com outros serviços

No parlatório

Não há sala

Sem informação

Figura 27 - Unidades com sala para atendimento jurídico gratuito

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 100.

A figura mostra a porcentagem de estabelecimentos que dispõem sala para atendimento jurídico gratuito. Em 76% das unidades, há local para atendimento jurídico gratuito. Entretanto, em apenas 22% a sala é exclusiva para esse tipo de atendimento.

4.19.1 Prestação de assistência jurídica gratuita nos estabelecimentos prisionais

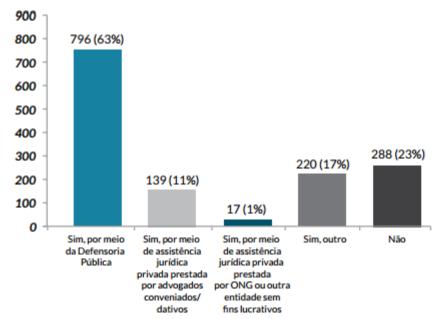


Figura 28 - Prestação sistemática de assistência jurídica gratuita nos estabelecimentos

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 100.

Aproximadamente uma em cada quatro unidades prisionais do país não tem prestação sistemática de assistência jurídica gratuita. Em 63% dos estabelecimentos, a prestação é feita pela Defensoria Pública. Entre os outros tipos de assistência jurídica, destaca-se a contratação de advogados diretamente pelas unidades. Oito em cada dez unidades do Rio Grande do Norte não apresentam prestação sistemática de assistência jurídica gratuita, no Ceará, cerca de seis em cada dez.

4.20 Saúde

A Lei de Execução Penal prevê, em seu art. 14, que a assistência à saúde da pessoa privada de liberdade compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, fornecido pelo estabelecimento penal, e não sendo possível, em razão de falta de aparelhamento, por exemplo, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção da casa de custódia.

4.20.1 Unidades com e sem módulo de saúde

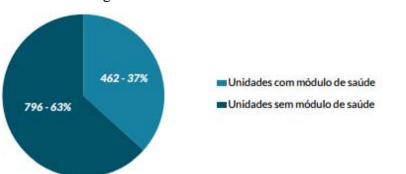


Figura 29 - Unidades com e sem módulo de saúde

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 103.

Cabe ressaltar que, em 2014, foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP). Com essa política, a população prisional foi inserida formalmente na cobertura do Sistema Único de Saúde (SUS). Entre os objetivos da PNAISP, está assegurado que cada unidade prisional seja um ponto integrante da Rede de Atenção à Saúde do SUS.

Verifica-se, contudo, que apenas cerca de um terço das unidades prisionais no Brasil detém algum módulo de saúde, mesmo assim em situação precária.

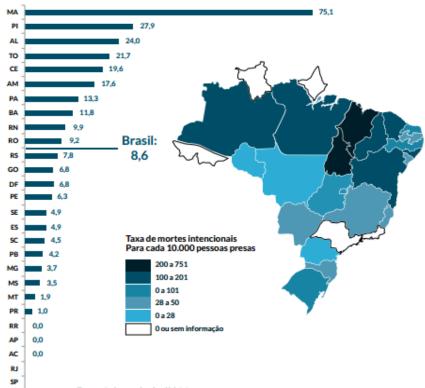
4.21 Mortalidade

Foram registradas 565 mortes nas unidades prisionais no primeiro semestre de 2014, sem contabilizar os dados de São Paulo e Rio de Janeiro, estados que não responderam a estes quesitos da pesquisa. Cerca de metade dessas mortes podem ser consideradas mortes violentas intencionais.

As mortes por causas naturais dentro das unidades devem ser analisadas de maneira diferenciada da população em geral, pois os indivíduos estão sob custódia do Estado e dependem deste para obtenção de qualquer espécie de atendimento de saúde.

4.21.1 Taxa de mortalidade intencional no primeiro semestre de 2014 para cada dez mil pessoas privadas de liberdade

Figura 30 - Taxa de mortalidade intencional no primeiro semestre de 2014 para cada dez mil pessoas privadas de liberdade



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 115.

A análise da mortalidade intencional permite uma comparação mais adequada com os valores totais da população. A taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre, o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes maior do que a taxa verificada no Brasil de crimes letais intencionais em 2013.

4.22 Educação

A Lei de Execução Penal estabelece que é dever do Estado fornecer à pessoa privada de liberdade assistência educacional, incluindo instrução escolar e formação profissional, sendo a oferta do ensino fundamental de caráter obrigatório, cujo objetivo é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

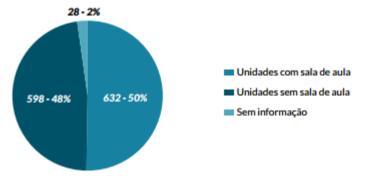
Figura 31 - Pessoas privadas de liberdade envolvidas em atividades educacionais

UF	Pessoas em atividades educacionais	% de pessoas presas no estado em atividades educacionais	
AC	319	9,1%	
AL	14	0,3%	
AM	786	10,7%	
AP	46	1,7%	
BA	1646	13,9%	
CE	4018	19,7%	
DF	1824	13,7%	
ES	2834	17,5%	
GO	420	3,2%	
MA	330	7,3%	
MG	5403	9,6%	
MS	973	6,9%	
MT	1406	13,6%	
PA	1054	8,4%	
PB	1061	11,1%	
PE	6426	20,4%	
PI	161	5,0%	
PR	4315	22,1%	
RJ	207	0,5%	
RN	344	4,9%	
RO	881	11,5%	
RR	28	1,7%	
RS	1570	5,6%	
SC	2010	11,2%	
SE	391	9,6%	
SP	NI	NI	
TO	364	11,3%	
Total	38831	10,7%	

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 116.

Pelos números apurados, nota-se que apenas uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país. Paraná (22%), Ceará (20%) e Pernambuco (20%) são os estados com mais pessoas realizando esse tipo de atividade. Ao passo que Rio de Janeiro (1%), Rio Grande do Norte (2%) e Amapá (2%) são os que apresentam menores índices.

Figura 32 - Unidades com e sem sala de aula



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 117.

4.23 Trabalho

Segundo a Lei de Execução Penal, o trabalho da pessoa privada de liberdade tem finalidade educativa e produtiva. De acordo com a lei, ainda que não sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalho do preso deve ser remunerado, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo.

Figura 33 - Pessoas privadas de liberdade em atividade laboral por unidade da federação

UF	Pessoas trabalhando	Porcentagem de pessoas trabalhando
AC	1093	31%
AL	678	13%
AM	728	10%
AP	398	15%
BA	1706	14%
CE	4.281	21%
DF	2.280	17%
ES	2.198	14%
GO	1.889	14%
MA	692	15%
MG	8.831	16%
MS	4.266	30%
MT	1.648	16%
PA	1.407	11%
PB	826	9%
PE	4.982	16%
PI	314	10%
PR	3.955	20%
RJ	3	0%
RN	206	3%
RO	2.854	37%
RR	257	16%
RS	6.970	25%
SC	5.401	30%
SE	118	3%
SP	NI	NI
то	433	13%
Total	58.414	16%

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 127.

Segundo o levantamento realizado, existem 58.414 pessoas privadas de liberdade que trabalham no país, sem contabilizar os dados de São Paulo. Em junho de 2013, São Paulo informou ter 48.028 pessoas presas trabalhando. Mantidos esses dados, teríamos um total de 106.636 pessoas trabalhando. Isto é, apenas 16% da população prisional do país estão trabalhando. Rondônia é o estado com maior porcentagem de presos trabalhando (37%), seguido pelo Acre (31%), Mato Grosso do Sul (30%) e Santa Catarina (30%).

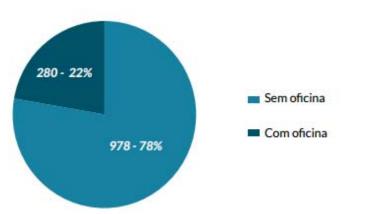


Figura 34 - Estabelecimentos com e sem oficinas de trabalho

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 131.

A figura mostra a porcentagem de estabelecimentos com oficina de trabalho por unidade da federação. No total, 22% das unidades prisionais brasileiras dispõem de oficinas de trabalho. O Distrito Federal, o Paraná e Sergipe são os estados que possuem mais estabelecimentos com esse tipo de equipamento. O Rio de Janeiro, o Rio Grande do Norte e o Ceará são os estados com menor quantidade de estabelecimentos com oficina de trabalho.

Com a análise dos dados estatísticos, é possível perceber que ainda estamos, demasiadamente, afastados do que estabelece a Lei de Execução Penal, a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A realidade existente no sistema prisional é distante daquela prevista nesses textos normativos, o que exige do guardião da Constituição Federal a adoção de fórmula que garanta, minimamente, a dignidade das pessoas que se encontram aprisionadas nos complexos penais brasileiros.

5 OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

5.1 Direitos humanos: uma conquista

Os direitos humanos são um conjunto de princípios morais e normas sobre o comportamento humano, que serve de sustentáculo para a elaboração de regulamentação legal, nacional e internacional, visando proteger a todos, independente de cor, raça, sexo, origem, crença religiosa, língua, ou qualquer outro fator. O acolhimento jurídico dos direitos humanos é resultado de um longo processo histórico que, paulatinamente promoveu o reconhecimento desses direitos e a positivação de normas que lhes conferem base jurídica.

Há uma variedade de documentos que contribuíram para o desenvolvimento dos direitos humanos, tais como a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e a constituição americana, do mesmo ano, no contexto da independência dos Estados Unidos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, abarcando os ideais da Revolução Francesa, e a Constituição da França, de 1791. Dentre estes, a constituição francesa destaca-se por conter uma regulamentação mais detida dos direitos humanos fundamentais, tendo consagrado direitos como a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade, a livre manifestação do pensamento, o devido processo legal, a ampla defesa e os direitos políticos.

Outro documento que merece destaque é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, que consagrou uma série de direitos: igualdade entre os seres humanos sem nenhuma forma de discriminação, necessidade de proteção social aos mais fracos ou necessitados, direito à sindicalização por parte dos trabalhadores e direito à educação, dentre outros (COMPARATO, 2004, p. 222). Além disso, na Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas de 1989 foi solicitado à sua Comissão de Direito Internacional que elaborasse um projeto de estatuto para um Tribunal Penal Internacional permanente, com competência para julgar o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, o que significou mais uma conquista no campo dos direitos humanos em termos de efetividade.

Destarte, posteriormente aos textos legais referidos, vários países fizeram constar em suas constituições nacionais normas consagrando direitos humanos, proclamando que todos os homens são livres e iguais em dignidade e em direitos, de forma a difundir a proteção constitucional dos direitos do homem entre os países democráticos (FERREIRA FILHO, 2011, p. 24). Assim, há, atualmente, uma série de direitos humanos positivados nas

constituições de diversos países democráticos. Com efeito, o processo de afirmação histórica dos direitos humanos demonstra que é importante a declaração expressa de um direito, para que se torne norma clara e inequívoca, passível de efetividade através do uso de instrumentos legais. Contudo, a mera previsão legal não basta para que a conquista de direitos de tão expressiva relevância possam ser efetivados no plano concreto.

É cediço que a defesa dos direitos humanos, pelos diversos instrumentos judiciais disponíveis, concentrava-se em proteção individual. Ocorre que, em muitos casos, a violação de determinado direito humano abrange um grande número de pessoas, o que passou a reclamar instrumentos próprios para defesa de direitos e interesses metaindividuais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), resultando na previsão legal da Ação Civil Pública.

Com o advento da Constituição de 1988, que abriu um espaço bem maior para as ações coletivas, a Ação Civil Pública, nos termos do art. 129, III do texto da referida carta republicana, teve o seu objeto ampliado, indo além da redação da Lei nº 7.347/85, pois passou a defender também o patrimônio público e social bem como outros interesses difusos e coletivos.

5.1.1 Os direitos humanos nos planos interno e internacional

Nos itens VI, VII e IX, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, assinala que a lei é a expressão da vontade geral; estabelece que nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso se não nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito; prescreve que todo homem seja julgado inocente até quando for declarado culpado e se for julgado indispensável detê-lo, qualquer rigor que não seria necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente proibido pela lei.

Seguindo o mesmo caminho, guiada pelo Iluminismo, a Organização das Nações Unidas proclamava a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre os quais merecem destaque aqueles constantes nos itens V a X, a saber: ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei; todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei; todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei; ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado; todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma

justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou sobre o fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Além disso, a Organização das Nações Unidas, em 30 de agosto de 1955, adotou, sob forma de Resolução (633 C I), as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, ocasião em que editou normas humanitárias no trato daqueles que haviam tido a liberdade segregada em razão da prática de transgressão ao ordenamento jurídico. Dentre as regras minimamente estabelecidas, encontram-se: a obrigação de identificar o criminoso; sua classificação em categorias; celas ou quartos destinados a isolamento noturno; higiene pessoal; roupas de cama; alimentação; exercícios físicos; assistência médica; disciplina; sanções; informação escrita sobre o regime da categoria; direito de reclamação; contato com o mundo exterior; biblioteca; assistência religiosa; regalias; trabalho compatível; instrução; recreação e várias outras normas pertinentes.

