

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**  
**FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**GUSTAVO RENÊ MANTOVANI GODOY**

**CIDADANIA DO PRESO: DA UTOPIA GARANTISTA AO PAPEL DA  
TUTELA COLETIVA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

**RIBEIRÃO PRETO**  
**2015**

**GUSTAVO RENÊ MANTOVANI GODOY**

**CIDADANIA DO PRESO: DA UTOPIA GARANTISTA AO  
PAPEL DA TUTELA COLETIVA NA EFETIVAÇÃO DE  
DIREITOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP,  
como requisito para obtenção do título de Mestre em  
Direitos Coletivos e Cidadania, sob a orientação do  
Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira.

**RIBEIRÃO PRETO**

**2015**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Godoy, Gustavo Renê Mantovani, 1987 -

G589c      Cidadania do preso: da utopia garantista ao papel da Tutela  
Coletiva na efetivação de Direitos / Gustavo Renê Mantovani  
Godoy. - - Ribeirão Preto, 2015.  
156 f..

Orientador: Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2015.

1. Direitos Coletivos. 2. Tutela e Proteção. 3. Cidadania.  
I. Título.

CDD 340

GUSTAVO RENÊ MANTOVANI GODOY

**CIDADANIA DO PRESO: DA UTOPIA GARANTISTA AO PAPEL DA TUTELA  
COLETIVA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – nível Mestrado, da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Data da defesa: 30 de julho de 2015

Resultado: Aprovado

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso  
USP – Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO  
2015

### ***Dedicatória***

Dedico o presente trabalho a minha querida *Lívia*,  
pela paciência, compreensão e carinho nas turbulências  
e nos momentos de inseguranças do dia-a-dia.

## ***Agradecimentos***

Agradeço primeiramente a Deus, aos meus pais, *Célio e Cida*, pelos inúmeros ensinamentos e pela educação pautada pela ética e respeito ao próximo; a querida *Lívia*, minha namorada, que acompanhou todo o meu crescimento profissional e ao *Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira*, professor e amigo desde a graduação, pelo apoio e evolução profissional.

## RESUMO

A evolução social superou a ideia inicial individual de efetivação de direitos passando a um novo patamar de busca coletiva de concreção e proteção das garantias e direitos inerentes ao cidadão. Nesse aspecto, e ante a omissão estatal quanto à implementação de políticas públicas carcerárias, é que se torna cada vez mais comum e necessária a tutela coletiva através dos mecanismos processuais adequados, como forma de concretização dos preceitos fundamentais na busca da plena cidadania. A evolução do conceito de punição, cumprimento de pena e ressocialização do infrator no atual panorama Constitucional garantista, em oposição à omissão gerencial estatal quanto à infraestrutura basilar dos estabelecimentos carcerários, torna legítima e necessária a judicialização de políticas públicas voltadas a essa coletividade. O martírio e a aflição das penas corporais de outrora foram superadas e vedadas no ordenamento jurídico Brasileiro. A punição passou a ter contornos punitivos e ressocializatórios, dentro do respeito à condição de ser humano e cidadão, atrelado aos limites previamente estabelecidos em lei. A interpretação dos preceitos fundamentais também se tornou um forte limite a atuação punitiva estatal, servindo como base sistemática da postulação judicial quanto aos excessos praticados quando da aplicação da pena. Ao cidadão, sujeito de direitos no plano Constitucional e infraconstitucional, mesmo quando do cumprimento da pena, não lhes são suplantados direitos não restringidos pela sentença condenatória. Nesse aspecto, a limitação punitiva estatal esbarra nos preceitos e princípios Constitucionais inerentes ao cidadão, legitimando, em especial, o Ministério Público, a atuar de forma a implementar e adequar as diretrizes estruturais do Estado quando da aplicação da pena. Os mecanismos processuais, em especial a Ação Civil Pública, se tornam indispensáveis à proteção, garantia e concreção de direitos a coletividade carcerária no respeito ao cidadão infrator. A visão e os preceitos garantistas constitucionais e infraconstitucionais se contrapõem ao desmazelo Estatal, transferindo ao judiciário a responsabilidade de instar o Estado pela implantação de políticas que visem equilibrar e adequar a punição e o respeito ao cidadão na orbita fundamental.

**Palavras-chave:** Direitos Coletivos. Tutela e Proteção. Cidadania. Sistema carcerário.

## RESUMEN

La evolución social se sobrepuso a la idea inicial de los derechos individuales eficaz a través de un nuevo nivel de búsqueda colectiva de la concreción y la protección de las garantías y derechos de los ciudadanos. En este sentido, y en la inactividad del Estado como la implementación de las políticas de la prisión, que se está convirtiendo en la protección colectiva cada vez más común y necesario por los mecanismos procesales adecuados como medio de consecución de los principios fundamentales en la búsqueda de la plena ciudadanía. La evolución del concepto de castigo, la aplicación de penalidad y rehabilitación de delincuentes en el actual panorama constitucional garantista, en lugar de declarar el fracaso de gestión como la infraestructura básica de los establecimientos penitenciarios que sea legítima y necesaria la legalización de las políticas públicas a esta comunidad. Martirio y la angustia de los castigos corporales de marras se superaron y sellados en el sistema jurídico brasileño. El castigo llegó a tener contornos punitivos y resocializatorios, con el debido respeto a la condición del hombre y del ciudadano, vinculado a los límites previamente establecidos por la ley. La interpretación de los preceptos fundamentales convertido también en una fuerte acción punitiva del estado límite, sirviendo como una base sistemática para la nominación judicial como los excesos practicados en la aplicación de la pena. El ciudadano sujeto de derechos en el plan Constitucional y infra incluso cuando el dolor de cumplimiento, que no son derechos suplantado no restringido por convicción. En este sentido, la limitación punitiva del Estado se enfrenta a los preceptos y principios constitucionales inherentes ciudadanos, legitimar, en particular, a los fiscales, para actuar con el fin de aplicar y adaptar el estado pautas estructurales en la aplicación de la pena. Mecanismos de procedimiento, en particular la Acción Civil Pública, se convierten en indispensables para la protección, seguridad y concreción de los derechos de la comunidad de prisión en relación con el ciudadano infractor. La visión y la infra constitucional y garantistas preceptos se oponen a la dejadez del Estado, transfiriendo la responsabilidad legal de instar al Estado para la aplicación de políticas destinadas a equilibrar y castigo adecuado y el respeto de los ciudadanos fundamental en órbita.

**Palabras clave:** Derechos colectivos. Custodia y Protección. Ciudadanía. Sistema de prisión.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 ASPECTOS PRIMORDIAIS DA PENA E AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – APONTAMENTOS E EVOLUÇÕES</b> .....	13
1.1 PRINCIPAIS ASPECTOS HISTÓRICOS MUNDIAIS DA PENA .....	14
1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA NO BRASIL .....	25
1.3 APONTAMENTOS HUMANISTAS DA PENA NO CONTEXTO MUNDIAL: O INÍCIO DA GARANTIA CIDADÃ.....	29
1.4 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	34
1.4.1 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INFLUÊNCIA NA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS .....	39
<b>2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUAS GARANTIAS A EFETIVA RESSOCIALIZAÇÃO CIDADÃ</b> .....	44
2.1 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ASSEGURADAS AO CIDADÃO-INFRATOR .....	45
2.2 DAS GARANTIAS INFRACONSTITUCIONAIS E O SISTEMA INTEGRADO DE EXECUÇÃO .....	51
2.3 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUAS FALHAS OPERACIONAIS: O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO CIDADÃ.....	62
2.4 TRATADOS INTERNACIONAIS E A DIGNIDADE DA COLETIVIDADE CARCERÁRIA.....	68
2.5 O RESPEITO À CONCEPÇÃO DE CIDADÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS .....	74
2.6 PROJETO COMEÇAR DE NOVO: A REINSERÇÃO PROGRESSIVA DO CIDADÃO NA SOCIEDADE.....	77
<b>3 IUS PUNIENDI ESTATAL E OS LIMITES GARANTISTAS DE ATUAÇÃO</b> .....	82
3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO <i>IUS PUNIENDI</i> .....	83
3.2 QUESTÕES PRINCÍPIOLÓGICAS E A ATUAÇÃO PUNITIVA.....	87

3.3 LIMITES AO <i>IUS PUNIENDI</i> E A OMISSÃO ESTATAL.....	98
3.4 A SOCIEDADE COMO CORRESPONSÁVEL PELA INGERÊNCIA OMISSIVA DOS DIREITOS AO CIDADÃO NO CÁRCERE .....	106
<b>4 CIDADANIA DO PRESO E OS MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS CARCERÁRIAS .....</b>	<b>110</b>
4.1 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA COMO SUJEITO DE DIREITOS .....	113
4.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO E GARANTIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS CARCERÁRIAS .....	116
4.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO, INSTRUMENTOS PROCESSUAIS E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	122
4.3.1 Do Inquérito Civil Público.....	124
4.3.2 Do Termo de Ajustamento de Conduta.....	128
4.3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 e o Reconhecimento da Crise no Sistema Carcerário.....	131
4.3.4 Da Interferência Executiva Ministerial .....	136
4.4 PECULIARIDADES PROCEDIMENTAIS DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	141
4.5 DA GARANTIA LEGAL CIDADÃ A FALÊNCIA NO PLANO CONCRETO.....	143
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>146</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>150</b>

## INTRODUÇÃO

O ser humano, por essência, é um ser sociável, criado e educado desde seu nascimento para viver, conviver e estar em sociedade. Para tanto, para um convívio social harmônico e pacificado é imprescindível a elaboração de normas que visem a padronização do comportamento humano no aspecto civil individual, coletivo ou mesmo no aspecto de punição criminal. Assim, a norma constitui um importante mecanismo para se tornar possível a convivência em sociedade<sup>1</sup> do ser humano.

O Estado atuando como representante e tutor geral da sociedade se viu obrigado, ainda no aspecto de regulamentação social, a prever e disciplinar normas de conduta que não deveriam ser praticadas pelo cidadão, sob pena de implicações punitivas, assim, tratou de disciplinar condutas a serem vedadas.

Viu-se a necessidade de punição com a implicação de restrições aos direitos fundamentais inerentes ao cidadão, frise-se a liberdade, em razão da prática de determinados atos tidos como criminosos que lesassem um bem jurídico previamente tutelado.

É neste aspecto de punição estatal que o presente trabalho procurou esclarecer e trazer elementos a permitirem a plena análise conceitual do direito/dever de punir estatal, seus princípios e limites de ordem Constitucional e natureza fundamental.

Para tanto, a pesquisa trouxe elementos visando uma análise evolutiva do *ius puniendi* estatal, conceitos inerentes e basilares quanto à evolução da pena e da punição em âmbito nacional e internacional, bem como os fundamentos basilares da pena e seu cumprimento no atual sistema Constitucional e infraconstitucional Brasileiro.

---

<sup>1</sup> A própria constituição física do ser humano revela que ele foi programado para conviver e se completar com outro ser de sua espécie. A prole, decorrência natural da união passa a atuar como fator de organização e estabilidade do núcleo familiar. O pequeno grupo, formado não apenas pelo interesse material, mas pelos sentimentos de afeto, tende a programar-se em cadeia, com a formalização de outros pequenos núcleos, até se chegar à constituição de um grande grupo social. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.

Amoldado às ideias iniciais, o presente trabalho demonstra, por meio do conceito de cidadania, a necessidade de reconhecimento e implementação de políticas públicas voltadas ao infrator, como forma de garantir os preceitos ressocializatórios inerentes a pena de prisão, a mais drásticas das medidas punitivas estatais. Para tanto, a análise das dimensões dos direitos fundamentais e dos grandes autores e defensores humanistas da aplicação da pena serão trazidos como forma de amparar as conclusões e os limites impostos à aplicação da pena.

As teorias clássicas humanistas propostas pelos revolucionários na questão punitiva estatal, como *Cesare Beccaria*, que em seu livro, *Dos Delitos e das Penas*, clássico datado de mais de 250 anos, que na sua visão humanitária, contrária a visão defendida e impregnada na sociedade de sua época, iniciou os ideais de proporcionalidade de humanização na aplicação da pena ao cidadão. *Jhon Howard* com as ideias e garantia de salubridade dos estabelecimentos prisionais e o trabalho como forma de retorno ao convívio social, passando pelas aceções de limitações do poder punitivo estatal defendidas por *Luigi Ferrajoli*, enaltecendo a liberdade individual do cidadão e restringindo o grau de interferência estatal.

Partindo dessas premissas e dos ideais de garantia fundamental ao cidadão – infrator da norma penal – nossa pesquisa demonstra a superação da aplicação das penas de caráter aflitivo<sup>2</sup> em âmbito nacional e internacional, para um novo modelo garantista de punição e ressocialização do infrator, insculpidas na Carta Política nacional e na Legislação infraconstitucional, em especial, Lei de Execução Penal, buscando trazer elementos a plena ideia de concretização, no plano legal, de respeito ao ser humano quando da imposição punitiva Estatal.

Em contraponto, a indicação estatística do déficit de vagas, a má gerência administrativa e as condições insalubres dos estabelecimentos carcerários nortearam a busca da interferência judicial na questão administrativa estatal de implementação de políticas

---

<sup>2</sup> “Dentre tantas modificações atendo-me a uma: o desaparecimento do suplício. Hoje existe uma tendência a desconsiderá-lo; talvez em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase, como humanização que autorizava não utilizá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, como códigos explícitos e gerais, com regras unificados de procedimento; o júri adotado em quase toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo o indivíduo culpado [...].No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos desapareceu corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir – história da violência nas prisões**. 14ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996, p. 14.

públicas garantindo a mínima condição humana quando do cumprimento de pena e o reconhecimento pleno da dignidade do cidadão, infrator da norma penal.

Desse modo, através dos mecanismos processuais de tutela coletiva, em especial a Ação Civil Pública, os legitimados extraordinários buscam impelir o poder público Estatal a plena implementação e garantia dos preceitos fundamentais e infraconstitucionais inerentes ao cidadão quando do cumprimento de pena. E mais, através do microsistema de proteção coletiva, junção do Código de Defesa do Consumir, Lei da Ação Civil Pública e Código de Processo Civil – utilizado de forma suplementar – traçar um conceito de direitos coletivos *stricto sensu* e a processualização de mecanismos aptos a assegurar o respeito ao cidadão, detentor de direitos na órbita Constitucional.

Por meio da representação extraordinária e em razão do *status* Constitucional, buscou demonstrar a importância do órgão ministerial (Estadual ou Federal), na condução da Ação Civil Pública, inquérito civil público e termo de ajustamento de conduta, visando a plena efetivação dos direitos outrora assegurados e esquecidos pelo poder público, dentro da visão celeridade e economia processual.

Dentro da visão judicial de políticas públicas, é importante direcionar a discussão quanto à posição dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e sua atuação, em sede de Controle de Constitucionalidade ou mesmo quando de discussões em sede de Ação Civil Pública, quanto à implementação de políticas públicas e garantia de direitos, legalmente previsto num contraponto a questões orçamentárias estatal a concreção dos direitos assegurados ao cidadão.

Assim, num aspecto final, o contraponto entre as acepções garantistas relacionadas ao cidadão quando do cumprimento de pena, seu *status* fundamental de aplicação imediata, a proteção internacional e nacional infraconstitucional, num contraponto ao desmazelo estatal quanto à implementação de políticas públicas direcionadas a coletividade carcerária e a interferência judiciária na execução de tais políticas garantistas ao cidadão.

## **1 ASPECTOS PRIMORDIAIS DA PENA E AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – APONTAMENTOS E EVOLUÇÕES**

A evolução da pena, punição em razão da prática de ato contrário à norma regulamentadora de conduta social, quer no aspecto aflagrante corporal – pena a infligir dor, sofrimento e morte ao condenado – quer no aspecto moderno de privação da liberdade, restrição de direitos ou multa pecuniária, está intimamente ligada e relacionada à evolução do conceito da dignidade do ser humano e suas garantias e previsões aptas a assegurar uma condição mínima e digna de vida do cidadão.

Com amparo Constitucional de proteção e garantia digna à execução e ao cumprimento da pena tem sua conceituação e aplicação formal ligada a evolução expressa na dignidade do ser humano e das acepções humanitárias defendidas no final do século XVII, início do século XVIII, em especial pelos idealizadores humanistas *Cesare Beccaria* (1738 a 1794), *John Haward* (1726 a 1790) e *Jeremy Bentham* (1.748 a 1.832), que entendiam pela total desproporção entre o fato praticado e a punição exercida pelo Estado, buscando a implantação de um modelo punitivo ressocializatório da pena e o adequado e salubre local de seu cumprimento, conforme se verá em linhas específicas.

Desse modo, para se entender e compreender a verdadeira acepção punitiva com base em princípios e fundamentos de ordem Constitucional, a proteção dirigida ao infrator e o respeito a sua condição de ser humano, imprescindível se faz uma breve análise da visão evolutiva da pena, seus principais marcos e defensores da moderna visão humanística de proporção punitiva, até o atual estágio Constitucional garantista no plano legal, seguido da discussão relacionada à falência e desrespeito aos preceitos da dignidade do ser humano aplicados no sistema carcerário brasileiro.

## 1.1 PRINCIPAIS ASPECTOS HISTÓRICOS MUNDIAIS DA PENA

Etimologicamente, a expressão pena, para o direito, do grego *poine*, do latim *poena*, significa punição; repreensão ao indivíduo por ter praticado um fato ilícito, contrário à lei<sup>3</sup>. O ser humano, desde os primórdios da civilização e a partir do início da vida em sociedade, desenvolveu e necessitou de meios e regulações de conduta a permitirem a convivência pacífica em sociedade, quer no aspecto civil, quer no aspecto punitivo criminal; criando, assim, mecanismos visando a pacificação harmônica social - lei<sup>4</sup>. Mesmo que rudimentarmente a criação de leis se tornou fator indispensável ao convívio da mais simples até as mais modernas e complexas sociedades, a pena, punição por ter infringido uma norma de conduta, passou a ser aplicada como forma de retribuição pelo ato em descompasso com a norma social, quer estivesse ela positivada ou não.

Difícil indicar o exato momento do surgimento da pena, sabendo-se que desde o início da criação do homem já se pode observar a punição ao infrator de um mandamento. No aspecto bíblico histórico podemos identificar talvez o que se pode considerar a primeira pena, punição imposta ao homem no livro de Genesis, Capítulo 3, versículo 23, ao serem punidos, Adão e Eva, com a expulsão do paraíso por Deus, em razão da desobediência e de terem “comido o fruto proibido” que foi ofertado a Eva pela serpente; como punição, a expulsão do paraíso. Ainda, a punição a Caim, filho de Adão e Eva que, descontente, acabou por matar seu irmão, Abel, no que se registra historicamente no livro de Genesis, capítulo 4, versículo 8, como o primeiro homicídio ocorrido e, por consequência, lhe foi imposta a pena.

Desde a origem bíblica do homem já se verificou a imposição de pena – punição ao mal causado, aflição imposta a contrariedade a norma de conduta. Bitencourt, assim traz suas ideias em notas introdutórias:

---

<sup>3</sup> De nenhum modo podemos admitir nessa etapa histórica sequer um início do cárcere como lugar de cumprimento de pena, já que o catálogo de penas acaba praticamente com a morte, salvo no caso de cárcere de devedores, cuja a finalidade era coativa e assegurativa. PEÑA MATEOS, Jaime. **Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad em Europa hasta el siglo XVII**: historia de la prison. Critiva, Madri, 1997, p.66.

<sup>4</sup> “Estou seguro de que, na mente de meus ouvintes, a palavra direito suscita a ideia de lei; inclusive, a desses conjuntos de leis que se chamam códigos. É uma definição empírica, mas provisoriamente podemos aceita-la: um conjunto de leis que regula a conduta dos homens.” CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Belo Horizonte: líder, 2001, p. 7.

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é de sua progressiva abolição, mas de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda, em sua essência, contradições insolúveis. O projeto alternativo alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”.<sup>5</sup>

A evolução do conceito, dos meios e locais destinados ao cumprimento da pena, sua forma de execução e a visão social da finalidade punitiva, buscando uma melhor e mais fácil didática na análise dos momentos históricos, tem-se como base a divisão clássica das idades tradicionais da história mundial, ou seja, subdivide-se em idade antiga, idade média e idade moderna, apontando ainda o professor *Guzman*, as ideias humanistas de proporcionalidade e respeito a dignidade do ser humano no cumprimento e execução da pena apresentado pelos autores *Beccaria*, *Howard* e *Bentham*<sup>6</sup>. Anote-se que tais subdivisões são utilizadas de forma a facilitar e compreender o conceito da evolução punitiva e a influência dos pensadores iluministas do início do século XVIII, nas contribuições e nas discussões da função ressocializadora e de proporcionalidade da pena.

Na antiguidade, visando ultrapassar as fases acima apontadas de evolução do sistema e da dinâmica punitiva, a pena de prisão se revestia de caráter estritamente cautelar, tendo em vista que se fundamentava na garantia de imposição da efetiva punição, em especial as de caráter aflitivo que seriam impostas e executadas em desfavor do acusado. Tinha como finalidade apenas garantir a execução da pena aflitiva ou de morte e evitar a fuga do réu; a prisão se evidenciava tão somente como um local de custódia sendo totalmente desconsiderada ou inimaginável naquele momento qualquer possibilidade ressocializadora da pena, em especial pelas penas aflitivas e de morte na época aplicadas.

Ora, a função punitiva neste momento tinha fundamento na imposição de dor e sofrimento ao acusado como forma de punição ao mal causado, leia-se, como forma de punição ao desrespeito a uma norma de conduta. Prendia-se, privava-se da liberdade o

---

<sup>5</sup> BITERN COURT, César Roberto. **A falência da pena de prisão: causa e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>6</sup> Garrido Guzman utiliza as idades tradicionais da história universal: idade antiga, idade média e idade moderna – acrescentando ao final os reformadores (*Beccaria*, *Howard* e *Bentham*); Elias Neuman, no entanto, emprega ‘período anterior a pena privativa de liberdade, período de exploração, período corretivo e moralizador’ e, finalmente, o período de readaptação social ou ressocialização; Cuello Calon, por sua vez, somente para citar alguns autores, não faz uma divisão muito precisa, mas em linhas gerais é a seguinte: a) desde Roma até o final do século XVI; b) primeiras prisões criadas com a finalidade corretiva (Inglaterra e Holanda); c) século XVII; d) os precursores do moderno penitenciarismo (século XVIII). *Ibid.*, p. 26.

acusado para, posteriormente, aplicar, através do sofrimento ou mesmo da morte, a pena cabível ao fato praticado.

