



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***  
**DIREITO PÚBLICO**

**FELIPE OLIVEIRA GOMES**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA BUSCA DA  
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Salvador  
2018

**FELIPE OLIVEIRA GOMES**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA BUSCA DA  
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação *Lato sensu*, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público.

Salvador  
2018

Dedico este trabalho à minha família,  
especialmente meus pais, por sempre  
acreditarem em mim.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço,

À Deus por ter me dado a força e a serenidade necessárias para superar todas as dificuldades nesta etapa.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e por acreditarem tanto em mim.

Às minhas irmãs Faíza e Karol, por serem tão companheiras e me apoiarem em todos os momentos da minha vida, vocês foram essenciais para o desenvolvimento desse trabalho.

Às minhas tias, primos e avós pela torcida e apoio incondicional.

À Milena, minha amiga querida, que tive o prazer de conhecer neste curso e que levarei para a vida toda.

À Lucas, pela cumplicidade e companheirismo de sempre.

“Lembrem dos presos, como se vocês estivessem na cadeia com eles. Lembrem dos que sofrem, como se vocês estivessem sofrendo com eles”.

Hebreus 13:3

## RESUMO

Como é sabido o sistema penal está falido, e esse processo não é recente. Os direitos mais básicos dos indivíduos presos são negligenciados, tais como dormir, alimentar-se, ter tratamentos dignos de saúde e educação não são respeitados pelo Estado, que viola os direitos que estão assegurados tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Lei de Execução Penal. O ambiente, os comportamentos, a higiene e outros fatores são condicionantes que deveriam ser vistos com um olhar mais sensível e responsável pelas autoridades responsáveis, visto que essas condições irão refletir diretamente na inclusão ou não do apenado na sociedade, todavia o que se preencia é o total descaso acerca desta problemática. O presente trabalho de pesquisa faz uma análise sistemática do sistema prisional brasileiro. Discute as principais causas que levam a falência dos estabelecimentos penais, que foram pensados como um ambiente propício a levar a reflexão do apenado para que esse repensasse sua conduta danosa e tivesse condições de se reinserir na sociedade. Além disso, outro escopo deste estudo é analisar o estado de coisas inconstitucional a partir da liminar concedida na ADPF 347, que tratou desta questão em relação ao sistema penitenciário brasileiro e a sua situação decadente e precária que tem como principal causa às omissões praticadas pelos órgãos estatais responsáveis por sua manutenção.

**Palavras-chave:** Estabelecimentos prisionais; direitos fundamentais; medida cautelar; direitos do preso; superlotação; prisões; Estado de coisas inconstitucional; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Supremo Tribunal Federal.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP	Código Penal
CTC	Comissão Técnica de Classificação
DEAP	Departamento de Administração Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DST	Doenças Sexualmente Transmissíveis
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INFOPEN	Sistema de Informação Penitenciária
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas
PCC	Primeiro Comando da Capital
PESP	Plano Estadual de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
ADPF	Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>110</b>
<b>2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO.....</b>	<b>11</b>
2.1 IUS PUNIENDI, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS.....	16
<b>2.1.1 A evolução dos direitos humanos.....</b>	<b>21</b>
2.2 PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	25
<b>2.2.1 Princípio da Liberdade.....</b>	<b>266</b>
<b>2.2.2 Princípio da Igualdade.....</b>	<b>266</b>
<b>2.2.3 Princípio da Legalidade .....</b>	<b>277</b>
<b>2.2.4 Princípio do acesso à justiça .....</b>	<b>300</b>
2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUAMANA FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL.....	31
<b>2.3.1 Acepção normativa da Dignidade da pessoa humana36.....</b>	<b>36</b>
<b>2.3.2 Relativização do princípio da Dignidade da pessoa humana: direito a uma vida digna versus sistema prisional.....</b>	<b>38</b>
<b>3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>43</b>
3.1 SURGIMENTO E CONCEITUAÇÃO.....	43
3.2 OMISSÃO NCONSTITUCIONAL.....	46
3.3 O ATIVISMO JUDICIAL.....	48
3.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECLARAÇÃO DO ECI - A ADPF 347.....	49
3.5 UMA VISÃO CRÍTICA À ADPF 347 FRENTE À TEORIA DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	51
<b>4 A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL53.....</b>	<b>53</b>
4.1 PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DA POPULAÇÃO INTERNA.....	56
4.2 CONDIÇÕES DE SAÚDE DOS INTERNOS NO SISTEMA PRISIONAL.....	58
<b>4.2.1 O plano nacional de saúde no sistema penitenciário.....</b>	<b>59</b>
<b>4.2.2 Assistência médica e higiene.....</b>	<b>600</b>
<b>4.2.3 Alimentação .....</b>	<b>622</b>

4.3 POPULAÇÃO CARCERÁRIA.....	63
<b>4.3.1 Superlotação gera rebelião .....</b>	<b>6464</b>
<b>4.3.2 O domínio das facções.....</b>	<b>66</b>
4.4 MEDIAÇÃO PENAL E A FORMULAÇÃO DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA..	6969
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>7474</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o sistema prisional está em uma situação caótica. Os problemas são evidentes, na medida em que há um aumento crescente na violência entre os presos, que se potencializa em face das condições precárias encontradas no interior das prisões.

O descaso e a inércia dos órgãos responsáveis, além dos baixos investimentos do Estado no sistema prisional levam a uma crise do ponto de vista estrutural e organizacional. Os estabelecimentos prisionais cada vez mais estão se deteriorando e conseqüentemente às condições de vida da população carcerária vem se agravando cada vez mais, por isto, a pena de prisão não alcança a sua finalidade principal, qual seja: a ressocialização.

Evidencia-se um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais, além de macular o Princípio da Dignidade da pessoa humana. Assim, a inércia de atuação não se resume a somente uma autoridade específica e sim a todas as esferas de Poder que deixam de adotar posturas e mecanismos para diminuir com os problemas e reverter o panorama da violação sistêmica de direitos humanos.

O presente trabalho tem como escopo analisar a realidade do sistema carcerário brasileiro, evidenciando os principais problemas, principalmente no que tange as violações aos diversos direitos dos presos e a sua dignidade. Este tema é de extrema relevância para a sociedade, uma vez que o sistema prisional está completamente falido, o que acarreta inúmeras conseqüências para a coletividade.

É de ampla notoriedade que o sistema prisional brasileiro necessita de medidas urgentes em razão da discussão de medidas que visem a melhoria do sistema carcerário. A opinião pública se baseia no aumento significativo dos níveis de criminalidade. Com isso, percebe-se que o sistema prisional não está alcançando a sua real finalidade.

Será abordado neste trabalho as principais violações aos direitos fundamentais da população carcerária, os responsáveis por tais violações e quais são as possíveis medidas que serão implementadas para amenizar os problemas enfrentados. Tendo em vista que se trata de uma situação grave e recorrente não grande maioria dos presídios brasileiros, a busca de uma possível solução abrange a articulação de diferentes órgãos governamentais, com a participação de todos os Poderes da República, nas esferas federal e estadual.

Neste contexto, ressalta-se a teoria do estrado de coisas inconstitucional, que teve origem na Colômbia. Em maio de 2015 foi proposta uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADPF 347. Assim, após esse julgado da Corte Suprema, resta a necessidade de discutir como o Poder Judiciário pode intervir de forma eficaz e com legitimidade democrática, na formulação e introdução de políticas públicas com o objetivo de tornar efetivos os direitos atribuídos aos presos.

## 2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA E DA PRISÃO

Para Mirabete (2003, p.359):

A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio pois pode significar a pena privativa de liberdade ("prisão simples" para autor de contravenções; "prisão" para crimes militares, além de sinônimo de "reclusão" e "detenção"), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos "captura" e "custódia", com os significados mencionados em substituição ao termo "prisão.

E, neste sentido, o escritor quanto a liberdade, observa que:

Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade. Por isso foi ela prevista nas Constituições de 1824 (art. 179, § 10), de 1891, de 1934 (art. 122), de 1937 (art. 122, II), de 1946 (art. 141, § 20), de 1967 (art. 150, § 12) e de 1988 (art. 5º, LXII). É nesse sentido que o artigo 282 do CPP reza que, à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, que, hoje, é apenas a autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF). Mas, por permissão constitucional, pode-se efetuar a prisão sem mandado judicial nas hipóteses de flagrante (art. 5a , LXI), transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LXI), prisão durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º, I) e do Estado de Sítio (art. 139, II), além de se permitir pela lei processual a recaptura do foragido (art. 684 do CPP), caso em que o recolhimento anterior era legal por ter sido ele autuado em flagrante ou por ter sido recolhido em virtude da expedição de mandado de prisão. (2003, p. 360)

A liberdade é uma característica fundamental e indispensável a todo ser humano. Mas a história nos informa que desde o início da criação, o homem se tornou perigoso para os seus próprios semelhantes.

Em um primeiro momento, adotando a concepção criacionista de mundo, o livro de Gênesis, aduz que Deus tinha contato direto e permanente com o homem. Contudo, após sua desobediência, Deus se afastou, e, com isso, começava a história das penas em que houve a expulsão do primeiro casal do paraíso após provar do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, sendo a maior de todas as punições.

Alguns anos depois a desobediência do homem gerou o primeiro homicídio. Esse crime foi originado por Caim, enciumado pelo fato de que Deus havia se agrado mais da oferta oferecida pelo seu irmão Abel e traiçoeiramente o matou. Deus proclamou sua sentença diretamente a Caim e decretou que ele seria um delinquente fugitivo pela terra.

Mesmo após esses acontecimentos bíblicos, o homem não deixou de praticar crimes graves contra seus semelhantes. Deus tinha um plano inicial de que o homem enquanto ser racional teria domínio sobre todas as coisas, mas sua desobediência levou-o a afastar-se de Deus, dando ensejo da prática de comportamentos contra os indivíduos que se encontravam ao seu redor. Todo grupo social sempre possuiu regras e essas tinham que ser cumpridas, muitas vezes as pessoas que praticavam condutas que desviavam as regras de conduta da comunidade influenciavam aquelas pessoas que cometiam condutas desviantes e praticava fatos contrários aos interesses da coletividade. Era uma questão de sobrevivência de o próprio grupo ter algum tipo de punição capaz de impedir comportamentos que ameaçassem a existência do grupo.

Tomando por base o panorama histórico para a execução das penas privativas de liberdade, surgiram três sistemas penitenciários, sendo o primeiro denominado Sistema de Filadélfia, iniciado por volta de 1790, esse sistema foi adotado primeiramente na penitenciária de Walnut Street Jail e posteriormente na Bélgica, e difundia a prática do isolamento absoluto, não existindo trabalho e não tendo os presos direito a visitas. Acreditava-se que a solução estava na dedicação integral dos presos a atividades eclesásticas e a leitura da bíblia, que propiciava a esses indivíduos um possível arrependimento. Logo após, por volta de 1818 se origina o Sistema de Auburn, nos Estados Unidos, inicialmente os presos poderiam trabalhar nas celas individualmente, passando posteriormente a fazer os trabalhos em grupos. Impunha-se a esse sistema a metodologia do silêncio absoluto, não podendo os presos comunicar verbalmente, surgindo assim entre eles outras formas de comunicação, seja através de símbolos ou outros meios como batidas na parede ou sons feitos nas caixas d'água. O Sistema Progressivo, surgido na Espanha e na Inglaterra por volta do século XIX, havendo claros reflexos desse sistema com o utilizado no Brasil, nesse período propunha a pena dividida por estágios, o primeiro durava nove meses de isolamento, logo depois desse tempo o preso era enviado a obras públicas para execução de serviço.

Superado essa etapa o preso estava liberado para trabalhar em colônias agrícolas, sem que houvesse vigilância ou supervisão, nos casos de bom comportamento o apenado ganharia a chamada liberdade condicional, sem prejuízo de essa liberdade ser revogada por mau comportamento.

Partindo para uma discussão mais sociológica no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais, Goffman (1961, p.24) afirma que:

As instituições totais são mortificadoras do eu do indivíduo, que chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo auferida das relações sociais estáveis vivenciadas no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido de tal apoio, começando a passar por algumas mudanças radicais em sua carreira moral, carreira esta composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que possui a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele.

A prisão por muito tempo foi pensada como o mecanismo capaz de satisfazer todas as finalidades inerentes a pena, principalmente reabilitar o delinquente para que este possa voltar ao convívio social. Essa afirmação diverge daquela apresentada por Foucault, segundo a qual a prisão-pena já nasceu em crise e com propostas de reforma sucessivamente discutidas ao longo dos seus três séculos de história. Em um primeiro momento, as prisões eram destinadas aos animais, não diferenciando os seres racionais dos irracionais, havendo com isso as mais diversas crueldades com os apenados, que eram castigados, esquartejados e acorrentados nos lugares mais inóspitos, por não possuir uma arquitetura própria para as prisões. A antiguidade desconheceu a privação de liberdade, estritamente considerada sanção penal, uma vez que as prisões serviam para preservar os réus até o julgamento e a possível execução. O direito utilizado era baseado na Lei de Talião, o qual defendia a retribuição da pena, sem qualquer preocupação com o indivíduo.

Na Idade média, as sanções estavam submetidas ao arbítrio e vontades dos governantes e eram proporcionais ao status social que o apenado pertencia. As penas eram cruéis e desumanas, a amputação de braços, a força e a guilhotina eram comuns e serviam como verdadeiros espetáculos para a população que se satisfazia em ver a degradação e o sofrimento dos que desviavam as leis impostas. Havia nessa época a prisão Canônica, onde os monges e clérigos faltosos se recolhiam em prisões para que pudessem refletir sobre o motivo das suas faltas. Surgem também na idade média, as prisões do Estado. Todos os inimigos do poder real e os opositores políticos eram recolhidos em prisões para que não pusessem exercer suas manifestações de pensamento, ficando evidente que as prisões eram baseadas nos arbítrios do poder real.

Com o crescimento das cidades, surgiram as casas de trabalho e de correção, destinadas aos considerados “vagabundos”, por não possuírem trabalho e viverem a margem da sociedade e aos mendigos, que eram excluídos e tratados como indigentes. Em 1558 foi instituída a Prisão de Nuremberg e em 1595 em Amsterdã uma casa de correção para abrigar aqueles que não se enquadravam em padrões tidos como aceitos pela coletividade.

Durante os séculos XVI e XVII as mazelas sociais e a pobreza assolam a Europa. Há um aumento significativo da criminalidade, de distúrbios sociais e uma devastação da economia de muitos países. A pena de morte deixou de ser uma solução adequada para punir e passou a se adotar os estabelecimentos prisionais como medidas para punir os delinquentes. Na metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande desenvolvimento da pena privativa de liberdade, houve a construção e organização de prisões com o intuito de proteger e corrigir os apenados por meio do trabalho e da disciplina, esses estabelecimentos prisionais tinham objetivos muito definidos, que era desestimular a delinquência.

Antes das casas de correção, surgem na Inglaterra às casas de Trabalho, com o objetivo principal de diminuir a ociosidade e propiciar aos apenados uma chance maior de ressocialização. Em 1703, foi construído em Roma o hospício de São Miguel para menores irrecorríveis, essa obra foi considerada um marco para a história das prisões pelo fato de a arquitetura contemplar um grande número de celas, o corpo nessa época deixa de ser o alvo de punições e as prisões passam a ser vistas como o mecanismo capaz de proteger e corrigir o apenado através da disciplina e da correção.

Em se tratando da pena, durante a história da humanidade, a pena aparece como manifestação da cultura e em nenhum período se afastou do homem, passando por diversas transformações ao longo dos anos. Sendo assim, as ideias sobre a finalidade da pena se associam as ideias que vão surgindo com as necessidades dos indivíduos dentro do espaço social.

Nos tempos primitivos a história nos informa que as penas tiveram origem religiosa, associando as punições e castigos ao desvio do que era tido como sagrado. A história bíblica da privação de Eva em não poder retornar ao paraíso por ela ter atentado contra a ordem imposta por Deus, comendo o fruto proibido fez com que Deus a penalizasse trazendo rente a este fato o primeiro registro tipificado na Bíblia Sagrada como pena (MIRABETE E FABABRINI, 2006).

É possível então sintetizar que a pena associada ao sagrado era tida também como uma forma vingativa, em que o agressor pelos seus instintos revidava todas as agressões sofridas, não existindo a noção de proporcionalidade, nem um juízo de justiça capaz de diferenciar os atos praticados por vingança baseado no instinto daqueles tidos como racionais.

Passados esses tempos primitivos passa-se a uma segunda vertente, o período da Vingança privada, que se baseia no que foi difundido pelo período primitivo, mas possuem algumas especificidades. Esse período é marcado pela reação como agressão, sendo essa estritamente pessoal, desencadeando assim rivalidades entre os grupos, uma vez que não se admitia a intervenção de terceiros para mediar o conflito, era um período em que a justiça era feita pelas próprias mãos, não existindo qualquer juízo de proporcionalidade.

A sociedade evolui e surge o período da Vingança Divina, onde já existia uma manipulação social de obrigar quem descumprisse as ordens a se submeter a castigos e penas cruéis. As autoridades eram tidas como personificação das divindades, sendo seus mandamentos ditos como divinos e se descumpridos ocasionariam consequências graves, pelo fato de serem mandamentos sagrados.