Desde o processo de democratização do país, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, sendo que a Constituição de 5 de outubro de 1988 estabeleceu, no capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos) do título II (dos direitos e garantias fundamentais), os mesmos princípios da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, o marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro foi a ratificação, em 1 de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

A partir dessa ratificação, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Dentre eles, merecem destaque: 1989 — Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; 1989 — Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; 1990 — Convenção sobre os Direitos da Criança; 1992 — Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; 1992 — Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 1992 — Convenção Americana de Direitos Humanos; 1995 — Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; 1996 — Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador); 2002 — Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional; 2002 — Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; 2004 — Protocolo Facultativo à Convenção sobre

os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados; 2004 — Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis.

Ressalte-se que a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou convenção internacional que versa sobre direitos humanos, a União assume as obrigações nele constante, sujeitando-se, inclusive à supervisão dos órgãos internacionais de controle, já que somente ela possui personalidade jurídica no plano externo. Nesse sentido, é bom recordar que o Brasil já possui diversos processos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão de reiterada violência aos direitos humanos dos presos, como os casos envolvendo o Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como Urso Branco, em Porto Velho/RO, o Complexo Penal de Tatuapé, em São Paulo/SP, a Penitenciária Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e a Unidade Socieducativa, em Cariacica/ES.

Com efeito, os princípios federativos e da separação dos poderes não servem para afastar a responsabilidade da União no que se refere à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional. O Estado Federado é responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes de tratados no âmbito de seu território inteiro, não importando as divisões internas de poder (PIOVESAN, 2008, p. 299). Importante rememorar que a emenda 45/2004 introduziu na Constituição Federal de 1988 o artigo 109, V-A, possibilitando a federalização de violações aos direitos fundamentais, com o objetivo de evitar a impunidade no combate às ofensas mais graves a esses valores, primando pela dignidade da pessoa humana.

No plano interno, à exceção das Constituições de 1937 e 1967, embriões do autoritarismo nacional, as demais constituições brasileiras tradicionalmente registraram, no capítulo dos direitos e garantias individuais, os direitos fundamentais do indivíduo. Com efeito, a Constituição de 25 de março de 1824 dispunha, no título VIII, sobre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros (arts. 173 e 179); a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, na seção II do título IV, tutelava a declaração de direitos (arts. 72 e 78); a Constituição de 16 de julho de 1934, no capítulo II do título III, proclamava os direitos e garantias individuais (arts. 113 e 114); até mesmo a Constituição de 1937, que emergiu de um Estado autoritário, abriu um tópico para os direitos e garantias individuais (arts. 122 e 123); a Constituição de 18 de setembro de 1946, que restabeleceu o estado de direito democrático, deu amplitude ao capítulo dos direitos e garantias individuais (arts. 141 e 144). Adiante, com a implantação da ditadura militar de 1964, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 disciplinou, no capítulo IV do título II, os direitos e garantias individuais (arts. 153 e 154).

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, foi editada, em 1984, a Lei nº 7.210,

que disciplinou a execução penal no país e serviu de modelo para o mundo, tamanho o caráter humanitário de seu texto legal. Entretanto, em que pese a moderna legislação, bem como sua repercussão em todo mundo civilizado, até a presente data pode se dizer que suas normas não passam de uma carta de intenções, já que sua efetividade foi renegada pelo Poder Público.

5.2 Direitos fundamentais: efetivação

É comum a utilização das expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" como sinônimos. Contudo, há uma distinção que repousa no fato de que os direitos fundamentais se referem aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na constituição de determinado Estado, ao passo que os direitos humanos estão relacionados a documentos de direito internacional, por se referirem àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2012, p. 35-36).

Há controvérsia acerca da origem dos direitos fundamentais, estabelecidos entre a Declaração de Direitos do Povo da Virginia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem, proclamada em 2 de outubro de 1789, pelos representantes do povo francês, já que ambas reconheciam ao ser humano direitos naturais, invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis. Entretanto, os direitos fundamentais estão vinculados essencialmente à Declaração dos Direitos do Homem, que tinha por destinatário todo ser humano, ao passo que a Declaração do Povo da Virgínia tinha um espaço de abrangência menor, dirigindo-se a uma camada social privilegiada, como os barões feudais, quando muito a um povo ou sociedade que se libertava politicamente, como era o caso das antigas colônias americanas (BONAVIDES, 2014, p. 576). Com efeito, a origem dos direitos fundamentais se revela de pouca importância à mediada que ambas as declarações, tanto a inglesa quanto a francesa, tutelam novos direitos e os afirmam como naturais, inalienáveis e sagrados, os quais antecedem qualquer organização política, ainda que em menor ou maior grau de abrangência.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O que é fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 2004, p. 5-19). No século XIX,

com a Revolução Industrial, ocorreu forte migração da população do campo para a cidade, em busca de trabalho nas fábricas, fator que desencadeou oferta de abundante mão de obra e consequente submissão do trabalhador a jornadas e condições de trabalho desfavoráveis. Tal fato acabou por dar origem a revoltas e organização da classe trabalhadora (proletariado), com o propósito de reivindicar direitos, que foram efetivamente reconhecidos e positivados como direitos humanos, como o fizeram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que inspiraram várias outras.

Os direitos fundamentais decorrem de uma construção histórica, ou seja, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. Seria inverossímil, na França de 1789, época em que se reconheceram o direito à liberdade, igualdade e fraternidade como direitos fundamentais, prever também a tutela do meio ambiente como direito de mesmo quilate, como o é hoje na maioria dos países desenvolvidos. Nessa mesma linha de pensamento, enquanto a igualdade entre pessoas de mesmo sexo é um direito fundamental em alguns países, como ocorre no Brasil (art. 5°, I da CF/88), tal fato é inconcebível nos países de tradição mulçumana.

Por estarem, os direitos fundamentais, em constante evolução, transformação e expansão, para fins de estudo, segue uma determinada classificação, alcançando, atualmente, cinco dimensões.

Os direitos da primeira dimensão ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo; são direitos de resistência e oponíveis ao Estado. Traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico (BONAVIDES, 2014, p. 576). Assim, esses direitos são aqueles ligados à liberdade, os primeiros a constarem de um instrumento normativo constitucional, como os direitos civis e políticos, que contemplam uma série de liberdades, como as de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, bem como asseguram o direito ao voto e à capacidade eleitoral passiva, revelando desse modo, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

A intervenção do Estado na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social, no século XX, tiveram como consequência o surgimento dos direitos de segunda dimensão, que correspondem à assistência social, saúde, educação, trabalho e lazer, entre outros. Os impactos da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos geraram, ainda no século XIX, amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo dos direitos de segunda dimensão, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Esses direitos envolvem interesses do proletariado, tais como a liberdade de sindicalização e o direito de greve, bem como o

reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores. Por estes motivos são chamados de direitos sociais, denominados por terem sua gênese vinculada às reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente a classe operária (SARLET, 2012, p. 49-50).

Os direitos sociais fizeram nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, também é necessário proteger a instituição, buscando uma realidade social mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade. Isso caracteriza o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculados a valores sociais que demandam realização concreta, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para a concretização de tais direitos (BONAVIDES, 2014, p. 579).

Já no século XX, considerando-se a existência de um mundo bifurcado entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, exploradoras e exploradas, a consciência de novos desafios, não mais restritos à vida e à liberdade, mas, especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as nações, ocasionou o surgimento da terceira dimensão de direitos fundamentais.

Os direitos da terceira dimensão são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, estando ligados à ideia de solidariedade e se entrelaçando a interesses da coletividade, e não mais relacionados ao homem individualmente, e, tampouco, a determinada classe social (BONAVIDES, 2014, p. 583). Com feito, os direitos de terceira dimensão se referem a direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), estando ligados à promoção do desenvolvimento, à proteção ao meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico cultural, entre outros, portanto, possuem implicação universal ou, no mínimo, transindividual e exigem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação. A distinção desses direitos reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, como por exemplo, o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, os quais, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclamam novas técnicas de garantia e proteção (SARLET, 2012, p. 50-51).

Como consequência da globalização e da criação do Estado Neoliberal, existe uma tendência de se reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos, que contemplaria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Assim, introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica, os direitos da quarta geração possibilitam a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (BONAVIDES, 2014, p. 586).

O contexto de disputas internacionais e economia globalizada alça a paz a direito

fundamental de quinta dimensão, em patamar precípuo no âmbito da normatividade jurídica, configurando, pois, um dos maiores progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2014, p. 594), pois a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação das espécies e reino de segurança dos direitos (BONAVIDES, 2014, p. 598).

No plano internacional, a paz como direito do homem contou com previsão e proteção expressa na Declaração das Nações Unidas (Resolução nº 33/73), na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Proclamação da Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL), e, por derradeiro, a Declaração dos Direitos dos Povos à Paz, contida na resolução da ONU nº 39/84. As referidas normatizações têm como epicentro a manutenção e busca da paz, porque é um direito imanente à vida, uma condição imprescindível ao desenvolvimento de qualquer que seja a nação. Já no plano interno, o direito à paz está positivado no inciso IV, do art. 4º, da Constituição Federal de 1988, e, sendo um princípio, tem a mesma força normativa dos direitos fundamentais.

As diversas dimensões dos direitos fundamentais foram oriundas de um processo essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, mas sua concepção está inteiramente ligada ao jusnaturalismo. Os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano. As diversas dimensões que marcam a evolução de processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável (SARLET, 2012, p. 54).

Destaca-se que nem todos os direitos fundamentais estão previstos, necessariamente, em título próprio no texto constitucional, ou seja, podem vir fora de ordem ou mesmo em legislação extravagante que disponha sobre direitos decorrentes de princípios constitucionais, não podendo, entretanto, serem desconsiderados; são aplicáveis, eficazes e considerados direitos fundamentais iguais àqueles que possuem título próprio. Embora alguns dos direitos fundamentais estejam determinados em um titulo próprio dentro do texto constitucional e outros dispostos de forma dispersa, eles compreendem "um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante" (SARLET, 2012, p. 75).

Com efeito, os direitos elencados na Constituição de 1988 não excluem outros direitos

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos da previsão contida no seu artigo 5°, § 2° da Constituição Federal de 1988. Com base na norma citada, pode-se construir a hipótese que se assenta na perspectiva de que a mesma atribui natureza de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal de 1988, diante da assunção da dignidade humana e dos direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional (MORAIS, 2002, p. 88).

Tanto o direito internacional quanto o direito interno mostram-se em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. No conflito entre normas deve prevalecer aquela "que melhor proteja os direitos humanos" (TRINDADE, 1997, p. 22). Os direitos fundamentais podem estar presentes em tratados internacionais acolhidos pelo nosso direito interno, como ressai da norma acima citada, assim como podem se situarem no núcleo central da Constituição Federal, ou gravitando em seu entorno, ou ainda, prescritos em leis esparsas. O núcleo essencial, a fonte ética, jurídico-positiva dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito do direito internacional, especialmente no mundo ocidental, destaca-se como delineador de outros princípios relativos aos direitos humanos. Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro super princípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2008, p. 17-18). A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, o que lhe acarreta uma variedade de direitos fundamentais que asseguram à pessoa proteger-se de ato de cunho degradante e desumano, garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2012, p. 62).

A Constituição Federal de 1988 prevê uma variedade de direitos fundamentais, contemplando-os, inclusive, como cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º, IV da CF/88). Estabelece, também, em seu parágrafo 1º do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que significa que os Poderes Públicos (Administração e Judiciário) têm o dever de promover a efetividade do comando legal alhures referido. O texto legal em voga é de uma clareza singular, e a fundamentação para que a aplicabilidade dos direitos fundamentais seja imediata repousa na proteção que merece o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, esculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

5.3 Direitos fundamentais do preso

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, XLIX, e o Código Penal, em seu artigo 38, estabelecem que o sentenciado deve conservar todos os direitos não afetados pela decisão condenatória. Em se tratando de pena privativa de liberdade, restringe-se apenas o seu direito de ir e vir e os direitos a ele conexos, como por exemplo, a prerrogativa integral à intimidade, algo fora de propósito para quem está preso, sob tutela e vigilância frequente do Estado, mas, o mesmo não se faz no que se refere aos demais direitos individuais, como a integridade física, o patrimônio, a honra e a liberdade de crença e culto, entre outros (NUCCI, 2014, p. 945). Quanto àqueles previstos no núcleo central da Constituição Federal de 1988, o que os tornam fundamentais é a interligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 5°, III da CF/88), e não, necessariamente, o fato de estarem situados no capítulo dos direitos e garantias individuais do referido diploma legal.