É sabido que, na Roma Antiga, a prisão era desprovida do caráter de castigo, não constituindo espaço de cumprimento de uma pena, mesmo porque o rol de sanções se restringia quase unicamente às corporais e á capital. Este era um meio empregado para reter o acusado enquanto se aguardava o julgamento ou a execução da sentença. Já na Grécia, era costume encarcerar os devedores até que saldassem suas dívidas, a custódia servindo para obstar-lhes a fuga e garantir a presença nos tribunais<sup>7</sup>.

Dentre as mais comuns das penas aflitivas e de sofrimento físico impostas ao réu estavam os açoites, as mutilações, as marcações na pele para que se identificassem como “bandidos”, autores de crimes, pessoas não gratas pela sociedade, estigmatizadas pela marca do crime em sua carne. Punições estritamente carnis, violentas com a função única de incutir dor, sofrimento, angustia aquele que cometera eventuais infrações.

Angustia e sofrimento psicológico maior não haveria ao acusado que, preso estaria ciente que, além do sofrimento em razão de sua privação de liberdade, ainda haveria a punição carnal ou a morte em momento posterior ao seu julgamento.

Interessante destacar ainda no que diz respeito às penas aflitivas, uma subdivisão mencionada pelo professor Rogério Greco em direta, qual seja, aquela que causa dor, sofrimento físico e carnal ao condenado e as penas aflitivas indiretas, limitadoras tão somente do livre exercício da liberdade; penas privativas de liberdade propriamente ditas. Anote-se ainda que as penas aflitivas diretas, nas palavras do referido professor, podem se subdividir em indeléveis, aquelas que deixam sequelas, marcas aparentes, tais como mutilações e queimaduras a ferro em brasa, e penas aflitivas deléveis que, apensar de incutir dor e sofrimento, não deixam marcas ou sequelas aparentes no corpo do condenado.

Interessante a anotação do professor Rogério Grecco, citando Cuello Calón, no que se refere a pena na idade antiga de prisão por dívida ou até um eventual adimplemento por parte do devedor:

Havia também a possibilidade de prisão por dividas, como salientou Cuello Calón, ou seja, o devedor poderia ficar preso até que viesse a saldar ao credor a sua dívida. Assim, era possível o encarceramento privado do devedor até que alguém, em seu nome, ou ele próprio quitasse a dívida. De qualquer forma, a prisão ainda não era

---

<sup>7</sup> LEAL, César Barros. **Prisão crepúsculo de uma era**. 2ª ed. Belo Horizontes: Del Rey, 2001, p. 33.

considerada a pena principal, haja vista que a qualquer momento, poderia ser revogada, com a consequente libertação do devedor.<sup>8</sup>

Em síntese, no período denominado antiguidade, a pena de prisão era entendida apenas como meio para assegurar a aplicação de penas aflictivas ou de morte, que veremos no momento oportuno suas características (ver evolução da pena no Brasil), com fundamentos eminentemente “cautelares”, sem nenhuma humanização ou possibilidade de ressocialização, desconsiderando qualquer postulado de proporcionalidade e eficiência da medida punitiva imposta.

Já na idade média, com nítida influência do direito germânico, época do crescimento e da grande influência do cristianismo, conforme podem ser verificadas nas denominadas prisões eclesiásticas<sup>9</sup>, da mesma forma que na antiguidade, as prisões se revestiam de caráter estritamente processual cautelar, servindo apenas para garantir a execução da pena de morte ou aflictiva de caráter pessoal.

É possível a verificação de duas modalidades de prisões, exceções à regra das prisões com natureza eminentemente de garantia da execução da pena, a saber: as prisões de Estado, dirigidas àqueles inimigos do rei, que poderiam ser prisões custódias, com a finalidade precípua de fazer com que o acusado, inimigo do Estado, aguardasse a execução da verdadeira pena que lhe seria infligida, pena de morte ou aflictiva (espécie de segregação cautelar do acusado buscando garantir a aplicação da pena), e ou as prisões de detenção

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

<sup>9</sup> “Na idade média, a Igreja, à proporção que crescia em domínio e poder, estendia a sua disciplina a fatos considerados crimes de ordem a princípio meramente espiritual e depois mista, praticados por eclesiásticos ou profanos. O conjunto dessas normas, emanadas do poder pontifício, sobretudo do século XII, veio a construir o Direito Penal canônico, que teve influência na prática da justiça punitiva, principalmente por decisões eclesiásticas recebiam execução por tribunais civis e muitas daquelas normas tornaram-se obrigatórias, com a conquista do poder temporal pela Igreja, mesmo para a autoridade civil. Desde seu reconhecimento pelo Império Romano em 325 d.C a Igreja começou a exercer poderosa influência no Direito Penal. Entre a época dos direitos romano e germânico e a do direito moderno, estendeu-se o direito Canônico, ou o direito Penal da Igreja, com influência decisiva do cristianismo na legislação penal. Um dos primeiros efeitos da intervenção da Igreja em tais domínios, consistiu na humanização das penas. A máxima “*Ecclesia abhorret a sanguine*”, deu origem a instituições como o direito de asilo e as tréguas de Deus. Assimilando o Direito Romano e adaptando este às novas condições sociais, a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal embora politicamente sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos da dominação. Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciais (próprios do direito germânico). Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição. A jurisdição penal eclesiástica, entretanto, era infensa à pena de morte, entregando-se o condenado ao poder civil para a execução”. PARENTONI, Roberto. **Direito Penal e Seu Histórico**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/13-direito-penal>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

temporal ou perpétua, essas exceções às regras das prisões custódias que, em razão da nobreza e da ausência de infraestrutura das prisões comuns, ficavam custodiados em torres de castelos, fortalezas dentre outras, demonstrando a completa desigualdade na aplicação punitiva.

Anote-se ainda que no que diz respeito à idade média, as penas eram executadas aos olhos do público, em praça pública, sob os alhares atentos e sedentos pelo espetáculo cruel a que o condenado era submetido<sup>10</sup>; as execuções eram tidas como grandes eventos públicos, com farta presença popular, em que o executado, além de ser severamente castigado de forma corporal, com açoites, mutilações, enforcamento, ainda passaria ao escárnio e ao vexame público, antes de sua morte, ou castigo corporal. Nesse sentido:

Foi um período no qual se utilizaram os mais terríveis tormentos e em que não se cogitava de cuidar do ser humano de forma digna, uma vez que a própria comunidade onde o acusado estava inserido demandava por um espetáculo de horrores. A multidão se regozijava com o sofrimento, com os gritos do condenado, com a arte com que os torturadores manejavam seus instrumentos. A dor era combustível que mantinha o público ávido em assistir essas “distrações públicas”.

Se o destino do réu seria algum trágico sofrimento, como consequência lógica desse raciocínio, nunca houve uma preocupação com sua liberdade cautelar, ou seja, os acusados ficavam normalmente presos em lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados, muitas vezes, do sol e do próprio ar; enfim, as condições dos cárceres provisórios existentes na Idade Média não se distanciavam muito daquilo que conhecemos nos dias de hoje, principalmente em países em fase de desenvolvimento ou emergentes como ocorre em muitos países da América Latina, a exemplo do Brasil, da Colômbia, Bolívia, do Paraguai, da Argentina, etc.<sup>11</sup>

Outra modalidade de prisão existente na subdivisão evolutiva entendida como idade média, além da prisão custódia, propriamente dita, e prisão do Estado destinada a inimigos da corte, ou nobres fidalgos, em razão da grande influência religiosa cristã que imperava naquele momento histórico, eram as conhecidas prisões eclesiásticas, destinadas aos

<sup>10</sup> Damiens fora condenado, [a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.<sup>1</sup>

Finalmente foi esquartejado [relata a **Gazette d'Amsterdam**].<sup>2</sup> Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – História da violência nas prisões. 20ª ed, Rio de Janeiro, Vozes, 1999, p. 9.

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146-47

religiosos e aos clérigos da igreja<sup>12</sup>, com a finalidade de punição através do estudo dos textos sagrados, “isolamento” e meditação.

Em síntese, os acusados eram recolhidos em mosteiros para que através da oração, da meditação, da penitência, se arrependessem de seus atos. Anote-se pela expressão “*vade in pace*”, com a tradução literal “vá em paz”, palavras ditas aos presos eclesiásticos momentos antes de iniciarem o cumprimento da pena em masmorras subterrâneas, locais em que, jamais sairiam com vida.

Tal era a influência religiosa na idade média que as decisões de culpa poderiam ser tomadas com base em testes feitos no acusado, tais como imersão em água, ferro em brasa, fogo, de modo que se o acusado sobrevivesse estaria evidenciada a sua inocência, tendo em vista a intervenção divina na sua superação, transposição de tais provas anteriormente submetidas; não sobrevivendo, estaria evidenciado o abandono divino e a certeza da culpa.<sup>13</sup> O julgamento e a condição de culpado ou inocente estariam nas mãos de uma divindade superior, Deus, tendo em vista os dogmas e a influência cristã nessa fase evolucionária do conceito de punição.

Entretanto, apesar das graves violações humanísticas operadas com o consentimento da igreja católica, predominante à época, as prisões eclesiásticas tiveram grande influência na questão de ressocialização do acusado, em especial no que se refere à indicação de que a pena não deve servir para destruir o acusado, mas buscar seu melhoramento; ideias que na atualidade podemos entender como o início da questão de retorno a contento do acusado ao convívio social, bem como no a ideia de prisões pena não somente como meio garantidor da aplicação aflitiva ou morte.

O direito canônico contribuiu consideravelmente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do

---

<sup>12</sup> Encontramos em Roma a pena com caráter sacral, à época lendária da fundação da cidade (753 a.C.) e certamente nos consórcios gentílicos que lhes antecederam. A pena é a expiação da falta praticada contra a comunidade religiosa e meio de aplacar a ira dos Deuses. Os reis são também sacerdotes, com amplo poder de vida e morte sobre os autores do crime, estando o direito (jus) e a religião (faz) confundidos. O transgressor é considerado execrável ou maldito (sacer esto), sujeito à vingança dos deuses ou de qualquer pessoa, que poderia mata-lo impunemente. São assim punidos, entre outros fatos, a violação de leis e pessoas sagradas (leges sacrae), a fraude entre patronos e clientes, a violação de marcos divisórios etc. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – parte geral. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.32.

<sup>13</sup> A presença da igreja, nesse período, notabilizou-se pelo denominado direito ordálico (juízos de Deus), cujas sentenças tinham inspiração divina e eram invocadas diretamente pelo julgador ou pelo próprio imputado. O processo de julgamento ocorria por meio da prova da água, do fogo, da balança, do veneno, do ferro ardente, do anel quente e da sorte, que, se favorável ao imputado, era este considerado inocente, se lhe fosse desfavorável, consubstanciava na sua culpabilidade. *Ibid.*, p. 25.

delinquente. Precisamente do vocábulo “penitencia”, de estreita vinculação com o direito canônico, surgiu as palavras “penitenciário e penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológicos-morais tiveram, até o século XVIII, no direito penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

O conceito de pena medicinal (da alma) encontra-se na base das penas canônicas, nas quais a reclusão tinha com objetivo induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se graças á compreensão da gravidade de suas culpas.<sup>14</sup>

O século XVI dá início ao que se determinou de idade moderna. As penas corporais tais como açoites e mutilações, bem como a pena de morte, em razão da grave crise e dos índices de pobreza que assolava a França no início deste século, fizeram com que o Estado, preocupado com a criminalidade, iniciasse uma busca de soluções penais corretivas ao problema da delinquência, de forma a evitar as penas físicas até então impostas aos acusados. Anote-se que uma das penas mais drásticas foram aplicadas nesse século, qual seja, a pena de galera, consistente no trabalho do preso nas “galeras” dos navios, sob a ameaça de chicote a remarem indeterminadamente. Ainda, neste ponto, cumpre salientar pelos altos índices de criminalidade e a grande quantidade de enforcamento em praça públicas dos criminosos, o que acarretou o surgimento das chamadas “casas de correção”, ou *house of correction*, de origem inglesa, visando uma solução à criminalidade, sem a imposição da pena de morte; inicia-se, aqui, as primeiras acepções mais marcantes e regulamentares da pena privativa de liberdade.

Assim, é possível identificar que, no início do século XVI, as penas de morte, açoite e mutilações eram aplicadas indistintamente, visando à punição do infrator; após a metade do século XVI, iniciou na Inglaterra uma profunda mudança em razão da economia e da pobreza que se imperava e se alastrava pela Europa, fato que fez surgir as ditas casas de correção, que tinham como objetivo, mesmo que de forma tímida, a correção e reintegração do acusado em sociedade por meio da disciplina e do trabalho. Os presos em geral trabalhavam no ramo têxtil buscando sua recuperação, bem como o financiamento de sua “estadia na prisão”. Ora, além do regime de disciplina, o pagamento do período preso era feito com o trabalho do acusado, este obrigatório naquela época. A respeito das casas de correção, é importante a indicação do professor Calón, citado por Greco:

No século XVIII, a ideia reformadora adquire maior vigor e surgem estabelecimentos que alcançaram alto renome. Um deles foi o Hospital de São

---

<sup>14</sup> BITERN COURT, 2012, p 35.

Miguel, fundado em Roma, em 1704, pelo Papa Clemente XI. Era uma casa de correção de delinquentes jovens, e asilo de órfãos e anciãos inválidos. Aqueles estavam submetidos a um verdadeiro regime penitenciário, encaminhado à sua reforma moral. Durante a noite estavam isolados em suas celas, durante o dia trabalhavam em comum sob a regra do silêncio. Os reclusos apreendiam um ofício e recebiam instruções elementares e religiosas. Para a manutenção da ordem, existia um regime disciplinar consistente em fornecer pão e água, trabalho na cela, calabouço e açoites. Na instância onde os jovens trabalhavam, havia a célebre inscrição: *Parum est caecere improbos poenansi probos efficias disciplina*. Esta instituição, diz Howard Wines, é o limite que divide duas civilizações, duas épocas históricas. Seu êxito foi considerável, pois serviu de modelo à um grande número de prisões, fundadas especialmente na Itália, durante o mesmo século.<sup>15</sup>

Com o passar do tempo, mais especificamente no final do século XVIII, início do século XIX, atrelados pelos ideais iluministas<sup>16</sup>, bem como sob a influência dos pensadores clássicos que defendiam um sistema prisional proporcional, adequado, com o mínimo de salubridade e que proporcionassem ao menos uma expectativa ao condenado de retorno ao convívio social, aliados à ideia humanitária de direitos humanos, surgiram uma série de sistemas penitenciários, já na idade moderna, visando à punição do acusado, uns com o intuito ressocializador, outros, apenas punitivo, ausentes de quaisquer características concretas ressocializadoras.

Dentre os principais sistemas da época se destacam os sistemas *pensilvânico*, sistema *auburniano*; sistema progressivo inglês; sistema de Elmira e sistema de *borsal*, cada um com suas peculiaridades e características próprias.

O sistema penitenciário *Pensilvânico*, celular ou da *Filadelfia*, consistia basicamente no isolamento total do preso (regime celular), cujo condenado era posto numa cela isolado, sem a possibilidade de trabalho ou de receber visitas, com exceções dos responsáveis pelo “presídio”, baseando o arrependimento pelo cometimento do delito pela leitura de textos sagrados, a Bíblia; evidente ainda a profunda influência religiosa em tal sistema.

Por outro lado, a grande crítica ao sistema celular Pensilvânico se resumia na evidente impossibilidade e inviabilidade de reintegração social do condenado, tendo em vista

---

<sup>15</sup> GRECO, 2011, p. 151.

<sup>16</sup> O período humanitário surgiu com a Revolução Francesa no século XVIII, denominado século das luzes, cujos ideais estavam voltados à razão e à humanidade. [...] Os reformistas que defendiam os ideais da liberdade, igualdade e justiça, bem como a humanização das penas foram, Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), John Howard e Jeremias Bentham, dentre outros. Foi Paulo Feuerbach, entre os reformistas, que sustentou o princípio da legalidade através da famosa expressão latina: *nullum crimen nula poena sine lege*. SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.31.

a inexistência de progressividade, o total isolamento e a ausência de contato externo ou interno com qualquer pessoa de sua família ou outros. Ademais, é da essência do ser humano o convívio social, mesmo que mínimo; o eterno ou temporal confinamento tende apenas a trazer mais tormento psicológico ao condenado, inviabilizando ainda mais seu eventual retorno social. Não há como se cogitar uma convivência social ante o isolamento por grande período de tempo.

É válido ressaltar ainda que o Congresso Penitenciário de Praga de 1930 bem como as Regras mínimas de Genebra, recomendam o isolamento celular no período noturno, não podendo as celas estar ocupada por mais de um detento, desde que tal isolamento não afronte os preceitos mínimos da dignidade do ser humano.

Já o sistema *Auburniano*, uma espécie de evolução, mesmo que de forma contida, do sistema *pensilvânico*, conhecido dessa forma em razão da cidade de *Auburn*, Estado de Nova York, local onde foi construído, em 1808, a penitenciária que aplicava tal sistema, sob a gerência de *Elan Lyns*, diretor da prisão a partir do ano de 1820. Tal modelo penitenciário tinha como características basilares a possibilidade de trabalho individual ou em grupo, ausente a possibilidade de visitas ou mesmo qualquer modalidade de exercícios físicos ou esportes.

Caracterizava-se pelo rigoroso silêncio que deveria se imperar no ambiente carcerário, quer durante o recolhimento noturno, quer durante o trabalho ou mesmo durante as refeições; a conversa era autorizada tão somente com os funcionários do estabelecimento carcerário, com prévia autorização e em voz baixa. Anote-se ainda que o diretor do referido estabelecimento, *Elan Lyns*, buscava a obediência do preso, não se preocupando de nenhuma forma com eventual ressocialização ou arrependimento do recluso; por vezes a busca pela total obediência do recluso se dava pela imposição de castigos físicos. Segundo *Elan Lyns*, citado por Bitencourt, entendia que “o castigo do chicote é o mais eficaz e ao mesmo tempo o mais humano que existe; não é prejudicial à saúde e educa para uma vida espartana”.<sup>17</sup>

Com o passar do tempo e a evolução do pensamento penitenciário, já no século XIX, a pena privativa de liberdade tem seu grande momento construtivo, surgindo os sistemas progressivos de cumprimento de pena. Primeiro que se denominou de sistema progressivo Inglês, com surgimento aproximado no início do século XIX, desenvolvido pelo senhor *Alexander Maconochie*, capitão da marinha real, diretor do presídio do Condado de *Narwich*,

---

<sup>17</sup> BITERN COURT, 2012, p. 93.

ilha de *Norfolk*, Austrália; sua ideia se resumia num sistema progressivo em três etapas. Num primeiro momento, cada preso era “marcado” (*Mark System*), com base no trabalho e na conduta do condenado, bem como na gravidade de seus delitos. Assim, quando o acusado alcançasse determinada quantidade de “marcas” (espécies de pontos pelo bom comportamento e pelo trabalho), poderia progredir seu regime de cumprimento de pena para um regime menos gravoso. Ao contrário do que ocorre no Brasil atual em que progressão, em regra, está atrelada a circunstâncias objetivas, cumprimento de determinada quantidade de pena, tais como 1/6 para crimes comuns, 2/5 para crimes hediondos ou equiparados, e circunstâncias subjetivas, tais como bom comportamento e exame criminológico, naquele sistema e naquele momento social, não se tinha o cumprimento de pena privativa de liberdade como condição ou exigência para a progressão, estando atrelado ao trabalho e o bom comportamento.

O sistema prisional progressivo inglês caracterizava, portanto, em três estágios de cumprimento de pena, isolamento prisional; trabalho em grupo e isolamento noturno, imperando-se ainda a lei do silêncio, e, como último estágio, eventual livramento condicional. Anote-se pela influência do sistema pensilvânico no que concerne ao primeiro estágio e a influência do sistema auburniano no segundo estágio relacionado ao silêncio e recolhimento noturno.

Já o sistema progressivo Irlandês, cópia do sistema Inglês, se diferenciava tão somente no aspecto de incluir antes de eventual livramento condicional, uma espécie de “prisão intermediária” a ser cumprida em penitenciária industrial e, ou agrícola, em que o condenado permanecia solto durante o período diurno, como um cidadão comum, e se recolhia ao estabelecimento prisional no período noturno; atente-se pela semelhança de tal estágio ao regime semiaberto de cumprimento de pena no Brasil atual.

O sistema denominado Elmira, denominação em razão do reformatório de Elmira, no Estado de Nova York, por volta do ano de 1869, se destinava aos presos especiais que tinham a idade entre dezesseis e trinta anos, se assemelhando ao sistema irlandês. Entre suas principais características, além das indicadas no sistema acima, é de se ressaltar a fixação média do tempo de prisão do condenado, ou seja, uma espécie de tempo mínimo e máximo de internação. Ainda neste ponto cumpre ressaltar o regime militar que se imperava, bem como a implantação correta no ano de 1876 de programas e/ou atividades de esporte e lazer do condenado, visando uma integração social; já se imperava o entendimento do retorno do condenado à convivência social e sua eventual ressocialização.

Por fim, entre os principais sistemas penitenciários, temos o sistema de Montesinos, talvez um dos mais humanizados e atrelados aos preceitos da dignidade da pessoa humana e respeito ao cidadão. Tal denominação se deu em razão do diretor do presídio Coronel *Manuel Montesino y Molina*, diretor do Presídio de San Agustín entre os anos de 1835 a 1854, foi combatente ativo em várias guerras, entre elas, a da independência.

Dentre as principais características de tal sistema penitenciário, de grande respeito ao ser humano e ao seu eventual retorno ao convívio social, se verificam a total eliminação dos castigos corporais visando à obediência do preso; trabalho remunerado, proibição do regime celular de total ausência de contato com outros detentos, saídas temporárias, espécie de liberdade condicional, corresponsabilidade do preso pela própria segurança e do estabelecimento carcerário o que possibilitava ausência de cadeados internos. Ressalta-se pela grande crítica ao tal sistema em razão da visão Estatal da época que detinha uma visão contrária a ressocialização do preso, o que acarretou a falência desse sistema, em 1854 o diretor se afastou do cargo.

Montesinos foi um visionário e um apaixonado pela causa carcerária. Acreditava como ninguém na recuperação do homem. Na porta de seu presídio fez constar a seguinte frase: “aqui entra o homem; o delito fica na porta”.