Logo após desse período, vem o chamado período da Vingança Pública dando garantia da segurança dos soberanos, que baseados na pena cruel visavam à intimidação da população.

Com o passar do tempo, surge uma nova configuração da pena, baseada no homem enquanto indivíduo, ou seja, a pena visava proteger a individualização, respeitando-o enquanto ser único. Assim seria penalizado o infrator que viesse a atingir os bens de outrem, tendo a pena o caráter unicamente retributivo, sobre os pensamentos que vigoravam nesse período e, caso o indivíduo viesse a cometer qualquer delito contra alguém, “logo seria justificada sua pena porque perturbou o direito de outros”. (LISZT 2003, p.77). Diante desse processo histórico-evolutivo da pena, retira-se do ofendido o exercício da penalidade para repassá-la ao Estado, passam a valer o direito de reparação diante do crime cometido de forma imparcial, examinando de forma pacífica os fatos para melhor análise do delito, onde o poder repressivo do Estado, que considerado em si é ilimitado, se transforma em Direito Público de punir.

Na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, diante da quebra de paradigmas em que o ser humano passa a ser o centro das preocupações sociais e os direitos humanos ganham mais força e tomam uma dimensão mais ampla no sentido de protegê-lo.

Surge o Período Humanitário, em que não mais se admite penas degradantes e cruéis, voltadas a penalizar o homem de forma degradante e sem proporcionalidade, surgindo assim uma preocupação com a dignificação do indivíduo infrator. “O estado de coisas suscitava na consciência comum à necessidade de modificações e reformas no direito repressivo”. (NORONHA, 2001, p.24). Essa quebra de paradigma é marcada pelas ideias do movimento Iluminista, pelo qual se pregava novas ideias filosóficas, morais e jurídicas, valorizando o uso da razão para dirimir o progresso da vida em sociedade.

Por consequência dos ideais filosóficos e morais do Iluminismo, evolui-se a um novo período da pena, é o chamado período Criminológico, analisando a humanização da pena, banindo qualquer tipo de pena degradante, que ferisse a dignidade do apenado, mas inova no sentido de começar a analisar a individualização da pena em relação à causa e efeito que levam o delinquente a cometer o crime. Este movimento se inicia com os estudos do médico César Lombroso, expondo suas teorias do “crime como manifestação da personalidade humana, a figura do criminoso nato” (MIRABETE E FABBRINI, 2006, p.21). É preciso mencionar a valiosa contribuição dos estudos do médico para a evolução da pena. Esse estudioso a partir de análises antropológicas verifica caracteres biológicos e morfológicos do criminoso, investigando as causas que o levaram ao cometimento do delito, encontrando soluções para que se evite novos crimes. Surge assim nesse período, com a influência de muitos estudiosos criminalistas uma perspectiva para se alcançar a aplicação da pena, não como castigo, mas como meio de reeducar o delinquente, dando-lhe oportunidade de refletir sobre o mal que fez a sociedade e uma possível reintegração ao convívio social.

## 2.1 IUS PUNIENDI, ESTADO DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS

Para a harmonização da convivência em sociedade, é preciso que se respeitem as regras básicas de comportamento, que são editadas pelos Poderes regularmente constituídos. Tomando como referência o modelo democrático e as sociedades que o adotam, é preciso notar que o poder de criar normas para regular os mais diversos comportamentos é ilimitado, mas existem limitações que devem ser observadas pelo legislador, para resguardar bens jurídicos tidos como relevantes socialmente, sendo essas normas jurídicas criadoras de direitos e obrigações.

Em se tratando das normas de natureza penal, sobressai-se o *ius puniendi*, que se divide em sentido objetivo, no qual o Estado, através do Poder Legislativo, mediante o sistema de freio e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, criam normas de natureza penal, impondo e proibindo determinados comportamentos que se descumpridos culminará em uma sanção. Já o sentido subjetivo, o Estado através do seu Poder Judiciário, executa as decisões relacionadas ao indivíduo que descumpriu o comando normativo, praticando um ilícito penal.

A punição faz parte da vida em sociedade, existindo o castigo físico, privação de liberdade, censura moral, censura da sociedade e também a censura do Estado, como ente maior, que impõe a sua vontade por meio da força, amparado no chamado “contrato social”, que todos são signatários.

O *ius puniendi* do Estado só tem razão de ser se enquadrado no contexto do Estado de Direito, pois é neste que encontrará sua fonte de validade. É no Estado de direito que o cidadão encontrará segurança e amparo necessários para ver resguardados os bens jurídicos tidos como mais importantes. Nas sociedades pós-modernas, o Estado passou a exercer, de forma exclusiva, o poder de punir, pautado sempre nos ideais democráticos e nas garantias individuais para garantir a proteção da ordem social. Antônio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (2009, p.209), prelecionam que:

A autoafirmação do Estado moderno como máxima instância política frente às restantes instituições sociais foi produto de um lento processo histórico paralelo ao da concentração do *ius puniendi* em suas mãos. Numa sociedade conflitiva, pluralista e democrática (tal como a do nosso tempo) o *ius puniendi* estatal pode se apresentar como instância pública capaz de resolver o conflito criminal – e as expectativas que ele gera – de forma pacífica e institucional, de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Só o *ius puniendi* estatal encontra-se em condições de assegurar a justa tutela dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada assim como a autodefesa.

O Estado de Direito está intimamente ligado ao surgimento do chamado Estado Liberal, e o seu conceito se relaciona a noção de um Estado de direito racional, em que o Estado baseado nos princípios da razão regula a vida em sociedade. Traçando um panorama histórico, já era possível verificar resquícios dessa concepção na Antiguidade, como ocorreu na Grécia e em Roma, assim como na Idade Média. Mas foi na Alemanha que Carl Theodor Welcker a utilizou, no ano de 1813, no sentido de uma nova espécie de Estado associado a um Estado racional, que recebeu forte influências do período iluminista. Antes de Welcker, a teorização do Estado Liberal está em Locke, ainda no século XVII.

Esse Estado da razão era guiado pelo império da Lei, por isso, ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de uma lei. Esse Estado pautado nos mandamentos legais não significava qualquer garantia ao cidadão, uma vez que só se conseguia vislumbrar a existência formal de uma lei, sendo a sua obediência geral e obrigatória, impondo ou proibindo determinados comportamentos. Não se discutia os desdobramentos materiais da norma jurídica, o seu alcance era meramente formal, regulando os comportamentos da sociedade, bem como os do próprio Estado.

Esse Estado puramente de Direito não conseguiu atender aos anseios sociais, que via no Estado um garantidor dos seus direitos e não um mero formulador de mandamentos legais. Os cidadãos nesse chamado Estado de Direito, vislumbravam muitas vezes os abusos praticados pelo Estado, pois se este através do seu monopólio resolvesse editar normas contrárias ao interesse da população, estaria resguardado por esse suposto Estado de Direito. Tal concepção foi substancialmente modificada com o surgimento, a partir do século XIX, do Estado Liberal de Direito, que passou a considerar os princípios inatos a todo ser humano para combater os arbítrios dos governantes e preservar a liberdade do cidadão.

No final do século XVIII, após as revoluções americana e francesa, despertou no mundo ocidental um sentimento de transformação no comportamento dos indivíduos que começaram a se rebelar contra os governos autoritários que tinham o poder concentrado nas mãos de um tirano. A partir desse marco, o governo seria pautado nas leis, não fazendo distinção entre as pessoas, uma vez que todos estariam submetidos a um governo comum, que era o chamado “governo das leis”. Estado de Direito e Lei são, portanto, acepções que não se separam, só diferindo quanto ao alcance. A concepção de Estado Liberal de Direito irá defender a liberdade do cidadão e em um segundo plano limitar essa liberdade através de uma lei formalmente editada.

Com a finalidade de organizar o Estado, baseando em uma divisão de repartição de competências e organizar as liberdades e garantias fundamentais de cada cidadão, deverá ser incorporada no ordenamento jurídico uma Constituição que deverá nortear os Poderes, não podendo o legislador criar normas que contrariem o que está editado no diploma maior, qual seja, a Constituição.

Relacionando o diploma constitucional com as normas penais é preciso que se pondere o direito fundamental de liberdade, que é inerente a todo ser humano e deve ser respeitada e de outro a pena privativa de liberdade que irá limitar esse direito fundamental, tendo que ser considerado como uma exceção.

Assim, mesmo que o Estado tenha como atribuição o poder de utilizar o seu *ius puniendi*, este deverá ser efetivado levando em conta os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos. Uma pessoa que tenha sua liberdade cerceada e a ela seja submetida uma pena privativa de liberdade os outros direitos fundamentais não poderão ser reduzidos, tendo que se respeitar a sua dignidade, honra e integridade seja física ou moral. Haverá com isso um elo entre os direitos fundamentais previstos na constituição, sobressaindo à dignidade da pessoa humana, como centro do ordenamento jurídico e o *ius puniendi* do Estado, pautado sempre nos ideais humanistas.

No final do século XVI, na França o cenário era de extrema hostilidade, principalmente no que se refere à supremacia do poder político. As disputas religiosas entre católicos e protestantes eram frequentes, uma vez que ambos lutavam pela unicidade da religião, exigindo do rei um posicionamento com relação a esse embate. É nesse contexto de instabilidade que o filósofo Jean Bodin difunde o seu pensamento no sentido de apontar mecanismos que tinha como objetivo impedir a desordem, conflitos de interesse e guerras religiosas. Para Bodin, percussor do conceito de soberania, a solução para essa desordem social consistia em fortalecer o poder do Estado na pessoa do monarca, fortalecendo a sociedade que estaria conseqüentemente amparada pela lei. Nesse sentido, conclui o filósofo francês que a soberania é o poder perpétuo e absoluto de uma República. Perpétuo em detrimento da vitaliciedade intrínseco ao poder do monarca, estendido aos seus sucessores após a sua morte, como também absoluto, uma vez que cabia ao monarca estabelecer e suprimir as leis.

O Estado institucionalizado não existiu desde os primórdios da sociedade. O que havia eram núcleos de poder, pautados em um núcleo de organização muito simples, baseado na estrutura familiar. A instituição Estado surge em um determinado momento histórico, atendendo a algumas determinações políticas, econômicas e sociais. Nos clássicos que retratam a teoria do Estado encontraremos o surgimento da instituição do Estado sendo associado ao desenvolvimento tecnológico aplicado à agricultura e à pecuária que ensejaram as premissas da propriedade privada.

Nesse período surge uma corrente de estudos denominada Contratualista, presente no século XVII e XVIII, e explica o surgimento da instituição Estado por meio de um “Pacto Social”, firmados entre os indivíduos que ansiavam a participação do Estado para organizar o convívio social para com o Estado Soberano, para que este com todos os seus instrumentos organize as relações sociais. Dentre os autores contratualistas é possível visualizar pontos contrários no que diz respeito aos “termos do contrato”, pois enquanto Thomas Hobbes propõe um pacto de “submissão” dos indivíduos ao Poder soberano, John Locke e, de certa forma, J. J. Rousseau tratam de um pacto de “consentimento”, ou seja, os termos do “contrato” não estabelecem a aceitação plena e absoluta pelos indivíduos que celebraram o acordo ao poder do Estado criado pelo pacto.

Relacionando a soberania segundo a teoria do Estado, o professor Paulo Bonavides conceitua soberania como sendo um conceito histórico e relativo.

E essa relatividade enseja afirmar que essa soberania vem sendo flexibilizada com o passar dos anos, principalmente se relacionarmos a globalização, que interliga as fronteiras e diminui as distâncias geográficas entre os países aproximando-os no âmbito político, econômico, social e cultural. A intensificação do processo de mundialização do capital, intensificada no início da década de 70, em um momento no qual o sistema capitalista começa a demonstrar sinais de saturação. Nesse contexto, as grandes potências econômicas passaram a adotar medidas de contenção de gastos nos custos visando uma maior lucratividade, o que ocasionou a concorrência entre as grandes empresas. Além de mudanças de cunho econômico, importantes acontecimentos políticos transformaram o cenário político com consequências diretas no chamado processo de globalização, como a queda do Muro de Berlim, em 1989 e o fim da Guerra Fria, iniciada em 1946. Assim, o processo de globalização é fator determinante para o processo de acumulação do capital, que conseqüentemente influi o processo de mundialização do capital financeiro, que não pode ser restringido apenas no aspecto econômico e financeiro, mas também as questões mais abrangentes na dinâmica da sociedade.

Uma das determinações mais importantes do neoliberalismo consiste na minimização da interferência estatal nas áreas da economia, passando de um Estado produtor para um Estado fiscalizador, passando a avaliar e fiscalizar a oferta pela iniciativa privada. Houve também como consequência dessa mudança de papel do Estado, a flexibilização das relações trabalhistas, dando ensejo a livre negociação entre empregado e empregador sem a interferência do Estado.

Os tratados e convenções internacionais, que tinham uma interferência sem muitas implicações na política internacional, a partir da globalização começaram a se destacar e ganhar status de constitucionalidade, passando os países signatários desses tratados a gozar de prerrogativas e a interagir de forma mais ampla na política internacional. Os governantes, bem como as autoridades compreenderam que não há como manter o conceito original de soberania, pautado na vontade de uma só pessoa. Não há sentido em um governo se manter sem a ingerência de órgãos externos para auxiliá-lo e aplicar sanções cabíveis quando estes cometerem arbítrios seja contra os tratados internacionais das mais diversas naturezas ou nas legislações internas dos próprios Estados.

O ser humano, dotado de personalidade, deve ser respeitado independentemente do país do qual faça parte. Nesse sentido, os tratados internacionais anunciarão regras para os Estados signatários que deverão ser cumpridas independentemente de estarem dispostas internamente, cabendo sanção para o Estado que descumprir essas normas.

### **2.1.1 A evolução dos direitos humanos**

Para se traçar a evolução histórica dos direitos humanos é necessário em um primeiro momento fazer um enquadramento entre Direito natural, dignidade da pessoa humana e por fim entender os processos que levaram o homem ao centro de proteção do ordenamento jurídico. No caminho da humanidade desenha-se um longo percurso que permeia entre a sociedade gregária da pré-história, passando pelas civilizações antigas, até a sociedade individualista e tecnológica dos dias atuais.

As sociedades primitivas foram preponderantemente gregárias, as ameaças eram advindas da própria natureza como também de outros grupos humanos, não havia espaço para as manifestações individuais, a prevalência era absoluta no que se refere as decisões do grupo. A preservação do grupo era justificção da autossuficiência, ao ponto de se desconhecer a própria noção de pessoa.

Em se tratando da civilização ocidental, aparece como expoentes máximos a figura de dois homens: Sócrates e Cristo, ambos com traços em comum no sentido de ser as suas mensagens novas e inquietantes para a sociedade.

O individualismo grego, refletida em uma filosofia ocidental, não se elevou a percepção da pessoa. Dominou- a uma visão monista do real, que fazia ver na individualidade uma imperfeição. Entretanto, uma característica se expandiu nesse período foi a curiosidade pelo indivíduo humano, mais conhecido pelos estudiosos como individualismo.

Com o Renascimento, se recupera o possível legado da Antiguidade Ocidental, de que as condições para a consciencialização da potencialidade da noção se encontram reunidas. Kant colocava algo ao abrigo da sua própria crítica: a pessoa, que lhe aparecia como um dado irrecusável, aprofunda a noção de pessoa a atribuindo um valor único, a dignidade, lançando então a contraposição que perpetua os séculos: as coisas têm preço, mas a pessoa tem dignidade. A dignidade então passa a ser em relação à pessoa.

A dignidade da pessoa vai ancorar na reflexão de Kant, representando a tomada de consciência por parte da sociedade do significado principal da pessoa. A pessoa humana dentro das construções teóricas passa a ocupar o lugar central tanto na filosofia quanto no campo jurídico. A dignidade, que é um atributo, passou a ser administrada como uma substancia, sendo o homem um ser com fins próprios e dotado de liberdade, e por essa característica é livre para construir a si mesmo, tornando assim um ser ético, permeado da consciência moral para as escolhas das suas opções na dinâmica social. O homem é sem dúvida, um ser social, não somente por tender naturalmente a se aglomerar, mas porque as suas realizações se concretizam para os outros ou com a ajuda destes.

Sendo assim, a pessoa sendo considerada na sua realidade ontológica é um ser cuja essência e realização o Direito serve, uma vez que a noção de pessoa é tão rica que tem que ser alocada no centro das discussões filosóficas e jurídicas, sendo considerado nessa pessoa o atributo da dignidade, que é inato a existência humana, constitui sua natureza de ser humano e conseqüentemente constitui uma cultura.

Os direitos humanos exprimem uma antinomia entre homem e sociedade. Foi necessário muito tempo para que esse conflito se tornasse um problema social. A igreja católica durante muitos séculos suprimiu a antinomia entre homem e sociedade, vendendo a máxima do homem e o reino de Deus, independente da classe social. Com a escravidão, o colonialismo e o advento do fascismo retomou-se o exame da recusa dos direitos humanos.