Entre os diversos direitos dos presos previstos em incisos do art. 5º da Constituição Federal, encontram-se: a proibição da tortura e tratamento degradante (III); a lei deverá punir discriminação contra direitos e liberdades fundamentais (XLI); a proibição da pena de morte e outras penas cruéis (XLVII); o respeito à integridade física e moral (XLIX); o direito das presidiárias permanecerem com seus filhos no período de amamentação (L); o devido processo legal para privar alguém da liberdade ou dos seus bens (LIV); o contraditório e a ampla defesa (LV); a presunção de inocência (LVII); a não sujeição à identificação criminal do civilmente identificado, salvo hipóteses legais (LVIII); a prisão somente em flagrante ou por ordem judicial, salvo em questões militares (LXI); a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e à família ou pessoa indicada pelo preso (LXII); o preso deverá ser informado de seus direitos, inclusive da assistência da família e de advogado, e que pode ficar calado (LXIII); o direito de saber quem são os responsáveis pela prisão e pelo interrogatório (LXIV); a prisão ilegal deverá ser relaxada imediatamente pela autoridade judiciária (LXV); ninguém deverá ficar preso quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI); a proibição da prisão por dívida, exceto no caso do depositário infiel ou do inadimplente voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (LXVII); o direito ao habeas corpus gratuito (LXVIII e LXXVII); assistência jurídica e integral prestada pelo Estado aos com insuficiência de recursos (LXXIV); indenização ao condenado por erro judiciário ou ao que ficar preso mais do que o tempo fixado na sentença (LXXV) e duração razoável do processo (LXXVII).

Alguns direitos dos presos estão previstos, também, em legislação extravagante, como

é o caso da Lei nº 7.210 de 1984, tais como: assistência social, material, jurídica, educacional, à saúde e religiosa ao preso, além de sua ressocialização.

O respeito à integridade física e moral do preso está previsto não só no artigo 5°, XLIX, da Constituição Federal de 1988, como, também, no artigo 38 do Código Penal e no artigo 40 da Lei de Execução Penal, pois o mesmo se estrutura no princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 3, III, da Constituição Federal de 1988. Tal temática é intimamente ligada ao princípio dos direitos individuais, que veda tratamento desumano e/ou degradante, porquanto a violência à integridade física da pessoa significa agressão à vida, pois esta se realiza naquela, enquanto a ofensa à moral, entendida como valor ético-social da pessoa e da família, representa um atentado contra a honra da pessoa, seu bom nome, boa fama e reputação, que integram a vida humana como dimensão material (SILVA, 2009, p. 199).

A vedação das penas de morte, caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento e penas cruéis decorrem do princípio de humanidade e racionalidade das penas, uma consequência, também, deste fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a dignidade da pessoa humana. A Constituição Brasileira de 1988, ao vedar a aplicação das referidas penas, consagra – em seu núcleo central, situado no capítulo dos direitos e garantias individuais – os direitos fundamentais dos presos, que não podem ser modificados pelo legislador infraconstitucional, em respeito à cláusula pétrea, constante do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988. Nem mesmo a cogitação de uma nova Assembleia Constituinte poderia, em tese, alterar a conquista prescrita no artigo 5º, XLVII, alíneas "a" a "e" da Constituição Federal, pois representaria um retrocesso social, sendo algo a que está limitado até mesmo o legislador originário e, é, atualmente, a tendência mundial de todos os países civilizados.

Como mencionado acima, com a condenação, o delinquente perde apenas os direitos relacionados à sua liberdade, conservando intactos os demais, razão pela qual submetê-lo à morte, castigos corporais, banimento, trabalhos forçados e segregação da liberdade em caráter perpétuo implica em violação dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988. A pena de morte, especialmente, nem mesmo pode ser concebida como pena, pois, para o moderno Direito Penal, a função da pena é de prevenir e ressocializar o condenado, o que não acontece com a imposição da pena de morte a um indivíduo, já que possui como função única suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente, da sociedade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 671).

Embora proibida em circunstâncias normais, no território brasileiro, a pena de morte

pode ser aplicada em situação excepcional, ou seja, em caso de guerra declarada, conforme expressamente prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, XLVII, "a", e, em consonância com o disposto no art. 56 do Código Penal Militar, a morte do condenado dar-se-á por fuzilamento. Antes da execução, a sentença deve ser comunicada ao Presidente da República, para que ele possa utilizar-se, ou não, da chamada "clemência", espécie de graça concedida ao condenado no sentido de comutar a pena, preceito contido no artigo 84, XII, da Constituição Federal de 1988.

A pena de morte, no evento de guerra declarada, merece consideração especial, já que a guerra é o fracasso do Direito. Pode-se dizer que a guerra é um fenômeno que escapou ao Direito, e, como tal, a legislação de guerra nada faz além de prever algumas consequências dessa singularidade, dentre as quais, cabe considerar a possibilidade de uma situação de inculpabilidade, ou seja, de inexigibilidade de outra conduta detidamente regrada, e frente a qual se encontra o exército como instituição de emergência (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 672).

As penas de caráter perpétuo estão, definitivamente, fora do sistema penal brasileiro, em virtude desse tipo de reprimenda não trazer efeitos positivos para a sociedade e muito menos para os condenados. Os reflexos são totalmente negativos, tais como a manutenção da ociosidade e a transformação do condenado em verdadeiro parasita social. Se o objetivo da pena é ressocializar o condenado e prevenir o crime, segregar o apenado do convívio social em caráter permanente significa confiná-lo a um estágio de involução.

Quanto à proibição constitucional de trabalhos forçados, justifica-se porque a ideia de imposição de força configura uma violência ao condenado, algo que foge, por completo, ao objetivo da reprimenda penal. Importante que se faça a distinção do trabalho forçado daquele trabalho previsto no artigo 39 do Código Penal, chamado de laborterapia, que oferece ao condenado uma vaga de trabalho remunerado e benefícios oriundos da Previdência Social, além da remissão da pena, descontando-se um dia de pena para cada três dias de trabalho. Na expressão "trabalho forçado", tem-se que a utilização do adjetivo "forçado" traduz a ideia de que o condenado terá que trabalhar nem que seja à base de violência, através de socos, pontapés e chibatadas, não havendo, portanto, opção; ou trabalha ou é agredido.

A pena de banimento corresponde à retirada forçada de um nacional de seu país, em virtude da prática de determinado fato no território nacional, isto é, retira-se a possibilidade de um cidadão conviver entre os seus e em sua terra natal. O fundamento para que o constituinte promovesse tal vedação é que não se pode exigir que cidadãos nacionais convivam compulsoriamente com povos estranhos e de cultura diversa, bem como não se pode obrigar

que Estados estrangeiros aceitem um delinquente dentro de suas fronteiras. Tal fato não só poderia colocar em situação de extremo perigo aqueles que atentaram contra a ordem jurídica, como também lhes privaria da oportunidade de reparar o mal que fizeram e retomar um convívio social entre os seus.

Também é direito do preso não ser submetido a penas cruéis, a exemplo de penas corporais, humilhantes e degradantes, como era de costume na Idade Média, e como ocorre, ainda frequentemente, nos dias atuais, em várias nações, como em muitos países de tradição muçulmana. Aliás, se o próprio Estado repudia tal prática nos artigos 5°, III e XLIII, bem como na Lei nº 9.455/97, não pode empregá-la na punição de criminosos, ou haveria uma enorme distorção na ordem jurídica vigente.

Quanto ao serviço social, este vem a ser a aplicação de conhecimentos voltados ao bem estar do homem, ajudando-o a resolver os problemas que lhe causam desconforto ou infelicidade. A assistência social ao preso é direito fundamental, pois está indissociável da dignidade humana, e, como já observamos, um fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, III da CF/88. O objetivo da assistência social ao preso, conforme previsão contida no artigo 22 da Lei de Execuções Penais, é amparar o recluso e prepará-lo para o retorno à liberdade, pois se mesmo o homem livre precisa de ajuda nesse sentido, muito mais, aquele que se encontra sobrevivendo em ambiente inóspito, alijado da sociedade. O artigo 23 da referida lei retrata as incumbências do serviço de assistência social, que é imprescindível fator de contribuição para a reinserção do preso à sociedade, porque o serviço social deve acompanhar o condenado durante todo o período de seu recolhimento, investigando sua vida e ajudando-o na manutenção dos laços familiares.

O assistente social deve conhecer os resultados dos diagnósticos e exames do preso, sua personalidade, saber de sua origem, ambiente onde vivia e seus possíveis problemas particulares, familiares e sociais a fim de ajudar-lhe, sempre na busca de favorecer a reinserção social (MIRABETE, 2014, p. 71). É também dever do assistente social relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentados pelo assistido, dando subsídios para a direção pautar suas posições, buscando uma adequada individualização da pena e tentando amenizar, ou diminuir, os problemas existentes.

Importante ressaltar que, no momento em que o preso alcança o direito a saídas temporárias, incumbe ao serviço social acompanhar o resultado desses benefícios. Isso ocorre porque nestas ocasiões será mais fácil notar o resultado do trabalho desenvolvido pela assistência social, já que o preso pode retornar ao cárcere com um comportamento mais ajustado, ou, simplesmente, não regressar. Incumbe ainda ao serviço social promover a

orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade. Conforme vai se aproximando da liberdade, embora venha a satisfação de um enorme desejo, é certo que o assistido vai passar por situações difíceis, como arrumar um lugar para onde ir, encontrar um serviço para se manter e/ou para prover a família e vencer os obstáculos para uma readaptação à sociedade, da qual esteve separado pelo tempo que passou no presídio (MIRABETE, 2014, p. 72). O preso deve ser preparado para essas situações, sendo orientado, ter facilitado o contato com seus familiares e assistido para se reinserir na sociedade.

A assistência social deve abranger não apenas o preso, mas, também, orientar e amparar, quando necessário, a família do recluso e da vítima. A família do preso sempre sofrerá consequências indiretas de sua prisão, em menor ou maior extensão, notadamente se o apenado era o provedor da família, cabendo ao serviço social tentar ajudar os familiares no que for possível, como busca por emprego, amparo psicológico, moral, social, religioso e orientação que possa mitigar os traumas decorrentes da condenação imposta a um familiar.

Quanto à assistência material ao preso, trata-se de uma consequência lógica das disposições contidas no artigo 1º, III, nos incisos XLVII, alínea "a", e XLIX, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que proíbe tratamento desumano e degradante ao custodiado, bem como a aplicação de penas cruéis. Deixar faltar, ao preso, alimento, vestuário e instalações higiênicas, enquanto tem segregado seu direito de ir e vir, é um ato atentatório a direito fundamental previsto na Constituição e na Lei de Execução Penal. Na esfera infraconstitucional, o artigo 12 e inciso I, e artigo 41, I da Lei de Execução Penal, também tratam da assistência material, que consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos.

É obrigação de o Estado fornecer ao preso, em horas habituais, uma alimentação saudável, de boa qualidade, bem preparada, de forma a serem mantidas a sua saúde e subsistência, podendo também os presos receber comida externa de seus visitantes, atendidas as regras do estabelecimento prisional. O direito de receber uma alimentação adequada tratase de uma regra que desdobra o princípio geral da preservação da vida e saúde do preso, fundamental para a existência dos demais direitos (MIRABETE, 2014, p. 114).

Os presos têm por dever a higiene pessoal, mantendo-se em condições apresentáveis e higiênicas. Incumbe-lhes, ainda, manter a cela ou alojamento limpo. Contudo, o Estado tem de lhes propiciar os meios necessários para que possam cumprir tais obrigações, assegurando a dignidade humana. Dispõe o artigo 13 da Lei de Execuções Penais que o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além

de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Com efeito, o artigo 88 da Lei de Execuções Penais estabelece que as celas deverão ser individuais, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo salubridade no ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, com área mínima de seis metros quadrados. As instalações sanitárias devem ser suficientes para atender ao preso de acordo com as suas necessidades naturais, quando quiser, devendo os chuveiros ter temperatura adequada ao clima.

Como os presos têm dificuldade de adquirir produtos de consumo e uso pessoal, prescreveu o legislador que, em cada estabelecimento, deve ser mantido um ponto de vendas desses produtos, desde que não sejam proibidos e de que os produtos ou objetos não sejam fornecidos pelo Estado. Todos esses direitos se adéquam às Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas, no que se refere ao tratamento que deve ser dispensado aos presos (MIRABETE, 2014, p. 55).

O direito à saúde emerge dos artigos 6° e 196 da Constituição Federal como direito fundamental de todo cidadão e dever do Estado, visando o bem-estar e a própria justiça social. Com efeito, o direito à saúde tem como destinatário todos os cidadãos, inclusive aqueles que se encontram privados de sua liberdade, confinados em estabelecimentos prisionais. Com relação à assistência à saúde do preso, o artigo 14 da Lei de Execuções Penais dispõe que ela terá caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Caso o estabelecimento penal não esteja aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, até mesmo na residência do preso, em circunstâncias excepcionais, mediante autorização da direção do estabelecimento, como está previsto em seu parágrafo 2° (MIRABETE, 2014, p. 59).