Com essa frase, queria deixar claro que o delito praticado pelo homem que estava ingressando naquela penitenciária havia ficado para trás, ou seja, agora era um novo tempo, com novas esperanças de um futuro melhor, em que a dignidade do ser humano seria restaurada. Mesmo cumprindo sua pena, mesmo pagando pelo erro cometido, o homem deveria ter esperança no futuro, algo que o motivasse a ficar naquele lugar, separado dos demais membros da sociedade”<sup>18</sup>

Anote-se ainda pelo sistema Borsal, implantado na Inglaterra em meados do ano de 1902 que abrigava jovens de 16 a 21 anos de idade, que tratava tão somente de uma espécie de sistema aberto de cumprimento de pena.

Pela análise apontada de forma direta sobre os principais aspectos dos sistemas penitenciários é clara a evolução na medida em que os ideais iluministas e humanitários foram se encorpando com o decorrer do tempo, até o atual sistema Brasileiro de punição e ressocialização integral do preso, de forma progressiva e com auxílio pós regime reclusivo, aspectos esses que serão tratados no momento oportuno, cumprindo adiantar tão-somente a excelência material e o desmazelo Estatal no que se refere a questão carcerária Brasileira.

---

<sup>18</sup> GRECO, 2011, p.179.

## 1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA NO BRASIL

No Brasil<sup>19</sup>, seguindo a sistemática evolucionária da pena de prisão e a implicação, num primeiro momento, de sofrimento e dor como forma de punição até o atual estágio Constitucional-Garantista, verificamos, de início, a imposição de penas de caráter aflitivo, banimento, cruéis e de morte, para tão somente com a evolução social humanística, influenciada pelos novos defensores da questão humanitária ressocializadora penal a efetiva aplicação dos postulados da proporcionalidade e a defesa humanitária daquele que cumpre pena, margeado pela sistemática ressocializadora – punitiva na aplicação penal.

Na fase de 1500 a 1530 aplicavam-se os costumes indígenas das tribos aqui existentes. No período da descoberta do Brasil vigoravam, em Portugal, as Ordenações Afonsinas, aprovadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V. Em seu livro V, estabeleciam os crimes e o processo penal. Essas Ordenações foram, em seguida, substituídas pelas ordenações Manuelinas, aprovadas em 1521, por D. Manuel I, e alteradas pela compilação de Duarte Nunes de Leão em 1569, sob o reinado de D. Sebastião. Advieram, em seguida, as Ordenações Filipinas em 1603, promulgadas por Felipe II, contendo, em seu livro V, os crimes e os procedimentos penais<sup>20</sup>.

No período denominado Brasil Colonial, imperava, em razão da grande influência de Portugal, as Ordenações Afonsinas que, pela total ausência de preceitos humanitários e ressocializadores, previa, dentre outras, penas de morte e aflitivas, tais como mutilações e açoites. Fácil compreensão e verificação da desumanização das penas numa simples análise do Título V das Ordenações Afonsinas, que previa a pena de amputação das mãos e pés para aqueles que cometesse o delito de moeda falsa; nítido a incidência de penas de caráter

---

<sup>19</sup> À época da descoberta estavam em vigor as Ordenações Afonsinas e, logo em seguida, as Manuelinas. Todavia, a situação da colônia, com o sistema das Capitanias, tornava nula a possibilidade de aplicação desse direito, pela ausência de poder público juridicamente limitado e de um mínimo de organização repressiva. A partir dos governos gerais é que se pode dizer que tenha começado a ser aplicada no Brasil a legislação do reino. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70.

<sup>20</sup> SIRVINSKAS, 2003, p. 38

corporal de sofrimento, servindo a pena de prisão, naquele momento somente para a garantia da execução da pena afiliva.<sup>21</sup>

As Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas penas das Ordenações Manuelinas que, no cômputo geral, nada inovaram no que se refere às penas afilivas e de morte, bem como no cômputo evolucionário do sistema carcerário ou da pena privativa de liberdade. Posteriormente houve uma revisão das Ordenações Manuelinas com a promulgação das Ordenações Filipinas que, na mesma sistemática, em seu Livro V que tratavam das penas, previam penas cruéis, injustas, afilivas, mantendo-se a pena de morte, além de se verificar uma latente desigualdade das penas em razão da classe social em que o acusado estaria enquadrado.

A título de exemplo da desproporcionalidade da pena e a manutenção da pena de morte, podemos identificar o Título XIV, das Ordenações Filipinas que previa a pena de morte em razão de atos de infidelidade, e, no caso de infidelidade forçada, a pena de morte seria dirigida apenas aquele que forçou o ato de infidelidade.

Ainda no aspecto da ausência de proporcionalidade e mínima interferência estatal durante a vigência das ordenações Filipinas, podemos citar a punição carnal, com açoites ao homem que se vestisse de mulher e a mulher que ousasse trajar-se com roupas masculinas, no Título XXXIV, da referida ordenação: “do homem, que se vestir em trajos de mulher, ou mulher em trajos de homem, e dos que trazem mascaras [...] quem o contrário de cada huma das ditas cousas fizer, se for peão, seja açoutado publicamente”<sup>22</sup>

Em 1824, com a promulgação da nova Ordem Constitucional, se verificaram grandes mudanças no cenário nacional no que diz respeito à previsão da pena (princípio da legalidade) e a garantia de cumprimento da pena privativa de liberdade em locais com o mínimo de higiene; é o que pode ser observado no Capítulo 8, artigo 179, da Constituição Federal de 1824, ao prever o princípio da legalidade, irretroatividade da lei, fiança, igualdade de tratamento, individualização da pena e separação dos réus no estabelecimento prisional.

---

<sup>21</sup> Ordenações Afonsinas, Titulo V Dos que fazem moéda falsa: El Rey Dom Affonso o Quarto de muito louvada memoria em teu tempo fez Ley em esta forma, que fefegue.

1 Se o noffo Moedeiro, ou outro moeda falfa fizerem, e defto forem vencidos, talhem-lhe os pees e as maaõs, e percam quanto ouverem; e eftomeedmoefabelleemos nos ourivizes, que fe trabalham de falfarho ouro, e a prata, mefturando-lhealguá outra cosia, ou d’outra guifa. BRASIL. Ordenações afonsinas. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso: 20 out. 2014.

<sup>22</sup> Ordenações Filipinas, Titulo XXXIV.

Nítida a preocupação Constitucional e o início de uma influência humanitária de respeito ao cidadão.<sup>23</sup> Anote-se a importante evolução com a abolição das penas de açoite, de marca com ferro em brasa e penas cruéis, conforme se verifica no inciso XIX, do artigo 179, da Constituição de 1824.

O Código Penal do Império de 1830, regulamentando os ditames Constitucionais fixados em 1824, repetiram de forma correta questões relacionadas ao princípio da legalidade, já em seu artigo primeiro. Entretanto, não previa um sistema progressivo de cumprimento de pena, admitindo a pena de morte que seria executada pela força, nos termos do artigo 38 do referido dispositivo legal, pena de galés, prisão com trabalho, prisão simples a ser cumprida em prisões públicas, penas de banimento, nos termos do artigo 50, além da pena de multa.

Ponto curioso no que se refere a pena de morte pela força é a impossibilidade de sua execução na véspera de domingos, feriados ou dias Santo e, repetindo-se o que ocorria na antiguidade, como forma de “diversão” à população, aquele que seria morto pela força deveria caminhar pelas ruas da cidade, com o propósito de aumentar sua humilhação pública, digna de uma atração circense.

---

<sup>23</sup> Constituição Federal de 1824. Título 8º. Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeitoretroactivo. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica. XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes. **BRASIL. Constituição política do império do Brazil de 1824.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 22 ago. 2014.

Apesar da rigidez das penas e da manutenção da pena de morte, o Código Criminal do Império de 1830 foi consideravelmente influenciado pelos ideais iluministas e pelo estudioso e defensor da humanização Jeremy Bentham.

Bentham presenciou, no interior da prisão, uma subcultura carcerária, ou seja, o predomínio do mais forte sobre o mais fraco. Elaborou, além disso, o projeto arquitetônico de uma penitenciária modelo para a fiscalização dos presos pelo magistrado. Esse projeto era constituído por dois edifícios adjacentes de onde se teria uma visão dos presos sem que estes percebessem que estavam sendo observados. Denominou-se panótico, que significa em uma só palavra a sua utilidade essencial, que é a faculdade de ver num olhar tudo o que nele se faz.<sup>24</sup>

Em 1890, após a proclamação da república, foi promulgado pelo decreto 774/1890 a nova sistemática penal Brasileira que, dentre outras inovações, aboliu a pena de galés, previu a prisão celular do indivíduo, prisão com trabalho obrigatório, prisão domiciliar, além de importante inovação no que se refere ao tempo máximo de prisão, estipulado em 30 anos. A Constituição Federal de 1937, de forma temerária, voltou a prever a pena de morte.

Em 1940 foi promulgado o atual sistema penal Brasileiro (Código Penal de 1940) que, dentre outros, previu penas de reclusão e detenção (privativas de liberdade), penas restritivas de direitos, penas de multa, abolindo por completo penas de caráter aflictivas e vexatórias.

Em 1984, a lei 7.210, Lei de Execuções Penais<sup>25</sup>, regulamentou e trouxe um sistema executório penal progressivo, disciplinando questões relacionadas ao convívio do preso com seus parentes, progressivo e paulatino retorno ao convívio social, questões religiosas e administrativas relacionadas ao cumprimento de pena no Brasil.

Em 1988, a Constituição Federal, por sua vez, proibiu já em seu artigo 5º, rol exemplificativos de direitos fundamentais, a pena de morte, perpetua e de trabalhos forçados, indicando ainda o respeito a dignidade do infrator durante a execução e o cumprimento de pena, visando, além do respeito a condição do ser humano, minimizar os estigmas carcerários e aumentar os índices de ressocialização e retorno ao convívio social.

Dessa forma, podemos verificar um panorama evolutivo da pena no Brasil até o atual estágio em que materialmente se tem um sistema completo e complexo de punição e

---

<sup>24</sup> SIRVINSKAS, 2003, p.35.

<sup>25</sup> Art. 1º da Lei de Execução Penal: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. BRASIL. **Lei de execução penal**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 10 out. 2013.

reintegração social, entretanto, ao analisarmos o plano prático, verifica-se um total esquecimento/omissão Estatal no que se refere ao infrator e ao cumprimento da pena, quer privativa de liberdade em regime fechado, semiaberto e aberto, quer no que diz respeito a pena restritiva de direitos.

### 1.3 APONTAMENTOS HUMANISTAS DA PENA NO CONTEXTO MUNDIAL: O INÍCIO DA GARANTIA CIDADÃ

A evolução da pena de prisão e o sistema humanitário das penas teve influência de vários autores, cada um a seu tempo e ao seu modo de pensar e refletir sobre a problemática penal, e a necessidade da utilização da punição, última forma, maneira de controle social. Os principais idealizadores/estudiosos de um sistema punitivo que garantisse ao acusado um mínimo de dignidade e ao mesmo tempo o punisse pelo mal causado passa, necessariamente, pelos estimados Estudiosos *Beccaria; Howard e Benthan*, cada um com sua peculiaridade e forma de entender do direito de punir em razão da pratica de uma infração penal. Desse modo, não se justificaria um estudo relacionado à dignidade do infrator, seus aspectos principais sem ao menos mencionar e trazer ao conhecimento do leitor as principais ideias desses pensadores vanguardistas na defesa da punição de forma proporcional, e na evolução do concito de política penitenciária trazida por suas obras; grandes ideias revolucionárias pelo tempo em que foram escritas.

Um dos grandes pensadores humanistas, indivíduo da alta sociedade que gozava de regalias e foi um dos primeiros responsáveis pela evolução do conceito da pena de prisão e “iniciou” o estudo da humanização das penas, senhor *Cesare Bonesana*, o Marquês de Beccaria, nascido em Milão, na Itália, em 1738, falecido no dia 28 de novembro do ano de 1794.

Trata-se de pessoa de família nobre, que teve a oportunidade de estudar em colégios renomados na França, ciente das atrocidades relacionadas ao sistema monárquico de punição, com penas corporais de castigos físicos, além da tão estigmatizada pena de morte e da evidente desigualdade social, passou a discutir, com um grupo de amigos, questões

relacionadas a pena, tanto em que 1764 lançou a primeira edição de seu livro “Dos delitos e das Penas”. Entretanto, temeroso com seus ideais iluministas/humanitários, a primeira edição não constou seu nome, propositalmente. Dado o sucesso de sua visão humanitária, logo passou a receber críticas de suas ideias, principalmente pelo seu grupo de estudo que entendia que tais afirmações e defesas eram nada mais do que as discussões travadas em debates com amigos, não necessariamente ideias nascidas única e exclusivamente em suas divagações humanísticas.

A respeito das críticas e aceitação dos estudos de *Beccária*, temos:

O livro de *Beccária*, da mesma forma que teve grande acolhida, também foi objeto de duras refutações e censura, entre a quais podemos mencionar as realizadas por Fachieri, que, em 1766, escreveu *Notas e Observações sobre um livro intitulado dos delitos das penas*, ao qual imputa ao anônimo autor 23 acusações de impiedade e 7 de sedição, por opor-se às máximas das escrituras. Impiedade por acusar de cruel a igreja católica, e sedição por tratar de cruéis a todos os Príncipes e soberanos do século. Também Mouyart de Vouglans publica Refutações ao tratado dos delitos e das penas, em que sustenta que a proposto de Beccaria lhe parece irrealizáveis, inimigas do sentido comum, da tranquilidade publica do Estado e da Religião.<sup>26</sup>

Entre as principais ideias e ideais defendidos pelo escritor, estão, mesmo que de forma implícita, o principio da legalidade, tendo em vista sua posição de que somente a lei poderia fixar penas em razão da prática de eventual delito. E mais, previa ideias de proporcionalidade<sup>27</sup> na aplicação da pena e uma profunda mudança de paradigma no que se refere a sua humanização; *Beccaria* tinha uma visão utilitarista da pena que deveria ser aplicada sem demora, bem como entendia pela necessidade, dentro da visão humanitária de locais com o mínimo de salubridade e alimentação, além da separação de presos provisórios e definitivos. No que se refere à proporcionalidade da pena, *Beccaria* em sua obra ainda indicou:

Para que uma pena realize o seu fim basta que o seu mal ultrapasse o que o bem nascido do crime produziu. Tudo o mais é supérfluo e, portanto, tirânico. Regem-se os homens pela reiterada ação dos males que conhecem e não pela que ignoram. Se supuzemos duas nações, numa das quais a escala das penas seja proporcional à

<sup>26</sup> MORENO CASTILHO, Maria Assuncion. **Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la evolucion del aparato punitivo**: Historia de la prision, ano, p. 93-94 (ct,grecco p.154).

<sup>27</sup> Uma coisa é certa (na visão de Beccaria): se uma pena é igual destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontraram um estorvo muito forte para cometer o crime maior, que lhe proporciona maior vantagem. Outra sinalização importante: os fatos que não chegam a ter relevância para as escalas penais devem ficar fora do direito penal. BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flavio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal**: civilização ou Barbárie. São Paulo: Saraiva, ano, p. 105.

escala dos crimes, em que a pena mais grave seja a escravidão perpetua e, na outra, a roda – afirmo que a primeira nação terá tanto receio de sua pena mais grave quanto a segunda, e, se há alguma razão para se transferir à primeira as penas mais graves da segunda, a mesma razão serviria para aumentar as penas destas, passando insensivelmente das torturas mais lentas e mais estudadas, até os derradeiros requintes da ciência bastante conhecida dos tiranos.<sup>28</sup>

Por fim, é importante ressaltar que apesar de sua visão humanista, Beccaria não tinha a idealização contrária a pena de morte, pois conforme ele próprio asseverou: “A pena de morte. Esta inútil prodigalidade dos suplícios, que jamais melhorou os homens, levou-me ao exame de ser a pena de morte verdadeiramente útil e justa num governo bem organizado”.<sup>29</sup> Estes as principais visões humanísticas do presente autor.

No mesmo período histórico, outro dos principais pensadores humanistas aqui estudados e que de fato influenciou e influencia o atual entendimento da pena humanitária de prisão, senhor *John Howard*<sup>30</sup>, inglês, nascido em 1726 em Clapton, nos arredores de Londres, que teve a infelicidade de perder sua mãe logo após seu nascimento, e seu pai aos dezesseis anos de idade. Seu pai, que era comerciante, lhe deixou uma considerável quantia em dinheiro; *Howard* se casou duas vezes, e quando da morte de sua primeira esposa, pessoa a quem detinha muita estima por ter lhe cuidado quando acometido de grave doença, viajou para Lisboa em meados de 1755 para conhecer de perto os danos causados em razão do terremoto que assolou aquela cidade, neste momento, começou a se interessar e entender a condições desumanas da pena de prisão.

Com convicções evangélicas em razão de sua formação religiosa, em 1773, com 45 (quarenta e cinco) anos de idade, foi nomeado *Sheriff* do condado de *Bidford*, oportunidade em que conheceu de perto todo o sistema carcerário miserável de sua época e o total desrespeito ao ser humano; faleceu em 1790, entretanto, deixou um grande legado referente a políticas criminais e humanização dos presídios.

Dentre seus principais ideais humanísticos podemos citar a responsabilidade do Estado pelo pagamento dos agentes carcerários, não podendo se admitir que o próprio preso fosse obrigado a tal ônus; mínima higienização, alimentação e salubridade do cárcere e a conseqüente diminuição de doenças e pragas que assolavam o interior dos presídios e a divisão entre presos provisórios e presos já condenados.

---

<sup>28</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Jurídica Gaetano Di benedetto Ltda, 1996, p. 44.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>30</sup> BITENCOURT, 2012, p. 58.

Por sua influência religiosa evangélica pregava a disciplina do preso pela educação moral e religiosa mediante o isolamento celular mais brando e a reflexão; defendeu a visita periódica de magistrados aos detentos como forma de melhor esclarecimento. A respeito da visão de *Howart*, citado por Greco, temos:

Em *Belford* [...], nem o prefeito nem os carcereiros cobravam soldos do Estado, senão que viviam de certas quotas impostas aos presos, de maneira que nenhum deles podia sair da prisão, ainda que houvesse cumprido a sua condenação, ou sido absolvido, enquanto não abonasse 75rs ao prefeito e 10 ao carcereiro. Alguns infelizes permaneciam anos inteiros detidos pro não poder pagar esses tributos.

Essa imposição de pagamento feita ao preso pelo carcereiro fazia com que muitas injustiças fossem praticadas. Por isso Howard propôs que os carcereiros deveriam ser pagos pelo próprio Estado, ou seja, pela própria administração pública, e não pelos presos.

Howard foi um obstinado pelo problema carcerário. Além de conhecer e trabalhar para a melhora das prisões da Inglaterra e em Gales, também empreendeu viagens para outros países, a exemplo de Portugal, Espanha, França, Alemanha...procurando conhecer e comparar os sistemas prisionais.<sup>31</sup>

Por fim, mas não menos importante, a visão humanista do escritor e defensor da humanização do sistema penitenciário e da pena temos *Jeremy Benthan*, que com seus ideais teve grande influência no sistema penitenciário. Temos uma visão estritamente cruel do sistema penitenciário e da pena privativa de liberdade, servindo esta, como visto, num primeiro momento, como mera situação transitória/cautelar, para a aplicação da efetiva pena que seria imposta, em sua grande maioria, penas de caráter corporal e aflitivas, que causavam grande sofrimento ao condenado. Toda essa situação prestava tão-somente para que o sistema de punição se transformasse num grande celeiro humano a espera da pena corporal aflitiva imposta e a mingua de qualquer salubridade ou condição mínima de dignidade do ser humano.

No decorrer do século XVIII começa uma visão humanitária da questão penitenciária, em especial pela visão Iluminista que procurava e lutava pelos ideais humanitários e uma gradativa diminuição das penas cruéis; postulados estes defendidos por *Benthan*, filósofo inglês, nascido em Londres em 1748, falecido em 1832, que defendia uma obediência ao Estado como forma de Felicidade Geral. Entre suas principais contribuições e estudo se sobrepôs o desenvolvimento arquitetônico de um presídio denominado de *Panótico*, local cujo todas as celas poderiam ser observadas e vigiadas de um único ponto. A respeito de

---

<sup>31</sup> GRECO, 2011, p. 165-166.

tal visão arquitetônica, Foucault ainda se manifestou em seu clássico *Vigiar e Punir*, descrevendo os detalhes de tal modelo de penitenciária arquitetônico<sup>32</sup>:

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado.

Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções — trancar, privar de luz e esconder — só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha. O que permite em primeiro lugar — como efeito negativo — evitar aquelas massas compactas, fervilhantes, pululantes, que eram encontradas nos locais de encarceramento, os pintados por Goya ou descritos por Howard. Cada um, em seu lugar, está bem trancado em sua cela de onde é visto de frente pelo vigia; mas os muros laterais impedem que entre em contato com seus companheiros. É visto, mas não vê; objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação. A disposição de seu quarto, em frente da torre central, lhe impõe uma visibilidade axial; mas as divisões do anel, essas celas bem separadas, implicam uma invisibilidade lateral. E esta é a garantia da ordem.

Numa condensação de ideias podemos identificar que os grandes pensadores, influenciadores da humanização da pena, previam e comungavam de um ideal similar, qual seja, o sistema penitenciário punitivo que, ao mesmo tempo em que infligia uma punição de caráter privativo de liberdade ao condenado, buscava com que esse condenado tivesse ao menos sua dignidade como ser humano respeitada, em condições mínimas de sobrevivência, quer mediante a salubridade do local em que cumpririam a pena, quer submetendo-o a penas de caráter aflitivo, possibilitando um contato, mesmo que mínimo, com o mundo exterior e com os responsáveis estatais pela sua punição, visando sempre o respeito ao ser humano e a proporcionalidade entre o mal causado e o mal que lhe deveria ser imposto.

Não se defendiam os ideais ou uma visão abolicionista da pena por parte do Estado, mas sim uma forma digna de respeito ao cidadão e seus direitos quando do cumprimento da pena imposta, amparada em ideais de punição proporcional. Além disso, o

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petropolis: Vozes, 1999, p. 214.

local e a observância de infraestrutura digna ao cidadão eram questões rotineiramente tratadas em suas discussões.

É, de fato, neste momento histórico que os direitos inerentes ao cidadão infrator da norma penal começavam a tomar contornos de maior proteção e proporção quando do cumprimento da pena e o respeito à condição humana dentro do sistema carcerário da época, tendo em vista a defesa por meios proporcionais na aplicação de pena, bem como os estudos atrelados a garantia de salubridade, alimentação, contato com o mundo exterior, defendida quando do cumprimento de pena. É nessa visão de garantia legal mínima que os direitos do cidadão começaram a ser reconhecidos, mesmo que ainda de forma rudimentar e contrária ao pensamento social da época.<sup>33</sup>

#### 1.4 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, em razão de seu dinamismo e sua constante modificação no plano legal e no aspecto de suprir uma necessidade de garantia mínima de respeito e proteção da sociedade foram surgindo e defendidos de forma desregular em cada país, e em cada continente a depender de sua forma de governo, nível de participação social nas decisões e seu nível evolucionário de proteção e concreção dos direitos e garantias fundamentais.