Levando em conta a história dos direitos humanos, essa é caracterizada pela noção de exclusividade, tendendo a funcionar em favor dos privilegiados. Com o advento da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a noção de exclusividade desses direitos foi superada pela noção de universalidade, em que prevalece a autodeterminação dos povos. É nesse período que a democratização, a descolonização, as lutas pela ascensão das minorias ganham força na comunidade internacional. A maioria da humanidade possui aspirações que se se traduzem no desejo de mudança de uma nova ordem mundial.

Com o advento das obrigações provenientes da Carta das Nações Unidas no sentido de respeitar as liberdades e garantias fundamentais vinculavam todas as nações a cumprir tais obrigações. Entretanto, mostrou-se necessário demonstrar a força normativa obrigatória dos direitos humanos, pela adoção de certo número de convenções que os Estados tinham a faculdade de ratificar.

Os direitos humanos antes de serem anunciados em uma constituição ou em um texto jurídico são resultado de manifestações sociais que correspondem a um determinado estado da sociedade. Desde então, os direitos humanos situam-se em um combate de ideias frente às pressões dos poderes estabelecidos. Assim, não tem como precisar a origem do pensamento relativo aos direitos humanos, Nuria Beloso Martín, distingue as três etapas consideradas como fundamentais no que diz respeito a evolução dos direitos humanos (2009, p.14-142): “Os direitos humanos pré-revolucionários (pré-história dos direitos humanos), os direitos humanos do Constitucionalismo liberal (os direitos humanos de primeira geração) e, por último, os do Constitucionalismo social”.

A universalidade dos direitos humanos fundamenta-se nas premissas da igualdade e valor de todos os seres humanos, sem discriminação. Sendo assim é mais importante preocupar com a sua efetiva proteção. Como afirma Bobbio, O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Modernamente, mais do que lutar para que sejam admitidos novos direitos que protegem o indivíduo é preciso preocupar com o respeito e a efetivação dos direitos já existentes.

Portanto, tal universalidade dos direitos humanos irá se fundamentar sempre nas premissas da igualdade em dignidade de todos os seres humanos, não havendo margem para qualquer manifestação de intolerância. Haverá a valorização do homem em sua integralidade, como seu único, individual e que merece ter os seus direitos e garantias respeitados.

Na construção da evolução dos direitos humanos, estes foram advindos a partir de manifestações humanas e anseios dos povos que clamavam por direitos que os tutelassem e os protegesses dos arbítrios dos governos vigentes. Surge em um primeiro momento os Direitos humanos de primeira dimensão em contraposição ao absolutismo monárquico, fazendo despertar um movimento de busca dos direitos naturais, inerentes a todo ser humano. Essa busca pelos direitos mais básicos fez surgir um dos movimentos mais importantes e significativos da história da busca pelos direitos humanos: o Iluminismo, período em que grande parte dos estudiosos da época passaram a opor-se à monarquia absoluta que atacava das formas mais arbitrárias os direitos inerentes a pessoa humana. Nasce então a necessidade de se buscar direitos, que nascem das lutas revolucionárias das populações submetidas aos arbítrios dos governantes.

Os direitos de primeira dimensão são os considerados direitos de liberdade, como a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de ir e vir. As revoluções levaram ao Estado liberal de direito, que passariam a ser positivados por diversas constituições, passando esses direitos a ser reconhecidos como direitos fundamentais.

A partir da nova realidade social, pautada na defesa das liberdades, passam a surgir conseqüentemente novas necessidades para que se discuta a exigência de novos direitos humanos, que passam a ser considerados de segunda dimensão, são os que pleiteiam a luta por direitos sociais, culturais e econômicos. Essa necessidade surgiu principalmente por parte da classe trabalhadora, que era injustiçada e arbitrariamente explorada pelos empresários, que viam o lucro como pilar principal da atividade econômica, sendo a pessoa do trabalhador posta em segundo plano. As desigualdades sociais eram gritantes nesse período. O século XX foi marcado pelo reconhecimento e tutela desses direitos fundamentais na constituição de muitos Estados, assim como em dispositivos infraconstitucionais. Com a normatização desses direitos, pretendia-se que o abismo social fosse diminuído e que o ser humano tivesse uma vida digna, tendo direito à educação, saúde, lazer, habitação, cultura e tantos outros direitos mínimos existenciais.

Novas necessidades fundamentais foram surgindo para a sociedade, fazendo nascer os direitos sociais de terceira e quarta dimensão. Conforme anuncia Bobbio, os direitos humanos de terceira dimensão estão em uma categoria heterogênea e vaga. Os direitos de terceira dimensão lutam para tutela de direitos tidos como coletivos, a exemplo do meio ambiente limpo e sadio; o direito a paz; ao desenvolvimento; os direitos do consumidor, dentre outros. Já os direitos de quarta dimensão caminham junto a evolução tecnológico-científica. Foi à descoberta do genoma humano o marco desses direitos. A Conferência Geral da UNESCO adotou no ano de 1997, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, reconhecendo assim a pesquisa sobre o genoma humano e as suas aplicações no progresso da saúde e conseqüentemente na melhoria de vida da humanidade. Essas pesquisas, por mais que sejam um marco na evolução das pesquisas tem que respeitar a individualidade de cada indivíduo, respeitar a dignidade, os direitos humanos e a liberdade.

## 2.2 PRINCÍPIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As constituições quanto ao conteúdo podem ser classificadas como materiais e formais. Do ponto de vista material, a constituição seria um conjunto de normas que disciplinam a criação de um Estado e da estruturação de seus órgãos, bem como a repartição de competências, direitos e garantias dos cidadãos. Já do ponto de vista formal, a Constituição é definida como sendo o texto escrito resultante da manifestação do Poder Constituinte originário, que somente poderá ser modificado nos limites estabelecido pelo mesmo Poder Constituinte.

A Constituição Federal é sem dúvida, a norma superior de todo ordenamento jurídico normativo brasileiro e diz como devem ser produzidas as demais normas e limita o conteúdo das mesmas, condicionando-a às suas determinações. Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil estão localizados no título I da Constituição Federal. Assim é preciso que se evidencie a máxima de que em sede de objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a República Federativa do Brasil buscará a construção de uma sociedade livre justa, livre e solidária, trabalhará para garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, além de promover as desigualdades sociais.

Há uma estrita relação entre os princípios e objetivos elencados na Constituição com os princípios desenvolvidos no Estado Democrático de Direito, pois este é composto por princípios que traçam os contornos que lhe são próprios, mais especificamente os princípios da Legalidade, da igualdade, da Liberdade e do acesso à justiça.

### **2.2.1 Princípio da Liberdade**

A liberdade é a faculdade natural que o homem possui de agir ou não agir, sendo responsável pelos seus próprios atos. A liberdade é um dos três princípios universais da Revolução Francesa, juntamente com a fraternidade e a igualdade, sendo assim um dos pilares básicos dos direitos humanos, inerente ao ser humano que somente pode ser privado desse direito em situações excepcionais.

Não existe, um direito absoluto de liberdade, que deve ser limitado em benefício da paz social e do bem comum. A liberdade deixa de ser absoluta, mas essa diminuição deve realizar-se em uma sociedade democrática, respeitando as leis, já que somente faz sentido privar a liberdade de um indivíduo de parte daquilo que lhe corresponde.

Os acontecimentos históricos nos informam que na maioria das vezes quem detém o poder tende a abusar, cometendo excessos e arbitrariedades. Por isso há a necessidade de limitação desse poder, prevalecendo à vontade do povo, refletida na lei. A lei é a maneira pela qual o povo, por intermédio dos seus representantes cria as regras de convivência social, como também as sanções impostas pelo descumprimento das normas. O Estado a partir dessa visão de que deve respeitar as leis, que de forma reflexa é a manifestação do povo, deixa de ser opressor para ser um representante da vontade popular, manifestada por meio de uma lei. A lei passa a ser vista como expressão da liberdade popular no que diz respeito a convivência em sociedade.

### **2.2.2 Princípio da Igualdade**

A preocupação dos revolucionários franceses em declarar a igualdade de todos com relação à lei foi assinalada como corolário do Estado Democrático de Direito e adotada pelas constituições mais jovens e modernas, a exemplo da brasileira.

Com isso, inicialmente o princípio da legalidade defende a necessidade da igualdade de tratamento de todos perante a lei, sem que haja distinções de qualquer natureza. No que se refere à Justiça Penal, o princípio da igualdade na prática é um dos menos observados, sendo constantemente violado, não havendo uma aplicação correta desta para com a lei penal. Atualmente, mesmo se difundindo a igualdade material, em que há necessidade de se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade, não se vê esse ideal ser aplicado, o que podemos observar principalmente nos países subdesenvolvidos e nos países em desenvolvimento é uma seletividade do Direito Penal, o qual as punições são direcionadas a um público-alvo, vale dizer, aos pobres e miseráveis. Enfim, é principalmente uma seletividade do Sistema Penal, da Justiça Criminal, mas, em alguns casos, também do próprio Direito Penal, quando se compara o tratamento dado àqueles que cometem crimes patrimoniais “comuns” com aqueles que cometem crimes tributários e previdenciários.

### **2.2.3 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade, conforme preceitua o art. 5º, II da Constituição Federal, diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei”. Isso significa que uma pessoa somente está obrigada a fazer, ou proibido de fazer algo quando tiver uma lei determinando aquilo que é realmente obrigado.

Sobre a importância do Princípio da Legalidade, escreve Nilo Batista (2001, p.67):

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Modernamente, os doutrinadores têm desdobrado princípio da legalidade em três postulados, o da reserva legal, que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras; o da determinação taxativa, referente à enunciação dessas normas e o da irretroatividade, que dispõe sobre a validade das leis penais no tempo. (LUIZI, 1991, p.13)

O princípio da reserva legal está disposto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que preceitua o seguinte: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O mesmo texto é repetido no artigo 1º do Código Penal. Pode-se afirmar que esse postulado representa a mais importante conquista de natureza política, significando, destarte, norma básica do Direito Penal Moderno.

Sobre o assunto, elenca Delmanto apud Favoretto (2012, p.83):

Seu conteúdo mostra-se “indispensável à segurança jurídica e à garantia da liberdade de todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática, em como evitando que a pena aplicada seja arbitrária, impondo a ela prévios limites.

O postulado da Taxatividade exige que as leis penais sejam claras e o mais possível precisas, proibindo, assim, as incriminações vagas e incertas. “A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na aplicação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos”. (LOPES, 1999, p.82):

O terceiro e último postulado do Princípio da Legalidade é o da irretroatividade da lei penal. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XL, que “A lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu”. Tendo o Código Penal disposto em seu artigo 2º, “caput”, que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” e no Parágrafo único que “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Para o Direito Penal, a aplicação retroativa da lei significaria a possibilidade de ser considerado crime determinado fato que não o era pela lei do tempo em que o fato se praticou. A irretroatividade da lei penal expressa, por sua vez, a exigência de atualidade da lei, que deve ser aplicada somente aos fatos praticados após a sua vigência, não alcançando os fatos anteriores.

Sendo assim, Alexandre de Moraes, assinala que tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado que, portanto, só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois é expressão da vontade geral.

Nesse sentido, com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”. (ALEXANDRE, 2004, p.71).

Na seara penal é ainda mais importante o princípio da legalidade, por ser a lei a única fonte do Direito Penal quando se pretende proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Vale a máxima de que tudo o que não for expressamente proibido será permitido em sede de Direito Penal. Em matéria penal, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, a primeira consiste em proibir a retroatividade da lei penal; A segunda diz respeito a proibir a criação de crimes e penas através dos costumes; já a terceira função é proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; por fim a última função é a de proibir incriminações vagas e indeterminadas.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, a partir desse preceito fundamental extraído da Constituição federal em que a redação se assemelha com a constante no art. 1º do Código Penal, tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista que não havia qualquer lei penal incriminando-o.

Buscar um Direito Penal garantista, impõe utilizar critérios de legalidade formal e material, sendo ambos indispensáveis à aplicação lei penal. A legalidade formal consiste na obediência aos procedimentos presentes na Constituição para inserir determinado diploma legal no ordenamento jurídico. Já a legalidade material sustenta que devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos previstos na Constituição, mas devem principalmente se exaltar o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições, para se garantir todos os direitos fundamentais previstos na Carta Maior, qual seja, a Constituição federal de 1988.

Entender a distinção entre legalidade formal e material, faz com que surja uma outra distinção que se dá entre vigência e validade da norma penal. O conceito de vigência se assemelha a legalidade formal, e o conceito de validade se associa a legalidade material.

A lei penal que for formalmente editada pelo Estado, pode transcorrido o período de *vacatio legis*, ser considerada em vigor. Porém a sua vigência não será suficiente para que ela possa ser aplicada, somente após a verificação da sua validade conforme a Constituição é que essa lei terá plena aplicabilidade e será considerada válida no ordenamento pátrio.

#### **2.2.4 Princípio do acesso à justiça**

O homem por meio da justiça, poderá se defender dos abusos e arbitrariedades cometidas pelo Estado. O Princípio do acesso à justiça ou da justicialidade, pode ser encarado como um da manutenção do Estado de Direito, evitando que a lei seja descumprida, independente de quem a exerça. Assim, em um Estado Constitucional de Direito, que se adequa e adota o chamado “ Império das leis”, não faria sentido a exigência da legalidade se não houvesse um rígido controle sobre a sua aplicação.

O primeiro objetivo do princípio da justicialidade é tornar efetivo o controle de constitucionalidade das leis, andando juntamente com o princípio da legalidade, evitando que este seja violado, principalmente no qual trata ao seu aspecto material.

No que diz respeito ao acesso à justiça, a aplicação da lei ao caso concreto somente será legítima se houver em um primeiro plano, a preservação do juiz natural, vendando-se os tribunais de exceção. É preciso que haja publicidade dos atos processuais, garantindo as partes o contraditório e a ampla defesa e também a motivação de todas as decisões judiciais, a proibição de provas ilícitas, reconhecimento da presunção de inocência e o direito de recorrer de todas as decisões que lhe forem contrárias.

Assim, é possível afirmar que a justiça pressupõe interpretação e cada sociedade adotará regras próprias que deverão ser observados indistintamente por todos. Mas o que deverá ser sempre observado será o equilíbrio e a proporcionalidade das decisões judiciais, proporcionando a todos acesso democrático a justiça e assegurado as partes a duração razoável do processo. Isso deve também ser levado em conta no âmbito penal com respeito à ideia de pena proporcional. Contudo, esse é um dos maiores problemas enfrentados pelo Direito Penal, que é encontrar a pena proporcional, principalmente considerando a descoberta de sanções alternativas à pena privativa de liberdade.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL

Em um Estado Democrático de Direito é essencial à efetivação da dignidade humana para todos os cidadãos sem qualquer distinção, uma vez que é atributo inerente a condição de ser humano e conseqüentemente necessita ser protegido.

É preciso que se evidenciem os princípios aplicáveis ao direito penal e a sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Segundo Nucci (2009, p.78):

Os princípios penais são caracterizados como constitucionais explícitos os da legalidade, em que só podem ser criados preceitos através de leis, anterioridade, retroatividade da lei benéfica, personalidade ou responsabilidade pessoal, individualização da pena e humanidade, e como princípios constitucionais implícitos os da intervenção mínima, fragmentalidade, culpabilidade, taxatividade, proporcionalidade e o da vedação da dupla punição pelo mesmo fato.

No que se refere ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, apesar de este não estar disciplinado de forma expressa como princípio do direito penal, é preciso considerar que ele é perceptível em inúmeros princípios penais, como o da humanidade e o da intranscendência. Há de se considerar que no Estado Democrático de Direito o ser humano deve ter assegurado tratamento digno por parte do Estado e da coletividade, capaz de efetivar todos os princípios expressos do direito penal, havendo uma tendência da doutrina em associar a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, refletindo na maneira de punir do Estado. Quanto à dignidade da pessoa humana que: “quem pratica homicídio, por exemplo, merecendo punição, ofendeu a dignidade da pessoa humana. Logo, todas as normas penais estão em conjunto, protegendo o respeito ao ser humano e seus valores fundamentais”. (NUCCI, 2009, p. 78).