As deficiências vividas no sistema prisional, como as alimentares, higiênicas, familiares, afetivas, sexuais e de trabalho, podem tornar o condenado suscetível a inúmeras patologias. O tratamento médico deve ter cunho preventivo – como o exame médico que deve ser efetuado no preso quando este ingressa no sistema prisional, bem como a verificação de condições de higiene, de alimentação e das atividades esportivas, devendo as irregularidades ser comunicadas ao diretor do estabelecimento – e cunho curativo – dispensado aos presos sempre que tiverem necessidade no decorrer do cumprimento da pena, adotando-se as medidas necessárias para a manutenção da saúde dos internos. É direito do preso, após avaliação médica, ser separado de presos com doenças contagiosas, ter avaliada a sua capacidade física para o trabalho, ser recolhido a hospital de custódia se reconhecida

superveniência de doença mental, bem como ter à sua disposição dependências especiais para observações psiquiátricas, no caso de toxicômanos.

Os estabelecimentos prisionais devem contar com material, aparelhagem e produtos farmacêuticos e odontológicos, bem como local apropriado, a fim de que seja dispensado aos presos o tratamento adequado quanto aos serviços de farmácia e de odontologia. O preso também, se quiser, pode exercer o direito de contratar médico de confiança pessoal, de acordo com o artigo 43 da Lei de Execuções Penais, seja porque tem condição financeira para fazêlo, ou porque o Estado deixa de atender aos comandos legais da Lei nº 7.210/84.

O artigo 5°, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, inclui entre os direitos fundamentais do cidadão a assistência judiciária integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, o que inclui os presos desprovidos de capacidade econômica para suportarem a defesa jurídica. O artigo 15 da Lei de Execuções Penais prescreve que a assistência jurídica seja destinada aos presos sem recursos financeiros para constituir advogado, mas, caso possa patrocinar a defesa e não o faça voluntariamente, o juiz nomeará defensor que deverá ser remunerado pelo preso.

A assistência jurídica vem a ser de suma importância, porque os presos, na sua grande maioria, não têm recursos para constituir um advogado, que poderá intervir na ação penal em andamento, tentando uma absolvição, ou se já houver o trânsito em julgado da sentença, propor a apelação, bem como zelar pelos direitos dos presos na fase da execução da pena (MIRABETE, 2014, p. 61). A atuação do advogado se mostra de suma relevância à medida que, no início do processo, pode buscar a absolvição, desqualificação de delito ou minoração da pena imposta, assim como pode interpor recursos e acompanhar a fase de execução penal, reivindicando direitos, como progressão de regime, liberdade condicional, aplicação de lei nova mais benéfica, bem como pode corroborar nas reivindicações feitas à direção do estabelecimento prisional, garantindo, ao preso, ampla defesa em todas as fases do processo. Com efeito, caso não observada a assistência judiciária, ter-se-á flagrante violação do princípio da ampla defesa, que poderá redundar na nulidade do processo, causando prejuízos à sociedade e ao recluso.

Determina o artigo 17 da Lei de Execuções Penais, acompanhando o item 77.1 das Regras Mínimas da ONU para o tratamento de prisioneiros, que ao preso deve ser proporcionada assistência educacional, que compreenderá a instrução escolar e a formação profissional. A Constituição Federal, em seu artigo 205, prescreve que a educação é direito de todos e dever do Estado, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, garantindo, também, em seu artigo 208, I, o ensino fundamental obrigatório e gratuito, sendo certo que este direito

deve alcançar a população carcerária, notadamente porque tem tudo para ser a maior ajuda ao delinquente durante o tratamento penitenciário, na busca de uma futura reinserção social (MIRABETE, 2014, p. 65).

O artigo 18 da Lei de Execuções Penais diz que o ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se ao sistema escolar da unidade federativa. Nas Regras Mínimas da ONU, consta que a instrução aos analfabetos e aos reclusos jovens será obrigatória e a ela deve a Administração prestar particular atenção, considerando que a ação educativa deve coordenar-se com a instrução pública, para que, quando em liberdade, o preso possa continuar seus estudos. É obrigação de o Estado proporcionar o ensino de 1º grau, com a denominação atual de educação fundamental, aos presos que dela precisem, sendo necessário que nos estabelecimentos penais haja escola ou um local adequado para as atividades educativas, ou que sejam firmados convênios com escolas públicas ou particulares, nos termos do artigo 20 da Lei de Execuções Penais. O ensino deve ser ministrado por pessoas com capacitação técnica e nos moldes do ensino prestado à população livre, tendo o mesmo valor do ensino ministrado nas outras escolas, possibilitando que o preso conclua os estudos quando em liberdade, ou, se já o fez na prisão, possa ingressar no ensino médio (MIRABETE, 2014, p. 66).

Estabelece o artigo 19 da Lei de Execuções Penais que o ensino profissional, este facultativo, será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Essa habilitação profissional atinge uma das finalidades utilitárias da pena, visando facilitar a reinserção do condenado no convívio social a fim de que ele não volte a delinquir (MIRABETE, 2014, p. 67).

Ressalte-se, ainda, que, de acordo com o artigo 21 da Lei de Execuções Penais, cada estabelecimento prisional deverá ter uma biblioteca, com livros instrutivos, recreativos e didáticos, para uso de todos os presos. A biblioteca, além de ajudar na educação, pode servir também como lazer para os que desenvolveram o gosto pela leitura, certamente ajudando sobremaneira o condenado a compreender melhor o mundo e colaborando com sua futura volta à sociedade (MIRABETE, 2014, p. 68).

O legislador também assegura, no artigo 5°, VII, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 24 da Lei de Execução Penal, o direito à assistência religiosa ao presidiário, respeitando a liberdade de culto e permitindo-lhe a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. O objetivo do legislador constitucional e infraconstitucional foi proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, estabelecendo diretrizes para a efetivação do

direito constitucional em voga. Essa assistência contribui sobremaneira no comportamento do homem, tanto encarcerado quanto livre, operando uma transformação em sua vida, com mudança de valores e hábitos, o que certamente vai ajudá-lo neste processo de tratamento por que passa e pela posterior necessidade da readaptação ao meio social (MIRABETE, 2014, p. 75).

Com efeito, deve-se permitir, e, inclusive, facilitar, ao preso que tenha seus livros de instrução religiosa para que possa praticar a religião com a qual se identifique, podendo participar de eventos religiosos organizados dentro do estabelecimento prisional. Eventos estes que devem ocorrer em locais adequados. A assistência religiosa pode estar a cargo de um corpo de capelães, de sacerdotes ou párocos das diversas religiões, devendo ter celebração de missas, cultos e leituras da Bíblia, dentre outras atividades.

Por imposição legal, não se pode obrigar nenhuma pessoa encarcerada a utilizar-se da referida assistência religiosa, em face da total liberdade religiosa vigente no Brasil. Contudo, dentro dessa limitação, a ideia do legislador constituinte foi fornecer maior amparo espiritual às pessoas que se encontram em situações menos favorecidas, afastada do convívio familiar e social, visando à melhor ressocialização daquele que se encontra em estabelecimento de internação coletiva, em virtude de sua natureza pedagógica (MORAES, 2014, p. 50). Se o cidadão em liberdade, diante de eventual infortúnio na sua vida pessoal, busca refúgio espiritual na religião, visando não perder o necessário equilíbrio, com maior razão merece o apenado a assistência religiosa, diante da perda do segundo bem mais valioso para o homem, que é a sua liberdade. O apego ao culto religioso constitui, muitas vezes, o único alicerce que resta ao condenado para encontrar o amparo necessário à própria vida.

É certo que o egresso de estabelecimento prisional encontrará dificuldades naturais para reintegrar-se à sociedade, tendo em vista trazer consigo o estigma de ex-presidiário e os diversos traumas sofridos no cárcere. Encontrará, possivelmente, uma sociedade fechada, refratária, indiferente e egoísta. A assistência ao egresso constitui um direito fundamental, já que, com o amparo do Estado, terá orientação e apoio para reintegrar-se à vida social, postulado básico do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a Lei de Execução Penal estabelece que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Para o retorno à vida em sociedade, é preciso que o Estado prepare o apenado, oferecendo a ele educação, curso profissionalizante, apoio moral, material e jurídico.

O reatamento com a família e o grupo social a que pertence o condenado é a principal função dessa assistência, a não ser, é claro, que o ambiente donde ele proveio seja

criminógeno, ou que, nesse ambiente, a opinião e sentimentos públicos lhe sejam, particularmente, adversos (MIRABETE, 2014, p. 78). Com efeito, a execução da pena deve aproximar-se, o quanto possível, das relações que o interno deverá ter quando de volta à sociedade, com o cumprimento de seus deveres e o respeito aos seus direitos.

A recuperação do condenado poderá restar frustrada se faltar a ele o apoio necessário para resgatar valores que o cárcere poderá lhe ter retirado, somado ao fato de não encontrar amparo familiar e conseguir trabalho digno, o que culminará no fracasso da punição imposta e do sistema penitenciário, que foi incapaz de contribuir com a ressocialização do egresso.

6 INTERVENÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO JUDICIÁRIO NO SISTEMA PRISIONAL

Como visto acima, o sistema prisional brasileiro encontra-se divorciado dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Como tal, vê-se uma situação caótica nos presídios, onde os recolhidos se encontram em condições análogas a de animais. Sendo assim, é dever do Estado implementar políticas públicas que militem no sentido de conceder a esses albergados as condições mínimas de existência a lhes permitir almejar sua recuperação. Nesse aspecto, centra-se o problema do trabalho. Seria possível ao Poder Judiciário avocar a si a obrigação de implementar direitos fundamentais através de sua intervenção em políticas públicas? É sobre isso que se passa a discorrer.

6.1 A intervenção do judiciário nas políticas públicas

Em sua clássica obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu desenvolve a divisão tripartida dos poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo por ideologia a existência de prerrogativas jurídicas inerentes à natureza humana que, por essência, são anteriores e superiores ao Estado. Por isso, seria necessário limitar a atuação deste através da delimitação de sua estruturação organizacional a fim de evitar o abuso do poder (MONTESQUIEU, 2002, p. 165). Nesse sistema tripartite, ao poder Legislativo foi reservada a função típica de legislar e fiscalizar; ao Executivo, administrar a coisa pública, executar as leis; já ao Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses (CARVALHO, 2004, p. 109).

Em que pese a Teoria da Tripartição de Poderes propugnar a independência de cada um deles, ela sustenta a ideia de que é necessário haver algum tipo de controle da atuação dos mesmos, a fim de que não ocorram atos centralizadores e absolutistas. Foram criados, assim, os "freios e contrapesos" para equilibrar o poder político de cada um deles. Nas últimas décadas, a doutrina da separação dos poderes tem sido recepcionada como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a sua distribuição por diversos órgãos e de forma não exclusiva e harmoniosa. Essa postura não só tem permitido o controle recíproco entre os poderes, como, também, a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer da evolução da humanidade (TAVARES, 1999, p. 69).

Apesar de comum a ideia de divisão do Estado em três funções, como se fossem blocos orgânicos, denominados cada qual com o nome de "Poder" e caracterizado pela função

que exerce predominantemente, a denominação adotada pela área da Ciência Política, a partir da concepção de Montesquieu, não exclui a possibilidade de um dos poderes vir a exercer a função majoritariamente atribuída a outro poder, em nome do sistema de freios e contrapesos da separação dos três poderes (MELLO, 2012, p. 30-31).

A própria Constituição Federal, em seus artigos 2°, 44, 76 e 92, embora mantenha referência aos Três Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), em franco descompasso com a doutrina publicística dos últimos cem anos, dispensa discretas referências à "função" jurisdicional estatal, como se nota na regra do artigo 127, quando declarou o Ministério Público instituição permanente e essencial à "função" jurisdicional do Estado, o mesmo fazendo no preceito legal contido no artigo 134, ao considerar a Defensoria Pública igualmente instituição essencial à "função" jurisdicional do Estado (DIAS, 2015, p. 26).

Com efeito, a construção do princípio da supremacia da constituição foi o grande marco do controle de constitucionalidade e representa um robusto fundamento para a atual interpretação do princípio da separação dos poderes. O controle jurisdicional não mais se restringe à verificação da constitucionalidade das leis, mas sim de todos os atos do Estado, no desempenho das suas funções. A partir de tal concepção, é possível a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, que pode se dar, sinteticamente, por quatro razões, a começar pela ampliação do rol dos direitos fundamentais, pela abrangência do sistema de controle de constitucionalidade, pela inversão do papel do juiz de "boca da lei" para "protagonista da arena pública" e pela ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas satisfatórias (SADEK, 2011, p. 22).

A Constituição Federal de 1988 ampliou a relação dos direitos fundamentais que constavam nas constituições anteriores, mormente se considerado o parágrafo primeiro de seu artigo 5°, que passou a considerar também como direito fundamental os direitos e garantias oriundos de tratados internacionais adotados pelo Brasil, fazendo com que o papel do intérprete merecesse crescente destaque (SARLET, 2012, p. 67).