Apesar dessa ausência de homogeneidade na afirmação e no surgimento dos direitos fundamentais é válido, neste ponto, trazer alguns documentos/tratados, convenções e Constituições dos mais diversos países que contribuíram e são vistos como o marco histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais. Para tanto, nada mais justo do que tomarmos como linha de estudo as acepções históricas indicadas pelo professor Fábio Konder

---

<sup>33</sup> O sistema punitivo novo que rompeu o contexto histórico de punitivismo exagerado (bárbaro) foi o desenhado por *Beccaria* em 1764, que repercutiu imediatamente em vários países, assim como nas constituições e tratados internacionais; com base na doutrina política de *Beccaria* nasceu o direito penal liberal (Feuerbach, Carrara, Pagano, etc), com a mesma preocupação de impor limites ao poder punitivo. Negar o sistema garantista de *Beccaria* significa suprimir o Estado de Direito Constitucional que dele derivou. GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

Comparato, bem como tecer considerações peculiares sobre alguns dos principais documentos internacionais de concreção e proteção dos direitos fundamentais.

Talvez o primeiro documento de caráter histórico de afirmação de direitos fundamentais criado/elaborado pelo Soberano, Rei João Sem Terra, em razão da pressão exercida pelos “barões do reino” e como forma de acalmar a fúria deles, advinda do aumento dos impostos visando à aquisição de armamento bélico, foi a assinatura da Magna Carta de 1215, mais precisamente em 15 de junho do referido ano, tratando-se de uma declaração solene de reconhecimento de direitos civis.<sup>34</sup>

Entre as principais regras estabelecidas com nítida forma de proteção aos direitos humanos podemos elencar as cláusulas 17 e 40 que indicam o interesse público da justiça, além de questões penais (cláusulas 20/21), que indicam já uma visão proporcional das penas e a tendência a aplicação de penas de caráter diverso das penas corporais.

A respeito do tema podemos trazer as lições do professor Comparato:

Assim, se a Magna Carta contribuiu, num primeiro momento, para reforçar o regime feudal, ela já trazia em si o germe de sua definitiva destruição, a longo prazo. O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Ai está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivo dos governantes. Se no início do século XII, os governados ainda não constituíam uma unidade homogênea – o povo da teoria democrática – eles tendiam a sê-lo, por força do movimento histórico lembrado acima. Aliás, a declaração final da primeira cláusula, segundo o qual o rei e seus descendentes garantiriam para sempre, a todos os homens livre do reino, as liberdades a seguir enumeradas, representou o primeiro passo para a superação oficial das divisões estamentais, pois o que conta doravante é, antes de tudo, o *status libertatis*, independentemente de qualquer outra condição pessoal.<sup>35</sup>

Além disso, é importante frisar pelo que dispunha a cláusula 39 que nitidamente traz elementos relacionados ao devido processo legal, além dos preceitos de celeridade

---

<sup>34</sup> Magna Carta de 1215: Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país. INGLATERRA. **Magna carta de 1215**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>35</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

processual contido na cláusula 40, ao dispor que “*o direito de qualquer pessoa de obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado*”.

Interessante colacionar ainda a lei de *Habeas Corpus* de 1679, da Inglaterra, que, apesar de já previsto referido remédio garantidor da liberdade na legislação inglesa, em razão da ausência procedimental naquela antiga previsão, foi promulgado pelo rei da Inglaterra uma forma procedimental de garantir uma maior celeridade no cumprimento dos *habeas corpus*, visando garantir de forma efetiva a liberdade de locomoção.

Na mesma linha de documentos e textos internacionais clássicos de proteção e concreção dos direitos fundamentais, não se pode deixar de mencionar a Declaração de Direitos da Inglaterra de 1689 (*Bill of Rights*), promulgada um ano antes da conhecida e histórica Revolução Francesa, tendo entre suas principais características o fim do regime monárquico absoluto, em que o poder emanava e era exercido pelo rei.

Entre as principais acepções estava a separação dos poderes defendida por Montesquieu e a liberdade de eleição dos membros do Parlamento. A título de curiosidade, a promulgação de tal declaração foi a condição para que o rei “*Orange*” tomasse posse do trono da Inglaterra, após ter sido declarado vago.

Já em 1776 temos a Declaração da Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, sendo considerado como o primeiro documento que afirmou os princípios democráticos na história da política moderna e com nítida tendência humanística. Previa a existência de direitos inerentes aos ser humano, desprezando qualquer circunstância relacionada à origem, seu grau de instrução, sua classe social, sexo ou cor; o que importava era a condição e o respeito ao homem e ao cidadão.

A importância histórica da declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça religião, cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade democrática, com o respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a revolução Francesa, em 1789. Até então, a soberania pertencia legitimamente aos monarcas, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> COMPARATO, 2013, p. 120.

Posteriormente, na França, em 1789, foi promulgada, em razão das grandes manifestações e lutas sociais por igualdade e uma melhor condição de vida, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa – Declaração de Direito do Homem e do Cidadão – com pressupostos basilares relacionados à liberdade e a igualdade, prevendo ainda, logo em seu artigo 9º, a presunção de inocência e a liberdade religiosa.<sup>37</sup> Nítida a visão humanística de proteção e concreção do ser humano pela análise literal basilar somente do preâmbulo do referido texto histórico.

Na França, em 1848, foi promulgada uma nova Constituição, e no aspecto criminal trouxe grande avanço humanístico, em especial no que se refere a abolição da pena de morte, logo em seu artigo 5º, bem como a abolição da escravidão, mantendo e seguindo uma linha humanística punitiva que começava a tomar forma e se incorporar na visão dos estudiosos do tema, conforme já mencionado em tópicos anteriores.<sup>38</sup>

Ainda no século XIX temos a Convenção de Genebra de 1864, considerado o primeiro documento de proteção aos direitos humanos de caráter internacional, tendo como finalidade primordial buscar uma solução aos efeitos do pós-guerra, quer no aspecto social de auxílio da população afetada pelos impactos da guerra, quer no aspecto humanitário aos soldados vitimados e feridos pelos combates; a convenção de Genebra sobre a escravatura de 1926, também considerada marco e documento de importância histórica, visava proteger o ser humano da barbaria relacionada ao tráfico de pessoas.

Em 1948, talvez o mais importante documento internacional de proteção aos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a verificação da proteção de direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão, ao prever a proteção e concreção do direito a vida, a liberdade, prevendo direitos sociais tais como o trabalho, o emprego, proteção contra o desemprego, à educação, trazendo ainda uma profunda mudança

---

<sup>37</sup> Preambulo da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789: Os representantes do povo Frances, constituídos em assembleia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrá-lhes sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na Felicidade de todos – Em consequência, a Assembleia nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão. COMPARATO, 2013, p.170.

<sup>38</sup> Art. 5º e 6º da Constituição Francesa de 1848: a pena de morte é abolida em matéria política; A escravidão não pode existir em nenhuma terra Francesa. *Ibid.*, p. 183.

punitiva humanística ao prever a proibição da escravidão, tortura, vedações de prisões arbitrárias, além da presunção de inocência.

Dando um salto de mais de doze anos, apesar de neste período existirem outros documentos de proteção aos direitos humanos, reputamos válido indicar um dos mais importantes documentos internacionais promulgados pelo Brasil, qual seja, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (*Pacto de San José da Costa Rica*), aderido pelo Brasil em 1992, promulgado pelo decreto legislativo 678. Anote-se que apesar de conter normas de direitos humanos tal Convenção/tratado/pacto internacional não foi ratificado pelo Brasil, nos termos do §3º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, qual seja, por 3/5 dos membros de cada casa legislativa em dois turnos de votação, tendo com isso *status* supralegal, ou seja, em grau hierárquico pontual inferior a ordem Constitucional e em nível superior a norma ordinária.

Ora, não se poderia cogitar de tal recepção com *status* de emenda Constitucional tendo em vista que o referido procedimento de recepção somente foi implantado através da emenda Constitucional 45/2004, considerada a reforma do judiciário.

Entre as principais acepções humanísticas estão o direito a vida, a liberdade pessoal, liberdade de pensamento, propriedade privada, vedação de retrocesso à pena de morte aqueles países que já haviam abolido tal barbárie, além da criação da comissão interamericana de direitos Humanos. Em síntese, é possível e claro a verificação da proteção e concreção de direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão.<sup>39</sup>

Por fim, a título de proteção, a Constituição Federal de 1988 seguindo as acepções internacionais de proteção e concreção dos direitos humanos e até mesmo uma pressão dos órgãos internacionais em razão do anterior período ditatorial de restrição de liberdades e direitos, muitos dos quais de caráter fundamental, foi prolixa, extensa e repetitiva em alguns pontos ao prever um enorme rol, exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, desde questões relacionadas à propriedade privada e a herança (direito privado), até questões relacionadas a proteção do meio ambiente (direito coletivo), seguindo a linha de proteção aos direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta dimensão.

A respeito dessa excessiva positivação fundamental já tivemos a oportunidade de nos posicionarmos:

---

<sup>39</sup> SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVA, Juvêncio Borges. O direito da concepção dos direitos inalteráveis no levitã de Thomas Hobbes. XXIV **Encontro Nacional CONPED**. Disponível em: <[www.conped.org.br/publicações](http://www.conped.org.br/publicações)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

De toda essa excessiva preocupação com o reconhecimento dos direitos fundamentais, bem como a nítida tentativa estatal de positivação exacerbada de tais preceitos, uma certeza se evidencia, qual seja, um desvalor da norma garantidora dos preceitos fundamentais, tanto aqueles negativos, indicando uma omissão estatal quando ao seu grau de interferência, quanto àqueles positivos, indicativos de uma obrigação positiva estatal, tais como os direitos sociais.<sup>40</sup>

## 1.5 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INFLUÊNCIA NA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Os direitos fundamentais do homem ao longo dos anos e por tratar-se de direitos dinâmicos, em constante e periódica evolução, adequando, aperfeiçoando-se de tempos em tempos e de sociedade para sociedade, desde seus primeiros reconhecimentos, passou por uma série de novas interpretações humanísticas e conceituais até o atual panorama de integral proteção e disciplina em âmbito internacional e nacional.

Segundo a melhor doutrina, podemos entender pela existência de três gerações (dimensões) dos direitos fundamentais, afirmados em momentos históricos de lutas sociais diversas, conforme passamos a discorrer, de forma clara ao leitor.

Entretanto, antes da análise dos momentos históricos da evolução dos direitos fundamentais e suas gerações cumpre ressaltar que, a título didático e seguindo a melhor e moderna doutrina nacional e internacional relacionada aos direitos fundamentais, tomaremos como expressão de estudo e análise as principais dimensões dos direitos fundamentais e não a expressão gerações dos direitos fundamentais, tendo em vista que a superada expressão geração dos direitos fundamentais nos dá a falsa ideia de substituição gradativa de uma geração de direitos fundamentais por outra geração, fato inverídico e que pode levar o leitor leigo a confusão.

Por óbvio, não há falar em superação/substituição de direitos fundamentais e sim numa permanente evolução somatória de todas as dimensões dos direitos fundamentais, razão

---

<sup>40</sup> GODOY, Gustavo Rene Mantovani; GASPAROTO, Carlos Eduardo. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. São Paulo: Juruá, 2015, p. 139.

pela qual nossa opção didática e moderna da expressão dimensões dos direitos fundamentais em substituição a certamente superada expressão gerações dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, calcadas em ideais individuais, relacionada a direitos de cunho negativos, numa nítida ideia de proteção e limites ao poder Estatal, tem como seus principais pontos de defesa os direitos fundamentais a vida, a liberdade e a propriedade; tratam de abstenções Estatais e não uma obrigação, um direito positivo imposto ao Estado.

Pode-se indicar a “*Magna Charta Libertatum*” assinada em 1215, pelo rei João sem Terra, como o marco idealizador dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Salienta-se, ainda, que tal documento histórico tinha por finalidade não o reconhecimento à população de modo geral, mas, tão-somente, garantir alguns privilégios, alguns direitos aos nobres senhores feudais da época.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, ao contrario dos primeiros, estão atrelados a uma prestação positiva estatal, um fazer do Estado frente ao cidadão; supera-se a ideia de que a simples não interferência Estatal bastaria à garantia plena dos direitos fundamentais.

Há ainda uma predominância individual dos direitos, em especial os direitos sociais, saúde, educação, trabalho, reconhecimento de direitos trabalhistas tais como férias, remuneração digna, dentre outros. Tiveram origem em razão da evolução da sociedade que a mingua de infraestrutura digna relacionada aos direitos sociais, bem como em razão da pobreza e marginalização, além do abandono por parte do Estado com relação ao cidadão, evidenciou a necessidade não somente de uma abstenção do Estado com relação a interferência na vida do cidadão, mas a necessidade de uma prestação do Estado que possibilitasse ao cidadão uma mínima qualidade de vida.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, estes de caráter coletivo, estão ligados aos ideais de fraternidade e solidariedade, em especial a proteção dos grupos humanos, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento do meio ambiente e a conservação do patrimônio público, histórico e cultural; trata-se da proteção fundamental dos direitos difusos e coletivos.

Com relação às dimensões dos direitos fundamentais temos:

Importante é nesse particular e neste contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares de ser humano. Ainda neste contexto – no caso referindo um importante adversário de uma visão abstrata dos direitos e de seu processo evolutivo – vale lembrar a arguta observação de Joaquim Herrera Flores, no sentido de que só é possível falar em gerações (para nós, dimensões!) de direitos, estas encontram-se menos vinculadas a uma manifestação de racionalidade humana universal, tal como sustentada desde os estoicos até a Declaração da ONU, de 1948, mas sim, dizem respeito às diversas reações funcionais e críticas que têm sido implementadas na esfera social, política, jurídica ao longo dos processos de acumulação capitalista desde a baixa Idade Média até os nossos tempos.

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade nesse campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quando no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições.<sup>41</sup>

No aspecto nacional Brasileiro, a nova ordem Constitucional implantada em 1988, após mais de 20 anos de regime militar ditatorial e de supressão de direitos e garantias individuais, previu de forma positivada e até mesmo excessivamente um rol exemplificativo de direitos fundamentais, não somente no artigo 5º da Constituição, mas também em todo o corpo Constitucional e demais documentos internacionais ratificados pelo Brasil. Anote-se que apesar de previsto em outras Constituições do Brasil, foi na Constituição de 1988, dita Constituição Cidadã, que os direitos fundamentais de fato foram tratados e reconhecidos com merecida relevância, algumas vezes até mesmo de forma excessiva, fruto natural do anterior regime militar muita vezes opressivo.

Tanto é verdade a importância que o texto constitucional deu aos direitos fundamentais que tratou de positivá-los, frise-se, de forma não exaustiva e sim exemplificativa, logo após os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu título II, “dos direitos e garantias fundamentais”, subdivididos em cinco capítulos, dos direitos e deveres individuais e coletivos, consubstanciados basicamente no artigo 5º, da Constituição; dos direitos sociais, previstos nos artigos sexto a décimo primeiro; da nacionalidade, com previsão nos artigos 12º e 13º, dos direitos políticos (artigo 14/17), e, dos partidos políticos (artigo 17); válido novamente frisar não tratar-se de rol exaustivo de direitos fundamentais.

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52-53.

Ponto interessante ainda no aspecto legal dos direitos e garantias fundamentais, em especial em sede introdutória, é a característica imediata de tais direitos, ou seja, sua aplicação não necessita de eventual período de *vacatio legis*; tal aplicação imediata de todos os direitos fundamentais está indicada taxativamente no bojo do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

Cumprindo pontuar ainda pela alteração oriunda da emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo 5º, indicando o *status* Constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ou seja, a partir da entrada em vigor de forma imediata de tal preceito fundamental, todos os tratados internacionais ratificados no formato procedimental acima mencionado foram considerados como emenda a Constituição, superior a qualquer conteúdo normativo infraconstitucional. Atente-se pelo *status* supralegal, ou seja, superior às leis ordinárias, mas inferior a Constituição daqueles tratados relacionados a direitos fundamentais aprovados pelo Brasil de forma procedimental diversa da acima mencionada, ou anteriormente a entrada em vigor da emenda Constitucional n. 45.

Ilustrando para uma melhor visualização das dimensões dos direitos fundamentais na carta Constitucional Brasileira, podendo identificar com clareza a positivação de direitos fundamentais de primeira dimensão, tais como direito a vida, liberdade, propriedade, estes já previstos, nas primeiras linhas relacionadas aos direitos fundamentais (*caput*, artigo 5º, da CF/88), como informado em tópicos superiores, de cunho negativo, uma garantia do cidadão contra a interferência estatal; evidencia-se também em capítulo próprio os ditos direitos de segunda dimensão, tais como os direitos sociais, saúde, educação, trabalho e proteção ao trabalho, logo no bojo do artigo 6º e seguintes da CF/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social a proteção à maternidade, e a infância, a assistência aos desamparados na forma desta constituição”.<sup>42</sup>

O mesmo ocorre com os direitos de terceira dimensão relacionados à proteção ao meio ambiente, à coletividade, estes estampados, no bojo do capítulo relacionado aos direitos fundamentais, tais como mandado de segurança coletivo, artigo 5º, LXX, da Constituição,

---

<sup>42</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20.1.2015.

bem como de forma esparsa conforme consta no capítulo relacionado à proteção do meio ambiente para a presente e futuras gerações, nos termos do artigo 225, da Constituição Federal: “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público, e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.<sup>43</sup>

Encerrada algumas acepções basilares e históricas relacionadas à pena, bem como aspectos históricos relacionados a evolução e concreção no plano legal dos direitos fundamentais, passemos a discussão concreta do sistema carcerário brasileiro, atrelado ao poder-dever punitivo estatal, numa contraposição ao direito-dever do preso e do Estado em garantir a mínima dignidade humana na aplicação da sanção penal, quer no aspecto privativo de liberdade quer no aspecto restritivo de direitos.

---

<sup>43</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 225: Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 20.1.2015.

## 2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E SUAS GARANTIAS: A EFETIVA RESSOCIALIZAÇÃO CIDADÃ

Uma vez analisado e compreendido o sistema punitivo inicial focado no aspecto punitivo/contraprestativo ante a não observância de uma norma de conduta e alheio a efetiva ressocialização e minimização do martírio carcerário impregnado ao infrator, cumpre, neste momento, traçar algumas linhas relacionadas ao panorama Constitucional e infraconstitucional atrelada ao atual sistema carcerário brasileiro, as principais garantias asseguradas, suas peculiaridades em razão da condição de sexo e gravidade em abstrato do delito, em atenção a dignidade do infrator.

Deve-se ressaltar ainda que, quando da análise de documentos internacionais que tratam de direitos e garantias fundamentais é válido a observância de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional, uma vez recepcionada na forma de procedimento do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, ou seu status supralegal ante a não observância daquele procedimento de recepção.<sup>44</sup>

Anote-se que, conforme já indicado em linhas superiores, na condição de infrator, ao ser humano em cumprimento de pena ou preso cautelarmente em razão da prática de uma infração penal, não lhe é subtraído à condição de ser humano, razão pela qual as linhas que seguem buscarão focar mecanismos de proteção mínima de dignidade do ser humano infrator.

É interessante neste ponto mencionar que o atual sistema executivo penal Brasileiro, no aspecto formal (de previsão legal Constitucional, infraconstitucional e administrativa), demonstra um profundo respeito a dignidade do ser humano e a compassada ressocialização do condenado, visando seu retorno ao convívio social; fatos e postulados, que

---

<sup>44</sup> Nota: Forma Constitucional no aspecto em que se tratando de acordo internacional relacionado a direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso nacional, em dois turnos de votação, mediante a aprovação de 3/5 de seus membros são equivalente a emenda a Constituição, ao passo que os demais tratados internacional que são obedeceram tal forma procedimental, tem *status* supralegal, qual seja, hierarquicamente são inferiores a Constituição, mas superiores a legislação ordinária.

aqui serão tratados, indicando eventuais omissões ou ausência de políticas públicas voltadas à implementação de tais postulados garantidos ao infrator, com enfoque administrativo, social, religioso, moral, punitivo, ressocializador e de garantia de dignidade durante todo o período de cumprimento de pena, conforme será demonstrado no aspecto de proteção Constitucional e infraconstitucional na análise da Lei de Execução Penal e seus postulados.

## 2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ASSEGURADAS AO INFRATOR-CIDADÃO

No âmbito e em nível Constitucional brasileiro tratou o constituinte, em razão da importância do tema e da essência da nova ordem implantada, dita Constituição Cidadã, de assegurar, garantir e vedar no bojo dos direitos e garantias fundamentais expressas logo no artigo 5º em alguns de seus inúmeros incisos, certas situações contrárias à dignidade do ser humano, mesmo aquele condenado ou que eventualmente responde a processo crime; diretrizes de respeito ao ser humano que já existiam em nível infraconstitucional com a Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/1984, e que posteriormente foi recepcionada pela ordem Constitucional, por estar em consonância e de acordo com tais preceitos garantistas vigentes no novo estado Constitucional Brasileiro.

Desse modo, o atual panorama constitucional tratou de recepcionar em sua integralidade a Lei de Execução Penal tendo em vista sua simetria de proteção ao infrator e sua busca pela ressocialização e garantias mínimas de observância a dignidade. O fato do indivíduo cometer uma infração penal, à luz da Constituição de demais normas, por si só não interfere na condição de ser humano e respeito a sua dignidade, razão pela qual o Estado detentor precípua do *ius puniendi* previu regras fundamentais de proteção e tutela a esta coletividade e recepcionou as demais legislações pertinentes em consonância com os novos padrões fundamentais, a lhes conferirem uma devida punição ancorada no respeito à condição de ser humano e sua ressocialização.

É de se ressaltar que com exceção a separação dos presos provisórios e definitivos, a Constituição e as demais leis esparsas relacionadas ao tema não fazem distinção ao respeito à dignidade, quer seja o preso provisório ou o preso definitivo que cumpra pena

em regime fechado, semiaberto ou aberto; o que se foca é o respeito à condição de ser humano e a garantia mínima de dignidade durante o cumprimento da pena.

A respeito da dignidade temos:

Assim, modernamente, mais do que lutar para adquirir novos direitos, a preocupação reside na sua efetiva observação, pois de nada adiante ter um direito constitucionalmente previsto se esse direito é constantemente desrespeitado até mesmo pelo próprio Estado.