Para se alcançar os preceitos das tendências do direito penal no que concerne a constitucionalização da Dignidade da Pessoa Humana é indispensável associar o direito de punir do Estado em confronto com a liberdade do indivíduo, uma vez que, falar em dignidade é falar em uma relação tanto com os direitos humanos quanto com os direitos fundamentais. Os Direitos Humanos, para os doutrinadores tem sua origem no direito internacional, por tratar de tratados que visam humanizar a relação entre todos, sendo essenciais para qualquer Estado Democrático de Direito, proporcionando para as populações vida digna e o desenvolvimento do ser humano

em todos os segmentos. Tais direitos são tão importantes e consagrados no ordenamento jurídico que Possui assim um legado, que traz rente ao ordenamento jurídico a equivalência dos tratados e convenções internacionais com as emendas constitucionais, dispositivo este que visa proteger a integridade e humanização das penas. Com isso, é pertinente a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos. O primeiro se refere aos direitos do ser humano circunscritos na Constituição, enquanto os direitos humanos protegem tais direitos, mas relacionado ao direito internacional, independentemente de qualquer relação com a constituição. No plano teórico, há uma nítida definição e até uma diferenciação aparente entre tais direitos, porém existe uma enorme contradição no que se refere à aplicação desses direitos no sistema carcerário brasileiro, principalmente no que toca a humanização das penas. É preciso observar que:

A dignidade é o fundamento, origem e ponto comum entre os direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para uma vida digna. No entanto, nem todos derivam da dignidade humana com a mesma intensidade: enquanto a vida, a liberdade e a igualdade decorrem de forma direta (derivação de 1º grau), outros são apenas derivações indiretas (derivação de 2º grau). (NOVELINO 2008, p. 249 *apud* RAMÍREZ, 1997)

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido discutido em todos os setores da seara jurídica, tanto quanto aos seus desdobramentos teóricos quanto a sua aplicação. Hoje em dia, a luta no que diz respeito à dignidade da pessoa humana não se restringe ao seu reconhecimento enquanto princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, mas sim na sua aplicabilidade prática. Vale salientar que este é um princípio universal, por isso, não pode ser interpretada de maneira restrita nem minimalista.

Encontrar a origem da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental que deve ser respeitado por todos nos remete a encontrar na história uma fonte capaz de evidenciar a construção desse princípio basilar. No cristianismo encontra-se uma de suas raízes, no qual é possível encontrar nesse período a igualdade e o respeito entre homens e mulheres, como também mandamentos elucidativos contendo sentimentos como o amor e a compaixão com o próximo demonstram o verdadeiro sentido do cristianismo personificado na pessoa de Jesus, que é a base do complexo que forma a dignidade da pessoa humana. Contudo, por mais que as origens desse princípio remetam à Antiguidade, o princípio da Dignidade da pessoa humana é fruto da evolução filosófica ocidental, que tinha como fundamento a

individualidade e na liberdade e respeito à vida, tinha como fundamento a valorização do homem considerado enquanto ser único.

Passaram-se os séculos, e o período iluminista, também conhecido como século das luzes, onde a razão do homem prevalecia em detrimento dos sentimentos e subjetivismos. Assim, os séculos XVII e XVIII foram fundamentais para o efetivo reconhecimento e consolidação da dignidade da pessoa humana, como um valor máximo a ser respeitado por todos.

O século XVIII foi caracterizado pela crise da consciência europeia, centralização absoluta do poder na mão da monarquia, desigualdade social, benefícios únicos à nobreza e ao clero, liberdades civis.

A Revolução Francesa e a Independência dos EUA marcaram as reivindicações por liberdade, igualdade, felicidade e fraternidade nessa época. O governo liberal e anticapitalista equalizou empregados em relação a patrões, mulheres em relação a homens. Essas revoluções significaram o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. Em contrapartida, a burguesia conduziu esse processo de forma a garantir seu domínio social.

A Revolução Americana significou a independência do povo enquanto a Revolução Francesa foi marcada pela pretensão de universalidade e busca de libertação do absolutismo e do regime feudal. De um lado observava-se um considerável progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana, de outro, a igualdade obtida com as mudanças de governo trouxe uma forma de igualdade desfavorável à maioria, evidenciando-se na sociedade a exclusão daqueles despossuídos de riqueza. O resultado foi o de que não houve equiparação dos indivíduos e que mesmo reconhecendo alguns direitos com a Constituição Federal de 1848 somente no século XX, por intermédio da Constituição Mexicana e da Constituição de Weimar é que foram positivados os direitos sociais e econômicos.

Conceituar dignidade da pessoa humana nos tempos atuais é um grande desafio, visto que, tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos, não haverá como dar contornos precisos, por ser um conceito aberto. É um princípio que desde a sua origem está em construção, visto que ele acompanha as mudanças sociais e somente a análise do caso concreto é que irá nos permitir se houve violação a essa dignidade que é intrínseca ao homem. Para a construção do conceito de dignidade

da pessoa humana não se pode deixar de lado a diversidade histórico-cultural dos povos, uma vez que irá acompanhar as transformações e comportamentos da sociedade.

No que diz respeito ao sistema penitenciário, o desrespeito à dignidade da pessoa humana pelo Estado é intenso e generalizado. O Estado ao executar a pena não extrai as verdadeiras funções desta, que é reprová-lo aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais e tenta a qualquer custo se vingar do infrator, fazendo com que este se arrependa do ato que praticou de forma perversa e desumana, remetendo a um passado sombrio em que as penas eram os mais cruéis castigos ao delincente. O Estado deixa de observar o princípio da dignidade humana seja fazendo, como também deixando de fazer algo para preservá-la. O sistema carcerário brasileiro é palco dos mais diversos tipos de violência. Nessa confluência em face da realidade do sistema prisional Nucci (2010, p.990), defende que:

Na realidade, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante a privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distante do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

É importante destacar que diante da realidade precária existente nos estabelecimentos prisionais, por não possuírem sequer equipamentos e pessoal capacitado para atender aos direitos assegurados na Lei e na Constituição, dessa forma Marcão (2010, p.54), afirma que:

Desrespeita-se, impunemente, a Constituição Federal; a Lei de Execução Penal; Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1995, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes; Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil- Resolução n. 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994 (DOU de 2-12-1994); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão- Resolução n.43/173 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, visando à humanização da justiça penal e a proteção dos direitos do homem; Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; Resolução n.37/1994 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1982 etc.

Assim, no Brasil e na maioria dos países subdesenvolvidos é perceptível as diversas formas de violação do Princípio da Dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado, que no modelo De Estado Democrático de Direito deveria observar em todas

as situações, não havendo a diligência e sensibilidades necessárias para resolver os problemas que afetam diretamente o sistema carcerário e viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto se faz pertinente mencionar um caso da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para ilustrar a violação dos direitos humanos e do Princípio da Dignidade da pessoa humana no que se refere a privação de liberdade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra a República do Equador, a qual se originou de uma denúncia (nº 11.273) recebida na Secretaria da Comissão em 1994. Em sua demanda, a Comissão invocou os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Comissão apresentou esse caso com a finalidade de que a Corte decidisse se houve violação, por parte do Equador dos artigos 5 (Direito à integridade pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal), 8 (Garantias judiciais), 25 (Proteção Judicial) todos referentes ao artigo 1(Obrigações de respeitar os direitos) da Convenção em relação ao senhor Rafael Iván Suárez Rosero, como resultado da sua prisão em uma contravenção de uma lei pré-existente, da não apresentação oportuna perante um funcionário judicial após a sua detenção, a falta de uma resposta adequada e efetiva as suas tentativas de invocar garantias judiciais internas, bem como de assegurar que seria ouvido dentro de um tempo igualmente razoável no processamento das acusações formuladas contra ele.

No seu relatório à Comissão condena a prolongada detenção preventiva do Senhor Suárez e recomenda que o Governo adote medidas necessárias para sua libertação, sem prejuízo da continuidade do seu julgamento, adote as medidas que garantam o processamento completo e diligente neste caso e concedesse ao Senhor Suárez uma reparação pelos danos sofridos. A corte no julgamento do mérito a respeito dos requisitos formais adverte que a Constituição Política do Equador dispõe, em seu artigo 22.19, inciso h, que:

Ninguém será privado de sua liberdade, senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente, nos casos, pelo tempo e com as formalidades prescritas na lei, exceto em flagrante delito, em cujo caso tampouco poderá ser mantido preso sem mandado judicial por mais de vinte e quatro horas. Em qualquer caso, não poderá permanecer incomunicável por mais de vinte e quatro horas.

Outra parte da decisão da Corte foi no sentido de considerar que com a prolongada detenção preventiva do senhor Suárez Rosero foi violado o princípio da presunção de inocência, já que permaneceu detido de 23 de junho de 1992 a 28 de abril de 1996 e a ordem de liberdade proferida em seu favor em 10 de julho de 1995 foi cumprida apenas quase um ano depois. Por todo o exposto, a Corte declara que o Estado violou o artigo 8.2 da Convenção Americana.

Por fim, como consequência do que foi afirmado, a Corte considera que o Equador deve ordenar uma investigação para identificar e, eventualmente, punir as pessoas responsáveis pelas violações aos direitos humanos que foram declaradas nesta sentença. É evidente que no presente caso a Corte não pode dispor que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Ao contrário, é procedente a reparação das consequências da situação que configuraram a violação dos direitos específicos neste caso, o que deve compreender uma justa indenização e o ressarcimento dos gastos em que a vítima ou seus familiares tenham incorrido com as diligências relacionadas a este processo.

### **2.3.1 Acepção normativa da Dignidade da pessoa humana**

Embora pareça uma tarefa difícil, é necessário construir um conceito de dignidade da pessoa, entendida esta como uma condição que integra a própria condição humana, sendo por isso, irrenunciável e inalienável. É um valor que não pode ser suprimido em razão da sua própria natureza.

Em um Estado Democrático de Direito, como objetiva nossa Constituição Federal, valoriza-se e tem como prioridade a realização do bem-estar do ser humano e a valoração da sua dignidade, sendo este um dos fundamentos da República federativa do Brasil. Sendo os direitos humanos utilizados para orientar tanto as relações do Brasil internacionalmente, quanto nas relações internas. Em um meio onde se quer a justiça nas relações do Estado com os seus particulares a Dignidade da pessoa humana é um princípio basilar. A dignidade é essência do ser humano, sendo irrenunciável, existindo ainda que o direito não a reconheça, porque é atributo inerente a pessoa humana.

Vê-se hoje no sistema uma verdadeira promiscuidade diante da falta de estrutura e superlotação dos estabelecimentos prisionais, não existindo respeito ao Princípio da Individualização da pena. Há uma mistura de indivíduos com temperamentos e diversidade na maneira com que cometeram os crimes, fazendo não concorrer à recuperação, mas sim a reincidência.

A Declaração dos Direitos Humanos, carta que traz para o ordenamento jurídico brasileiro uma gama de direitos e garantias fundamentais a pessoa humana, visando sempre a sua dignidade, assegura em seu preâmbulo princípios de igualdade entre todos os homens, além de liberdade, paz e justiça. Assegura que todos têm direito a vida, liberdade e segurança pessoal, mas em discordância desse preceito temos outra realidade, em que a segurança pessoal não é respeitada. A superlotação das prisões é o demonstrativo de que o preso tem violado direitos básicos como o da segurança, ficando vulnerável a qualquer ato de violência dos outros apenados. As crescentes brigas e mortes nos estabelecimentos prisionais é prova marcante dessa total desordem e desrespeito a segurança do preso.

O princípio de respeito ao preso considerado pela Carta Magna de 1988 busca reprimir os maus tratos, as torturas, as condições desumanas em que os presos são mantidos, além da discriminação da própria sociedade. Mas a realidade é diversa da objetivada pela Constituição. O que se observa nos estabelecimentos prisionais é a falta de respeito à dignidade e bem-estar do cidadão preso. Há uma verdadeira degradação do seu corpo e do seu psicológico. Os apenados, na grande maioria, não possuem assistência no fornecimento de alimentação de qualidade, provocando a debilidade da saúde desses indivíduos. As instalações além de insuficientes são pouco arejadas, sem estrutura que permita ventilação e iluminação adequadas, com dependências sanitárias deterioradas. Assim, o conceito da dignidade do preso deveria ser de fato, um elemento inalienável e irrenunciável, que reconhecesse, respeitasse e os protegesse, pois é inerente a todo e qualquer ser humano. Logo, o Estado, tem a função de guiar os indivíduos para preservá-la e deve criar condições para seu pleno exercício. “A prisão deve ter o mesmo objetivo que tem a educação da infância na escola e na família; preparar o indivíduo para o mundo a fim de subsistir ou conviver tranquilamente com seus semelhantes”. (MUKAD,1998, p.24)

Para que se possa refletir sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana inserido na temática do sistema penitenciário brasileiro, é necessário que se busque

na Jurisprudência das Comissões Internacionais de Direitos Humanos as discussões e desdobramentos dessa temática.

### **2.3.2 Relativização do princípio da Dignidade da pessoa humana: direito a uma vida digna versus sistema prisional**

Partindo de uma posição doutrinária majoritária, a dignidade da pessoa humana não possui caráter absoluto, e por isso deverá ser utilizado outros princípios que servirão para interpretar e tornar efetiva a ponderação de interesse, que resultará na prevalência de um ou de outro. Percebe-se, com isso, que a dignidade como um valor individual deverá ser analisada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos afastar do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que não poderá ser alterado. A dignidade, por outro lado, poderá ser ponderada contra os próprios interesses daquele que a possui e dela poderá dispor em determinada situação, incidindo o Estado ainda que coercitivamente, a fim de preservá-la.

É preciso ressaltar que o preso, independentemente do fato por ele praticado não perde a sua dignidade e o Estado não tem o direito de viola-lo. Em se tratando da realidade do sistema penitenciário brasileiro haverá uma confluência entre a preservação de uma vida digna no interior das prisões e a realidade das prisões, em que não se assegura as condições necessárias para que o apenado possa se reintegrar à sociedade.

Podemos traçar um paralelo entre os índices de criminalidade e o modelo econômico neoliberal. Assim, o aumento da criminalidade venha a refletir diretamente a situação do momento social no qual se encontra o país, o resultado da política neoliberal, além da exploração e da perda das conquistas obtidas pelos trabalhadores, levando conseqüentemente a um grande desemprego, o que deixará a sociedade ainda mais instável, intranquilo e marginalizado, levando a um aumento da criminalidade e aumento do número de reclusos nos estabelecimentos prisionais.

O sistema penitenciário se apresenta complexo, no que se refere a sua estrutura física, uma vez que envolve vários modelos de unidades prisionais, com unidades penitenciárias e extra penitenciárias, pois para cada uma delas deve-se verificar sua

distinção, tendo o legislador definido os estabelecimentos do Sistema, destinado cada qual a um fim. Segundo D'Urso (1996, p.44-45):

Que as penas cruéis, infamantes ou inutilmente não se compadecem como os princípios de humanidade em que, no tempo presente se inspiram a Ciência e a Justiça Social, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso”, conforme rezava o Decreto nº774, de 20 de setembro de 1890. Reparação da ofensa, segurança públicas e regeneração são objetivos antigos e conflitantes. O Código Penal da República lança as bases do sistema penitenciário que, ao Governo, pareceu mais conveniente adotar.

É possível inferir que ao invés de ser uma instituição destinada a reeducar o indivíduo que cometeu alguma conduta criminosa e prepara-lo para o retorno ao convívio social, a prisão acaba sendo o contrário, os estabelecimentos prisionais acabam sendo lugares de recorrentes tormentos físicos e morais, submetendo o encarcerado a terríveis castigos. Antes de ser uma instituição ressocializadora, a prisão tornou-se a indústria do crime, onde os apenados se tornam criminosos mais frios e incapazes de conviver fora do presídio.

A forma como o Estado vem mantendo as prisões, muitas vezes é mais humilhante do que a aplicação dos castigos corporais que ocorriam antes do período Humanitário. O que acontece com frequência é o não atendimento ao princípio da individualização da pena, havendo uma mistura dos indivíduos que praticaram crimes hediondos com aqueles que praticaram crimes mais leves. Não se respeita o indivíduo enquanto titular de valores, e o faz muitas vezes refém do sistema que mais corrompe do que ressocializar.

A promiscuidade interna é tamanha que com o tempo leva o preso, a perder o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta; isto é, em vez do Estado, via cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o encarcerado de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma inversa, inserindo o condenado num sistema que viola aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

Segundo OLIVEIRA (*apud* COELHO 2003, p.1):

Nada mais é do que um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual não serve para o que diz servir, neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade a prisionização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos.

Vale salientar que o uso do conceito de “reintegração” social ao invés de ressocialização, pois para ele esse conceito ressocialização representa um papel passivo por parte da pessoa em conflito com a lei e, o outro, ativo por parte das instituições, que traz restos da velha criminologia positivista, “que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que deveria ser readaptado à sociedade, considerando esta como ‘boa’ e o condenado como mau”. (BARATTA, 1997, p.76)

Com relação ao conceito de reintegração social, tem que se abrir um processo de comunicação e reintegração entre prisão e sociedade, onde as pessoas presas se identificariam na sociedade e a sociedade conseqüentemente se reconheceria no preso. “A ressocialização não pode ser viabilizada numa instituição carcerária, pois essas convertem-se em um microcosmo no qual reproduzem-se e agravam-se as contradições que existem no sistema social”. (BITTENCOURT, 1996, p.24),

Segundo Molina (1998, p.383):

A ideia de ressocialização como a de tratamento, é radicalmente alheia aos postulados e dogmas do direito penal clássico, que professa um retribucionismo incompatível com aquela. É de fato, sua legitimidade (a do ideal ressocializador) é questionada desde as mais diversas orientações científicas, progressistas ou pseudo progressistas, tais como a criminologia crítica, determinados setores da psicologia e da psicanálise, certas correntes funcionalistas, neomarxistas e interacionistas.