Outro aspecto que explica a crescente judicialização é o sistema de controle de constitucionalidade, bipartido em difuso e concentrado, o que permite um vasto campo de atuação por parte do magistrado. E, em um sistema constitucional com amplo controle de constitucionalidade, como o brasileiro, não se pode negar que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais (SILVA, 2010, p. 596). Justifica-se o controle jurisdicional das políticas públicas em situações excepcionais, desde que respeitados os limites impostos pela própria constituição, seja para a garantia de direitos fundamentais individuais ou transindividuais, sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Por tratar-se de direitos fundamentais, "são acionáveis e demandam séria e responsável observância" (PIOVESAN, 2008, p. 181).

À época do Estado liberal, a figura do juiz era apresentada como a "boca da lei", não possuindo papel de relevo, de protagonista da arena jurídica (GRINOVER, 2011, p. 125-126). Somente a partir de 1803, nos Estados Unidos, surge o perfil protagonista do juiz, quando a Suprema Corte daquele país, no julgamento do caso Marbury *versus* Madison, através do voto do *Chief Justice* Marshall, firmou o entendimento acerca da possibilidade de se controlar a adequação de uma lei à constituição (SADEK, 2011, p. 13). Do referido julgamento, restaram relevantes consequências jurídicas e políticas, inaugurando o controle de constitucionalidade moderno, no qual se tem o princípio da supremacia da constituição, que vincula a atuação de todos os poderes estatais e firma a competência do judiciário como o seu intérprete final (BARROSO, 2009, p. 10).

No Brasil, o marco da mudança de paradigma para que o juiz pudesse ter atuação ativa na arena jurídica ocorreu com a edição da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que abriu espaço para a apreciação do mérito do ato administrativo nas hipóteses previstas em seu art. 4º, II, "b" e V, "b" (GRINOVER, 2011, p. 127). Contudo, foi a Constituição de 1988 a responsável por possibilitar a apreciação do mérito dos atos do poder público, ao estatuir em seu art. 5º, LXXIII, a legitimidade a qualquer cidadão para o ajuizamento de ação popular, visando, entre outras hipóteses, combater ato lesivo à moralidade administrativa, o que não é possível sem examinar o ato administrativo combatido (GRINOVER, 2011, p. 127).

Foi a ação popular que abriu o caminho do judiciário em relação ao controle de mérito de ato administrativo discricionário, havendo, por certo, sugestiva abertura para aproximação ao exame do mérito do ato administrativo (DINAMARCO, 2000, 434). Entretanto, mesmo com a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade da atividade administrativa, admitida desde 1988, até hoje a corrente doutrinária resiste ao fato de que critérios de um ato administrativo, como oportunidade e conveniência, sejam aferidos pelo judiciário. Os fundamentos se apresentam sob a temática de que o controle judicial não pode ir ao extremo de admitir que o juiz substitua o administrador, sendo-lhe vedado entrar na seara que a lei reservou aos agentes da administração, perquirindo critérios de conveniência e oportunidade que lhe motivaram dada conduta (CARVALHO FILHO, 2014, p. 54). Ao argumento de que a Constituição Federal permitiu ao juiz a possibilidade de análise de todos os elementos do ato administrativo, podendo excursionar em sua motivação, norteada, sobretudo, pela moralidade administrativa, boa parte da doutrina vem se utilizando dessa premissa, notadamente no campo das políticas públicas (MEDAUAR, 2010, p. 213-214).

Soma-se a tal fato a Constituição Federal de 1988 ter fixado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, obrigando o Estado a se organizar para atender a realidade social que se apresenta (GRINOVER, 2011, p. 128). Não se pode falar em princípio da separação de poderes e intangibilidade do mérito administrativo quando colidente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que se antepõe a todos os demais princípios e normas constitucionais, permeando e dirigindo a interpretação do ordenamento brasileiro como um todo, inclusive, do próprio princípio que consagra a separação de poderes.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura, em termos gerais, que todas as pessoas tenham uma vida digna, embora seja de efeito um tanto indeterminado, tem um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade (WATANABE, 2011, p. 219).

Constituição Federal de 1988 a implementar e executar política pública, que consiste, via de regra, em uma ação ou omissão intencional do governo que visa definir e compatibilizar objetivos e meios para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39). Nesse contexto, pouco importa se o Estado não está preparado em suas dotações orçamentárias para prover os direitos fundamentais que gravitam em torno do princípio da dignidade humana, pois o Poder Judiciário, norteado pelo principio da inafastabilidade da jurisdição, haverá de dar efetividade ao núcleo central da Constituição de 1988.

O raciocínio é simples: se a Constituição está acima de todas as funções estatais e cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais, não se pode reservar ao juiz o papel de mero chancelador das decisões políticas do Legislativo e/ou do Executivo. A mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação entre os três poderes do governo, no que se refere à determinação do significado objetivo do texto constitucional (CAMBI, 2010, p. 193).

O próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive, já consolidou o entendimento de que o Poder Judiciário tem legitimidade no controle de políticas públicas se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, de forma a torná-los sem efetividade, inoperantes e inexequíveis, comprometendo a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional. O entendimento da

Suprema Corte é que a arguição da "reserva do possível" por parte do Estado, no sentido de que não possuir dotação orçamentária que o possibilite oferecer às pessoas condições materiais mínimas de existência não merece prosperar, pode resultar em nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

Sabe-se que os recursos financeiros são finitos e as demandas sociais não podem, ainda, serem abarcadas pelo orçamento estatal. Contudo, o principal escopo do administrador não é alocar suas reservas na construção de obras, prestação de serviços ou outras políticas públicas que não sejam voltadas à promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. O mínimo existencial consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. Trata-se de um conceito sujeito a variações no tempo e no espaço, pois, os direitos fundamentais sociais que, nos dias atuais, não são dotados de justiciabilidade, amanhã poderão sê-los (WATANABE, 2011, p. 219).

Dentro dessa perspectiva, o Poder Judiciário pode e deve intervir nas políticas públicas, residualmente, de modo a corrigi-las ou, até mesmo, implementá-las, desde que seja para assegurar o mínimo existencial necessário para garantir a dignidade humana, orientando-se pelo princípio da razoabilidade, que se mede pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, ou seja, pela busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins alcançados (GRINOVER, 2010, p. 7).

Importante ressaltar que o Poder Judiciário deve considerar que a implementação de uma política pública depende diretamente da disponibilidade financeira do Estado, porém, não basta que o Estado alegue não possuir recursos financeiros suficientes para tal desiderato; é necessário que comprove. Nesse caso, estando o juiz diante da comprovação da insuficiência de recursos (reserva do possível), pode determinar que a verba necessária para a implementação da política passe a constar da próxima previsão orçamentária (GRINOVER, 2011, p. 138).

6.2 A judicialização de políticas públicas como meio de efetivação dos direitos fundamentais dos presos

As precárias condições materiais em que se encontram os estabelecimentos prisionais do Brasil reclamam urgentes medidas, hábeis a cessar a violência a que são submetidos os presos de nosso sistema. Baseando-se no crescimento vertiginoso da população carcerária aferida pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em junho de 2014, é possível concluir que atualmente o Brasil deve abrigar mais de 700 mil presos em um complexo sistema de custódia penal totalmente insuficiente para acolher esses números.

Nessa esteira, a estrutura física apresenta-se como deplorável, com o "depósito" de apenados em estabelecimentos que mais se assemelham a verdadeiras masmorras medievais, em celas imundas, em que se verifica a ausência de simples instalações para as necessidades sanitárias e de descanso. As condições de ventilação e luminosidade são insuficientes e o resultado disso é o odor fétido que exala à distância. Assombre-se: não é incomum o "confinamento" de reclusos em contêineres expostos ao sol.

Noutra ponta, o desprezo com a saúde dos reclusos também é estarrecedor. É comum verificar presos com doenças infectocontagiosas sem tratamento adequado, lindados em pátios com imensos depósitos de lixo, por vezes sem acesso à água potável, alimentação suficiente e medicamentos necessários. O ambiente caótico gera um clima de hostilidade, favorecendo a violência, homicídios, lesões corporais múltiplas, rebeliões e fugas, em meio a um ambiente de armas e drogas; enfim, um cenário dantesco.

No entanto, alheio a esse cenário caótico, o Poder Executivo, sob a justificativa de que não dispõe de recursos financeiros para implementar as reformas necessárias no sistema carcerário e tranquilizado pelo senso comum irracional dos populares, que apóiam o regime de crueldade das cadeias, descumpre a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal, transformando as prisões do país em depósito humano de lixo. Decerto, a alegação de falta de dotação orçamentária para fazer frente às necessidades básicas dos presos escancara a incapacidade da administração pública de cumprir o papel que lhe é reservado pelo constituinte de 1988, mormente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5°, §1° CF/88), não sendo razoável que o princípio da reserva do possível possa servir de manto protetor para o descumprimento sistemático do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o recurso extraordinário nº 592.581, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, narra que o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), investiu, até 2013, cerca de R\$ 1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construção, reformas ou ampliações de estabelecimentos penais, o que representaria a disponibilidade de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentas e quarenta) novas vagas no sistema (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Entretanto, o relator do referido recurso extraordinário consignou sua perplexidade ao

realizar um paralelo entre os investimentos e a arrecadação desse fundo. Isso porque, com base em números coletados até junho de 2015, o FUNPEN arrecadou o valor de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil reais, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), sendo que, até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais). Esse paralelo constrangedor denuncia o contingenciamento de verbas do fundo, escancarando a inconsistência, mora ou falha na execução de projetos concebidos pelos entes federados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

Por certo, esses números indicam que a reserva do possível é um argumento retórico utilizado para justificar a mora na implementação dos direitos fundamentais dos presos, maquiando a ausência de vontade política, a má gestão pública e a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se: o quadro acima denuncia a flagrante afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Cuida-se de um princípio não apenas de ordem jurídica, social, cultural e econômica, mas, de valor supremo, situado na base de toda vida nacional (SILVA, 2009, p. 38).

Com efeito, o quadro descrito acima revela que a pena tem representando não uma reprimenda de cunho educacional, social e punitivo, mas sim um sofrimento físico, moral e psicológico, o qual, além de atentar contra a dignidade humana, subtrai da sanção qualquer potencial de ressocialização. A ideia de reclusão penal é desprovida de efeito sobre o público e inútil à sociedade, aliás, é nociva, porque mantém os condenados na ociosidade, multiplicalhe os vícios e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões (FOUCAULT, 2008, p. 95).

Mas é para tornar esse sistema eficaz e condizente com a dignidade da pessoa humana, que o sistema jurídico conta com todo um arcabouço de normas internas e internacionais que exigem a urgente ação do Poder Judiciário para fazer valer uma ordem normativa que tem sido tratada como letra morta. Aliás, a pesquisa até nesse momento realizada permite chegar a duas conclusões: a primeira, a Constituição Federal esteve atenta ao moderno humanismo transnacional e foi pródiga em direitos fundamentais dos presos; a segunda, embora haja a previsão de uma série de direitos, estes carecem de efetivação.

Destarte, confrontando as duas conclusões, ou seja, os direitos fundamentais dos presos, sobretudo o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5°, XLIX da CF/88), em face da inércia do Estado em prover mínimas condições dignas àqueles que se encontram segregados do convívio social por imposição de reprimenda penal, exsurge uma premente necessidade de adoção de um meio eficaz para, pelo menos, equilibrar essa equação.

É nesse influxo teórico que se apresenta a judicialização de políticas públicas como forma de romper com a diuturna violação de preceitos constitucionais no âmbito carcerário. Validamente, o caso em exame não se encontra dentro de um contexto de normas programáticas, que poderia, em tese, encontrar entraves no princípio da reserva do possível, mesmo que não se verifique no caso concreto, como restou constatado. Trata-se de obrigação elementar do Estado, e, em face da omissão das Funções Executiva e Legislativa, compete ao Poder judiciário dar concretude a esses direitos fundamentais assaz confirmados pela legislação nacional e internacional.

Com muita lhaneza, é possível afirmar que, frente à reiterada omissão do Poder Executivo em oferecer condições de vida minimamente digna aos reclusos, não é conferida, ao Poder Judiciário, a opção de desobrigar-se de garantir pelo menos o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, prendendo-se na discussão acerca de discricionariedade do ato administrativo governamental. A omissão do Poder Judiciário na intervenção nas políticas públicas ligadas ao sistema carcerário, uma vez instado a tal, não apenas estaria deixando de dar cumprimento ao artigo 5°, XXXIV, da Constituição Federal, mas, também, colocando em risco os mais basilares direitos fundamentais dos presos. Isso sem considerar as consequências indiretas que passam desde a ausência de ressocialização, perpassando pelo crescente agravamento da violência, redundando em um grave problema de segurança pública.