Veja-se o que ocorre, por exemplo, com os direitos do preso, que teve sua liberdade cerceada em virtude de ter praticado uma infração penal. Embora condenado, tendo seu direito de liberdade limitado, não perdeu seus demais direitos (não atingindo pela sentença), por exemplo, de ser tratado de forma digna. Não poderá o Estado, sob o argumento de que alguém praticou uma infração penal, trata-lo de forma cruel, desumana.<sup>45</sup>

E mais, a norma Constitucional expressa o respeito e a garantia assegurados ao preso, seja provisório, definitivo, administrativo ou civil, a integridade física, vedando-se qualquer espécie ou forma de agressão corporal e moral; norma de caráter fundamental encartada no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal ao disciplinar: “é assegurado ao preso o respeito a integridade física e moral”.

Indicando e entendendo como afronta a integridade moral do preso e vislumbrando regulamentar de certa forma o excessivo abuso do uso de algemas por parte dos agentes responsáveis pela segurança, o próprio plenário do Supremo Tribunal Federal, numa de suas atividades atípicas legislativas, editou a súmula vinculante numero 11<sup>46</sup> que regulamenta, em conformidade garantista moral psicológica do preso, o uso de algemas, somente se admitindo em situações excepcionais de risco a integridade do preso, dos agentes estatais ou de terceiros, em fundadas suspeitas de fuga ou em casos de resistência à prisão.

Ademais, em conformidade com os preceitos da dignidade e respeito ao cidadão, tal ato, o uso das algemas, deverá ser impreterivelmente justificado sob pena de eventual nulidade ou até mesmo de responsabilidade dos agentes e do próprio Estado. No caso de

---

<sup>45</sup> GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

<sup>46</sup> BRASIL. STF, súmula vinculante n. 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

desrespeito à Súmula Vinculante, caberá dirigir ao próprio Supremo Tribunal Federal, a competente reclamação, nos termos do artigo 103, “A” §3º, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal [...]”.

Nítido a tentativa do Supremo Tribunal Federal, razão da exposição midiática do preso e do excessivo uso das algemas, de tentar minimizar a estigmatização *ad eternum* daquele que se viu em reportagens e programas do gênero sendo conduzindo algemado, como prêmio, troféu daquele que é responsável pela investigação ou pelo julgamento, numa clara violação à moral, tendo em vista a completa desnecessidade de tal exagero em não havendo risco à segurança. O estigma midiático gerado pode conduzir e elevar as injustiças a patamares nacionais e internacionais, analisando ainda a clara possibilidade de tal exposição ocorrer durante o curso do processo, quando da decretação de eventual prisão de natureza cautelar, sem decisão final pela culpa ou inocência; trata-se de estigma eterno sem a indicação formal e material de culpa.

E mais, dentro do bojo dos direitos e garantias fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos, é importante mencionar as vedações as determinadas penas de prisão que refletem a preocupação Constitucional com a dignidade do infrator e não permitem eventual reintegração social do condenado, independentemente da gravidade do fato por ele praticado.

Nesse sentido, o texto Constitucional vedou de forma expressa a aplicação de qualquer pena de caráter perpétuo, fixando em sede infraconstitucional um limite de 30 anos para o cumprimento de pena privativa de liberdade; o trabalho forçado do preso, o banimento, as penas cruéis, estas entendidas como eventuais penas aflitivas com a imposição de castigos físicos ou psicológicos, além da vedação expressa da pena de morte, ressalvando-se casos de guerra declarada, tudo isso nos termos do artigo 5º, XLVIII.

Tem-se por penas cruéis:

Violência e penas dos nobres:

Penas adequadas aos delitos. No capítulo XX Beccaria prossegue com suas opiniões político-criminais, ou seja, prescritivas ou provocativas. Começa distinguindo os crimes contra as pessoas (de um lado), dos crimes contra a fazenda de outro. Todos os delitos, no entanto, diz Beccaria, ofendem a sociedade (capítulo VIII), (a saúde pública da nação); de forma mediata afeta também os particulares ou a fazenda pública ou a própria sociedade. Alguns atentam contra a própria majestade (crime contra a majestade, que ocorre quando se pretende a destruição da sociedade). E

quais penas seriam adequadas em cada caso? Para os primeiros, a pena apropriada é a corporal (na idade média eram comuns as penas corporais como açoites, esartejamento, apedrejamento, amputação de membros etc.).<sup>47</sup>

Anote-se que a vedação ao trabalho forçado não é indicativo da proibição do trabalho do preso, ao contrário, é louvável ao preso sua intenção e vontade de trabalhar, se especializar e profissionalizar em determinado ramo de atividade laborativa, premiando ainda com eventuais remissões da pena na proporção de três dias trabalhados o desconto de um dia de pena; o que se veda é o trabalho imposto contrário à vontade e fora dos padrões mínimos de segurança e dignidade.

Já numa visão garantista e não de vedação à aplicação da pena no sistema Constitucional Brasileiro, o próprio bojo não exaustivo de direitos e deveres fundamentais expressos no artigo 5º, da Constituição Federal indica, precipuamente, as espécies de pena aplicáveis ao caso concreto no atual Estado Democrático, dentre elas, privação de liberdade, prisão pena propriamente dita, com cumprimento em regime fechado, semiaberto ou aberto, a depender do *quantum* aplicado em sede de dosimetria da pena, aliado às circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59 do Código Penal<sup>48</sup>; perda de bens, estes, eventualmente, proveniente da atividade ilícita, ou mesmo visando garantir eventual reparação civil; multa (prestação pecuniária); prestação social de caráter alternativo e suspensão ou interdição de direitos.

Cumprir ressaltar que a Constituição Federal atenta aos preceitos da dignidade e de reintegração do preso foi clara ao prever o direito ao cumprimento de pena de forma a possibilitar a convivência do preso com outros presos da mesma idade, sexo ou que tenham cometido crime da mesma natureza ou do mesmo gênero, visando a separação daqueles presos de menor periculosidade para os demais que não demonstrem comportamento violento ou mesmo comportamento voltado para a prática delitiva.

Assim, o legislador ordinário, em simetria com os postulados constitucionais de separação dos presos provisórios com presos definitivos e sua separação em razão da idade,

---

<sup>47</sup> GOMES, Luiz Flavio. **Beccaria (250 anos), e o drama do castigo penal:** civilização ou barbárie. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149.

<sup>48</sup> Nota: Segundo o Código Penal Brasileiro, de maneira geral, o regime de cumprimento de pena deverá ser fixado em análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, podendo o condenado a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos iniciar o cumprimento de pena em regime aberto; ao condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto; o condenado a pena privativa de liberdade superior a oito anos iniciar, desde logo, o cumprimento de pena em regime fechado, de forma progressiva, com o quantum a depender da natureza hedionda (2/5) primário e (3/5), aos reincidentes, ou da natureza não hedionda do delito (1/6).

gravidade do delito ou sua natureza hedionda que tratou de melhor regulamentar a Lei de Execução Penal no mês de outubro do ano de 2015 com a publicação da lei n. 13.167<sup>49</sup>, que alterou o artigo 84 atendendo as diretrizes fixadas nos artigos 94 e seguintes da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

Em suma, as alterações e inclusões tratadas no parágrafo primeiro e terceiro das novas disposições do artigo 84 da Lei de Execução Penal trouxeram de forma clara e objetiva a necessidade de separação dos presos provisórios dos definitivos ao adentrarem o atual sistema carcerário. Assim, há a necessidade quando do ingresso do infrator ao sistema carcerário da análise da natureza do delito, primariedade ou reincidência para sua colocação em acomodações carcerárias adequadas à gravidade dos fatos. O que se pretende com tais disposições é evitar que se concentrem num mesmo ambiente presos de alta, média e baixa periculosidade (contaminação carcerária dos presos de baixa periculosidade pelos presos de alta periculosidade).

A exposição de motivos da Lei de Execução, logo em sua fundamentação de numero 95<sup>50</sup> justificou a necessidade de separação dos presos definitivos e provisórios. Num segundo momento, a Constituição Federal ao recepcionar a Lei de Execuções Penais no bojo do artigo 5º, XLVIII, indicou como direito fundamental do reeducando o cumprimento de pena em estabelecimento distinto de acordo com o sexo e a natureza do delito e a idade do apenado: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”<sup>51</sup>.

Assim, trata a referida inclusão de medida que visa regulamentar de forma e maneira mais clara a separação dos presos provisórios e definitivos evitando-se o “acumulo” de presos num mesmo ambiente cujas situações pessoais, a natureza do delito (hedionda ou

---

<sup>49</sup> Lei de execução Penal: artigo 84: “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado: §1º os presos provisórios ficarão separados de acordo com o seguinte critério: I acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II acusados pela pratica de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II; §2º os presos condenados ficarão separadas de acordo com os seguintes critérios: I condenados pela pratica de crimes hediondos ou equiparados; II reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III primários condenados pela pratica de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II, III,”. BRASIL. **Lei de execução penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2013.

<sup>50</sup> CF. Artigo 95 da exposição motivos LEP: “O projeto regulou as diferentes situações pessoais, dispondo que a mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado a sua condição pessoal, o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitado em julgado, o preso primário cumprirá a pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes e o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada”. BRASIL. **Exposição de motivos da Lei de execução penal 213**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10.8.2015.

<sup>51</sup> CF. Artigo 5º, XLVIII.

não), a gravidade em abstrato (crime cometido mediante violência ou grave ameaça), sejam discrepantes umas das outras, auxiliando com tal separação uma melhor ressocialização e retorno a contento à sociedade. Logo, a separação em razão de condições pessoais e da análise da gravidade do delito é medida de política criminal visando adequar questões relacionadas a reintegração social e se evitar a interferência maléfica de presos condenados ou provisórios pela acusação de crimes de médio ou baixo potencial ofensivo, daqueles presos que, efetivamente demonstram um comportamento deturpado em razão da hediondez do delito ou da violência contra a pessoa empregada.

Atento ainda aos postulados da intrancendência da pena, ou seja, a vedação da pena ultrapassar seus efeitos à pessoa do condenado, e atento a condição da mulher e de suas especificidades com relação à gravidez e aos cuidados básicos com seus filhos, a própria Constituição dispôs de forma expressa a necessidade de local adequado, dentro do sistema penitenciário, para que permaneçam com seus filhos recém nascidos, em especial durante o período de amamentação. Louvável tal garantia constitucional fundamental, em consonância com os preceitos da proteção integral e prioridade absoluta das políticas voltadas à criança e ao adolescente, conforme artigo 227, da Constituição Federal.<sup>52</sup> Ora, a criança em fase de amamentação lhe é indispensável os cuidados essenciais maternos, atenção, amamentação contínua e em local adequado, sob pena de graves danos à saúde da criança ainda nos primeiros dias de vida, razão pela qual salutar, numa análise da dignidade da criança, tal previsão e garantia.<sup>53</sup>

A respeito da condição pessoal de gestante o professor Alexandre de Morais indica:

Trata-se de inovação em termos de direitos humanos fundamentais garantir-se o direito às presidiárias de amamentarem seus filhos. A destinação dessa previsão é dúplice, pois ao mesmo tempo que garante à mãe o direito ao contrato e

---

<sup>52</sup> BRASIL. CF/88 art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>53</sup> TACrim/SP: presidiária e as condições para permanência com seu filho lactante (art. 5º, L, da CF): direito subjetivo próprio, líquido e certo. Pretensão a ser amparada via MS. Conhecimento como tal do HC impetrado, remédio inadequado uma vez que a prisão decorrente da sentença condenatória não se erige em ilegal restrição à liberdade de locomoção. Irrelevância de não reclamado o direito em 1ª instância. Segurança concedida uma vez provado o nascimento da criança, ora sob guarda e responsabilidade de terceiro, devendo o Juízo de 1º grau, do processo de conhecimento e da execução, tomar as providências cabíveis e necessárias para garantia do direito reconhecido. TACrim, apelação criminal n. 192.010-8, 9ª câmara criminal, rel. Juiz Barbosa de Almeida, j. 11.4.90, RT 659.278.

amamentação com seu filho, garante a esse o direito à alimentação natural, por meio do aleitamento.

Interessante raciocínio é feito por *Wolgran Junqueira Ferreira* ao analisar o presente inciso, pois afirma que 'como o item XLV declara expressamente que a pena não passará da pessoa do condenado, seria uma espécie de contágio da pena retirar do recém-nascido o direito ao aleitamento materno (op. Cit. p. 401).

Entendemos, porém, que, apesar de importante, esse aspecto foi secundário na fixação desse preceito, que demonstra precipuamente o respeito do constituinte à dignidade humana, no que ela tem de mais sagrado: a maternidade.<sup>54</sup>

Ainda podemos indicar como justificativa para tais garantias os efeitos maléficos pelos quais a criança estaria sujeita sem o devido acompanhamento pré e pós o parto, além da efetiva e sadia qualidade de vida advinda do aleitamento materno, evitando-se, assim, que os efeitos da sentença condenatória ultrapassem os limites pessoais; a criança, cidadã detentora de direitos, também merece que lhe sejam respeitados os direitos basilares, em especial o direito a vida e a saúde.

Ora, numa interpretação entre o direito fundamental a vida e a saúde da criança e o direito dever de punir estatal há a preponderância aos postulados da vida e da saúde, em especial a atenção à condição de gestante da mulher, seu período de amamentação, seu acompanhamento médico durante a gestação e a garantia de convivência e amamentação ao menos nos primeiros seis meses de vida da criança, postulados estes em consonância com os ditames humanísticos constitucionais.

## 2.2 GARANTIAS INFRACONSTITUCIONAIS E O SISTEMA INTEGRADO DE EXECUÇÃO PENAL

Superado os aspectos Constitucionais de proteção à dignidade do infrator, em qualquer modalidade de prisão, cautelar ou definitiva, passaremos a traçar linhas de proteção infraconstitucional Brasileira a questão do cumprimento da pena, com enfoque humanitário e respeito à dignidade do cidadão, quer no aspecto retributivo penal, quer no aspecto social assistencial de reintegração do executado.

---

<sup>54</sup> DE MORAES, Alexandre. **Diretos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 278.

Dados levantados em meados do ano de 2014, pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>55</sup>, órgão do poder judiciário, nos termos do artigo 92, I, “a”, da Constituição Federal, acrescentado pela emenda Constitucional 45/2014, indicam que o Brasil é o terceiro país no *ranking* da maior população carcerária mundial, contando com uma população carcerária de 711.463 (setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três presos), destes, 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete presos), estão, em razão de doença ou em razão de falta de vagas em estabelecimento adequado, em prisão domiciliar. Anote-se, que segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça, há um déficit total de 354 (trezentos e cinquenta e quatro) mil vagas em estabelecimentos prisionais no país, dos mais diversos regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), e mais, se levarmos em consideração os 373 (trezentos e setenta e três) mil mandados de prisão expedidos pelo poder judiciário e ainda não cumpridos, entenda-se prisão definitiva e prisão cautelar, e, se efetivamente cumpridos, a população carcerária Brasileira estaria em torno de 1089 (um milhão e oitenta e nove mil) presos, aumentado ainda mais o déficit de vagas em estabelecimentos prisionais no atual sistema prisional Brasileiro; com isso, de pronto, já se evidencia a grave crise no atual panorama de execução penal e inevitáveis violações a direitos humanos em seus mais amplos aspectos, conforme será analisado no momento oportuno.

Além dos dados disponíveis pelo Conselho Nacional de Justiça é importante observar que o Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN – 2014), lançou um relatório estatístico do déficit carcerário Brasileiro, bem como importante estimativa quanto ao número real de presos provisórios ou definitivos, faixa etária da população carcerária, grau de instrução, dentre outros aspectos atinentes ao cumprimento de pena no atual panorama nacional.

Assim, segundo dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN 2014)<sup>56</sup>, atualmente a população prisional é de cerca de 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presos; destes, cerca de 579.423 (quinhentos e setenta e nove mil, quatrocentos e vinte e três), estão efetivamente integrados no sistema penitenciário (Presídios), ao passo que 27.950 (vinte e sete mil, novecentos e cinquenta) estão enclausurados em carceragens de delegacia, além de 358 (trezentos e cinquenta e oito) presos que se encontram no sistema penitenciário Federal.

---

<sup>55</sup> MONTENEGRO, Manuel. **CNJ divulga dados sobre a nova população carcerária**. Portal de Notícias do CNJ. Brasília, 12 de jun. de 2014. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 11 dez. 2014.

<sup>56</sup> DEPEN, Departamento penitenciário nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciária – junho 2014 - INFOPEN 2014**. Disponível em: <[www.justica.gov.br](http://www.justica.gov.br)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

O Brasil, com um total médio de vagas no sistema carcerário de 376.669 (trezentos e setenta e seis mil e seiscentos e sessenta e nove), ostenta um lamentável déficit de mais de 231.062 (duzentos e trinta e uma mil e sessenta e duas vagas), com uma taxa de ocupação de mais de 161%, fato que torna o aprisionamento totalmente desguarnecido de infraestrutura básica para aplicação a contento dos preceitos ressocializatórios insculpidos na Lei de Execução Penal.

É de se ressaltar ainda que os dados apontados pelo Departamento Penitenciário Nacional, ora tratados, não levaram em conta os mandados de prisão ainda pendentes de cumprimento para a quantificação da população carcerária, razão pela qual de eventual diferença numérica quanto aos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ainda no aspecto de dados técnicos é importante mencionar que no Brasil cerca de 41% (250,213 - duzentos e cinquenta mil e duzentos e treze) da população carcerária ainda aguarda o regular julgamento, ou seja, cumprem medidas cautelares privativas de liberdades. Ao passo que outros 41% (250.094 - duzentos e cinquenta mil e noventa e quatro) dos presos cumprem pena em regime fechado; 15% (89.639 oitenta e nove mil seiscentos e trinta e nove) cumprem pena em regime semiaberto e menos de 3% da população carcerária cumpre pena em regime aberto (15.036 - quinze mil e trinta e seis).

Por fim, no que se refere aos dados técnicos fornecidos é interessante ressaltar um exponencial aumento da população carcerária de cerca de 57%, numa análise dos anos de 1990 até o ano de 2014, sendo que no primeiro verificava uma população carcerária em torno de 90.000 (noventa mil presos), ao passo que no ano de 2014 a população carcerária soma aproximadamente 607.000 (seiscentos e sete mil presos), fato que nos leva a percepção da ausência de acompanhamento infraestrutural por parte do Estado quanto a criação, construção e melhoramento de estabelecimentos carcerários nos mesmos padrões de crescimento da população carcerária.

Amparando os dados acima apontados, o professor Paulo César Correia Borges, na organização do livro “Perspectivas Contemporâneas ao Cárcere” trouxe interessante dado técnico quanto ao perfil do brasileiro preso.

Ao investigar o perfil do preso brasileiro, constata-se que ele não foi educado e nem socializado, sendo o próprio reflexo das mazelas sociais que afligem os cidadãos sem poder econômico. São jovens (54,2% tem menos de 30 anos), pobres e de pouca escolaridade (10,4% dos presos são analfabetos e 69,5% não possuem nem o primário completo). Cerca de 51,3% dos presos brasileiros estão detidos pelos

artigos 155 e 157, isto é, por crimes contra a propriedade privada, induzindo à conclusão de que há o predomínio da criminalização social, pelo menos quanto às penas de prisão (relatório...,2003).

Também preocupante o fato de nenhum estado possuir mais de 32% dos seus presos estudando, além de faltar trabalho, o que representa uma alta taxa de ociosidade. Para piorar, leis peais duras contribuem no sentido de aumentar o número de encarcerados: entre 1995 e 2003, a população prisional aumentou 84%. Homens continuam sendo enjaulados no inferno de superlotações, instalações sanitárias precárias, doenças infectocontagiosas, mortes, privações físicas e mentais. Por isso, até se entende por que o sistema penitenciário é conhecido pelas rebeliões, fugas e violência.<sup>57</sup>

Por fim, inviável se faz, numa análise regional do Estado de São Paulo, a aplicação das diretrizes estipuladas para o regime aberto de cumprimento de pena, uma vez que segundo dados do próprio Departamento Penitenciário Nacional não há nenhum estabelecimento adequado para o cumprimento de pena em regime aberto.

Entretanto, apesar dos dados concretos acima apontados, a evidente crise sistematizada e sem solução vislumbrada a curto prazo, e o desrespeito ao cidadão integrante da coletividade carcerária, o Brasil detém todo um sistema complexo de garantias constitucionais relacionadas a dignidade do infrator e respeito ao cidadão, que trazem previsões no plano legal de uma gama de deveres estatais para com o condenado, ou mesmo para o preso provisório ou preso civil, visando a garantia mínima de sua dignidade e seu retorno a contento para o convívio social, conforme se passa a demonstrar.

O mecanismo basilar legal/procedimental relacionado à execução penal, definitiva ou provisória (diz-se definitiva para aqueles presos já com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e provisória para aqueles presos que estão segregados cautelarmente, antes mesmo do trânsito em julgado), foi recepcionado em sua integralidade pela atual Constituição Federal, trata-se da Lei de Execuções Penais, lei n. 7.210/1984 que, apesar de estar em vigor antes mesmo da Constituição, traz todo um microssistema executório em consonância com a Constituição, seguindo uma linha de proteção à dignidade do infrator, independente da gravidade do delito ou da repercussão por ele causada; traz garantias administrativas, sociais, reintegratórias do cumprimento de pena no seu emaranhado de mais de 200 (duzentos), artigos e incisos.

De forma a proporcionar o respeito a dignidade do infrator, mesmo que no plano legal, dada a grave crise do sistema carcerário implantada no Brasil em razão do déficit

---

<sup>57</sup> CASTRO. Marcos Pereira. A dignidade do preso na execução penal e a responsabilidade do estado. **Perspectivas contemporâneas do cárcere**. São Paulo: UNESP, 2010, p. 102-103.

visível apontado em sede do Conselho Nacional de Justiça conforme já indicado, de infraestrutura material e pessoal, a execução penal tem como finalidade um tripé pelo qual está alicerçada, qual seja, visa, num primeiro momento a retribuição ao infrator em razão da prática de um crime (função retributiva da pena), efetivando as disposições contidas na sentença penal condenatória e, ao mesmo tempo, de forma concomitante, evidencia-se sua função preventiva geral (conscientização da sociedade em razão de eventual prática criminosa – atua antes da prática do crime), e preventiva especial (atua durante a execução penal, com a imposição de pena em razão da prática criminosa), além da função reintegratória<sup>58</sup> do condenado de forma paulatina ao convívio social, através de políticas públicas, contato, retorno e convívio regular com o meio externo de cumprimento de pena.