Muitos setores da sociedade afirmam que o ideal ressocializador é uma utopia, não passando de um mero discurso ou declaração ideológica. Não há efetivação ao que está positivado na Lei de Execuções Penais e na Constituição Federal de 1988. As políticas carcerárias são precárias, não há respeito aos Direitos Humanos, o que há são abusos excessivos e violentos aos direitos dos presos, onde o acompanhamento social, psicológico e jurídico é insuficiente interferindo na reinserção do preso na sociedade. Baratta (1997, p.71), ressalta que:

Na atualidade o modelo ressocializador demonstrou ser ineficaz, sendo provada a sua falência através de investigações empíricas que identificaram as dificuldades estruturais e os escassos resultados conseguidos pelo sistema carcerário, em relação ao objetivo ressocializador.

Porém, “a ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível”. (BITTENCOURT, 1996, p.25). Salienta também que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social

através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola e a igreja.

A marginalização social é gerada por um processo discriminatório que o sistema penal impõe. O processo de marginalização agrava-se ainda mais no momento da execução da pena. O indivíduo que tem a sua liberdade cerceada já entra nos estabelecimentos prisionais fragilizados e marcados por estereótipos que os segregam do restante da sociedade. Quando ingressam nesses estabelecimentos encontram situações que o conduzem a delinquir novamente, não havendo instrumentos que o façam refletir a conduta criminosa que cometeram, que em tese teria a função principal de conformar o seu comportamento com o que é socialmente aceito e positivado pela lei penal. Assim, ao se falar de reinserção social, admite-se, inequivocamente, “uma atuação sobre o indivíduo-delinquente que, nem por isso, se deixa encarar como um problema que polariza em si precisamente as tensões entre a reforma do indivíduo e da sociedade” (RODRIGUES, 1982, p.27). Fica evidente que os direitos elencados na Lei de Execução Penal são violados e não há respeito das autoridades na correta efetividade desses, gerando consequências na vida do apenado, que não encontra condições mínimas para se ressocializar.

É notório que a pena desde os tempos mais antigos possuía uma desproporcionalidade em sua aplicação sendo meio de castigo para aqueles que cometessem atos contrários a moral e os bons costumes da época. Os condenados eram castigados das formas mais cruéis possível, não levando em consideração sua dignidade. Acreditava-se que quanto mais severa fosse a pena, mais efetiva seria a resposta do Estado para os que clamavam por justiça.

Com o decorrer do tempo a pena foi sendo aprimorada e em uma fase mais evoluída procurou humanizar a pena, tornando-a voltada a banir penas cruéis e castigos que atingissem a dignidade do indivíduo, em respeito aos novos princípios constitucionais que surgiram para fomentar esse espírito de dignidade humana. Surge assim, a noção de proporcionalidade da pena tendo em vista as características pessoais do apenado, bem como considerando o tipo de crime cometido.

Insta dizer que, no tempo presente, a deficiência na aplicação da pena mudou apenas de cenário, pois quando se analisa esta visão executória persistente no ordenamento jurídico, meramente punitiva, não importando a pessoa do condenado,

há por consequência, a ampliação de diversos problemas, que como exemplo na aplicação da pena privativa de liberdade, relata-se a precariedade nos complexos penitenciários, grave problema de superlotação, falta estrutural nos estabelecimentos penitenciários e falha nas assistências diversas. Mas a realidade mostrou que, tal aplicação dessas penas alternativas começou a ser ineficiente gerando outros problemas, antes não analisados, como a falta de estrutura para atribuir esta espécie de pena, devido à falta de investimento em manutenção de locais existentes e criações de novos.

Sendo assim, constata-se que a realidade é bem diferente do que preceitua as legislações, gerando uma desproporcionalidade manifesta entre o contexto atual do sistema prisional brasileiro e o que as legislações dizem como ideal a ser cumprido. Não se respeita as regras mínimas para garantia da humanização da pena e consequentemente afeta a reintegração do preso atingindo a sua personalidade e dignidade, características indispensáveis para a construção de um Estado Democrático de Direito. Tem que se respeitar e efetivar de forma plena tanto os direitos elencados na Constituição Federal de 1988, quanto os previstos na Lei de Execução Penal para que as ações governamentais sejam voltadas a dignidade dos indivíduos que estejam cumprindo pena em regime fechado nos estabelecimentos.

### 3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

#### 3.1 SURGIMENTO E CONCEITUAÇÃO

Nos anos noventa, surgiu na Colômbia o Estado de Coisas Inconstitucional, com o claro objetivo de corrigir a partir da atuação do Poder Judiciário recorrentes violações aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Para Campos (2016, p. 100), no ano de 1991 a Colômbia ganha uma nova Constituição, com uma vasta gama de direitos fundamentais, presentes dos artigos 11 ao 41, como também se nota uma preocupação acentuada com os direitos sociais, elucidados do artigo 42 ao 77. Há com isso, a instituição da Corte Constitucional, com amplo acesso à jurisdição, bem como importantes poderes e competências de controle sobre os atos dos agentes do governo que girão em torno da missão precípua de “guarda da integridade e supremacia da Constituição”, presente no art. 241. Desta maneira, decorreu também o controle misto de constitucionalidade das leis, ou seja, abrange o controle abstrato através das acciones públicas, que podem ser diretamente propostas na corte por qualquer cidadão.

Também abarca o controle concreto em sede de revisão das decisões judiciais tomadas acciones de tutela, formuladas pelos cidadãos para defesa dos direitos fundamentais.

Em outra via, elucida Lima (2015) o conceito de ECI “Estado de Cosas Inconstitucional”, foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana ante violações sistemáticas de direitos fundamentais e possui um propósito bastante ousado: “permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público”.

Assevera Campos (2016, p. 95-96) que o Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas situações de plena omissão do Estado que ensejam violação progressiva e dos direitos fundamentais. A Corte Constitucional Colombiana com o intuito de preservar a dimensão objetiva desses direitos, acabou reconhecendo a vigência de um ECI. Sendo assim, esta referida decisão visa que o Estado visualize e preserve a dignidade da pessoa humana, para que se efetive a garantia dos direitos fundamentais quando ocorrerem flagrantes violações e estes direitos por omissão dos agentes públicos.

Insta salientar que Campos (2016, p.99), elucida que o ECI tem sua gênese no *structural remedies*, presente nos Estados Unidos e foi declarado pela primeira vez, através da corte constitucional colombiana, em um processo que discutiu questões atinentes aos direitos previdenciários e de saúde de servidores de determinado município.

Para Vieira Junior (2015, p.17), o Estado de Coisas Inconstitucional nada mais é do que uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, que discutiu o assunto pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) nº 559, no ano de 1997. Neste contexto, tem-se que a Corte Constitucional verificou um descumprimento massivo dos direitos previdenciários de um grupo de quarenta e cinco professores de dois municípios da Colômbia, como também de determinados grupos maiores que eram enquadrados na questão supra mencionada. Deste modo, a Corte declarou o “estado de coisas inconstitucional” e estabeleceu que os municípios envolvidos no caso encontrassem solução proporcional para a inconstitucionalidade em um prazo razoável. Neste viés, o ECI foi utilizado para afastar a demora no pagamento das pensões, propiciando melhoria nas condições existentes no sistema carcerário do país, privilegiando os direitos humanos, e se atendo as questões dos desalojados no país.

Logo após a Sentencia de Unificación (SU) nº 559, de 1997, a Corte Constitucional colombiana analisou e por consequência lógica precedeu com o julgamento das questões atinentes ao sistema carcerário, que passava por muitas dificuldades e violava frontalmente os direitos humanos daquela região. Por isso, infere-se que na Sentencia de Tutela 153/98 foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucionais.

Nos ensinamento de Vieira Junior (2015, p.17) a corte colombiana ao longo do tempo passou a aprimorar o instituto em referência em suas decisões posteriores, sendo que a Sentencia de Tutela 153/98, verifica-se o Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. O descumprimento de direitos fundamentais era geral e não se resumia a uma determinada comunidade. O domínio da violência, bem como a superlotação nas penitenciárias eram males que deveriam ser extintos, todavia, os principais responsáveis em resolver tal problemática não o fazia. Ainda, elucida-se que a Corte Constitucional colombiana além de declarar o estado de coisas inconstitucional determinou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias e ordenou que recursos orçamentários fossem alocados para essa finalidade.

Depreende-se então que a partir do que fora suscitado, a declaração de um Estado de Coisa Inconstitucional não se trata de defender o direito de apenas um indivíduo, mas sim a abrangência de violação aos direitos fundamentais de vários indivíduos, como uma maneira de proteger o sistema de direitos fundamentais.

Por isto, seguindo o preceituado por Campos (2016, p. 97) a atuação da Corte Constitucional colombiana se inclina para proteger não um direito fundamental singular, que abrange apenas um indivíduo, mas sim o sistema de direitos fundamentais, abarcando sua dimensão objetiva, que leva em consideração a constituição como um todo. Portanto, a declaração do ECI, evidencia-se como sendo um instrumento jurídico em que o juiz é muito mais preocupado com seu papel social, comprometendo-se na busca de soluções profundas aos problemas estruturais da sociedade que por via de consequência repercutem sobre os direitos fundamentais. Um juiz constitucional que vai ultrapassa a resolução de casos particulares e "assume uma verdadeira dimensão de estadista destacando-se como um agente de transformação"

Neste diapasão, o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional ocorre um aumento significativo na função do juiz constitucional, que se torna mais ativo diante das violações aos direitos humanos.

Lima (2015) afirma que ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Poder Judiciário de certa maneira, assume a existência de uma violação generalizado dos direitos fundamentais frente a um grupo de pessoas vulneráveis e com isso, exige que os agente responsáveis adotem medidas responsáveis e eficazes para solucionar tal problema. Salienta-se que o ECI, é uma maneira de dizer que a situação está fora de controle e é necessário que todos os envolvidos assumam o compromisso de resolver o problema de forma a incorporar medidas eficazes com planejamento.

O juiz constitucional na visão de Campos (2016, p. 96) depara-se com uma realidade social que urgia de uma transformação urgente e, ao mesmo tempo, com as sistemáticas falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional por seus próprios fundamentos. Assim, a improbabilidade de o governo superar esse estado de coisas inconstitucional de encontro aos direitos fundamentais, sem que haja uma ampla intervenção judicial.

Também para Campos (2016, p.98) as alternativas e possibilidades para o juiz constitucional proceder com essas medidas já elucidadas, com isso, ele assume a perspectiva teórica da violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como antecedente lógico da omissão inconstitucional.

Neste contexto, Campos (2016, p.98) diz que surge a possibilidade de o juiz intervir de determinar que sejam elaboradas leis e políticas públicas, visando à superação da flagrante violação aos direitos.

Ao invés de o governo ter liberdade para decidir quanto aos esforços normativos e orçamentários para superar o quadro de inconstitucionalidades, as cortes constitucionais, ao reconhecerem as medidas para superar essa realidade, declaram o ECI, elucidam o impulso e a supervisão do processo de superação de tal situação.

Lima (2015) aduz que a Corte Constitucional colombiana, na decisão histórica T025/2004, organizou seis fatores que são levados em conta para estabelecer que uma situação fática possa ser encarada como um estado de coisas inconstitucional.

O primeiro, diz respeito a existência de violação generalizada de inúmeros direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas. O segundo fator é a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos. O terceiro, a adoção de práticas inconstitucionais a ensejar, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito. O quarto, diz respeito a não adoção de 39 medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos. O sexto fator afigura-se quando existe um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis. Por fim, deve existir a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica.

Portanto, conclui-se que o Estado de Coisas Inconstitucional se dá quando ocorrem violações sistemáticas, graves e generalizadas de direitos fundamentais de uma grande parcela de indivíduos, frente a pulsante omissão de diversos órgãos estatais no cumprimento de seus objetivos de efetivação dos deveres de proteção aos direitos fundamentais, quando a atuação dos agentes ensejar atuação conjunta de todos os órgãos envolvidos.

### 3.2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A omissão inconstitucional é vista tradicionalmente como resultado da inércia legislativa. Se dá quando a Constituição impõe um dever ao legislador regular sobre determinada matéria e por quaisquer motivos ele não o faz (BARROSO, 2016, p. 296).

Com isso, nesses casos, a omissão pode ser suprida com a comunicação ao órgão que procedeu com tal omissão para que ele tome ciência da decisão assuma os instrumentos que vise sanar com essa inconstitucionalidade. Com relação aos casos de omissão imputável a órgãos administrativos, as providências deverão ser adotadas no prazo de trinta dias (BARROSO, 2016, p. 309).

A norma que obriga o legislador a regular sobre determinada matéria é tida como norma de eficácia limitada na classificação de José Afonso da Silva. Essas normas, para o referido autor exigem uma atuação do legislador para regular uma matéria constitucional.

É assim porque essas normas não receberam normatividade suficiente para produzir efeitos imediatamente, necessitando de uma regulamentação para que possam passar a produzir efeitos ou “são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”(SILVA, 2004, p. 118).

Inúmeros direitos fundamentais são normas que possuem aplicabilidade imediata, uma vez que esses direitos receberam segundo a classificação de José Afonso da Silva. Assim, esses direitos receberam normatividade suficiente para que pudessem produzir seus efeitos sem necessitar de regulamentação por parte do legislador (SILVA, 2004, p.101-102).

O art. 5º, § 1º, da CF/88 dispõe acerca das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais que possuem aplicabilidade imediata, ou seja, normas que não prescindem de uma intermediação do legislador. Em se tratando dos direitos fundamentais sociais, a necessidade de regulamentação pelo legislador é expressa frequentemente no próprio texto da constituição.

Ocorre que a não concretização desses direitos ou mesmo a não garantia de meios que os efetivem pode definir a chamada omissão constitucional. Esses direitos necessitam ser concretizados para que a Constituição que os assegura não seja apenas interpretada como sendo uma constituição simbólica, conforme asseverado por Marcelo Neves (NEVES, 2011, p. 90-91) :

sobre a relação entre texto constitucional e a realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo juridicamente de forma generalizada.

A inércia legislativa ou executiva por carência de políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais que dá origem a toda essa omissão inconstitucional e, por via de consequência uma violação generalizada e massiva de direitos fundamentais, que é o segundo requisito para declaração do ECI. Neste viés, toda essa omissão, implica na proteção deficiente de direitos fundamentais, e pode ser encarado como um quadro de constantes falhas estruturais (CAMPOS 2016, p. 58). Tendo em vista a inércia dos dois mencionados Poderes, o Poder Judiciário atua supletivamente, com algumas atitudes de ativismo, com o intuito de remediar a violação constante aos direitos fundamentais, e no caso de declaração da ECI, visando superá-lo.

### 3.3O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é utilizado muitas vezes pelo Poder Judiciário com o intuito de garantir, proteger e efetivar os direitos fundamentais na falta de regulamentação ou de concretização material de políticas públicas, ou seja, quando existir omissão inconstitucional.

É preciso inferir que o Judiciário não se resume a declarar a omissão legislativa para que o órgão competente regule sobre a matéria, mas também se vale de princípios com textura aberta para moldar uma solução para determinado caso que não tem expressa previsão normativa. Neste contexto, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2014, p. 6) defende que:

o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O caso do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/88 pode ser citado como exemplo, deste modo: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Em consequência da inércia do legislador em regular a matéria, o STF proferiu uma decisão que declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de regulamentar o exercício do direito de greve do servidor público, determinando a aplicação a este caso, no que couber da lei de greve alusiva ao setor privado (Lei nº 7.783/89). (BRASIL, 2007).

Na visão de Carlos de Azevedo Campos, a declaração do estado de coisas inconstitucional se dá em casos de falhas e bloqueios estruturais que demonstram a incapacidade dos poderes políticos de agir para resolver os problemas de violação generalizada de direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 218-219). Com isso, as cortes respondem com medidas de ativismo judicial para tentar minimamente resolver a situação e vencer o ECI.

O ativismo judicial estrutural dialógico é o tipo defendido pelo autor, este permitirá o diálogo entre as instituições dos Poderes que buscam a superação do estado de coisas inconstitucional. A definição das questões constitucionais deve ser o resultado de uma “construção coordenada entre os poderes, ou seja, de um processo dialógico (CAMPOS, 2016, p. 225).

Partindo da análise do ECI compreendida por Luis do Vale e Denarcy Silva Júnior, as ordens proferidas pela Corte não devem ser engessadas, pelo contrário, devem ser flexíveis para permitir que o Poder Executivo e o Poder Legislativo possam escolher o meio adequado para superar o ECI, uma vez que são legitimados pelo voto popular. Deste modo, restaria ao Judiciário o monitoramento do cumprimento da decisão e da sua efetividade na concretização dos direitos fundamentais violados (VALE; Júnior, 2016).

#### 3.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECLARAÇÃO DO ECI – A ADPF 347

A ADPF 347 foi a ação que culminou com a declaração do estado de coisas inconstitucional. Teve início com o pedido do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ao STF para que este declarasse o ECI do sistema carcerário e procedesse com as providências necessárias nas ações para solucionar as violações contra preceitos fundamentais da Constituição cometidas no sistema prisional brasileiro.