Ressalta-se que a pesquisa não indica como caminho salvador a singela e inocente proposta de confiar exclusivamente ao Poder Judiciário a implementação das políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais, muito menos atuar como um poder moderador na imposição de sua própria convicção política quando existem variáveis e a maioria escolheu outra (GRECO, 2011, p. 191). Entretanto, o que não se pode aceitar é que esse Poder sucumba diante das barreiras que lhe são impostas e deixe de cumprir o seu papel constitucionalmente confiado de tutor do direito material.

Legitimamente, destaca-se que não basta a positivação dos direitos fundamentais no plano constitucional para conferir-lhe o título de eficaz, e tampouco socorre as modernas concepções de primeira, segunda, terceira, quarta dimensão dos direitos fundamentais, sem que tenhamos instrumentos para viabilizá-los na prática. É diante desse contexto que as ações coletivas surgem como uma forma de se assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, deixando evidente que o Direito Processual Coletivo, como novo ramo do Direito, representa uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada, à medida que se afasta da dicotomia do direito Público e Privado, conforme se percebe no título II do capítulo I da CF/88, sendo a ação civil

pública, no caso, a modalidade de instrumento adequado para tutelar os direitos fundamentais dos presos.

Portanto, é necessária a atuação do Judiciário, e essa pode se dar instada por uma particular ação de índole constitucional. Entrementes, tem-se na Ação Civil Pública um instrumento processual adequado para proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que socialmente relevantes (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 210). Com efeito, é fato que a Ação Civil Pública nasceu como instrumento processual para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, atendendo aos interesses da coletividade. Entretanto, vislumbrou-se o alargamento do campo de utilização da Ação Civil Pública por legislações posteriores, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seus artigos 81 e 90, passou a abranger interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A Lei nº 8.072/90 alterou o texto da Lei nº 7.347/85, fazendo constar em seu artigo 21 que "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". No título III da Lei nº 8.078/90, encontra-se a tutela coletiva aos direitos difusos, coletivos e os direitos individuais homogêneos, estes últimos significando uma inovação da Lei nº 7.347/85. Direitos ou interesses individuais homogêneos são, pela definição do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, III), os decorrentes de origem comum, têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que podem ser indeterminadas, mas, facilmente determináveis (ALMEIDA, 2008, p. 485). Ou seja, os interesses e direitos individuais homogêneos são aqueles que possuem uma origem comum e são direitos divisíveis, de modo que seus titulares podem ser identificados e determinados assim como a quantificação de eventuais pretensões (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2006, p. 975).

Portanto, da exposição acima, é possível qualificar os direitos fundamentais dos presos como um interesse ou direito individual homogêneo, credenciando a Ação Civil Pública como instrumento hábil a levar ao Judiciário as afrontas acima mencionadas. Isso porque, através dela, os legitimados (rol extenso e apresentando como qualificador comum à proteção da sociedade) têm a possibilidade de instar o Judiciário a atuar e intervir nas políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais.

Vale dizer que a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) trouxe um importante mecanismo de defesa da ordem jurídica, que é o Inquérito Civil, permitindo ao Promotor de Justiça ingressar em juízo com um caderno probatório suficiente a embasar o seu pedido.

Dessa forma, instado legitimamente por uma ação de índole constitucional, o Judiciário poderá atuar, amparado pelo direito material e processual na proteção dos direitos fundamentais do preso e destacando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, deve-se destacar que a atuação do Judiciário nessa seara, mormente lastreada em instrumentos legítimos como o acima citado, permite a imposição de medidas coercitivas, exigindo que o Poder Executivo implemente forçadamente a proteção aos direitos fundamentais dos presos, estruturando-se e conferindo o cuidado adequado ao seu sistema prisional. Por certo, aguardar a presteza do Executivo em seus deveres constitucionais acarretará sofrimento à comunidade, de forma que, para isso, a Constituição e o Legislador ordinário proveram o Judiciário de mecanismos sérios, eficientes e coercitivos de implementação de direitos.

Em suma, reconhece essa pesquisa como adequado, jurídico e, constitucionalmente, plausível a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, mormente no sistema carcerário que se encontra carente de condições humanas. Como já mencionado, o sistema carcerário, em certas localidades, apresenta situação análoga à de pocilgas (que, muitas vezes, são melhores, por contar com ventilação e água potável) e, ainda assim, recebe o apoio da população que, por um senso comum irracional, acredita que o preso merece o quadro por ele vivido, o que tranquiliza e desonera o Executivo de suas funções. Assim, creditar essa proteção ao Judiciário, exigindo-lhe uma atuação segura e forte frente ao descaso do Executivo, é conferir esperança a um sistema visivelmente falido, largado à própria sorte, em descompasso com o que se prega mundialmente há mais de meio século.

6.3 A orientação jurisprudencial sobre a intervenção do judiciário no sistema prisional

Após um estudo realizado no repertório da jurisprudência pátria, nota-se que, em passado recente, o entendimento, praticamente, pacificado era no sentido de que não cabia ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que implementasse políticas públicas no âmbito carcerário, em respeito ao princípio da separação dos poderes, sendo reservado ao administrador a conveniência e oportunidade da prática de ato administrativo. Assim, a seguir, são analisados vários acórdãos sobre a intervenção do Judiciário no sistema prisional, entre os quais sintetizamos 05 (cinco) deles para melhor ilustrar a orientação jurisprudencial, sendo dois deles do Supremo Tribunal Federal (STF), dois do Tribunal de Justiça de São Paulo e um do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O primeiro caso trata-se do Recurso Extraordinário nº 365.299, interposto pelo

Ministério Público de Santa Catarina contra a decisão do Tribunal de Justiça daquela respectiva Unidade da federação, julgando improcedente a Ação Civil Pública intentada, que visava à conservação da cadeia pública que se encontrava em estado de deterioração. A Ação Civil Pública em questão — por certo amparada pelo artigo 144 da CF/88, que dispõe que a segurança pública é dever do Estado — visava proteger o prédio público, a segurança dos reclusos, dos visitantes e da própria sociedade.

Entretanto, a Procuradoria Geral da República, destacando que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas, opinou pelo não provimento do recurso, ao argumento de que a pretensão do Ministério Público (MP) é uma ingerência no ato da administração pública, o que poderia transformar o juiz em administrador. Também o Ministro Carlos Veloso, relator do caso *sub examine*, negou provimento ao recurso, utilizando-se de argumentos no sentido de que a decisão toca a recursos orçamentários aprovados pelo Legislativo, asseverando que quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários previstos nos artigos 165 e 167 da CF/88.

Embora reconheça que o Estado tem o dever de segurança pública, o referido ministro, de igual forma, reconhece que o Estado tem, também, responsabilidade pela educação, saúde, transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Com efeito, o ministro ilustrou a questão com singularidade, arguindo que cabe ao Administrador Público, em hipóteses como a que se afigura, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades nos limites delineados pela CF/88. O relator asseverou ainda que não se pode culpar o Estado pela deterioração da cadeia pública em questão, ou ter-se-ia que responsabilizá-lo pela falta de leitos hospitalares, de postos de saúde, de vagas em escolas públicas etc.

Por fim, o Ministro Carlos Veloso sintetizou a questão aludindo que inúmeros são os estabelecimentos prisionais que necessitam de reforma, não se podendo priorizar um em detrimento de outros, não havendo razão para que determinada unidade prisional receba dotação orçamentária e outra não, já que o problema é geral.

O segundo caso a ser analisado é bastante semelhante ao primeiro, a não ser o resultado do julgamento, ocorrido no âmbito dos respectivos tribunais de segunda instância. No Recurso Extraordinário de n°403.806, o Estado do Paraná foi condenado por seu Tribunal de Justiça a implementar política pública no setor carcerário, restando-lhe a obrigação de construir 06 celas na cadeia pública, bem como majorar o quadro de servidores em número de 03 carcereiros e um escrivão, além da manutenção do delegado de polícia da circunscrição do litígio.

A Procuradoria do Estado apresentou o aludido recurso, sintetizando que houve ofensa ao artigo 2º, da CF/88, porque a obrigação de fazer imposta pelo Judiciário feriu a independência dos poderes, restando patente a usurpação de competência do Executivo, que, no exercício do poder discricionário, decide como empregar os recursos orçamentários na consecução de políticas urbanas.

O Ministro Cezar Peluso – arguindo, em síntese, usurpação de poder por parte do Judiciário para solucionar problemas que é de competência do Poder Executivo, dentro dos delineamentos traçados no orçamento aprovado pelo Poder Legislativo – deu provimento ao recurso, copiando *ipsis litteris* o julgado proferido no Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro Carlos Veloso, que foi o primeiro caso apresentado.

O terceiro caso apresentado trata-se de uma apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra a decisão de juiz de primeiro grau, que julgou improcedente a Ação Civil Pública em que se pretendia que o Estado se abstivesse de receber presas na cadeia pública de Pindamonhangaba, bem como transferisse as excedentes que ali se encontravam reclusas, dada a superlotação, evitando-se, por consequência, violência e fugas.

O relator Franco Concuzza negou provimento ao recurso, basicamente com o entendimento esposado por Ruy Stoco na Apelação Cível nº 994.06.045878-5, que adota a linha de posicionamento no sentido de que a judicialização de políticas públicas não se estende à questão carcerária, citando, inclusive, precedentes do STF. Extrai-se do julgado que apenas aqueles direitos sociais que se traduzem numa vontade expressa e determinada do Constituinte, no sentido de cometer ao Estado uma prestação positiva a concretizá-los, autorizam a intervenção judicial. Nesse sentido, a questão carcerária não foi tratada de forma expressa e determinada pelo Constituinte Federal, não se referindo, portanto, a direitos sociais e culturais, os quais possuem envergadura constitucional. Com esse entendimento, a 5ª Câmara de Direito Público negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

O quarto caso apresentado se assemelha ao terceiro, com a diferença que em primeira instância o Ministério Público foi vencedor na ação, obtendo provimento favorável, consistente na obrigação do Estado de São Paulo em remover presos excedentes e reformar o estabelecimento prisional.

Entretanto, o relator Desembargador José Santana, da 8º Câmara de Direito Público, deu provimento ao recurso da procuradoria do Estado de São Paulo, reformando a decisão singular, ao fundamento de que as providências solicitadas nos autos se inserem no âmbito da competência exclusiva do Poder Executivo, não podendo o Poder Judiciário, em tais hipóteses, modificar conceitos subjetivos que nortearam as decisões do Poder Executivo de

alocar ou não recursos orçamentários para determinada política urbana. A Corte entendeu que a atividade jurisdicional de primeira instância violou o princípio constitucional da tripartição de poderes ao obrigar o Poder Executivo a praticar atos que são de sua competência, ocorrendo manifesta ingerência de poder.

No que se refere ao quinto caso *sub examine*, trata-se de Ação Civil Pública interposta pela Defensoria Pública, visando demonstrar graves irregularidades no presídio de São Lourenço, MG, pertinente aos adolescentes internados para cumprimento de medida sócio-educativa, os quais se encontravam alojados em celas sem a mínima condição de higiene, segurança e dignidade, e sem desenvolver nenhum tipo de atividade pedagógica. Pede por construção de centro de internação, por indenização por dano moral causado aos adolescentes e dano moral difuso.

O juiz de primeira instância julgou improcedente a ação por perda de objeto quanto à questão dos adolescentes internados, uma vez que, quando do julgamento da causa, os mesmos já estavam em liberdade. Com efeito, também entendeu não assistir razão ao pedido de condenação do Estado para construção de um centro de internação porque tem acompanhado pela mídia que a administração pública já o construía em cidade vizinha, sendo certo que muitas vagas foram criadas e outras estão por se criar. Por fim, o juiz *a quo*, entendeu que não havia dano moral a ser reparado, haja vista que a internação se deu em caráter excepcional e o simples fato de não haver mesas e cadeiras para refeições, chuveiros elétricos, local para guardar pertences, bem como o fato dos menores não praticarem atividades pedagógicas não conduzem, por si só, a uma existência de dano moral.

Os autos nº 1063707050344-5/001 foram distribuídos ao Desembargador relator Bitencourt Marcondes, que reconheceu que não é caso de condenação do Estado a construir centro de internação, já que em cidade vizinha há centro em construção que atenderá toda região, mas, reconheceu a existência de danos morais individuais aos adolescentes que permaneceram na unidade prisional contra as expressas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, o desembargador revisor, além de entender ser desnecessária a construção do aludido centro, pelas mesmas razões expostas na decisão primeva, assentou que não vislumbrava dano moral ante a ausência de provas, voto que foi acompanhado na íntegra pelo vogal Desembargador Edgard Penna Amorim, que acrescentou em seu voto que os provimentos judiciais de controle sobre atos administrativos afetos às políticas públicas não escapam aos limites da separação dos poderes, em especial, naquilo que confere ao Poder Executivo a competência para organizar seu sistema prisional e selecionar onde alocará seus recursos de pessoal e orçamentos para cumprimento dos deveres previstos na CF/88.