Além disso, o microsistema de execução penal Brasileiro traz todo um emaranhado principiológico visando sempre o respeito à dignidade do infrator, sem deixar de lado o aspecto punitivo em razão da prática criminosa; entenda-se que entre os principais princípios relacionados à execução penal está o princípio da legalidade; igualdade de tratamento, independente da raça, origem, credo, religião e/ou prestígio social; individualização no aspecto de separação dos presos em razão da idade, personalidade, antecedentes e gravidade do delito praticado, além do princípio da jurisdicionalidade.

Anote-se ainda que a execução penal e os preceitos aqui tratados não são aplicados à criança e ao adolescente, tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as acepções relacionadas ao cumprimento de eventual medida socioeducativa, ou a prática e apuração procedimental investigativa e/ou judicial são tratadas e regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990.

Visando o efetivo respeito ao ser humano e adequado a visão garantista constitucional de proteção e tutela à dignidade da pessoa humana, mesmo em sede de cumprimento de pena por práticas criminosas, a Lei de Execução Penal prevê uma gama de direitos ao preso, sempre com enfoque humanitário e reintegratório, dentre eles a alimentação digna, trabalho e remuneração, previdência, proporcionalidade entre trabalho, descanso e lazer, atividades intelectuais, artísticas, desportivas, assistência material à saúde, jurídica, educativa, social e religiosa, contato com o meio externo e, em especial, proteção contra

---

<sup>58</sup> Lei de Execuções Penais, Lei n. 7.210/1994, art. 1º: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

qualquer tipo de sensacionalismo político e midiático, além de visitas periódicas com seu cônjuge ou seus familiares, visando a completa reintegração social.

Neste ponto o próprio Supremo Tribunal Federal, em seu informativo 640, assegurou a visão humanística da Constituição Federal e a reintegração do preso ao conhecer de *habeas corpus* visando autorização para visita; na interpretação de referido informativo, a visita, comunicação e contato com pessoas do mundo externo prisional assegura o cumprimento de um dos pilares da execução acima lançados, qual seja, a reinserção social.<sup>59</sup> Nítido, com base nos direitos assegurados aos infratores, a preocupação da legislação infraconstitucional em proporcionar um digno cumprimento de pena, atrelado ao respeito ao ser humano na sua essência do ser, adequando a legislação aos postulados internacionais da dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, o sistema executório penal brasileiro se preocupou não somente em garantir o mínimo respeito ao infrator durante o cumprimento de pena, traçou obrigações estatais assistenciais, prevendo ainda a possibilidade e o incentivo ao trabalho do preso interno ou mesmo o trabalho externo, a depender da sua qualificação profissional, garantindo o recebimento de um salário digno, que será revertido eventualmente para vítimas, custas processuais e a sua própria subsistência no interior do presídio; incentivou a participação do detento em cursos profissionalizantes, ou na formação fundamental ou média, o premiando com abatimentos na pena.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Informativo 64: “*Habeas Corpus*” e direito de detentos de visitas. É cabível “*habeas corpus*”, para apreciar toda a qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento a liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito. Esse entendimento da Turma ao deferir *habeas corpus* para assegurar ao detento em estabelecimento prisional o direito de receber visitas de seus filhos e enteados. Na espécie, o juízo das execuções criminais decidira que o condenado não teria jus à visitação, visto que a prisão seria local impróprio aos infantes, o que poderia trazer-lhes prejuízo na formação psíquica. A defesa, então, impetra *habeas corpus* no STJ, que o indeferira liminarmente, ao fundamento que a pretensão não se contabiliza com a modalidade eleita, uma vez que não ofendeu o direito de locomoção do ora paciente. De início, rememorou-se que a jurisprudência hodierna da Corte estabelece sérias ressalvas ao cabimento do *wirt*, no sentido de que supõe violação, de forma mais direta, ao menos em exame superficial, a liberdade de ir e vir dos cidadãos. Afirmou-se que essa orientação, no entanto, não inviabilizaria, por completo, o processo de ampliação progressiva que essa garantia pudesse vir a desempenhar no sistema jurídico brasileiro, sobretudo para conferir forma normativa mais robusta a Constituição. A respeito, ponderou-se que o Supremo tem alargado o campo de abrangência dessa ação constitucional, como no caso de impetrações contra instauração de inquérito criminal para a toma de depoimento, indiciamento de determinada pessoa, recebimento da denúncia, sentença de pronúncia no âmbito do processo do Júri e decisão condenatória, dentre outras. Enfatizou-se que a Constituição teria o princípio da humanidade como norte e asseguraria ao presidiário o respeito a integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral” e Pacto de São José da Costa Rica: art. 5º Direito a integridade social. 1 toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2 ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”). Preconizou-se, por conseguinte, que não se poderia tratar a pena como objeto de retaliação, mas de ressocialização. STF, HC 107701, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.9.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2014.

No aspecto de reintegração social, além dos pontos de vista acima lançados, criou mecanismos de retorno ao convívio social de forma progressiva, mediante o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos, denominado de saída temporária, possibilitando ao preso em regime semiaberto, a visitação à familiares, frequência em cursos profissionalizantes ou frequência ao ensino médio ou superior, além da participação em atividades que auxiliem ao retorno a convivência social. Anote-se, que a natureza de tal instituto é adaptar o condenado ao retorno social de forma progressiva, mediante o cumprimento de requisitos objetivos, tais como, estar no regime semiaberto, cumprimento de ao menos 1/6 da pena aos primários e 1/4 da pena aos reincidentes, além de boa conduta carcerária; trata-se de um prêmio ao condenado que já está em fase final de cumprimento de pena.

Dentro da visão de garantias asseguradas ao preso, cidadão com parcela de seus direitos fundamentais restringidos, ou mesmo ao egresso<sup>60</sup>, é importante mencionar que lhe são garantidos todos os direitos inerentes ao ser humano, desde que não atingidos pela sentença penal condenatória<sup>61</sup>. E mais, indica uma gama de garantias assistenciais tais como assistência material, à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa que devem ser observadas e respeitadas pelo Estado quando do cumprimento de pena, quer as de natureza cautelar quer as de natureza definitiva.

Deixa claro Renato Marcão quanto à natureza dos direitos assistenciais garantidos ao preso e ao egresso como forma de auxiliar um dos pilares da execução penal, qual seja, a reinserção e reintegração social do cidadão, assim se manifestado:

O objetivo da assistência, como está expresso, é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

A assistência aos condenados e aos internados é exigência básica para conceber a pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre os destinatários e a comunidade.

A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego. Valoriza-se o mérito do egresso na busca de meios para sua reinserção social.

Na dicção do item 41 da Exposição de motivos da Lei de Execução Penal, tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência em

---

<sup>60</sup> Lei de execução penal, art. 26: Considera-se egresso para os efeitos dessa lei: I. o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um), ano a contar da saída do estabelecimento; II. o liberado condicional, durante o período de prova.

<sup>61</sup> Lei de execução penal, art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente as que defluem das regras mínimas da ONU – Organização das Nações Unidas.<sup>62</sup>

Assim, desde o fornecimento de vestuário adequado, alimentação digna e suficiente, instalações condignas, salubres e com o mínimo de higiene necessária ao ser humano, são devidas e de cunho correlacionado à perfeita integração – punição e ressocialização - do cidadão infrator. Qualquer omissão Estatal quanto a não observância dos direitos previstos em sede constitucional e infraconstitucional constitui um claro e nítido excesso aos postulados punitivos de responsabilidade Estatal.

Tem o Estado o direito de executar a pena, e os limites desse direito são traçados pelos termos da sentença condenatória, devendo o sentenciado se submeter-se a ela. A esse dever corresponde o direito do condenado de não sofrer, ou seja, de não ter de cumprir outra pena, qualitativa ou quantitativamente diversa da aplicada na sentença. Eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade de locomoção, atingidos tão-somente aqueles aspectos inerentes a essa liberdade, permanecendo intactos outros tantos direitos. A inobservância desses direitos significaria a imposição de pena suplementar não prevista em lei. Está previsto nas Regras mínimas para tratamento dos presos da ONU o princípio de que o sistema penitenciário não deve acentuar os sofrimentos já inerentes a pena privativa de liberdade (item 57,2ª parte). Este parece ser o ponto mais levantado atualmente por certos juristas quando afirmam que na sanção imposta pelo Código Penal – a privação da liberdade – não estão incluídos os sofrimentos acrescidos pela situação reinante nas prisões, os quais terminam por agravar a pena a que foi condenado o infrator.<sup>63</sup>

Importante ainda quando se fala em direitos assistenciais assegurados ao preso, citarmos o direito a educação como forma de preparo ao exercício da cidadania, previsto constitucionalmente e garantido em sede de cumprimento de pena como forma de auxílio ao retorno social e a qualificação profissional<sup>64</sup>, sendo obrigatório o ensino de primeiro grau.

Apesar da garantia à educação, conforme dados do Departamento Nacional Penitenciário, através do relatório DEPEN 2014, o índice de escolaridade no sistema carcerário é extremamente baixo, computando cerca de 8 em cada 10 presos que no máximo completaram o ensino fundamental, razão pela qual a implementação basilar do estudo,

---

<sup>62</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44-45.

<sup>63</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 41-42.

<sup>64</sup> Lei de execução penal, art. 17: A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

postulado constitucional inerente a cidadania não é observado quando do cumprimento de pena: “A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” – artigo 205, da Constituição Federal.

Além disso, como forma de garantir o efetivo retorno ao convívio social e a plena cidadania do reeducando, lhe são assegurados direitos à assistência religiosa e a liberdade de culto no interior do sistema carcerário; assistência de caráter social consistente na obtenção de documentos, benefícios previdenciários, orientação quando da fase final de cumprimento de pena de modo a prepará-lo ao retorno social.

Anote-se ainda que ao egresso, pessoa que acabara de deixar o sistema carcerário ou mesmo em situação de liberdade condicional, também lhe é garantido assistência após o cumprimento de pena, tais como o direito a alojamento e alimentação por um período de dois meses visando ampará-lo durante o período inicial de retorno a liberdade. Justifica-se tal auxílio em razão de se evitar, dado o estigma carcerário, volte o reeducando a delinquir em razão da ausência de local adequado a moradia ou mesmo a ausência de meios financeiros para garantir sua sobrevivência.<sup>65</sup>

Por fim, cabe ressaltar que o legislador cuidou ainda de criar órgãos responsáveis pela fiscalização e até mesmo traçar diretrizes e resoluções que permitam o controle da execução penal e a adequação dos preceitos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais legais a plena aplicação e garantia no plano concreto dos direitos e deveres relacionados à execução criminal; além do próprio Ministério Público que além de acompanhar a execução penal é responsável pela fiscalização do respeito à dignidade do infrator, Conselho penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional, Departamento Penitenciário Local, Defensoria Pública, Conselho da Comunidade e, por fim, o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária; nítido que todos esses órgãos atuam de forma a garantir o respeito à integridade física do condenado, visando implantar ao máximo as diretrizes legais ao plano prático.

---

<sup>65</sup> Lei de execução penal, art. 25 A assistência ao egresso consiste: I na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II – na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois meses). Parágrafo único: o prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Entre os órgãos responsáveis pela execução penal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com sede em Brasília, tendo como incumbência geral a proposição e diretrizes voltadas à política de execução penal e a administração dos presídios, elaboração de planos de desenvolvimento das políticas criminais, avaliações periódicas dos sistemas prisionais, estabelecer regras de arquitetura dos presídios, dentre outras diretrizes previstas no artigo 64 da Lei de Execução Penal, é um dos órgãos mais importantes na questão penitenciária Brasileira, com atuação incisiva na questão de observâncias das regras legais de proteção a dignidade do infrator; tanto se evidencia tal importância que, no ano de 1994, por meio da Resolução 14 – Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil – publicou um emaranhado de normas de políticas sociais, legais e de convivência devendo ser observado em todo o sistema executório nacional.

A resolução 14/94 pode ser dividida em duas partes, a primeira, parte geral, com previsão no artigo 1º ao artigo 52º, traz disposições gerais no que tange a execução penal, sem levar em conta tratar-se de preso provisório, definitivo ou mesmo preso em razão do inadimplemento inescusável de obrigação alimentar. Traz em seu rol de artigos questões principiológicas, separação dos presos provisórios e definitivos, questões de salubridade, saúde e acomodações adequadas aos alojamentos dos presos, além da proteção contra a exposição da imagem de forma pejorativa ou exagerada. Já em sua parte especial, compreendida no artigo 53 e nos seguintes, regulamenta as diretrizes que devem ser observadas no trato com o preso definitivo, questões assistencialista pós-penitenciária, traz diretrizes aos presos provisórios, além do condenado doente mental.<sup>66</sup>

Entre as principais acepções e proteção a dignidade do infrator de caráter humanitário e sempre observando os pilares de sustentação da execução penal, punição, prevenção e reeducação, podemos indicar que a resolução 14, do CNPCP, previu de forma correta e repetindo a preocupação já exarada em nível internacional e nacional, a separação dos presos, com base na idade, sexo, situação processual (definitivo ou provisório), quantidade de pena, regime prisional além de questões relacionada à periculosidade; além disso, previu como regra o alojamento individual dos presos (utopia mundial longe de ser observado); atendimento a creches e pré-escolas às crianças, filhos dos detentos, de zero a seis

---

<sup>66</sup> Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil – Resolução 14, Conselho Nacional de Política Criminal: art. 1º: As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicada sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou qualquer outra ordem. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso: 10 abr. 2014.

anos de idade, estando em completa consonância com a Constituição Federal que prevê a obrigatoriedade da creche a criança; além de previsões de garantia da saúde, com atendimento médico especializado.

Previu a necessidade de local apropriado para médico nos presídios femininos, com equipamento de obstetrícia para eventuais necessidades das gestantes ou emergências médicas, visando a sadia qualidade de vida do nascituro.

Por fim, evidenciando o respeito à dignidade do infrator, que deverá ser tratado com respeito, indica a necessidade do uso de algemas apenas quando explícito o risco pessoal ou de terceiros, não podendo o preso, durante audiência se manter algemado, bem como a vedação a exposição do preso, quer por meio de filmagens quer por meio de fotografias, ou sua participação em qualquer fato que acarrete constrangimento a sua honra e sua imagem. Em síntese, trouxe normas de caráter repetitivo já observado em sede da Lei de Execução Penal, ou mesmo em sede Constitucional ou normas internacionais, visando a proteção da dignidade do infrator.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições, através da resolução 113, dispondo sobre o Procedimento Relativo à Execução da Pena Privativa de Liberdade<sup>67</sup>, regulamentou a procedimentalização da execução penal, indicando as peças indispensáveis à formação dos autos de execução penal, além de regulamentar a expedição e o prazo de cumprimento dos alvarás de soltura por meio da resolução 108/2010, visando garantir que efetivamente se aplique ao caso concreto os ditames constitucionais humanísticos e não se torne as regras de proteção aos direitos humanos dos detentos, meras garantias no plano legal, alheio a qualquer implementação no plano prático punitivo/ressocializador.

---

<sup>67</sup> Resolução 113/2010 – Conselho Nacional de Justiça: considerando a necessidade de uniformizar procedimentos relativos à execução da pena privativa de liberdade e de medida de segurança, no âmbito dos Tribunais: Considerando que o CNJ integra o Sistema de Informações Penitenciárias – INFOPEN, do Ministério da Justiça, o que dispensa a manutenção de sistema próprio de controle da população carcerária; Considerando que compete ao juiz da execução penal emitir atestado de pena a cumprir, conforme o disposto no inciso X do artigo 66, da Lei 7.210/1984, com as modificações introduzidas pela lei 10.713/2003; Considerando a necessidade de consolidar normas do CNJ em relação à execução da pena privativa de liberdade e de medida de segurança; Considerando o deliberado pelo plenário do Conselho Nacional de Justiça na 103ª Sessão Ordinária, realizada em 20 de abril de 2010, nos autos do ato 0002698-57.2010.2.00.0000; Considerando o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na 103ª Sessão Ordinária realizada em 20 de abril de 2010, resolve.

### 2.3 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUAS FALHAS OPERACIONAIS: O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO CIDADÃ

Antes de traçarmos linhas de raciocínio específico com relação ao efetivo balizamento entre o dever/direito de punir estatal e a dignidade do condenado em respeito aos postulados fundamentais não alcançados pela sentença penal condenatória, cumpre ressaltarmos as formas de cumprimento de pena privativa de liberdade atualmente vigente e suas graves falhas operacionais.

Adotando o Brasil o sistema progressivo de cumprimento de pena a depender da gravidade em concreto do crime, bem como as circunstâncias pessoais disciplinados no artigo 59, do Código Penal, é possível, com base nesses elementos, além da pena fixada na sentença penal condenatória, o início do cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto, com progressão do regime mais gravoso ao menos gravoso, bem como a regressão de regime de cumprimento em razão de eventual falta praticada pelo condenado, ou mesmo a imposição de nova pena que permita tal regressão. Assim, o Código Penal, a partir dos artigos 33 e seguintes, bem como a Lei de Execução Penal, a partir dos artigos 88 e seguintes, disciplinam os regimes de cumprimento de pena, bem como traçam linhas gerais sobre a infraestrutura básica de cada local destinado ao cumprimento de pena.

Adotou-se o sistema progressivo de regime de cumprimento de pena que, para tanto, além da análise das circunstâncias judiciais inerentes ao infrator, conduta social, bons antecedentes, maus antecedentes, reincidência (circunstâncias de ordem subjetiva), deverá ser levado em conta a pena em concreto fixada após a análise da dosimetria da pena nas três fases de análise quantitativa das circunstâncias judiciais para fixação da pena (pena base, agravantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena); após essa análise será fixado o regime de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, do Código Penal, podendo, em tese, o infrator a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos de reclusão ou detenção iniciar o início de cumprimento da pena em regime aberto; o condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto e ao

condenado a pena privativa de liberdade superior a oito anos iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.<sup>68</sup>

Nesse sentido, o professor Guilherme de Souza Nucci se manifesta:

Regime progressivo de cumprimento de pena: como parte da individualização executória da pena, deve haver progressão de regime, forma e incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado. Nos termos do art. 112, da Lei de Execução Penal 'a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência pra regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerária comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitada as normas que vedam a progressão'<sup>69</sup>

Atente-se ainda que o sistema progressivo, o salto de regime mais grave para regime mais ameno, ocorre após a análise de circunstâncias de caráter subjetivo, tais como boa conduta carcerária e exame criminológico, a depender da gravidade do crime, bem como a análise quantitativa objetiva do cumprimento de certo tempo de pena, 1/6 de pena para os crimes comuns e 2/5 de pena para os delitos de natureza hedionda ou equiparados, aumentando ainda a quantificação aos condenados reincidentes (3/5).

No que se refere ao regime fechado de cumprimento de pena mais gravoso, direcionado aos crimes de alto potencial ofensivo (ex: homicídio, artigo 121, CP, roubo seguido de morte, artigo 157, §3º, do CP), tanto o Código Penal, quanto a Lei de Execuções Penais, trataram de indicar e regulamentar de forma basilar a infraestrutura e o local adequado a tal regime de cumprimento de pena, buscando, de um lado, a punição do infrator e, de outro, o respeito à mínima dignidade do cidadão atrelado a ressocialização. Assim, o Código Penal a

---

<sup>68</sup> Cf. Código Penal Brasileiro, art. 33: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

<sup>69</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 326.

partir da seção I, “das penas privativas de liberdades”, dispõe que o regime fechado é considerado aquele estabelecimento prisional, com segurança máxima ou média, a depender da periculosidade social do condenado; e mais, atendendo os critérios relacionados à separação dos presos visando uma ressocialização e evitando-se contatos ou uma “mistura” de presos de alta periculosidade com os de baixa periculosidade, bem como aqueles presos primários dos reincidentes, o exame criminológico assim é exigido.<sup>70</sup>

Anote-se que mesmo no regime fechado de cumprimento de pena, o trabalho no interior do presídio assim é admitido; o que não se admite é o trabalho forçado, pena esta abolida e vedada constitucionalmente de nosso ordenamento. É de se ressaltar ainda que a Lei de Execução Penal trouxe numa clara visão de respeito à dignidade do infrator, a previsão de cela individual ao condenado que cumpre pena em regime fechado e a observância e o respeito pelo poder público da mínima salubridade, visando o respeito ao cidadão. E mais, ainda é indispensável na infraestrutura básica de presídios femininos creche para as crianças de 6 meses a sete anos de idade, cuja mãe esteja cumprindo pena, bem como a necessidade de que as penitenciárias masculina ou feminina sejam construídas em locais que permitam e não dificultem a visitação, como forma de respeito humanitário e ressocialização.

Já o regime de cumprimento de pena semiaberto, mais brando e sem tamanha fiscalização e rigor do sistema fechado, é aquele em que o apenado cumprirá sua pena em colônia agrícola ou industrial ou, na falta, em estabelecimento prisional similar, possibilitando o trabalho externo durante o dia e o recolhimento ao presídio durante o repouso noturno, bem como a possibilidade de frequência em escolas ou cursos profissionalizantes. Ressalta-se a possibilidade de alojamento coletivo para este regime de cumprimento de pena.

Por fim, tem-se o regime aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade, fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do apenado, que permanecerá na rua trabalhando, estudando durante todo o período diurno ou exercendo qualquer atividade lícita, se recolhendo durante o período noturno em casa de albergado, bem como aos finais de semana; local próprio ao cumprimento de pena em regime aberto, separado dos demais estabelecimentos prisionais, caracterizado pela ausência de obstáculos contra a fuga. Anote-se

---

<sup>70</sup> Artigo 34 do Código Penal Brasileiro: O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

que em razão da ausência de estabelecimentos adequados (casa de albergado), ao cumprimento da pena em regime aberto, os tribunais e os juízes de primeiro grau, até mesmo com manifestação favorável do Ministério Público, sabedores da crise do sistema carcerário e do desrespeito à dignidade do cidadão, se manifestam e autorizam o cumprimento de pena em regime aberto, mediante prisão domiciliar, ou seja, o apenado ficará solto, trabalhando, frequentando cursos, ou qualquer outra atividade lícita durante o período diurno e durante a noite, a partir de determinada hora fixada pelo juiz e aos finais de semana permanecerá em sua residência, mediante eventual fiscalização da polícia civil ou militar, além do senso de responsabilidade do infrator.