O STF ainda não julgou o mérito da ADPF 347, entretanto, o acórdão deferiu parcialmente o pedido cautelar para:

- Reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro com base na superlotação e condições desumanas de custódia, admitindo expressamente a violação massiva de direitos fundamentais por falhas estruturais de políticas públicas;
- Estabelecer a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional a fim de possibilitar a superação do estado de coisas inconstitucional;
- Obrigar juízes e Tribunais a realizarem audiências de custódia em até 90 dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão;
- Acolher a proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de determinar à União e aos Estados Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem à Corte informações sobre a situação prisional.

É sabido que os direitos sociais fazem parte dos preceitos fundamentais da constituição, e devem ser distribuídos para todos os cidadãos. Neste sentido, as pessoas encarceradas devem receber o mínimo para possibilitar uma vida digna. Quando as necessidades básicas de homens e mulheres presas é negligenciada, a sua reinserção social torna-se muito difícil. Por isso que o Estado de Coisas Inconstitucional é tão importante para a sociedade como um todo, uma vez que as falhas existentes no sistema juntamente com má gestão estatal prejudicam e se fazem muito mais onerosas. Essas violações generalizadas a direitos afetam diretamente os presos, mas as suas consequências afetam direta e indiretamente toda a sociedade. Por conta dessas violações a direitos muitas pessoas são prejudicadas psicologicamente, fisicamente, culturalmente e financeiramente.

O mínimo fato das pessoas já serem tratadas com total descaso, não recebendo o mínimo necessário para uma vida digna, já caracteriza uma afronta direta ao sistema normativo vigente, que prevê uma grande quantidade de direitos, nunca antes previstos em outros arcabouços normativos.

A violência física é evidenciada, com a falta de higiene e saúde. Já a saúde psicológica é ressaltada na medida em que não há a mínima importância com a segurança. Está escrito na lei 7.210/84 lei das execuções penais, que todo preso pode remir sua pena através do estudo. Porém, essa possibilidade não é suficientemente ministrada, muito menos em quantidade adequada para remir a pena e como forma de reinserção do preso em sociedade.

Portanto, através desse entendimento que o Poder Judiciário (BARROSO, 2016), e principalmente o STF, começou a proceder de modo proativo com decisões expansivas. Com a finalidade de conter o avanço desordenado de negligências, que acarretam uma grande deficiência no sistema Constitucional como um todo unitário, interferindo nos direitos e garantias expressos na CF/88.

### 3.5 UMA VISÃO CRÍTICA À ADPF 347 FRENTE À TEORIA DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

A declaração do ECI no sistema penitenciário brasileiro sofre diversas críticas por parte dos juristas que discordam do ativismo judicial inerente a essa técnica. Para eles, a declaração de ECI não é juridicamente viável no Brasil. As principais críticas podem ser sintetizadas em: a) risco de banalização e subjetivismo; b) ilegitimidade democrática; c) violação à separação de poderes.

Na visão de Lenio Streck, o risco de banalização e subjetivismo no uso da técnica da declaração de ECI deriva, dentre outros fatores, do emprego de termos vagos como, por exemplo, “tutela estrutural”, que abriria um leque de possibilidades para enquadrar qualquer situação como passível de declaração do estado de coisas inconstitucional, já que o Brasil é um país cheio de falhas estruturais:

Minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.

O outro argumento refere-se à ilegitimidade democrática, uma vez que o STF não teria legitimidade para estabelecer e tratar de políticas públicas porque seus integrantes não foram eleitos pelo voto popular. Essa tarefa competiria aos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros foram eleitos para elaborar leis e realizar políticas públicas como representantes do povo. Ao Poder Judiciário incumbiria fazer cumprir a Constituição, as leis e as demais normas jurídicas, e não reelaborá-las como legislador positivo (STRECK, 2017).

A terceira crítica é a de que a declaração de ECI importaria numa violação à separação dos poderes, porquanto, ainda que se reconheça a possibilidade de desempenho de funções atípicas por qualquer dos três Poderes, tais funções, justamente por serem atípicas, demandariam previsão constitucional. Portanto, a formulação e implementação de políticas públicas pelo STF, sem autorização constitucional para exercer esse papel atípico de legislador positivo nessa ambiência, configuraria uma nítida vulneração às funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Carlos Azevedo Campos, em resposta à crítica de legitimidade democrática, defende a ideia de que o ativismo judicial estrutural seria o único meio, mesmo que não seja o ideal, capaz de superar bloqueios como a falta de participação política dos presos, uma vez que estes não podem votar nem ser votados.

Neste contexto, a intervenção judicial pode aumentar o diálogo sobre causas e soluções para a superação do ECI, podendo ampliar os canais de mobilização social e, conseqüentemente, aumentar a participação política dos cidadãos em torno dos momentos decisórios sobre a matéria (CAMPOS, 2016, p. 303, 304 e 305). Já em relação à violação do princípio da separação dos poderes, assevera que as críticas surgem de uma concepção estática desse princípio, sendo que (CAMPOS, 2016, p. 306):

As pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes que, cada qual com ferramentas próprias, devem compartilhar autoridade e responsabilidades em favor da efetividade da Constituição e do seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais.

Conclui-se que os pressupostos para a declaração do ECI serviriam para reduzir o subjetivismo na utilização da técnica do ECI e permitiriam definir critérios objetivos com base em uma fundamentação detalhada do preenchimento dos requisitos, evitando a declaração por vontade individual ou por razões ideológicas.

#### **4 A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL**

Em se tratando do Brasil, é possível inferir que este encarcera mais pessoas do que qualquer outro país da América Latina. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça referentes ao primeiro semestre de 2014, em números absolutos, o Brasil alcançou a marca de 607.700 presos, atrás apenas da Rússia, com 673.800, da China, com 1,6 milhões e Estados Unidos, com 2,2 milhões. Quando se compara o número de presos com o total da população, o Brasil está em quarto lugar, atrás apenas da Tailândia, Rússia e Estados Unidos. Segundo dados do Infopen e do relatório divulgado pelo Ministério da Justiça, a população carcerária aumentou 80% em números absolutos, ocasionando problemas nesse sistema e que requer consequentemente soluções correspondentes. Os Direitos Humanos são desrespeitados corriqueiramente nas unidades penais, afetando os apenados e suas famílias, principalmente no que se refere à indiferença da sociedade para com o que ocorre nos estabelecimentos prisionais, tendo como principal motivo o pensamento de que os apenados são “marginais”, e não devem ter direito a preservação de suas vidas e a integridade física.

A política carcerária atualmente é regulamentada pela Lei de Execuções Penais, a Lei nº 7.210 de 1984, que determina como deve ser executada e cumprida a pena privativa de liberdade e a restritiva de direitos. Essa lei ainda contempla os conceitos tradicionais da justa reparação, do caráter social preventivo da pena e a ideia de reabilitação, ainda aponta os direitos e deveres dos reclusos, dentre outros.

A realidade da política carcerária brasileira é arcaica e ultrapassada. Os estabelecimentos prisionais não são adequados a acomodar a quantidade de pessoas que comporta, e não possuem as mínimas condições para oferecer os serviços básicos aos apenados, transformando a vida do recluso em um martírio, onde na maioria das vezes irá viver amontoado a outros, em celas totalmente sujas, úmidas e sem higiene. O cotidiano no interior dos estabelecimentos prisionais é permeado de conflitos, violências, saudosismo e depressões, que se manifestam das mais variadas formas. Mas esse cotidiano também é marcado por normas e relações de poder que limitam e proíbem o exercício de muitas atividades a ser desempenhada pelos reclusos.

O fato é que considerando o contexto do sistema penitenciário brasileiro “a preservação da vida, essência primeira e fundamental da própria natureza, é o objetivo primordial do homem” (BUSSINGER, 1997, p.13), não é um direito efetivado, nem mesmo estabelecido. Assim, o que fica claro nesse modelo de prisão é a ideia da violação dos direitos humanos dos que estão presos e conseqüentemente, por estarem nessa situação a sociedade acredita que eles não merecem a atenção do Poder Público.

A violência no Brasil ainda é tratada e veiculada tanto na mídia quanto nos diversos meios da sociedade como mero caso de polícia, em que se reitera sempre que lugar de bandido é na cadeia e que a grande falha do Estado é a sua incapacidade de prender os “bandidos” e de mantê-los presos. O clamor por mudanças nas leis do país aumenta o rigor das autoridades no trato com os que transgridam a lei, e nos faz questionar acerca da efetividade dos direitos humanos. Assim, Varella (2002, p. 105), diz “se as leis são ineficientes para conter a escalada do crime em nossas cidades, não se trata de mudá-las simplesmente, mas, sobretudo de colocar em prática as leis que assegurem respeitabilidade humana”. Fica claro que, o não cumprimento das leis é uma das principais causas apontadas pelos líderes das rebeliões nos diversos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Levando em conta as rebeliões, as reivindicações mais frequentes são: a diminuição da superlotação carcerária, o direito de receber a visita dos filhos, serviços de saúde, melhoria na alimentação e a efetivação dos seus direitos e muitas vezes a resposta das autoridades competentes é no sentido de que garantir condições dignas aos presos é uma atividade dispendiosa ao Estado. A situação se torna cada vez mais caótica e algumas alternativas são buscadas, mas o que se vê é uma superlotação carcerária cada vez maior e também uma maior negligência com relação aos direitos do preso. Busca-se, constantemente, sem sucesso, soluções para os problemas ocorridos no interior das prisões, problemas que na maioria das vezes se relacionam à superlotação, ao constrangimento ilegal e à reincidência, que já é consequência da própria política penal.

No Brasil, a política carcerária sempre foi adotada como um plano secundário por parte do Estado e isso dificulta a implementação de políticas públicas penais. Por isso, os estabelecimentos prisionais é um ambiente propício para a proliferação e reprodução da violência. A superlotação, os maus tratos e as precariedades das

condições de vida, bem como as arbitrariedades dos que comandam as prisões, contribuem muito para o embrutecimento da população carcerária, além de revelar a incapacidade do Poder Público em gerenciar o contingente populacional carcerário e assegurar o cumprimento da Lei de Execução Penal.

Os presídios, na verdade, nunca cumpriram a sua finalidade de reeducação e de reinserção do indivíduo, pelo contrário, transformaram-se em um depósito de seres humanos, onde não se busca a sua reintegração e o seu resgate enquanto indivíduo capaz de respeitar o ordenamento jurídico. Assim, afirma Thompson (1998, p.22), as finalidades da prisão são: “confinamento, ordem, punição, intimidação particular, geral e regeneração”. Essas finalidades só traduzem coerções que conduzem a um processo de exclusão social dos detentos e à desumanização do ser social.

Com isso, a prisão pode ser vista como um arcabouço de crimes e violência que de acordo com Foucault (1987, p.196), “conhecem-se os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão”.

A política carcerária, nessa perspectiva, faliu tanto administrativamente quanto na sua estrutura, no que diz respeito aos direitos do recluso. A questão prisional é posta como uma política secundária e não é inserida como prioridade diante das políticas públicas no país, uma vez que não existe interesse em efetuar uma política voltada para aqueles indivíduos que são estigmatizados e enfrentam uma sociedade que possui um preconceito acentuado em relação a um presidiário ou ex-presidiário. Como nos afirma Leal (1998, p.69), o que contribui ainda mais para esta situação é:

A incúria do governo, a indiferença da sociedade, a lentidão do Ministério Público e de todos os órgãos de execução penal incumbidos legalmente de exercer uma função fiscalizadora, mas que, no entanto, em decorrência de sua omissão, tornam-se cúmplices do caos.

Diante disso, nota-se que os problemas e a insegurança gerada pela situação carcerária no Brasil são um problema crônico e de difícil solução, porque exige investimentos financeiros elevados, bem como vontade política e respeito à dignidade humana. Sendo assim, o cárcere acaba criando um abismo entre os detentos e o mundo exterior, em que as péssimas condições dos estabelecimentos transformam as prisões em escolas para o cometimento de novos crimes. Desta feita Camargo (2006) reflete que o quadro das condições precárias nos estabelecimentos penais ainda persiste e as penitenciárias acabam sendo “usinas de revolta humana”.

Assim, nos ditames da lei, assegura-se ao preso o direito à reabilitação garantindo-lhe a realização de atividades sócio-educativas, laborais e de lazer, que deveriam contribuir sobremaneira para a sua reinserção. No entanto, sabe-se também que no interior das unidades penais nem sempre são oferecidas condições que favoreçam o desenvolvimento dessas atividades, devido a inúmeros fatores como: estrutura física e material, espaço para o desenvolvimento de tais atividades, além das dificuldades das relações interpessoais entre os internos. Em relação a estes aspectos acredita-se que falta vontade política para a implantação de uma política que articule formação e qualificação profissionais direcionada para uma possível reinserção sócio-econômica. “As prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, superlotadas, esquecidas. A maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem penas em locais impróprios ”. (CARVALHO FILHO, 2002, p.10)

Portanto, há uma enorme contradição quando comparamos o que preceitua a Lei de Execução Penal com a realidade dos estabelecimentos prisionais. O que se encontra nas prisões é um verdadeiro palco de violação dos Direitos Humanos, no qual não se respeita os direitos do apenado bem como o princípio basilar que rege o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana.

#### 4.1 PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DA POPULAÇÃO INTERNA

A população prisional brasileira, de acordo com os últimos dados coletados pelo Infopen/MJ, chegou a 607.731 pessoas. É a primeira vez que, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. Considerando o ano de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde o ano 2000, a população prisional cresceu em média 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor que é dez vezes maior que o crescimento total da população brasileira, que no mesmo período apresentou aumento de apenas 16%, ou seja, uma média de 1,1% ao ano.

Entre os anos de 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia cerca de 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014 essa taxa subiu consideravelmente atingindo a marca de 299,7 pessoas. A projeção é de que, caso

mantenha-se esse ritmo de encarceramento, no ano de 2022, a população prisional no Brasil ultrapassará a marca de um milhão de pessoas. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade.

Vale ressaltar que, no ano de 2000, 25% da população que tinha a sua liberdade privada, encontrava-se custodiada mais comumente em carceragens de delegacia ou estabelecimentos similares, os quais eram administrados pelos órgãos de Segurança Pública. Em 2014, esse número caiu para 5%. Essa queda significativa de percentual nos deixa clara a constatação de que esses estabelecimentos não se mostraram adequados para o cumprimento da pena baseados na Lei de Execução Penal.

Há de se notar também que o número de pessoas presas nas Unidades da Federação é bem diversificado. Tomando como referência o Estado de São Paulo, podemos afirmar que este possui o maior número de presos, cerca de 219.053 pessoas estão presas, montante que corresponde a cerca de 36% da população prisional do país, seguido por Minas Gerais, com 61.286 presos, e Rio de Janeiro, com 39.321. Roraima é o Estado que possui a menor população carcerária em números absolutos, tem cerca de 1.610 pessoas presas.

Uma das diferenças entre a quantidade de pessoas presas nas Unidades da Federação é sem dúvida, consequência das diferenças demográficas entre os entes, refletindo conseqüentemente na população carcerária, pois sendo São Paulo o estado mais populoso do país, e Roraima o menos, é de se esperar que tenha a maior e a menor contingente de indivíduos presos.

A média brasileira no que se refere a taxa de aprisionamento é em média de 300 presos para cada cem mil habitantes, aproximadamente. Assim, a partir de dados do Infopen, apesar do Estado do Mato Grosso do Sul ter a sétima maior população prisional do Brasil, em termos proporcionais é o estado com o maior número de presos, cerca de 568,9 para cada cem mil habitantes. Já o Maranhão, por sua vez, é o estado com o menor número de presos em termos proporcionais, aproximadamente 89 pessoas presas para cem mil habitantes. São Paulo, cuja população é a maior em números absolutos, possui aproximadamente 497,4 presos para cada cem mil habitantes. Com isso, constata-se que o elevado número de pessoas privadas de liberdade nas Unidades da Federação, não se justifica apenas em razão do contingente populacional.

Em todas as Unidades da Federação, houve um considerável crescimento da população carcerária em relação a cada cem mil habitantes. Assim, entre 2005 e 2014, a população prisional aumentou, em média, 66%, sendo que em alguns estados a população carcerária, mais do que dobrou, como em Minas Gerais, 163%, na Bahia, 116% e no Amazonas, 103%.

#### 4.2 CONDIÇÕES DE SAÚDE DOS INTERNOS NO SISTEMA PRISIONAL

A precariedade, superlotação e insalubridade das celas, associado à má alimentação dos presos, o uso de drogas e a falta de higiene tornam as prisões um ambiente muito mais propício à proliferação de doenças e epidemias.

Os presos adquirem as mais variadas doenças nos estabelecimentos prisionais. Dentre essas doenças, as mais comuns são aquelas ligadas ao aparelho respiratório, como tuberculose e doenças de pele, como sarna e micose. É muito frequente, a proliferação de doenças venéreas em geral, principalmente a AIDS.

Na maioria das prisões não há tratamento médico-hospitalar adequado. Com isso, no que se refere à remoção de presos para hospitais Assis (2007, p.02), ressalta que:

Para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde.

Neste sentido, as condições de saúde dos presos no interior dos estabelecimentos prisionais são precárias, principalmente pela ausência de condições de higiene e inexistência de acompanhamento médico, seja para prevenir doenças ou trata-las.