6.4 Recente orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a intervenção do judiciário em políticas públicas para garantia da efetividade dos direitos fundamentais dos presos

O Supremo Tribunal Federal julgou, na data de 13/08/2015, o Recurso Extraordinário nº 592.581, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, visando desconstituir acórdão da Justiça daquela unidade da federação, que havia fixado premissas no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário intervir em políticas públicas no âmbito carcerário, em razão do respeito ao princípio da separação dos poderes e atenção ao postulado da reserva do possível.

A Suprema Corte não apenas reformulou o conceito acerca da intervenção do Judiciário no âmbito carcerário para preservar direitos fundamentais, como ainda assentou o caráter de repercussão geral à matéria, assinalando a licitude da intervenção judicial para impor à Administração Pública a obrigação de fazê-lo, consistente na promoção de medidas, ou na execução de obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos delineados no artigo 5°, XLIX, da Constituição Federal de 1988, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível.

Na origem, o Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Estado do Rio Grande do Sul para que promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. O juízo de primeira instância determinou a reforma do estabelecimento, no prazo de seis meses. O estado recorreu ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que reformou a sentença por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, sob pena de ingerência indevida em seara reservada à Administração.

O Ministério Público recorreu, então, ao STF, alegando que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, e que questões de ordem orçamentária não podem impedir a implementação de políticas públicas que visem garanti-los. De acordo com o Ministério Público, a proteção e a promoção da dignidade do ser humano norteiam todo ordenamento constitucional, e o Estado tem obrigação de conferir eficácia e efetividade ao artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, para dar condições, minimamente dignas, a quem se encontra privado de liberdade.

O relator do caso foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que consignou em seu voto, seguido pela unanimidade dos demais membros da Corte, que o Poder Judiciário não pode se

omitir quando os órgãos competentes comprometem a eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Em seu voto, o presidente da Corte fez um relato da situação das penitenciárias brasileiras, que encarceram atualmente mais de 600 mil detentos, revelando situações subumanas, violadoras do principio constitucional da dignidade da pessoa humana, além de gerarem revoltas, conflitos, violências sexuais, promiscuidade e homicídios cometidos com requintes de crueldade, como decapitações.

O ministro ainda assentou em seu voto que a situação das prisões no Brasil é o retrato sombrio da Idade Média, já que os presos são amontoados em verdadeiras masmorras medievais, impedindo a consecução da função ressocializadora da pena, causando ainda uma exacerbação da sanção, pela aplicação de penas adicionais, na forma de situações degradantes. No caso do estabelecimento prisional em questão, discutido no recurso em julgamento, o relator do Recurso Extraordinário revelou que um preso chegou a morrer eletrocutado, em consequência das péssimas condições de onde se encontrava recluso.

Consta expressamente, no acórdão do Supremo Tribunal Federal, que a sujeição dos presos às condições a que estão expostos demonstra que o Estado os sujeita a uma pena que ultrapassa a privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.

O ministro relator fez questão de destacar em seu voto, acompanhado na íntegra pelos demais membros do colegiado, que não se pode falar em desrespeito ao princípio da separação dos poderes *in casu*, e citou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma das garantias basilares para efetivação dos direitos fundamentais, registrando, ainda, que o caso é de evidente violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua custódia, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Restou afastado o argumento do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de que faltam verbas para as reformas pretendidas, sob o argumento de que o Fundo Penitenciário Nacional dispõe de verbas da ordem de R\$ 2,3 bilhões, e para usá-los basta que os entes federados apresentem projetos e firmem convênios para realizar obras, de forma que o que falta não é orçamento e sim vontade política. Assim, concluiu que a chamada cláusula da reserva do possível não pode ser usada como argumento para tentar impedir a aplicação de decisões que determinem a realização de obras emergenciais.

6.5 Estudo de acórdão referente à intervenção do judiciário em políticas públicas para garantia de efetividade dos direitos fundamentais dos presos

Cuidam-se os autos nº 0705522-87.2003.8.13.0433 de Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face da respectiva unidade da federação, com o objetivo de obrigá-la a retomar as obras de reforma da cadeia pública do município de Montes Claros, no prazo de 90 dias, e solucionar, de forma adequada, o problema da falta de água potável naquele estabelecimento prisional. A decisão primeva julgou procedente o pedido exordial, acolhendo totalmente a pretensão autoral e condenando o Estado de Minas Gerais a realizar tanto a reforma da cadeia pública de Montes Claros, no prazo de 90 dias, como a solucionar o problema da falta de água, sob pena de multa diária em caso de descumprimento.

Contudo, em fase de reexame necessário, os votos majoritários dos Desembargadores José Francisco Bueno e Dorival Guimarães Pereira reformaram a sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Montes Claros.

6.5.1 Principais fundamentos do acórdão

Consoante entendimento constante dos votos majoritários, a retomada das obras de construção da cadeia pública de Montes Claro situa-se no campo da discricionariedade do administrador estadual, não podendo o Poder Judiciário interferir no Poder Executivo para fixar-lhe o momento e conveniência para prática dos atos administrativos afetos à matéria, sob pena de ofensa ao artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Consta no voto vencido, da lavra da Desembargadora Maria Elza, que a omissão do Estado de Minas Gerais no caso em questão viola direito à integridade física e moral dos presos, garantia prevista na Constituição Federal de 1988, visto que as obras reclamadas na unidade prisional pretendem proporcionar dignidade humana aos detentos, notadamente ao disponibilizar-lhes água potável. Anota a desembargadora que o Poder Judiciário não pode se colocar como mero expectador ante as graves violações verificadas na cadeia de Montes Claros, em respeito ao princípio da inafastabilidade do órgão judicial e para que se dê concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que o Ministério Público não se conformou com a decisão exarada pela maioria dos desembargadores, foram interpostos embargos infringentes, visando à prevalência do voto minoritário da Desembargadora Maria Elza que, no reexame necessário,

confirmava a sentença, pelas razões alhures referidas. Do referido recurso, houve contrarrazões, com preliminar de ilegitimidade do Parquet. Contudo, a mesma restou rejeitada, por unanimidade, pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por entender que o interesse coletivo estava presente, seja atinente à segurança da sociedade, seja no que se refere à dignidade do ser humano.

A precariedade constatada na cadeia pública de Montes Claros estava expondo a riscos não só aquela população carcerária, mas toda a comunidade, razão pela qual necessitava de imediato procedimento licitatório, com vistas à sua reforma e à solução do problema de falta de água, que contribuía para a proliferação de doenças. Assim, o Desembargador Nepomuceno Silva, após relatar os embargos infringentes, assentou em seu voto que a questão não se põe em termos de discricionariedade administrativa, pois não há discricionariedade no dever constitucional de garantir a dignidade da pessoa humana – especificamente do preso, que tem assegurado, constitucionalmente, seu direito à integridade física e moral – e, consequentemente, de zelar pela segurança da sociedade.

Restou assentado no voto do relator que a invocação do princípio da separação dos poderes e falta de recursos financeiros se revelava simplista ante o direito que se pretendia tutelar, já que a vida e a integridade física e moral dos presos cuida-se de direito fundamental, verdadeiro corolário do princípio da dignidade humana, além de se aplicar, na ampla acepção da palavra, o acesso à justiça por parte daqueles que são lesados ou ameaçados.

O revisor, Desembargador Claudio Costa, firmou entendimento oposto ao relator, desacolhendo os embargos infringentes, ao argumento de que não cabe ao Poder Judiciário fazer justiça distributiva, e sim comutativa. Já o desembargador primeiro vogal, Dorival Guimarães Pereira, consigna em seu voto que ao admitir-se que o Poder Judiciário determine ao Poder Executivo a formulação de política pública, estar-se-á forçando a interferência de um poder em outro. O desembargador aduz, ainda, que se a pretensão fosse acolhida, o Poder Judiciário também poderia obrigar o Poder Executivo a baixar juros e promover políticas sociais, o que não é função dos magistrados.

O voto vencido no reexame necessário, de autoria da Desembargadora Maria Elza, registra os argumentos expendidos naquele recurso e reitera que o Poder Judiciário tem o dever de tutelar o direito indisponível em voga. Por fim, o Desembargador Alvim Soares acompanhou o voto do relator e acresceu que o Poder Judiciário não pode assistir à degradação física e moral dos presos sem dar respostas positivas aos anseios sociais, sendo seu dever proporcionar aos presos condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à sobrevivência. Dessa forma, vencidos o revisor e o primeiro vogal, os embargos

infringentes foram providos, restabelecendo o *status quo* da decisão objurgada. A decisão colegiada em questão, à época em que foi proferida, em 12 de maio de 2005, somava-se a raros julgados contidos no repertório da jurisprudência pátria, já que a ideia de judicializar uma política pública era veementemente rechaçada.

Da decisão resultante dos embargos infringentes, o Estado de Minas Gerais interpôs Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, no curso do processo, a unidade federativa informou àquele órgão que, na data de 6 de novembro de 2007, inaugurou um presídio no município de Montes Claros com capacidade para 600 vagas e, com isso, a cadeia pública local foi desativada e os presos transferidos para esse estabelecimento, razão pela qual a Ministra Cármen Lúcia, relatora dos autos, julgou prejudicado o recurso, por perda de objeto, em 23 de abril de 2010.

6.5.2 Considerações acerca do acórdão

O que restou decidido no julgamento, por maioria de votos é que, em casos excepcionais, para que se dê efetividade a direitos fundamentais dos presos, o Poder Judiciário não somente pode como deve determinar ao Poder Executivo a execução de políticas públicas para garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, estudando o caso *sub examine*, há um aparente conflito entre princípios constitucionais: de um lado, tem-se o princípio da separação dos poderes e, de outro, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e dignidade da pessoa humana.

O segmento argumentativo em favor da impossibilidade do Poder Judiciário determinar implementação de política pública no âmbito carcerário funda-se no fato de que incumbe ao Poder Executivo a competência para gerir a administração pública, dentro da escolha dos critérios dos atos administrativos, notadamente a conveniência e oportunidade. A resistência apontada se dá porque serão as dotações orçamentárias do ente federativo que farão os aportes necessários para a reforma das obras reclamadas, cuja previsão de despesas é realizada de acordo com estudos técnicos e voltada, previamente, para áreas que o administrador entende como prioritárias. E mais, depreende-se dos votos vencidos, na decisão ora estudada, que é a unidade da federação quem vai garantir o direito à segurança pública, definida no quadro de políticas sociais e econômicas, cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo.

Entretanto, percebe-se que até mesmos os votos vencidos reconhecem a situação degradante dos estabelecimentos prisionais de Montes Claros e do restante do país, porém,

reiteram, exaustivamente, que o Poder Judiciário não pode condenar o Estado a cumprir a obrigação de fazer o que importe na inclusão, por via oblíqua, de gastos em lei orçamentária, ainda que para garantir o cumprimento de obrigação prevista em lei e na Constituição Federal, sob pena de ingerência no Poder Executivo.

Analisando o caso estudado em cotejo com o repertório jurisprudencial nacional pertinente, verifica-se que, mesmo vencidos os desembargadores (revisor e primeiro vogal), seus votos vão ao encontro de várias decisões em idêntico sentido, dentre as quais relacionamos as seguintes:

EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADEIA PÚBLICA - MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO SUSCITADAS - ATO ADMINISTRATIVO - DISCRICIONARIEDADE - DESCABIMENTO DE INTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA FUNÇÃO EXECUTIVA - PLEITO PROCEDENTE. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. (REsp 169.876, Min. José Delgado). (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, 2001).

Ementa: Apelação civil. Reexame necessário. Ação civil pública. Obrigação de fazer reforma do presídio de Cacoal. Princípio da independência entre os poderes. Embora seja flagrante a precariedade do presídio de Cacoal, é defeso ao Poder Judiciário interferir na discricionariedade da atividade administrativa, representando flagrante ingerência deste sobre área de competência do Poder Executivo. (RONDÔNIA. Tribunal de Justiça, 2014).

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADMINISTRATIVO - IMPOSIÇÃO, AO ESTADO, DE OBRIGAÇÃO DE CONSTRUIR CASA DO ALBERGADO – ATO DISCRICIONÁRIO - CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. - A construção de casa do albergado encontra-se no âmbito da discricionariedade administrativa, de modo que não pode o Poder Judiciário determinar que o Estado a construa, sob pena de inadmissível ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2013).

Com efeito, os votos vencedores contrapõem-se à corrente vencida no seguinte sentido: a essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias previstos pela constituição. O princípio da separação dos poderes, que tem assento no art. 2º da Constituição Federal, não pode

constituir-se como um manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar a integridade e a supremacia da constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição Federal de 1988, razão pela qual o regular exercício da função jurisdicional, desde que pautado pelo respeito à mesma, não viola o princípio da separação de poderes.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, de forma a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. E assim o fez com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que violem o regime das liberdades públicas e os direitos e garantias individuais. É por esse motivo que cabe ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.