Nesse ponto, a título de curiosidade e esclarecimento ao leitor não operador do direito, é interessante ressaltar que o famoso Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), tipificado no artigo 52, da Lei de Execução Penal<sup>71</sup>, apesar da terminologia, não se trata de regime de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto), trata-se da mais drástica sanção disciplinar prevista no ordenamento jurídico, restringindo ainda mais a já limitada liberdade de locomoção do preso, com duração predeterminada, isolamento celular, número restrito de visitas, apenas 2 horas de “banho de sol”, por dia. Em síntese trata-se de sanção disciplinar disposta no artigo 53, da Lei de execução penal e não de regime de cumprimento de pena, apesar de a nomenclatura poder indicar uma interpretação diversa.<sup>72</sup>

O regime disciplinar diferenciado foi concedido para atender às necessidades de maior segurança nos estabelecimentos penais e de defesa da ordem pública contra criminosos que, por serem líderes ou integrantes de facções criminosas, são responsáveis por constantes rebeliões e fugas ou permanecem, mesmo encarcerados, comandando ou participando de quadrilhas ou organizações criminosas atuantes no interior do sistema prisional e no meio social. Inicialmente regulamentado em nível estadual era disciplinado no Estado de São Paulo pela resolução da secretaria de

---

<sup>71</sup> Lei de execução penal, Art. 52: A prática de fato prevista como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

<sup>72</sup> Lei de Artigo 53 da Lei de Execuções Penais: Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Administração penitenciária n. 26 de 4.5.2001. A medida Provisória 28, de 4.4.2002, que previa, no art. 2º a sua aplicação exclusivamente como sanção disciplinar na hipótese prática, pelo preso ou condenado, de fato previsto como crime doloso, foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Pela lei n. 10.792, de 1º-12-2003, foi instituído o regime disciplinar diferenciado, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.<sup>73</sup>

Em síntese, verifica-se uma plena integração legal no plano abstrato da questão punitiva e ressocializadora do condenado nos três regimes de cumprimento de pena, garantindo condições mínimas de respeito à integridade física, moral e psicológica do condenado que não lhe tem suplantado qualquer direito fundamental, com exceção aos alcançados pela sentença penal condenatória já transitada em julgado. Entretanto, apesar de tal proteção, já mencionada, de respeito ao cidadão infrator e minimização dos efeitos do cumprimento de pena, dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça por meio dos mutirões carcerários realizados em diversos Estado da Federação, apontam uma grave falha estrutural relacionada à quantidade adequada de vagas disponíveis nos três regimes de cumprimento de pena, além do baixo investimento estatal em políticas carcerárias que não permitem o efetivo respeito ao cumprimento legal que deveria ser observado, mesmo em situações basilares de uma simples emissão e comunicação ao preso de sua situação carcerária.

A legislação ordinária segue os passos dados pelo texto constitucional. Confira-se: art. 38 do Código Penal: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”; art. 3º da Lei de execução Penal: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”; art. 40 da mesma lei: “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento de pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito a integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto<sup>74</sup>

<sup>73</sup> MIRABETE, Julio Fabbini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 149.

<sup>74</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 942.

Segundo o relatório do Mutirão Carcerário Local – Guarulhos, realizado no ano de 2014, informado pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda sob a presidência do Ministro Joaquim Barbosa, além de todo o déficit estrutural prisional que impregna o Brasil de forma geral, se evidenciou uma má-gestão do próprio poder judiciário (execuções de responsabilidade da comarca de Guarulhos), ao indicar a inexistência de controle das fases, números e movimentação das execuções penais, completa ausência de espaço físico e mais, uma inércia jurisdicional no sentido em que o magistrado aguarda eventual manifestação das partes para que tome providências, fatos que geram um grande atraso nas progressões de regime e, até mesmo, extinção das penas.<sup>75</sup>

O primeiro mutirão realizado no Estado de São Paulo concedeu a liberdade a 400 detentos que já tinham cumprido pena e por total desmazelo estatal, injustamente ainda se encontravam dentro do sistema carcerário. Além disso, as inspeções realizadas em cerca de 160 estabelecimentos prisionais indicou a evidente superlotação, além de condições irregulares de salubridade, falta de higienização, alimentos mal conservados nas celas, proliferações de insetos, tais como baratas e ratos. Indicou uma superlotação não somente das penitenciárias, mas, também, dos Centros de Detenção Provisórios, que somaram, em alguns casos, uma média de três vezes mais detentos do que sua capacidade, razão pela qual é evidente a ausência de implementação e cumprimento dos mandamentos legais relacionados a execução penal conforme acima mencionado, numa nítida ausência e esquecimento estatal humanitária dos detentos – cidadãos ainda detentores de direitos na órbita fundamental; tratam-se de cidadãos alheios a qualquer implementação e respeito à sua condição de ser humano.<sup>76</sup>

É importante ressaltar que, em todos os Estados da federação existem grandes problemas estruturais, orçamentários e administrativos que maculam o efetivo respeito à dignidade do infrator e acarretam a total ausência de reintegração e respeito ao condenado. Tanto se nota tal desrespeito que, já em 2011, dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça, através de sua agência de notícias, dá conta de um total de 300 presos que deveriam estar no regime semiaberto de cumprimento, já autorizado judicialmente, ainda aguardavam

---

<sup>75</sup> MUTIRÃO Guarulhos, São Paulo. **Relatório geral. Brasília março de 2014.** Portal CNJ de notícias. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/imagens/programa/mutirao-carcerario/relatorio/relatorio\\_guarulhos\\_01042014PDF](http://www.cnj.jus.br/imagens/programa/mutirao-carcerario/relatorio/relatorio_guarulhos_01042014PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>76</sup> MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Mutirão carcerário do CNJ libera 2,3 mil pessoas em São Paulo.** Brasília, 19 de dezembro de 2011. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

eventual vaga em estabelecimentos adequados para tal regime de cumprimento, ficando, dessa forma, totalmente prejudicada qualquer possibilidade de reintegração e progressão da execução penal; fatos que, atrelados aos demais problemas carcerários já indicados, desprestigiam o ser humano, o tornando simples objeto da conveniência estatal.<sup>77</sup>

Por fim, demonstrando a total omissão estatal, bem como a ausência de implementação de políticas basilares da execução penal, bem como o desrespeito e o descrédito do Estado com relação ao ser humano, na sua essência, mesmo que na condição de apenado, já em 2010, dados obtidos no Conselho Nacional de Justiça, indicavam a necessidade da criação de mais de 396 estabelecimentos prisionais para se adequar a população carcerária daquela época, fato que se conclui, sem maiores indagações e justificações, a completa ausência de possibilidade real e efetiva de respeito à dignidade do infrator, bem como a ausência da efetiva ressocialização, um dos pilares de sustentação da execução penal Brasileira.<sup>78</sup>

#### 2.4 TRATADOS INTERNACIONAIS E A DIGNIDADE DA COLETIVIDADE CARCERÁRIA

Verificado a análise Constitucional da proteção ao infrator e a evidente preocupação do legislador constituinte pela proteção da dignidade moral e física durante o tempo de cumprimento de pena, ou mesmo durante a prisão cautelar, é importante mencionar alguns dos principais tratados internacionais ratificados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico, quer com *status* de emenda Constitucional, quer com hierarquia supralegal<sup>79</sup> e seus principais enfoques humanísticos na questão de concreção dos direitos fundamentais e a dignidade do infrator.

---

<sup>77</sup> VASCONCELOS, Jorge. **Presídio de Porto Alegre tem 300 detentos que deveriam estar no regime semiaberto**. Agência CNJ de notícias. Brasília 15 de março de 2011. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 11 dez. 2014.

<sup>78</sup> NASCIMENTO, Beneti. **Brasil precisa de mais 396 prisões para abrigar todos os detentos**. Agência CNJ de notícias. Brasília, 28 de dezembro de 2010. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 11 dez. 2014.

<sup>79</sup> BRASIL. STF, RE n. 466.343, Min Rel. Cesar Peluso, j.3.12.2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2015

É importante mencionar no aspecto hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos que estes podem ser incluídos no ordenamento jurídico com *status* de emenda Constitucional, uma vez observado a forma procedimental indicada no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, incluído pela emenda Constitucional 45/2004, denominada de reforma do judiciário, ostentando um caráter formal e material legal.<sup>80</sup> Entretanto, uma vez não recepcionado da forma procedimental acima mencionada, segundo o professor Gilmar Mendes, eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, não se pode considerar tratados internacionais sobre direitos humanos com *status* de norma Constitucional, mas também não estão na mesma linha hierárquica de lei ordinária, razão pela qual conferiu em seu voto nos autos do RE n. 466.343, status supralegal aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil de forma diversa do procedimento indicado no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Ainda, visando uma melhor compreensão do *status* dos tratados internacionais, é importante registrar a posição do professor Luiz Flávio Gomes, ao indicar o status de direito Constitucional para os tratados de direitos humanos, ante a sistemática do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, estando tais tratados materialmente em consonância com a Constituição e como norma constitucional fosse, bastando apenas sua atribuição de caráter formal nos termos do parágrafo terceiro acima mencionado. Ora, sendo parte o Brasil de normas e tratados internacionais de direitos humanos seu status constitucional de norma material já lhe é garantido, bastando eventual incorporação formal para lhe ser conferido o caráter de emenda constitucional.

A respeito do tema, temos:

Tendo em vista o que acaba de ser exposto podemos afirmar que os tratados de direitos humanos se incorporam no Direito interno brasileiro: a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º,§3º), ou b) como direito supralegal (Voto Ministro Gilmar Mendes), ou c) como direito constitucional (nossa posição) [...].

Com base nesse ultimo dispositivo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogado por lei ordinária posterior.

E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluam” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerado como se escritos na

---

<sup>80</sup> LEE, Elizabeth Holler. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br)>. Acesso em: 10 out. 2015.

Constituição estivessem. É dizer que os direitos e garantias expressos no texto Constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

Para nós, a cláusula aberta do §2º, do art 5º, da Carta de 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.<sup>81</sup>

Um dos mais importantes tratados internacionais que de fato indicam a proteção à dignidade moral do infrator, datado de 1969, denominado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente conhecido por nós como “*Pacto de San José da Costa Rica*”, reconhecido pelo Brasil e incorporado em nossa legislação pelo decreto 678/1992, pelo então presidente Itamar Franco e conforme já mencionamos em tópicos superiores, ostentando uma hierarquia supralegal, inferior a emenda Constitucional, por não ter sido recepcionado da forma procedimental indicada no §3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, tratou logo em seu artigo primeiro de consagrar a igualdade entre os seres e, logo em seu artigo 4º e 5º<sup>82</sup> traçou importantes direitos aos presos definitivo e/ou condenado, numa visão humanística de proteção à dignidade.

Vedou a pena de morte para aqueles países que aderissem referido pacto internacional, além de prever a impossibilidade de retrocesso, ou seja, aqueles países que haviam abolido referida abominação punitiva estatal não poderiam, após a aderência a tal documento internacional, retroagir de forma a novamente legalizar a pena de morte. E mais, dada a importância do tema, tratou ainda de “regulamentar” a pena de morte para aqueles países que a admitem, sendo possível apenas para aqueles delitos considerados mais graves,

<sup>81</sup> GOMES, Luiz Flavio. **O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal**. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br](http://www.egov.ufsc.br)>. Acesso em: 26 nov. 2015.

<sup>82</sup> Cf. Pacto de San José da Costa Rica Artigo 4º: Direito a vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente; 2. Nos países que ainda não aboliram a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabelece tal pena, promulgada antes de haver sido o delito cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

Artigo 5º Pacto de San José da Costa Rica: Direito a integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem o direito que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. 4. Os processados devem ficar separados dos demais condenados, salvo em circunstâncias excepcionais e ser submetido a tratamento adequado à sua condição de pessoa não condenada.

após a sentença final do tribunal competente; e mesmo nestas circunstâncias ao menor de dezoito anos, ao maior de setenta anos e a gestante, lhes seriam vedada a punição com a pena de morte. Por óbvio, a gestante durante a gestação não poderia lhe ser imposta tal punição, tendo em vista as acepções referentes à intranscendência da pena indicada no próprio pacto em seu artigo 5º, 3. Tratou tal documento internacional de deixar clara a proteção à integridade física, moral e psíquica do preso, além da proibição de penas aflitivas ou de qualquer meio torturoso; nítida proteção em concreto aos direitos fundamentais relacionados à dignidade do ser humano.

A Convenção Internacional Contra a Tortura e outros tratamentos degradantes, recepcionadas pelo Brasil através do decreto 40 de 1991, que indicou a plena ilegalidade de qualquer tratamento degradante, desumano, cruel ou mesmo a utilização da tortura para fins de se obter informações, trouxe em seu artigo primeiro<sup>83</sup> o conceito de tortura, bem como em seu artigo décimo sexto, <sup>84</sup>a proibição de tratamento ou pena cruel aquele acusado da prática criminosa, quer o preso provisório, quer o preso definitivo.

Por fim, tendo em vista que o objetivo aqui é traçar linhas de proteção à dignidade do infrator frente ao panorama Constitucional e Infraconstitucional, de forma pontual em seus principais assuntos e seus principais elementos no plano nacional e internacional, é importante indicar a aderência do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma, por meio do decreto 4.388/2012, aprovado pelo decreto legislativo do Congresso Nacional 112/2002; anote-se ainda pela inclusão do §4ª, ao artigo 5º, da Constituição Federal através da emenda Constitucional 45 que indicou pela submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional,

---

<sup>83</sup> Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

<sup>84</sup> 1. Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos Artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. 2. Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos de qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se refira à extradição ou expulsão. BRASIL. Decreto 40 de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2015.

entendido esse como órgão de jurisdição suplementar para análise e julgamento de crimes de maior gravidade, tais como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, todos estes imprescritíveis, com a possibilidade de penas de caráter perpétuo, com a entrega do condenado para o cumprimento de pena em país diverso do seu país de origem. Entretanto, o que se pretende demonstrar é que apesar da toda o rigoroso procedimento investigatório e judicial internacional do Tribunal Penal Internacional de forma suplementar à jurisdição interna, não deixou o referido Estatuto de consagrar em seu Capítulo V – inquérito e procedimento criminal, artigo 55, 1, “b” e “c”, a proteção a dignidade do ser humano e a vedação contra tratamentos degradantes, ou tratamentos cruéis, em evidente observância aos ditames humanísticos; independente da gravidade dos atos praticados em desfavor da humanidade, aquele indivíduo não perde sua essência de ser humano e, mesmo que minimamente, sua dignidade deverá ser preservada<sup>85</sup>.

A respeito do Tribunal Penal Internacional, temos:

Como foi salientado nesta obra, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, vai-se firmando hoje, na doutrina e na jurisprudência, o princípio da prevalência da regra mais favorável à dignidade humana dos sujeitos de direito, quer se trate da vítima, quer se trate do sujeito violador da norma. Ora, no caso dos crimes de que trata o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, é indisputável que a vítima é a própria humanidade, considerado em seu conjunto como sujeito de direitos. Em tais condições, salvo na hipótese de manifesto excesso normativo, não se pode deixar que o interesse da humanidade sobrepuja, em regra, o da pessoa ou pessoas que comparecem perante o Tribunal Penal Internacional na condição de indiciadas ou acusadas.

O exame atento das disposições constitucionais brasileiras que parecem conflitar com o Estatuto, como bem salientaram as autoridades acima citadas, leva à conclusão de que aquelas normas internacionais não de ser aplicadas no Brasil.<sup>86</sup>

A título de proteção ao condenado na esfera internacional, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos de 1955, adotada pelo primeiro congresso das Nações Unidas sobre a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes. Tais regras, consideradas mais como uma orientação de como deverá seguir os sistemas penitenciários dos países, numa clara proteção a dignidade da pessoa humana, atentando-se ainda as variações em razão das peculiaridades culturais, teológicas e sociais de cada Estado, traz em suas disposições, um

---

<sup>85</sup> Tribunal Penal Internacional – Estatuto de Roma, Art. 55: 1. No decurso de inquérito aberto nos termos do presente estatuto: a) nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpado; b) nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coação, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. COMPARATO, 2013, p. 513.

<sup>86</sup> Ibid., p. 484.

emaranhado de situações relacionadas à infraestrutura do sistema prisional, salubridade, higiene, educação, convívio social e convívio interno dos presos com os agentes.

Tal documento/orientação internacional é dividido em duas partes: a primeira, parte geral, relacionada à administração geral do sistema carcerário, quer para os presos provisórios, quer para os presos definitivos ou presos civis; anote-se, neste ponto, que tais regras não são aplicáveis aos jovens, que, numa interpretação nacional, entenda-se criança aquele com até doze anos incompletos e adolescentes com doze anos completos e idade inferior a dezoito anos.<sup>87</sup>

Previu, dentre outras questões humanitárias e políticas de reinserção social, a vedação a qualquer discriminação, a separação dos presos em razão do sexo e da idade, bem como a orientação de que cada preso deveria ocupar uma cela independente das demais ocupada, no máximo e em situações excepcionais por dois detentos, visando sempre uma melhor punição e reintegração social do condenado. Por fim, em suas disposições especiais, traz a previsão de regras relacionadas a cada espécie de prisão:

Conforme especifica nas considerações preliminares, as normas mínimas de tratamento de reclusos devem ser observadas de forma relativa, tendo em conta a grande variedade das condições legais, sociais, econômicas, e geográficas do mundo. Porém, deve servir como estímulo de esforços constantes para ultrapassar as dificuldades práticas em sua aplicação. Além disso, o que se pretende é o estabelecimento de princípios básicos de uma boa organização penitenciária e as práticas relativas ao tratamento dos reclusos.<sup>88</sup>

Estes são os principais textos internacionais que de forma ou outra constam em seu bojo com a proteção a dignidade do infrator, independente da gravidade do delito por ele cometido, bem como independente da repercussão dos fatos, não perdendo a qualidade de ser humano em nenhum momento investigatório, processual ou de execução penal.

---

<sup>87</sup> Cf. Regras mínimas para tratamento dos reclusos de 1955 – ONU, art. 5, 1: Estas regras não tem como objetivo enquadrar a organização dos estabelecimentos para jovens delinquentes (estabelecimentos Brostal, instituições de reeducação, etc.). Contudo e na generalidade, deve considerar-se que a primeira parte destas regras mínimas também se aplica a esses estabelecimentos; 2- A categoria de jovem recluso deve, em qualquer caso, incluir os menores que dependem da jurisdição dos Tribunais dos Menores. Como norma geral, não se deveriam condenar os jovens delinquentes a pena de prisão.

<sup>88</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 276.

## 2.5 O RESPEITO À CONCEPÇÃO DE CIDADÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS

Após a análise pontual dos principais textos internacionais bem como a análise da previsão Constitucional de proteção a dignidade do infrator frente a execução penal atrelada a regulamentação ordinária, ou por meio de portarias e resoluções dos órgãos responsáveis pela fiscalização e implementação de políticas públicas carcerárias de garantia e respeito ao preso no aspecto de sua condição humana, razoável se faz a pontuação de situações que evidenciam a garantia de ser assegurado aos detentos condições razoáveis de respeito a integridade física, moral e de respeito aos direitos fundamentais não alcançados pela sentença penal condenatória, em respeito ao cidadão infrator da norma regulamentadora de conduta.

As normas de direitos fundamentais relacionadas à execução da pena e a proteção dos direitos fundamentais inerentes ao condenado tem aplicação limitada, ou seja, dependem de regulamentação da legislação ordinária, fato que efetivamente pode ser observado, conforme a legislação infraconstitucional acima apresentada e as inúmeras resoluções e recomendações tendentes a garantir a eficácia da aplicação dos direitos fundamentais básicos assegurados ao preso definitivo, provisório, militar e civil.

Desse modo, a preocupação legislativa mandamental, internacional ou infraconstitucional se preocupa diuturnamente em assegurar e garantir a mínima dignidade durante o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil, garantindo e assegurando de forma repetitiva em diversos textos, a garantia e a tutela dos direitos fundamentais que não são “suspensos”, em sede de sentença penal condenatória definitiva.

Ora, fixada a sentença de privação de liberdade, por óbvio, o direito fundamental de “ir e vir”, mesmo que durante certo período de cumprimento de pena estará relativizado e “suspenso”; do mesmo modo, questões relacionadas à inviolabilidade domiciliar da cela que o condenado cumpre pena, suspensão dos direitos políticos<sup>89</sup>, dentre outros, não gozarão de integral aplicação, por serem incompatíveis com a decisão penal condenatória. Entretanto, a preocupação doutrinária e jurisprudencial está atrelada a garantia de direitos que não sofrem esta espécie de “suspensão”, interferência em sede de sentença penal condenatória. Sabedor de tais preceitos, o próprio texto Constitucional tratou de prever, logo em seu artigo 5º,

---

<sup>89</sup> BRASIL. CF/88 art. 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se data nos casos de: III. Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

XLVIII e XLIX, formas garantidoras básicas de respeito à integridade física e moral do condenado, ou mesmo preso provisório, ao disciplinar que: “a pena será cumprida em estabelecimento distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, e termina “é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral”<sup>90</sup>.

Logo, em sede Constitucional é possível se afirmar que o respeito a moral física e psicológica do condenado, cidadão detentor de direitos e obrigações, deve ser observado na medida em que, apesar de toda situação vexatória e degradante inerente ao fato do ser humano estar cumprindo pena, deverá ser respeitado, mesmo que minimamente, sua integridade física e psicológica, razão pela qual da necessidade de respeito dos agentes responsáveis pela administração dos presídios, o tratamento nominal dos presos, a total ausência de qualquer castigo físico ou de natureza psicológica, aliado a observância da mínima salubridade no local de cumprimento de pena, com acomodações dignas, apropriadas, com ventilação, e materiais sanitários de higiene pessoal e limpeza em geral que tornem o local minimamente digno a convivência humana por determinado período de tempo fixado em sede de sentença penal condenatória.

A Constituição Federal, ao proclamar o respeito a integridade física e moral dos presos, em que pese à natureza das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas de liberdade, consagra a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos a pessoa livre, com exceção, obviamente, daqueles incompatíveis com a condição peculiar de preso, tais como liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, XI), exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III). Porém, o preso continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, por exemplo, a integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), entre inúmeros outros, e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana, pois, como muito bem lembrado pelo Ministro Gernicchiario, “o conceito e o processo de execução, de modo algum, podem arranhar a dignidade do homem, garantida contra qualquer ofensa física ou moral. Lei que contrariasse esse estado, indiscutivelmente seria inconstitucional.”<sup>91</sup>

Assim, resta claro que, aqueles direitos fundamentais que não sofreram interferência óbvia relacionada às disposições da sentença penal condenatória estão e deverão ser assegurados aos presos, visando o respeito à dignidade do infrator. O respeito à integridade física e moral, com condições dignas de salubridade e mínima higiene dos

---

<sup>90</sup> BRASIL. CF/88, art. 5º, XLVIII e XLIX: a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. É assegurado ao preso o respeito a integridade física e moral.