Nesse sentido, Camargo (2006, p. 07) afirma:

Quem mais sofre pela carência de assistência médica são as detentas, que necessitam de assistência ginecológica. [...]. Os serviços penitenciários são geralmente pensados em relação aos homens, não havendo assistência específica para as mulheres grávidas, por exemplo. Sanitários coletivos e precários são comuns, piorando as questões de higiene.

Em se tratando das doenças sexualmente transmissíveis, principalmente a AIDS, é comum que muitos presos não saibam que contraíram a doença pela omissão do Estado em não disponibilizar testes e exames para verificação de tal doença. “A

promiscuidade e a desinformação dos presos, sem acompanhamento psico-social, levam à transmissão de AIDS entre os presos, muitos deles sem ao menos terem conhecimento de que estão contaminados”. (CAMARGO, 2006, p.07), além da AIDS, outras doenças são negligenciadas pelas autoridades competentes, fator que dificulta ainda mais as condições de saúde do apenado. Uma outra questão que agrava a saúde desses indivíduos é a falta de medicamentos nos estabelecimentos penais, de forma que muitas doenças sem conexão são tratadas com um único remédio.

Em face a essa realidade, o Ministério da Saúde, em ação conjunta com o Ministério da Justiça, desenvolveu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, é o chamado PNSSP.

#### **4.2.1 O plano nacional de saúde no sistema penitenciário**

Foi a Portaria Interministerial nº 1777, de setembro de 2003, que instituiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, que será baseada nos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS). O cadastramento dos presos se dará na mesma sistemática da Cartão Nacional de Saúde. Os serviços de saúde serão organizados nas unidades prisionais e serão realizadas por equipes multidisciplinares da área de saúde.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário irá contemplar, essencialmente, a população recolhida em penitenciárias, presídios, colônias agrícolas ou industriais e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, não se inclui os presos do regime aberto, bem como os presos provisórios, recolhidos em cadeias públicas e distritos policiais.

É possível enumerar as diretrizes estratégicas do PNSSP, que são: I) prestar assistência integral resolutiva, contínua e de boa qualidade às necessidades de saúde da população penitenciária; II) contribuir para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população penitenciária; III) definir e implementar ações e serviços consoantes com os princípios e diretrizes do SUS; IV) proporcionar o estabelecimento de parcerias por meio do desenvolvimento de ações intersetoriais; V) contribuir para a democratização do conhecimento do processo

saúde/doença, da organização dos serviços e da produção social da saúde; VI) provocar o reconhecimento da saúde como um direito da cidadania, e VII) estimular o efetivo exercício do controle social.

No que se refere à equipe técnica mínima, as unidades prisionais com população entre 100 e 500 presos, obedecerá a uma jornada de trabalho de 20 horas semanais e deverá ser composta por: médico; enfermeiro; odontólogo; psicólogo; assistente social; auxiliar de enfermagem, e auxiliar de consultório dentário. Já os estabelecimentos com menos de 100 presos não terão equipes exclusivas, os atendimentos acontecerão na rede pública de saúde – pelo menos um atendimento semanal. As ações de atenção básica se classificam em: controle de tuberculose; controle de hipertensão e diabetes; dermatologia sanitária – hanseníase; saúde bucal, e saúde da mulher. As ações complementares se classificam em diagnóstico, aconselhamento e tratamento em DST/ HIV/AIDS; atenção em saúde mental; protocolo mínimo para o diagnóstico de saúde e o desenvolvimento de ações de promoção da saúde e de prevenção de agravos por ocasião do ingresso da pessoa presa no Sistema, e agentes promotores de saúde.

#### **4.2.2 Assistência médica e higiene**

Segundo os artigos 12 e 14 da Lei de Execução Penal, o preso ou o internado, terá assistência material, no que se refere a higiene, instalações higiênicas e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Mas a realidade não condiz com o que preceitua a lei, os presos estão submetidos a péssimas condições de saúde e higiene.

Em relação à assistência, Mesquita Júnior (2003, p. 95), consente em dizer que, conforme dispõem os artigos 10, 11, 25 e 26 da LEP, há uma assegurabilidade do tratamento penitenciário sob a denominação “Assistência”, norma esta que “abrange todos os elementos do tratamento penitenciário”. Para este penalista, a assistência não é exclusiva ao condenado, estendendo-se também a sua família, à vítima e a família desta, não sendo a LEP aplicada somente no tempo de cumprimento da pena, atingindo também ao egresso, a fim de apoiá-lo e com a objetiva orientação de reintegração social.

Quanto à assistência à saúde, esta tem caráter preventivo e curativo, compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, nos moldes do art. 14§2º da LEP.

Porém, conforme numa breve crítica Mesquita Júnior (2003, p.101), diz que

Merece destaque a omissão do Estado no que concerne à assistência à saúde, esquecida até mesmo para a população em atividade no mercado de trabalho, sem qualquer condenação criminal. No presídio, a assistência à saúde é complicada e, na maioria das vezes, é insuficiente.

As condições higiênicas, na maioria dos estabelecimentos são precárias e possuem diversas deficiências. Cabe ressaltar que, em 2014, segundo informações do Infopen foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. Com essa política, a população prisional foi inserida formalmente na cobertura do SUS. Verifica-se que cerca de um terço (37%) das unidades prisionais tem módulo de saúde, sendo que o Distrito Federal possui o melhor quadro: todas as unidades prisionais contam com módulos de saúde e médicos. Em números absolutos, Minas Gerais é o estado com mais profissionais da área de saúde, 714 no total, seguido da Bahia, com 320 profissionais. É preciso ressaltar ainda que nas 872 unidades prisionais que apresentaram dados de atendimento médico, foram realizadas 309.296 consultas médicas, desse total, 72% foram realizadas no próprio estabelecimento e 28% externamente.

Quem mais sofre com a deficiência de atendimento médico são as detentas, que necessitam corriqueiramente de assistência ginecológica e pela precariedade, muitos estabelecimentos não possuem sequer meios de transporte para transportar as internas para uma visita ao médico ou unidade hospitalar.

Sanitários coletivos e precários são comuns, agravando ainda mais a proliferação de doenças pela falta de higiene, que prevalece nesse ambiente. Além disso, a promiscuidade e a falta de informações dos presos, levam à transmissão da AIDS entre os detentos, muitos deles nem tem conhecimento de que estão contaminados e os que já estão debilitados por conta das diversas doenças oportunistas que proliferam não chegam sequer a ter assistência médica digna por parte da direção das penitenciárias. Mas não é somente a AIDS que é negligenciada. Segundo relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, houve muitas queixas dos presos de doenças gástricas,

urológicas, dermatites, pneumonias e ulcerações e que essas doenças também eram negligenciadas, não havendo atendimento médico adequado nem medicamentos para tratá-las. Esse mesmo relatório também evidencia que não há por parte da Administração penitenciária qualquer assistência visando prover as necessidades dos detentos no que se refere a vestuário. Muitos acabam sofrendo com as oscilações de temperatura, levando ao contágio de gripes, que poderá se agravar e desencadear em uma pneumonia. Por isso, os programas de vacinação têm incluído os presos como grupo de risco, como público prioritário.

Assim, a superlotação das celas e a sua precariedade, tornam as prisões um ambiente propício para a proliferação de doenças e de conflitos internos entre os reclusos. Tais fatores estruturais aliados à má alimentação, o uso de drogas e a má higiene, fazem com que o preso que já ingressaram fragilizados nos estabelecimentos prisionais saia de lá mais prejudicado, seja com relação a sua saúde ou o seu modo de enxergar a sociedade. Além das doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, carecendo de acompanhamentos particularizados e especializados, o que é muitas vezes negligenciado pelo Poder público na administração carcerária. O que acaba tendo é uma dupla penalização do condenado, a pena de prisão propriamente dita e o estado de saúde que ele adquire no interior dos estabelecimentos prisionais. Também pode ser percebido de forma clara o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal.

#### **4.2.3 Alimentação**

A alimentação também constitui como sendo um direito do preso. Segundo relatório apresentado pela Comissão de Direitos Humanos, muitos presos denunciaram a ação de policiais que negociavam comida como mercadoria, baseado na máxima de que quem possuía mais recursos receberia mais alimentação. Com isso, o desvio de comida é grande e cria uma hierarquia de poder nas prisões, em que quem possui mais condições financeiras recebe tratamento diferenciado por parte da administração carcerária. Além disso, não há uma alimentação pensada na saúde do apenado. Nesse sentido de haver uma segregação no interior dos estabelecimentos,

quanto às espécies de assistências, estas têm por objetivo “evitar tratamento discriminatório e resguardar a dignidade da pessoa humana”. (MARCÃO, 2010, p. 51).

Ainda segundo relatório da Comissão de Direitos Humanos, na maioria das vezes, a alimentação é fornecida pelas empresas sem que haja contato direto com os presos no processo de preparo. As instalações são próprias das empresas, sendo fora dos estabelecimentos prisionais. Já nas prisões em que as cozinhas estão em atividade, estas em sua maioria são velhas, sem higiene e não possuem manutenção adequadas, agravando ainda mais as condições de higiene das prisões e implicando na saúde e bem-estar dos presos.

#### 4.3 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

A população carcerária do Brasil, no ano de 2014, segundo números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é de 715.655 presos, sendo que 147.937 pessoas estão em regime domiciliar. Para o levantamento desses dados, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário, considerando os 26 estados e o Distrito Federal. Se consideramos os dados anteriores do CNJ, que não incluía as prisões domiciliares. A inclusão das prisões domiciliares no total da população carcerária também derruba o percentual de presos provisórios (aguardando julgamento) no País, que passa de 41% para 32%. Em Santa Catarina, a porcentagem cai de 30% para 16%, enquanto em Sergipe, passa de 76% para 43% domiciliares, a população carcerária era de 607.000 presos.

Com essas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres. As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos. O novo número também muda o déficit atual de vagas no sistema, que é de 210 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. Assim, Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 358 mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão em aberto, de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão 373.991, a nossa população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas.

### 4.3.1 Superlotação gera rebelião

A superlotação carcerária é um dos grandes males que desestrutura o sistema penitenciário. A adoção por parte da justiça criminal de um Direito Penal máximo como solução dos mais vastos problemas sociais têm contribuído para o fenômeno da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

A grande inflação por parte do Poder Legislativo, fruto de um Direito Penal simbólico, possibilita que os fatos de pequena importância sejam processados e julgados pela Justiça Criminal, fazendo conseqüentemente que o sistema fique superlotado com pessoas que poderiam ser punidas pelos outros ramos, como o direito civil e o direito administrativo. Dessa forma, o uso sem controle de privação cautelar de liberdade, tem contribuído decisivamente para a situação se agravar e as prisões ficarem ainda mais cheias, apesar de que foram tomadas medidas legislativas e judiciais para evitar o excesso da prisão provisória como: a Lei de Cautelares (12.403/2011), a liberdade provisória para tráfico (STF, HC 104339, em 2012) e as audiências de custódia (CNJ, Res. 213/2015).

Em muitos casos, essas pessoas que aguardam presas o seu julgamento, foram privadas ilegalmente do seu direito de liberdade, obrigando o Estado civilmente ao dever de reparar os danos causados. Também é preciso dizer que os estabelecimentos penais em alguns casos comportam pessoas que cumprem suas penas por um período superior àquele determinado pela sentença condenatória. Na maioria das vezes, são pessoas de classe social baixa e carentes de uma assistência efetiva por parte do Estado, que as esquece no cárcere após a sua condenação.

A superlotação, é considerado um fator de risco não somente para aqueles presos que cumprem suas penas em situações indignas, mas também para os funcionários encarregados pela vigilância, pois o sistema penitenciário transforma-se em uma situação de grande risco para a sociedade. Um outro fator que conduz à superlotação carcerária é a falta de verbas para a construção de novos presídios, como também ao alto número de infrações penais que são praticadas pela população como um todo. Há de salientar também a corrupção praticada pelos que

possuem o poder nas mãos e exorbitam o poder que é de sua competência praticando atos contrários a lei e desviando verbas.

As prisões estão sucateadas e superlotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade e violando todos os direitos que a Lei de Execução Penal oferece ao apenado. A maioria dos esforços dispensados para diminuir o problema, não chagam a nenhum resultado positivo, uma vez que há uma enorme disparidade entre a capacidade instalada e o número total de presos.

Devido a superlotação das prisões, muitos indivíduos acabam tendo muitos dos seus direitos negligenciados, dormindo no chão das suas celas, sem qualquer estrutura e conforto. Não há banheiros adequados nas celas, o que agrava a situação dos apenas que muitas vezes dormem próximos ao esgoto, por não haver manutenção da administração carcerária.

Os estabelecimentos prisionais brasileiros, variam com relação ao tamanho, forma e desenho. O grande problema se dá pelo fato de que nos estabelecimentos penais ou em celas de cadeias, o número de detentos que ocupam seus lugares, chega em média cinco vezes maior que a sua capacidade. Nesse sentido as causas das rebeliões, não difere das nossas atuais:

Nos últimos anos, houve revoltas em prisões em muitos lugares do mundo. Os objetivos que tinham, suas palavras de ordem, seu desenrolar tinham certamente qualquer coisa paradoxal. Eram revoltas contra toda miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes. Mas também revoltas contra as prisões-modelos, contra os tranqüilizantes, contra o isolamento, contra o serviço médico ou educativo. Revoltas cujos objetivos eram só materiais? Revoltas contraditórias contra a decadência, e ao mesmo tempo contra o conforto; contra os guardas, e ao mesmo tempo contra os psiquiatras? De fato, tratava-se realmente de corpos e de coisas materiais em todos esses movimentos: como se trata disso nos inúmeros discursos que a prisão tem produzido desde o começo do século XIX. O que provocou esses discursos e essas revoltas, essas lembranças e invectivas foram realmente essas pequenas, essas ínfimas coisas materiais. (FOUCAULT, 2000)

O autor ainda argumenta que as rebeliões e revoltas, na sua grande maioria apresentavam reivindicações dos detentos que não tinham suas necessidades atendidas por parte das autoridades competentes e dos funcionários do sistema penitenciário. Com isso, percebemos que as rebeliões não possuem causas infundadas, elas se dão como uma forma de protesto dos detentos que sentem na pele a dor de serem internos de um sistema prisional que não respeita os direitos

fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, nem tampouco os direitos previstos na Lei de Execução Penal.

#### **4.3.2 O domínio das facções**

No ano de 1981, pela primeira vez no Brasil a imprensa noticiava o surgimento de uma facção criminosa do país, que se deu nos presídios cariocas. Com a veiculação dessa notícia, ganhava notoriedade a existência de um grupo denominado Comando Vermelho, que foi criado pela associação de alguns presos mais bem informados e politizados, em afronta às condições que lhes eram impostas no sistema prisional.

Nota-se que o pensamento criminológico pode fazer uma análise do fenômeno grupal baseado em dois enfoques principais, de um lado pode investigar a criminalidade praticada por um grupo propriamente dita, considerando um número considerado de agentes atuando de forma simultânea e sem qualquer tipo de organização, essa é a chamada delinquência das multidões, das rebeliões e dos linchamentos. De outro lado, existem autores que cometidos individualmente, recebem essa qualificação por influenciarem um determinado grupo na ocorrência e do cometimento as manifestações. É uma criminalidade de um grupo por influência, em que o agrupamento é de grande importância na motivação do crime. É nesse sentido que se situa a análise da criminalidade de grupo abordada pelas escolas sociológicas do consenso da criminologia.

As duas percepções são importantes para o estudo das facções criminosas que surgiram nos presídios brasileiros, uma vez que elas podem atuar tanto de modo desorganizado quanto de modo organizado, com hierarquia própria, influenciando indivíduos a praticar condutas em uma criminalidade de grupo, mas que é executada individualmente.

Há de se notar que existe uma impossibilidade de atribuir uma definição precisamente científica ao que a sociedade convencionou chamar de “facção criminosa”. Isso se dá principalmente por não se conseguir traçar uma linha demarcatória entre os grupos criminosos e os não-criminosos no plano ontológico, visto que o termo “criminoso” não decorre de sua própria existência, mas sim, de uma rotulação impostas pelo poder social. Sendo assim, as facções criminosas,

nada mais são de que aqueles grupos indicados pela mídia, pelas autoridades e também pela sociedade. Nesse sentido de desafio metodológico, a solução que se encontrou está no abandono da pretensão de criar uma definição precisa para as facções criminosas. Desse modo, na intenção de realizar um corte metodológico, oferecendo um conceito de “facção criminosa” Alves (2003, p.218) afirma:

Facções criminosas são grupos de pessoas em que se verificam relações de solidariedade e gregarismo, que surgiram nos presídios brasileiros e foram fundados prioritariamente sob o lema da defesa dos interesses da comunidade carcerária, tendo a prática de atos tipificados em lei como crimes como um de seus modos de atuação dentro e fora dos presídios.

Silva (2009, p. 23) aponta três requisitos para que se verifique a existência de uma organização criminosa: estrutural (associação de três ou mais pessoas), temporal (durabilidade da associação) e finalístico (concernente ao propósito de cometimento de crimes graves). Com isso, associando esses requisitos ao conceito de facções criminosas conseguimos refletir sobre a questão das facções criminosas.