O fundamento basilar para que o Estado de Minas Gerais não lograsse êxito em sede de embargos infringentes consistiu, basicamente, em dois princípios de ordem constitucional. O primeiro trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pelo qual a Constituição Federal assegura a todos a possibilidade de acesso ao Judiciário, sempre que sofrer ameaça ou lesão a direito (artigo 5°, XXXIX da CF/88). No caso em voga, foi exatamente o que aconteceu: os reclusos do presídio da cidade de Montes Claros, por intermédio do Ministério Público, demonstraram ao Poder Judiciário que, em razão de omissão estatal, seus direitos dentro da unidade prisional estavam sendo violados.

O Poder Judiciário constatou que a situação física do estabelecimento prisional de Montes Claros era degradante, faltando até mesmo água potável aos reclusos, o que afronta o mais caro dos princípios constitucionais, qual seja: a dignidade da pessoa humana. Assim, sendo o Poder Judiciário o guardião da Constituição Federal, não pode deixar de intervir no caso concreto para impedir, ou fazer cessar, qualquer ofensa aos direitos à vida e à integridade física e psíquica dos reclusos confinados naquele estabelecimento prisional, pois a dignidade humana é sobre princípio, não comportando disposição, transação, limite discricionário de atos do Poder Executivo nem restrição a dotações orçamentárias, posto ser, em verdade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Em pesquisa junto aos tribunais superiores, constata-se que, há precedente

jurisprudencial que respalda a decisão adotada pela maioria da 6ª Câmara Cível, que negou provimento ao recuso aviado pelo Estado de Minas Gerais, como o que se segue:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REFORMA DE PRESÍDIO - PEDIDO LIMINAR - GRAVIDADE DA SITUAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS - PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. É dever do Estado manter as instalações dos presídios em condições adequadas a assegurar aos detentos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. O poder judiciário pode, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Ao manter o preso sob sua custódia, obriga-se o Estado a garantir a dignidade da pessoa humana, sendo que as instalações que ensejam tratamento desumano e degradante violam o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 7º, subscrito pelo Brasil em 24.01.1992. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 2015).

O que se nota é que as recentes decisões dos tribunais superiores não contemplam mais a visão simplista de que um ato administrativo é intangível quando confrontado com direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

7 CONCLUSÃO

A repreensão, em face de condutas antijurídicas, desperta contendas ao longo da história da humanidade. Desde as penas corporais até as penas ressocializadoras, as discussões estiveram permeadas de moral, ideologia e esperança. Entretanto, é inegável a evolução do sistema penal, superando penas com caráter iminentemente de castigo/vingança para ensaiar aquelas que têm como fundamento a prevenção e a ressocialização do condenado. Decerto, a humanidade percebeu que não há uma relação de proporcionalidade entre castigo e recuperação, ao contrário, cogita-se que as penas cruéis potencializam a delinquência. Por essa razão, os sistemas penitenciários variaram ao longo da história, recebendo a influência dos momentos históricos e das cogitações jusfilosóficas de cada época, ora majorando ora minorando seu caráter punitivo.

No entanto, não se pode excluir dessa discussão a evolução no reconhecimento dos direitos fundamentais, o que garantiu aos presos uma grande sorte de direitos cravados na Constituição Federal e na Lei de Execuções Penais, no compasso dos sistemas penais mundiais. Com efeito, as características das penas, na maior parte dos países industrializados, possuem uma ordenação principiológica, obedecendo à legalidade, à anterioridade, à individualização da pena, à proporcionalidade e à humanidade, de forma que a reprimenda penal esteja limitada por preceitos legais capazes de fazer com que o recluso tenha condição de conhecer antecipadamente a razão e a duração de sua pena, submetendo-se à mesma na medida de sua culpabilidade, contudo, sem imposição de tratamento degradante.

O regime prisional acompanhou a evolução das penas, possibilitando ao recluso cumprir a condenação penal de forma progressiva, iniciando num regime fechado, passando ao regime semiaberto e, posteriormente, ao aberto, desde que as condições legais e judiciais lhe forem favoráveis. Como dito, inúmeros direitos dos presos foram positivados na Constituição Federal de 1988, em importantes regulamentos internacionais e na Lei de Execução Penal, dentre os quais merecerem destaque: proibição da tortura e tratamento degradante, proibição da pena de morte e outras penas cruéis, respeito à integridade física e moral do recluso, assistência social, material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa e ressocialização.

No entanto, embora seja claro o caráter evolutivo humanista das penas restritivas de liberdade, com uma constituição pródiga em direitos fundamentais, os presos no complexo penal brasileiro vivem uma realidade diversa daquela prevista no âmbito legal. As prisões brasileiras, em sua larga maioria, são verdadeiras abominações, compostas de celas

superlotadas, imundas, insalubres, sem aeração, com proliferação de doenças infectocontagiosas, temperaturas extremas, instalações sanitárias exalando intenso odor, alimentação, em geral, insuficiente e de diminuta qualidade, muitas vezes, faltando até água potável e produtos higiênicos básicos. É comum a sujeição dos presos a maus tratos e agressões, muitas vezes patrocinados por agentes do próprio Estado. A promiscuidade e a violência sexual, falta de cuidados médicos e ausência de programas de reabilitação têm tornado a ressocialização do preso uma tarefa quase impossível.

O Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN) revelou, em sua última pesquisa, realizada em junho de 2014, que o país possui 607.731 presos em seus estabelecimentos penais e um déficit de 231.062 vagas para abrigar toda a população carcerária. Referido estudo demonstrou que o Brasil é o quarto país do planeta com a maior população carcerária, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia.

Com efeito, os números alarmantes denunciam o descaso com a criação de políticas públicas direcionadas ao sistema prisional, sendo este, tradicionalmente, violador de valores, da lei e de qualquer parâmetro razoável de eficiência, o que é inaceitável sob a ótica legal e moral.

Assim, a ausência ou ineficiência de políticas públicas por parte do Poder Executivo no âmbito carcerário é a causa do cenário dantesco que se afigura. Mais, pela discussão encetada no acórdão do Recurso Extraordinário nº 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ao realizar um paralelo entre os investimentos e a arrecadação do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com base em números coletados até junho de 2015, tem-se uma arrecadação na ordem de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil reais, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), sendo que até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) no sistema.

Esse paralelo constrangedor denuncia o contingenciamento de verbas do Fundo, escancarando a inconsistência, mora ou falha na execução de projetos concebidos pelos entes federados, maquiando a ausência de vontade política, a má gestão pública e a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, denuncia a negligência do Executivo com as políticas públicas.

Diante desse quadro, seria uma afronta à separação dos poderes a intervenção do Judiciário nas políticas públicas ligadas ao sistema carcerário nacional? Tal questão constitui-

se na essência deste estudo, que abrange a pena sob o enfoque dos direitos fundamentais e as possíveis intervenções do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais do preso. Para esse propósito, esta pesquisa, composta de cinco capítulos, analisou o instituto da pena como reprimenda penal e os sistemas e regimes penitenciários, sob a ótica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, abordando desde a criação do sistema prisional brasileiro e considerando a intervenção do judiciário nas políticas públicas a fim de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

É de se concluir, destarte, que a teoria da separação dos poderes não pode ser interpretada como o foi no liberalismo, que já foi superado pela segunda, terceira e quiçá quarta geração dos direitos fundamentais. A harmonia entre os poderes e a sua separação são garantias que asseguram o controle jurisdicional dos atos praticados pelo Poder Público para implementação de políticas no âmbito carcerário, pois o controle jurisdicional de políticas está em consonância com o Estado Democrático de Direito, sendo possível, através dele, minimizar os efeitos maléficos e, muitas vezes, irreparáveis de uma atuação insuficiente do Poder Público.

Assim, ante a omissão ou ineficiência do Poder Executivo em implementar políticas públicas para tutelar direitos fundamentais dos presos, resultando em inequívoca ofensa ao princípio da dignidade humana, é dever constitucional do Poder Judiciário, respaldado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, exercer controle jurisdicional sobre atos administrativos emanados da administração pública, determinando a realização de obras e reformas em estabelecimentos prisionais, reservas de dotações orçamentárias para serem empregadas na saúde, educação, assistência básica e ressocialização dos reclusos.

Dessa forma, o Judiciário assume sua função confiada pela Constituição Federal e indica o caminho para sanar os problemas. Os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata e não é lícito às funções estatais se omitirem sobre suas obrigações, de forma que, negligente uma das funções, a outra deve atuar, sempre tendo em mente a efetivação dos direitos fundamentais. Em suma, a atuação do Judiciário nas políticas públicas é legitimada pela Constituição Federal e perpassa pela efetividade do Estado Democrático de Direito, devendo assumir e chamar a si a função de garantir um mínimo de dignidade aos recolhidos ao cárcere.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova suma divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

. NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

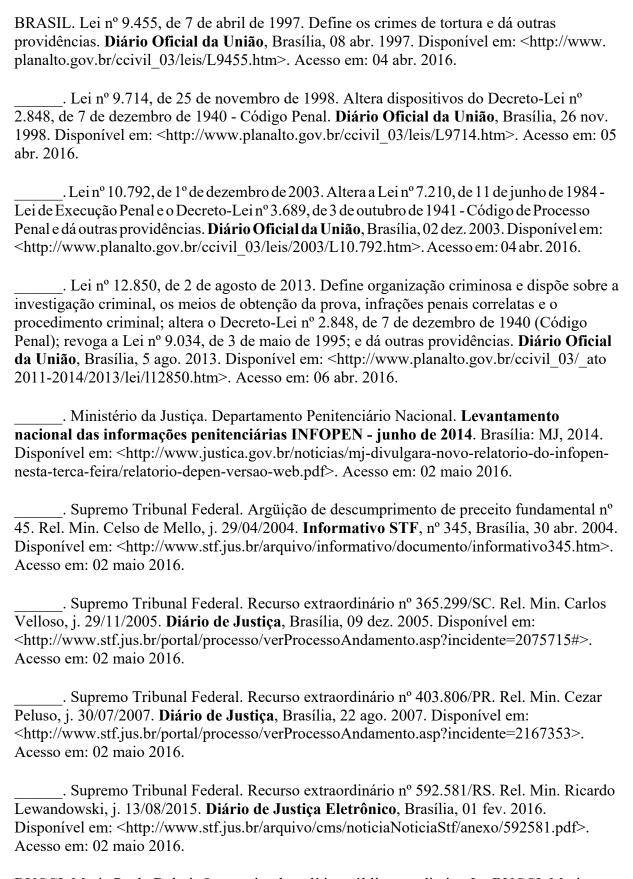
BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 out. 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 01 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/ emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 01 abr. 2016. . Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário** Oficial da União, Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016. . Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/decretolei/1965-1988/Del1004.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016. . Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/ decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016. . Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. Código de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 07 jan. 1831. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016. . Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da** União, Brasília, 05 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/L47 17.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016. . Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016. . Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil 03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016. . Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016. . Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5°, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016. . Lei nº 9.090, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/ L9099.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.



BUCCI, Maria Paula Dalari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dalari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões para um conceito jurídico. São Paulo: Unisantos, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Pillares, 2006.

. Lições sobre o processo penal. Campinas, SP: Bookseller, 2004. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Ronaldo de Carvalho Bretas. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. In: DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 431-438.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 1-20.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

LEAL, João José. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Florianópolis, SC: Ed. OAB/SC, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 10325130006852001/MG. Rel. Yeda Athias, j. 27/10/2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 11 nov. 2015. Disponível em: http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254744695/agravo-de-instrumento-cv-ai-10325130006852001-mg. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 10035100133194001/MG. Rel. Hilda Teixeira Da Costa, j. 29/01/2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 01 fev. 2013. Disponível em: http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114672725/ap elacao-civel-ac-10035100133194001-mg. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1063707050344-5/001. Rel. Desemb. Bitencourt Marcondes, j. 11/11/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 22 nov. 2010. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10637070503445001. Acesso em: 02 maio 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 0705522-87.2003.8.13.0433. Rel. Desemb. Nepomuceno Silva, j. 01/08/2005. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 06 set. 2005. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?lista Processos=10433030705522003>. Acesso em: 02 maio 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direto penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Execução penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, José Luís Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MUAKAD, Irene Batista. Pena privativa de liberdade. São Paulo: Atlas, 1996.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1, p. 15-37.

PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: Parte geral, arts. 1° a 120.

_____. Elementos de direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2: Parte especial.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 00097247220108220007-RO. Rel. Juiz José Augusto Alves Martins, j. 22/05/2014. **Diário de Justiça**, Porto Velho, 02 jun. 2014. Disponível em: http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295568047/apelacao-apl-97247220108220007-ro-0009724-7220108220007. Acesso em: 29 maio 2016.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e a arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-32.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 36908-2001003690-8. Rel. Francisco Oliveira Filho, j. 10/10/2001. **Diário de Justiça Eletrônico**, Canoinhas, 10 out. 2001. Disponível em: http://tj-sc.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/5043274/embargos-infringentes-ei-36908-sc-2001003690-8>. Acesso em: 29 maio 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 994.06.045878-5. Rel. Desemb. Paulo Dimas Mascaretti, j. 29/09/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 10 out. 2010. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/. Acesso em: 02 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de execução penal**. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 29, p. 66-71, out. 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. v. I.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1: Parte geral.