A abordagem midiática ao veicular o tema das facções, geralmente trazendo o fenômeno como sendo “crime organizado”, criam-se os chamados “Estados paralelos”, ou seja, imagina-se que o Crime Organizado dispõe de regras próprias, execuções rápidas e violentas e julgamentos internos, tudo de forma a substituir os três poderes estatais, de criar leis, executá-las e julgá-las” (LUCAS, 2007, p.111). A referência de às facções como “Estado paralelo”, não encontra respaldo em uma investigação empírica, constituindo apenas um jargão que contrapõe de forma absoluta esses agrupamentos a ordem formal, que se traduz no Estado de Direito.

Analisando mais profundamente o fenômeno das facções se chega a conclusão de que as práticas de poder que são delas decorrentes são complexas para que possam ser traduzidas como “paralelas” à ordem formal. Isso pelo fato de que na dinâmica de um presídio, é verificável uma relação simbiótica entre a ordem legal, o poder disciplinar e as normas estabelecidas pela própria massa carcerária. (BRAGA, 2008, p. 80-86). É de se notar a dicotomia entre o formal e o informal, principalmente quando se faz referência a prisão, local onde as técnicas disciplinares legais e extralegais, conjugam –se em uma complexa rede de relações de poder chamada de “o carcerário” (FOUCAULT, 2004, p.243-253).

Há uma simbiose entre as facções e as instituições oficiais no que se refere à dinâmica com que as relações de controle se dão dentro dos estabelecimentos

penais, local onde as facções foram criadas e se apresentam de forma mais explícita. Por mais que as facções apresentem objetivos que são alheios as regras formais da administração carcerária e as práticas de poder dos agentes do Estado, tanto as facções penais quanto as instituições penais convergem no que diz respeito ao exercício do poder disciplinar com relação a massa carcerária. Nesse sentido, a instituição penal é estruturalmente incapaz de dominar completamente a massa de internos, a administração é induzida a ceder-se às lideranças informais dos presídios, e são obrigados a fazer-lhes concessões com a finalidade de manter um nível satisfatório de controle diante daquela população carcerária que está sob a sua responsabilidade.

A associação entre as facções e o Estado também pode se verificar, de forma a se verificar a atuação desses grupos fora das limitações do cárcere. Esses grupos atuam nas favelas e nos bairros da periferia, nos quais constata-se corrupção, negociações e concessões que acabam mantendo um equilíbrio entre as instâncias de poder, especialmente quando tratamos da corrupção policial, e são nesse sentido as palavras de Elizabeth Leeds, que realizou, entre 1987 e 1995 entrevistas com funcionários do governo e líderes comunitários em 25 favelas cariocas e verificou-se que não se justifica tratar os fenômenos das facções como relacionada à fundação de “Estados paralelos”, mas isso não significa que as facções não tenham se tornado polos normativos diferentes do Estado, resultando no que Boaventura de Souza Santos denominou de pluralismo jurídico. Há uma situação de pluralismo jurídico “sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”. (SANTOS, 1999, p.87).

A construção de uma identidade de delinquente no apenado distancia a massa carcerária do acesso aos meios formais de tutela dos seus interesses, levando o cárcere a se submeter ao império de normas informais, levando a execução penal uma “região sombria do saber onde o poder de punir não se ousa mais se exercer com o rosto descoberto” (FOUCAULT *apud* BARROS, 2001, p. 245).

É nesse contexto que as organizações sociais dos presos, produtores de normas informais, surgem como forma de protesto e reivindicação a uma política carcerária do Estado, que é fruto de uma nova cultura de controle que irá se basear em uma ideologia meramente neutra, que não está preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais na execução penal. A situação do pluralismo jurídico surge associado

a justaposição do sistema penal que traumatiza o indivíduo apenado e do estatuto da ilegalidade que é imposto, muitas vezes de forma arbitrária ao apenado. A criação de normas informais, cria por um lado a impossibilidade de acesso às instâncias oficiais que regulam a sociedade e efetivam os direitos e por outro lado, surge a necessidade premente do estabelecimento de regras que façam jus a situação de violência extrema, na qual se banalizam tanto os direitos presentes na Constituição Federal de 1988 quanto os que estão presentes na Lei de Execução Penal.

#### 4.4 MEDIAÇÃO PENAL E A FORMULAÇÃO DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No Brasil e em muitos países da América Latina a Justiça Penal está sucateada. São milhares de processos que não possuem julgamento, trazendo consigo a espera angustiante de uma resolução dos litígios. Em muitos casos, as ações penais acabam prescrevendo, em detrimento da demora do estado para julgar os conflitos ali postos. Quando não ocorre a prescrição, a prolação de uma sentença que já é tardia, deixa de cumprir as finalidades que são destinadas às penas.

O processo penal acaba sendo angustiante, na medida em que muitas infrações penais, principalmente aquelas de menor potencial ofensivo, como os crimes contra a honra, no qual o que a vítima mais deseja é o pedido de desculpas do ofensor.

As leis penais de vários ordenamentos jurídicos acabam incentivando a reparação dos danos pelo acusado, para o benefício da vítima, impedindo o início da ação penal pelo Ministério Público, ou pela vítima, quando ocorrer antes da peça inaugural de acusação.

Surge, como uma inovação para essa problemática, a chamada mediação penal, que deve voluntariamente ser levada como um meio importante para solucionar o conflito entre a vítima e o autor e a pessoa que terá a competência para minimizar as consequências da infração será o mediador. O autor deverá reconhecer que,

praticou a ação penal e a vítima, deve valorizar o comportamento daquele que violou a lei, está preparado para reparar o prejuízo que causou.

Sendo assim, a finalidade da mediação é a de oferecer espaços de diálogos entre pessoas que sejam afetadas pelo mesmo fato, em que intervém uma terceira pessoa, que age com imparcialidade, é o mediador.

No Brasil, no ano de 1995, foi editada a Lei dos Juizados Especiais Criminais, que permitiu ao Ministério Público, naqueles delitos em que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapasse dois anos, propor a transação penal ou a suspensão condicional do processo, desde que o autor do fato delituoso, além de alguns requisitos impostos pela lei, repare o prejuízo por ele causado à vítima.

É preciso enfatizar que a mediação penal veio dar voz à vítima, como também evitar a desnecessária prisão do autor do fato. Quando o Estado chamou para si a responsabilidade de impor o jus puniendi, impedindo a vingança privada, deixou de lado a vítima da infração penal. Mas, com a mediação penal, a vítima é resgatada e valorizada. A mediação irá permitir que se elabore um programa que inclua as peculiaridades do autor da infração penal, fazendo-o refletir sobre o seu comportamento, e despertando o sentimento de arrependimento e o desejo de reparar o prejuízo que causou. E cabe ao mediador ponderar todos os fatos e despertar nas partes a solução mais eficaz. No entanto, como bem fundamenta Maria Pilar Sánchez Álvarez (2005, p.29):

Não é aquele que se valerá da força para impor a solução ao caso que lhe foi apresentado, mas sim, com toda destreza a capacidade, diminuirá a distância existente entre o autor do fato e a vítima, permitindo que iniciem um diálogo de confiança, pois que a mediação é a consequência da livre decisão de cada pessoa (vítima e infrator) e não a de um terceiro (mediador), de sentar-se à mesa para discutir os fatos que as envolveram, permitindo, assim, uma solução pacífica e racional do conflito que se formou.

Existe divergência entre os doutrinadores quanto ao número de fases da mediação, mas dentre as propostas, pode-se citar as seguintes: a) Fase em que a Justiça penal tona conhecimento de um fato, em tese, será passível de mediação; b) Fase de contato inicial com a vítima e o infrator; c) Fase de encontro entre o mediador, a vítima e o infrator; d) Fase de acordo; e) Fase de Execução; f) Fase de seguimento.

Com isso, adotando-se a mediação nos casos em que for possível, permite que seja feito um acordo, com o objetivo de reparar os prejuízos sofridos pela vítima com a

prática da infração penal, evitando-se o desnecessário encarceramento do acusado. Esse processo de mediação, permitirá que a Justiça Penal seja mais célere, pois só os casos mais graves é que terão a atenção e poderão levar o indivíduo ao cárcere.

No que se refere a justiça restaurativa, cada vez é mais frequente as técnicas de resolução de conflitos alternativos do Poder Judiciário, uma vez que a justiça se encontra sobrecarregada e não consegue resolver os problemas com a celeridade e eficiência necessárias. A proposta da Justiça Restaurativa diz respeito ao fato de permitir que a sociedade, que é leiga nessa temática, sem processos formais, possa, por si só, através de representantes eleitos, resolver os conflitos penais que surgirem em determinadas regiões. Tal acordo teria o valor de título executivo extrajudicial, podendo ser executado em caso de descumprimento, ou, ainda, permitindo a abertura de ação penal pelo Ministério Público.

Teríamos a implementação de “Juizados” informais, em que os representantes não seriam propriamente membros do Poder Judiciário, seria a sociedade julgando a própria sociedade, através de seus pares. “Os representantes do Estado, juiz, promotores, defensores públicos, delegados, são substituídos por mediadores, especialmente treinados e encarregados do processo restaurativo”. (SALIBA, 2009, p.117).

Os dados e a experiência penal já têm demonstrado concretamente que em várias situações, a vítima estaria solícita a aceitar o perdão de quem lhe causou o dano, como também, o acusado muitas vezes sente-se arrependido e tem a intenção de reparar os prejuízos que ele causou. Mas, os formalismos da Justiça Penal aumentam a distância entre o Poder Judiciário e à população.

A decisão do ofendido em aceitar uma reparação substitutiva da pena se refere principalmente as infrações de menor gravidade, que somente “ferem” direitos e interesses disponíveis do seu titular e, por essa razão deixados pelo ordenamento jurídico no campo da autonomia da vontade.

## 5 CONCLUSÃO

A crise do sistema prisional se agrava cada vez mais. E esta problemática acaba recebendo um trato muito influenciado pelas perspectivas sensacionalistas que andam junto as suas manifestações. O esgotamento sócio-político quando da abordagem do tema tem acentuado as opiniões com viés moralista que impossibilitam enxergar a complexidade que está por traz dessa questão.

Conclui-se que a tese presente na ADPF nº 347 expõe as diversas ações e omissões de todos Poderes estatais, que ensejam nas diversas violações aos direitos fundamentais da população encarcerada. Assim, como uma solução viável, propõe ser necessário um diálogo institucional, com a participação dos inúmeros órgãos envolvidos na resolução do problema, como também da sociedade civil, com o intuito de construir um sistema harmônico que se preocupa com a dignidade humana.

Verifica-se que, em voto proferido no julgamento das Medidas Cautelares na ADPF 347, o Ministro Barroso, salientou a necessidade do diálogo com a sociedade, ponderando que a deficiência do sistema penitenciário reverte conseqüências gravosas e prejudiciais a população brasileira como um todo, uma vez que o sistema é incapaz de tratar essas pessoas com humanidade, o que gera altos índices de reincidência.

Desta forma, essa participação mais abrangente mostra-se imprescindível, vindo a superar o modelo tradicional de controle jurisdicional dos atos administrativos, que ensejam imposições unilaterais ao Poder Executivo.

Para Campos (2015, p. 226):

A redução ou eliminação desse estado de coisas inconstitucional requer atuação de diversos órgãos, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. Trata-se de litígio estrutural, de modo que são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. Ao contrário, a solução requer “remédios estruturais.

Neste contexto, o plano deve ser elaborado e aplicado tendo como principal objetivo a promoção da dignidade dos detentos, com o respeito ao mínimo existencial, com medidas que estimulem o trabalho e o estudo como uma maneira de incentivar a reintegração desses indivíduos a sociedade.

Para que isso se concretize, é necessário zelar pela observância das diversas normas de proteção dos direitos da população carcerária, assim como as sugestões e orientações dadas por órgãos especializados em políticas carcerárias. É necessário também a observância das normas atinentes aos direitos fundamentais.

Se o plano elaborado pelo Poder Executivo não for elaborado, mesmo que seja determinado pelo Supremo Tribunal Federal, salientamos que este não poderia elaborar sozinho um plano, porque trata-se de uma solução que será encontrada em conjunto pelos diversos órgãos especialistas. Um ativismo judicial intenso pode desencadear uma desconfiança na população, uma vez que o STF se posicionaria como um órgão superior aos outros Poderes que forem democraticamente eleitos.

Assim, entende-se que o STF pode exercer um controle de requisitos para o plano de mudanças, assim como o monitoramento de sua implementação, todavia não seria legítimo que o tribunal estabelecesse como a situação carcerária deverá ser enfrentada, sem que haja a devida participação dos demais poderes e cidadãos envolvidos.

## REFERÊNCIAS

ALMUIÑA. Solange Lage. Da re(in)clusão à libertação: práticas educativas que viabilizam o processo de ressocialização dos presos de salvador. 2005. Monografia de Pedagogia. Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Departamento de Educação.

ALVES. Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**: elementos para o discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVES. Roque de Brito. **Estudo de ciência criminal**. Ed. CEPE. Recife-PE. 2003.

ASSIS. Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 26.mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 15 abril. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Revan. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2002

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Marquês Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 1999.

\_\_\_\_\_. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Claret.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. **La fundamentación de los derechos humanos em la doctrina española actual**.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Falência da pena de prisão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 3.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. Atlas, 2006.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. São Paulo, dissertação de mestrado USP, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. **A história entre grades: a marginalidade social**.

Disponível em: <<http://joseliahistoria.blogspot.com.br/2010/01/historia-entre-gradesmarginalidade.html>>. Acessado em: 02 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 17 mai 2016.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional. Dados Consolidados. In: InfoPen. Brasília (DF), 2014. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 18.abril. 2016.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional. **Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos Todas UF's**. In: InfoPen Brasília (DF), 2014. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em: 18.abril. 2016.

\_\_\_\_\_. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_. **O Estado de Coisas Inconstitucional – litígio estrutural**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carloscampos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>.

Acesso em: 11  
abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11-7-1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivi\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 20 mar.2016.

\_\_\_\_\_. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania**. Brasília (DF), 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BUSSINGER, Vanda Valadão. **Fundamentos dos direitos humanos**. In: Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez, 1997, n° 53, ano XVIII, mar.1997.

CAMARGO, Virginia da Conceição, **Realidade do sistema prisional**, 2006  
Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em 28 abril.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, A

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Criminologia**. Ed. Rio. Rio de Janeiro. 1976.

DE MARSICO, Alfredo *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 18. ed. atualizada por Adalberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987.

DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário**. Texto adaptado do artigo A crise do sistema penal, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 768, p. 421 e s. em Disponível em:<[http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene\\_dotti.pdf](http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene_dotti.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Endurecimento de penas se mostra, sempre, frustração**. Consulex, São Paulo, 06 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/news.asp?id=6204>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOLCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28 ed. Petrópolis.: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 29 Ed. Petrópolis: Vozes. 2004.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 26. ed, Petrópolis: Vozes, 1987.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999. da Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; FLÁVIO GOMES, Luiz. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução as bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8. ed. rev. e atual: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2012.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1961.

\_\_\_\_\_. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal parte geral**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Legislação penal especial**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3 ed. Niterói: Impetus, 2016.

HOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JAKOBS, Guinther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal – Parte general**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crépulo de uma era**. Belo Horizonte, DelRey, 1998.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2 ed., revista atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Márcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Dissertação de mestrado, Saúde Pública, USP, 2006. Disponível em: <[http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/mtv8n1\\_p33-8.pdf](http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/mtv8n1_p33-8.pdf)>.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Duarte Pereira. Tomo I. 19. Ed. São Paulo: Russell, 2003.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**: tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Editora Ícone, 2007.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCAS, Flávio Oliveira. **Organizações criminosas e Poder Judiciário**. In Estudos Avançados, n. 61, 2007.

LUIZI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro**: aspectos sociológicos. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 27 abril. 2016.

MAÍLIO, Serrano Afonso. **Introdução à Criminologia**, trad. Luiz Regis Prado. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARX, Karl. **O Capital**; trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. Ed. Abril Cultural, São Paulo, 2002.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal**: teoria e pratica. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 23. Ed. São Paulo:

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atual. Até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2006.

MOLINA, A. G-P de Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos – Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 7ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 6. ed. São Paulo:

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. 1. ed. Recife: Nossa Livraria, 2005.

\_\_\_\_\_. **Da Execução Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Execução Penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 2ª ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. Mediación penal comunitária: desde onde y hacia onde. **Alternativas a la judicialización de los conflictos**: La mediación. Barcelona: Icaria Editorial, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. In Souto , Cláudio e Falcão , Joaquim (orgs.). Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. 2ª ed. São Paulo, Pioneira, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1981.

SERAFIM, Antônio de Pádua. **Psicológica e práticas forenses**. Barueri: Manole, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SZNICK, Valdir. **Penas Alternativas**. São Paulo: Leud, 2001.

VARELLA, Drauzio. **O sistema penitenciário brasileiro e das leis que não se cumprem**. In: Jornal folha de São Paulo, São Paulo, Abr. 2002. THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Título original: Les prisons de la misère.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).