<sup>91</sup> MORAES, 2011, p. 274.

estabelecimentos carcerários com a concessão de materiais de higiene pessoal, ventilação, banho, convivência com os demais detentos, roupa digna e local em condições sanitárias mínimas a conceder e a respeitar a dignidade do ser humano em seu aspecto principal.

A própria convivência e contato com seus familiares por meio de cartas ou de regulares e periódicas visitas são mecanismos de se assegurar a eficácia dos valores fundamentais basilares, atrelado ao pilar executório criminal de reinserção social do apenado.<sup>92</sup> Anote-se a posição do Supremo Tribunal Federal em acatar o pedido de transferência de preso de um estabelecimento prisional para outro localizado em um outro Estado da Federação, visando a assistência familiar, numa interpretação humanística da pena de prisão.

E mais, ausente qualquer restrição aos Direitos Fundamentais não alcançados pela sentença penal condenatória, o Estado deve promover mecanismos a garantir o exercício e o reconhecimento de tais direitos, tais como o direito a voto, exercício da cidadania, por parte do preso provisório. Ora, o artigo 15, da Constituição Federal indica que os direitos políticos serão suspensos tão-somente após a sentença condenatória com trânsito em julgado, logo, o direito a voto do preso provisório que, por certo, ainda não teve seus direitos políticos cassados, lhe é assegurando, devendo o poder público, responsável pela administração dos presídios, buscar mecanismos gerenciais no sentido de garantir e assegurar a implementação de tal direito fundamental e indispensável ao reconhecimento da cidadania.<sup>93</sup>

Por fim, a Constituição, bem como a Lei de Execução Penal, numa clara visão protecionista à criança, no estágio gestacional ou mesmo recém-nascida, atendendo os critérios de pessoa que goza de proteção integral fundamental no que se refere ao seu desenvolvimento com saúde (período gestacional ou pós-parto), conferiu à mãe presa, que cumpre pena em estabelecimento diverso do estabelecimento masculino, a possibilidade de permanência com a criança durante o período de amamentação; sabedor o legislador da importância do aleitamento materno, bem como atrelado a doutrina da integral proteção da

---

<sup>92</sup> Direito ao convívio familiar: Tanto quanto possível, incumbe ao estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionais. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando indispensável assistência pelos familiares. BRASIL. STF, HC 71.179/PR. 2ª Turma. rel Min. Marco Aurélio. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

<sup>93</sup> BRASIL. CF/88, art. 15: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII; IV – improbidade administrativa nos termos do art. 37, §4º.

criança e do adolescente implantada de forma constitucional a partir do artigo 227 e seguintes da CF/88 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90.<sup>94</sup>

Assim, os estabelecimentos carcerários deverão estar equipados com setor emergencial apto a realização de partos, no caso de eventual emergência que não possibilite tempo necessário ao encaminhamento da presa ao hospital mais próximo, contar com berçário, além de ala especial para as mães durante o período de amamentação e convívio inicial para com o recém-nascido. Anote-se ainda a possibilidade para a presa cautelar de ter sua prisão preventiva convertida em prisão domiciliar em razão da gravidez de risco, ou mesmo em situações cuja presa seria indispensável aos cuidados de pessoa menor de seis anos de idade, numa clara indicação da importância da mãe nos primeiros anos e primeiros meses de vida da criança.

Em suma, o que se tem e sempre se deve observar é a plena, concreta e irrefutável existência e não suspensão dos direitos fundamentais não alcançados pela sentença penal condenatória, razão do grande emaranhado legal constitucional e infraconstitucional de proteção e reconhecimento de tais direitos fundamentais, não respeitados no plano concreto por uma total omissão estatal na gerência de políticas públicas relacionadas à execução penal, e a total ausência de implementações de medidas voltadas a punição, aspecto principal penal e a ressocialização a contento do condenado, fator gerador da grave crise social e da constatare volta à delinquência daquele cujo, mesmo por curto período de tempo, integrou os quadros penitenciários brasileiros, elevando os índices nacionais a *status* de país com a terceira maior população carcerária mundial e com baixos níveis da correta ressocialização.

## 2.6 PROJETO COMEÇAR DE NOVO – A REINSERÇÃO PROGRESSIVA DO CIDADÃO NA SOCIEDADE

Seguindo a linha objetivada no presente capítulo e buscando demonstrar a proteção legal relacionada à aplicação e ao cumprimento de pena e o respeito à dignidade do

---

<sup>94</sup> BRASIL. CF/88, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

infrator cidadão frente o panorama Constitucional e infraconstitucional, bem como a análise das principais garantias fundamentais e das pilstras mestras da execução penal, importante tecermos linhas relacionadas ao sistema reintegratório social do condenado, a seus principais aspectos e principais mecanismos como forma de proporcionar o progressivo retorno à convivência social do cidadão, bem como prever mecanismos de que, solto, o condenado não volte a delinquir, respeitando com a reintegração paliativa, preceito executório da execução penal.

O Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal criaram vários mecanismos aptos a permitir a progressiva ressocialização do condenado, em respeito sociedade que novamente terá um indivíduo, na medida da efetivação das políticas públicas, apto ao retorno social, e ao infrator que teve, durante o cumprimento de pena, o respeito por seus direitos fundamentais não restringidos pela sentença penal, lhe sendo proporcionado mecanismo de seu retorno com expectativas além da delinquência ao convívio social.

Anote-se, que o pilar da reintegração social do infrator não objetiva unicamente o condenado, ao contrário do que periodicamente é veiculado nas mais diversas mídias e redes sociais; tem como objetivo proporcionar uma segurança social de modo geral ao reabilitar o infrator para que este, solto, novamente no convívio social, não volte a delinquir e possa, por meios lícitos, ter uma vida digna e plena em sociedade.

Assim, são medidas legalmente previstas de convívio familiar e social aptas a proporcionar uma progressiva reinserção no âmbito familiar e social, além da possibilidade de aprimoramento profissional, mesmo durante o cumprimento de pena.

Em primeiro lugar, com uma visão humanitária e contrária ao isolamento total do condenado aos meios externos, lhe é permitido o contato com seus familiares e colegas por meio de correspondência, além de ser assegurado, dentro do sistema carcerário, meios de informação e leituras através de bibliotecas, possibilitando uma periódica atualização dos infratores dos fatos de maior relevância na sociedade.

Seguindo a mesma linha humanitária de respeito a dignidade do infrator, mesmo no regime fechado, e até diante da imposição de punição administrativa e inclusão do apenado no Regime Disciplinar Diferenciado, lhe é garantido a visita de seus familiares, em dias e horários programados a depender da organização interna de cada estabelecimento prisional, não havendo limitação de idade. Assim, filhos, esposas, netos dentre outros, desde que

cumprida as exigências cadastrais de cada estabelecimento prisional, estão aptos a visitação de seus familiares.

No aspecto progressivo do cumprimento de pena, as progressões de regime mais grave para regimes de cumprimento de penas mais brandas com menor vigilância permitem que, aos poucos, o condenado volte à sociedade, de forma paulatina e controlada; não basta apenas o cumprimento de certa quantidade de pena (requisito objetivo), necessário se faz a demonstração subjetiva de um bom comportamento carcerário atrelado e eventual exigência do exame criminológico que indique a possibilidade de tal medida. É direito do condenado, desde que implementado pelo poder público, a possibilidade de trabalho interno ou externo. Anote-se que o trabalho externo no regime de cumprimento de pena no regime fechado somente será admitido em obras públicas, preceito este não implementado no plano concreto e de maneira eficaz.

Comumente, o efetivo trabalho interno no regime de cumprimento semiaberto, ou externo na construção civil ou outro trabalho, desde que devidamente comprovado e aprovado pelo Juízo da Execução Penal, é tido como um dos mecanismos mais eficientes de reintegração social, possibilitando a convivência social/trabalhador durante todo o dia e a reclusão na legalmente prevista colônia agrícola ou industrial ou qualquer outro estabelecimento similar, autoriza, além do que já mencionado, a possibilidade de ser revertidos os valores auferidos pelo condenado com seu trabalho, visando eventuais indenizações a vítima, pagamento dos custos de seu encarceramento, além de proporcionar mecanismos de auxílio familiar monetário.

Além disso, a frequência a cursos profissionalizantes implementados na ótica penal, frequência a ensino fundamental, ensino médio e até mesmo a depender do grau de interesse e esforço do preso, ensino superior, são fomentados legalmente e incentivados, como forma de reinserção social, tendo como benefício, além do aprendizado, eventual remição da pena, ou seja, por cada período de três dias trabalhados, ou cada período de doze horas de frequência escolar, ter sua pena remida (diminuída), em um dia.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Lei de execução penal, art. 126: O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. § 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. § 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. § 4º O preso impossibilitado, por

As autorizações de saída prevista nos artigos 120 e seguintes da Lei de Execução Penal, erroneamente capituladas na mídia como “indulto”, são possibilidades de saída do estabelecimento prisional, com ou sem vigilância, em razão de questão médicas ou de foro sentimental, adequando e evidenciando-se uma visão humanística de respeito ao condenado, ou mesmo, como forma de benefício aquele que efetivamente se encontra em situação já evoluída de retorno ao convívio social. Podemos citar a permissão de saída do detento, concedido pelo diretor do estabelecimento prisional, de forma humanística e numa visão de respeito à dignidade dos familiares e do próprio condenado acometido de grave doença que necessita de tratamento médico, ou mesmo em razão de falecimento, ou doença grave do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão; trata-se de saída vigiada do estabelecimento prisional, como forma de minorar o sofrimento pelas doenças ou mesmo de respeito ao preso pela perda irreparável de um parente próximo.

Comumente confundida com “indulto”, a saída temporária é a nítida e o expreso reconhecimento da progressão reintegratória do condenado que, em razão de já estar no regime semiaberto de cumprimento de pena, além de cumprir e demonstrar uma boa conduta carcerária, será beneficiado com a possibilidade de estar fora do estabelecimento prisional por certo período de tempo, sem vigilância, buscando o convívio social/familiar, retornando ao estabelecimento prisional no dia pré-determinado<sup>96</sup>; tais benefícios, além de estarem atrelados a questão humanística do ser humano, mostram a visão reintegratória social do condenado.

Por fim, visando implementar a ressocialização do condenado, numa das muitas tentativas do Conselho Nacional de Justiça, ainda sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, através da resolução 96/2009, instituiu o Projeto Começar de Novo, no âmbito do poder judiciário, numa tentativa de minimizar os efeitos desumanos encontrados nos mutirões do sistema carcerário, além de buscar mecanismos de sistematização de ações que visem a reinserção social e familiar do condenado, efetivando as políticas legais já previstas na Lei de

---

acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. § 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. § 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. § 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. § 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

<sup>96</sup> Lei de execução penal, art. 122: Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Execução Penal; trata-se de tentativa de CNJ, atento a grave crise do sistema carcerário brasileiro, de buscar mecanismos e parcerias que permitam ao condenado um efetivo trabalho, estudo, frequência em cursos profissionalizantes dentre outros, visando se adequar a questão humanitária a execução da pena no Brasil em respeito ao ser humano, independente de sua condição de preso, em qualquer um dos regimes de cumprimento de pena.<sup>97</sup> É nítida a visão de reconhecimento das garantias cidadãs de implementação de políticas públicas e mecanismos extraprocessuais de efetivação da ressocialização do cidadão.

Desse modo, entendido a visão humanitária da prisão, além dos direitos legalmente garantidos, bem como questões inerentes a ressocialização do condenado, passaremos a indicação e estudo efetivo do balizamento entre o direito/dever de punir estatal e a dignidade do infrator, baseando o estudo nas primeiras acepções sobre o tema até aqui tratado, para, em fim, buscar a implementação de políticas carcerárias por meio da atuação judicial.

---

<sup>97</sup> Artigo 1 e 2 da resolução 96/2009 do Conselho Nacional de Justiça: 1º Fica instituído o Projeto Começar de Novo no âmbito do poder Judiciário, com o objetivo de promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas; 2º O Projeto Começar de Novo compõe-se de um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho, a ser norteadas pelo Plano do Projeto de anexo a esta resolução.

### **3 IUS PUNIENDI ESTATAL E OS LIMITES GARANTISTAS DE ATUAÇÃO**

Superada as questões iniciais relacionadas à evolução dos direitos fundamentais, ou direitos humanos na órbita internacional, bem como após a análise e compreensão da evolução mundial e nacional da pena de prisão e sua plena proteção no atual sistema garantista Constitucional e infraconstitucional de respeito à dignidade da pessoa humana – cidadão carecedor de respeito quando da execução penal - infrator da norma penal regulamentadora. E, transcorrido os principais aspectos conceituais relacionados aos regimes de cumprimento de pena, suas garantias quando da efetiva execução penal e a ressocialização do apenado ao pleno retorno ao convívio social, cumpre neste tópico pontuarmos o efetivo poder punitivo estatal (*ius puniendi*) e suas principais características.

Anote-se, ainda, que tais garantias até aqui estampadas cumprem embasar, em linhas posteriores, a procedimentalização judicial para garantir o reconhecimento ao cidadão dos direitos inerentes à coletividade carcerária, razão pela qual da evolução até aqui trazida.

Além disso, ante a temática apresentada de limites aos poder punitivo estatal frente o panorama Constitucional, pertinente o enfoque atrelado à omissão estatal quanto à implementação de políticas públicas e a sua total ingerência e má administração. Anote-se ainda pela indicação da responsabilidade social dos meios de comunicação pela equivocada compreensão e transmissão à coletividade do real conceito de direitos fundamentais, cidadania e sua devida observância no sistema carcerário.

### 3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

A evolução social de gerência estatal apta a solucionar conflitos de interesses até ele levados, funcionando de forma a dizer o direito ao caso concreto, de maneira imparcial, isonômica e proporcional aos fatos apresentados, além da possibilidade do próprio Estado, por meio de um órgão específico, buscar a persecução penal em juízo através do direito de ação, visando eventual punição a ser dita, fixada pelo próprio Estado, passou por serias mudanças de paradigmas através dos tempos até chegar ao *status* atual encontrado, conforme abaixo se descreverá de maneira específica e pormenorizada.

Temos num primeiro momento, ainda na idade antiga, a completa ausência de um conceito e uma administração estatal forte, por meio do Estado-Juiz, razão pela qual não se tinha a noção de um poder isento a solucionar os conflitos de natureza civil ou penal que por ventura necessitasse de um provimento a satisfação das partes.

Nesse período, a vingança privada, ou autotutela imperava, cada cidadão que se sentisse lesado, por suas próprias forças e vontades efetivamente “fazia justiça com as próprias mãos”.

Posteriormente, o soberano, imperador da época e responsável total pela gerência do Estado, de forma a tentar minimizar os efeitos e as consequências da autotutela desenfreada chamou para si a responsabilidade pelo julgamento, por efetivamente analisar o caso e buscar soluções e um julgamento, em tese, justo. Entretanto, não havia a efetiva separação das funções, impondo ao imperador ao mesmo tempo legislar, executar e julgar os conflitos até ele levados, por critérios e meios que reputasse válido e adequado ao caso apresentado, primeiras noções que se tem referente ao *ius puniendi* estatal antigo.<sup>98</sup>

A partir desse momento da evolução social/estatal de organização e gerência se identificou a existência de três poderes, três funções distintas concentradas nas mãos e sob a responsabilidade do soberano, o rei, o tirano. Ao mesmo tempo exercia a função legislativa, ao criar e elaborar leis a seu critério e discricionariedade; função judiciária, tendo em vista sua

---

<sup>98</sup> Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares; por isso não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outro o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. CINTRA, A. C de A; GRINOVER, A.P; DINAMARCO, C.R. **Teoria geral do processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29.

responsabilidade para efetivamente trazer uma solução ao caso concreto e por fim aquele conflito; função executiva, de gerência administrativa do estado.

Visão tripartite das funções identificadas por Aristóteles. Numa visão evoluída, aprimorada no aspecto democrático da teoria apresentada por Aristóteles da concentração das três funções executiva, legislativa e judiciária nas mãos do poder soberano, Montesquieu em seu celebre livro “O Espirito das Leis”, trouxe a noção liberal democrática da efetiva tripartição das funções executiva, legislativa e judiciária, em órgãos distintos, harmônicos e independentes entre si, com a completa ausência de concentração das funções nas mãos de um único sujeito, cada qual com sua função típica que lhe era competente.

Com o passar do tempo a teoria adotada por Montesquieu da tripartição dos poderes (tripartição das funções), cada uma independente e harmônica naquela função típica que lhe era peculiar foi abrandada, possibilitando a identificação de funções típicas e atípica de cada um dos poderes, numa espécie de interpenetração dos poderes.<sup>99</sup> Ou seja, além da efetiva função típica de legislar, criar leis, executar, administrar, gerenciar o Estado e de julgar eventuais conflitos de interesse, verificou-se a existência de funções atípicas, tais como a possibilidade de julgamento por parte do Congresso Nacional (função legislativa) do Presidente da República; a edição de súmulas vinculantes por parte do poder judiciário, com nítida atipicidade legislativa, bem como a possibilidade de edição de medidas provisórias, por parte do poder executivo.

Tudo isso no âmbito nacional Brasileiro, em exemplo ao abrandamento e a existência de funções típicas e atípicas à teoria apresentada por Montesquieu; tal tripartição, em síntese, busca a efetiva isonomia e legalidade da democracia, visando um controle pelos poderes (funções), buscando evitar ingerências estatais.

A respeito da função jurídica do estado que é interessante ressaltar, cabe a análise da professora Ada Pellegrini Grinover e outros:

No desempenho de sua função jurídica o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividade, distintas mais intimamente relacionadas.

Com a primeira, que é a legislação, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações: são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas, aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta

---

<sup>99</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p 398.

(desejada ou reprovada), acompanhadas ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em casos de conflitos entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento), e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país<sup>100</sup>.

A partir de tais concepções das funções exercidas pelo Estado, cada qual independente, harmônicas e com nítidas funções típicas e atípicas que lhes são peculiares, pauta a partir de agora ao ponto efetivo de persecução penal, e punição a fatos tidos como ilícito no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, numa visão constitucional, traçar limites a tal poder.

Assim, o *ius puniendi* estatal, aquele entendido como o poder/dever ou dever/poder do Estado de punir a efetiva prática de lesão ao bem jurídico penalmente relevante e tutelado, tem como fundamento principal a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, após análise probatória e a efetiva conclusão da existência de um fato típico e antijurídico descrito em lei. Em síntese, é exercido pelo Estado responsável pela efetiva punição criminal e execução da medida criminal, com base nos limites constitucionais e infraconstitucionais impostos.

Ainda nesse ponto é importante frisar que o *ius puniendi* estatal é caracterizado tanto em seu aspecto objetivo, através da função legislativa, na criação de leis e análise da necessidade social da imposição de pena e regulamentação de determinado comportamento humano, bem como em seu aspecto subjetivo, atuando através da função judiciária, na análise do caso concreto e da necessidade, após análise probatória, da punição em razão da prática de uma infração penal previamente prevista em lei (princípio da legalidade e anterioridade da lei penal). Entenda-se infração penal a expressão utilizada de forma geral para identificar crimes e contravenções penais.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> CINTRA, A. C. de A; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

<sup>101</sup> Entre nós, doutrinariamente, o termo “infração” é genérico, abrangendo os “crimes” ou “delitos” e as “contravenções penais”. Pode ser empregado o termo delito ou crime. O CP usa a expressão “infração”, “crime” e “contravenção”, aquela abrangendo estes. O CPP emprega o termo “infração” em sentido genérico, abrangendo os crimes (ou delitos), e as contravenções. JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal – vol. 1, parte geral**. 22ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150.

Registra-se neste ponto que o Estado-Juiz detém a competência única e exclusiva para aplicação da pena, exercício do poder/dever de punir (*ius puniendi*), não podendo delegá-lo ou transferi-lo a terceiros, salvo questionável recepção Constitucional do artigo 57, da Lei 6001/73 – Estatuto do Índio, que tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra seus membros.<sup>102</sup>

Dúvidas neste aspecto podem surgir com relação às denominadas ações penais privadas, ou ações penais subsidiárias da pública. No caso, não se confere ao particular, por intermédio de seu defensor, a competência para a punição, lhe é atribuído capacidade postulatória; direito de ação – ajuizamento da competente ação penal. Autoriza-se o particular a postular eventual punição que será aplicada e de responsabilidade exclusiva do Estado. Nesse sentido, o professor Renato Marcão esclarece que: “as denominadas ações privadas, o Estado apenas outorga ao particular a legitimidade para o ajuizamento da ação. Defere-se o *jus persequendi in judicio* (direito de ajuizar ação, pedir instauração e pedir processo), jamais *jus puniendi* (dever-punir)”<sup>103</sup>.

Numa visão geral do funcionamento do judiciário penal brasileiro temos o Estado-Juiz, responsável pelo julgamento das ações que lhe forem propostas, visando a aplicação de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e ou multa. Por outro lado, o órgão Estatal, Ministério Público, titular da ação penal<sup>104</sup>, com capacidade postulatória, através do direito de ação a “pedir” uma providência judicial penal (punição) e, ao mesmo tempo, o próprio particular, através de queixa-crime, através da ação penal privada, se valendo de tal direito, postulando uma providência judicial-estatal punitiva; ficando certa a exclusividade estatal pela aplicação e execução penal Brasileira.

---

<sup>102</sup> Estatuto do Índio. Lei 6001/73 – art. 57: Será tolerada a aplicação, pelos próprios grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibindo em qualquer caso a pena de morte. BRASIL. Lei n. 6001/1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>103</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50.

<sup>104</sup> BRASIL. CF/88, art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: I. promover privativamente a ação penal na forma da lei; II. Zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III. Promover o inquérito civil e a ação civil publica, para a proteção do patrimônio público, social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

### 3.2 QUESTÕES PRINCIPIOLÓGICAS E A ATUAÇÃO PUNITIVA

Superada questões evolutivas do direito/dever de punir estatal, sua exclusividade pela aplicação no aspecto objetivo e subjetivo, bem como sua conceituação, nos pautemos a análise dos princípios constitucionais e infraconstitucionais impregnados na essência punitiva estatal, numa visão garantista democrática constitucional de respeito à Dignidade da Pessoa Humana<sup>105</sup>, e, num momento posterior, indicar os limites constitucionais ao poder/dever de punir estatal, num balizamento entre as garantias legais existentes e as omissões e mazelas gerenciais administrativas impregnadas e arraigadas no sistema penal de cumprimento de pena Brasileiro.

No atual texto Constitucional, se evidencia uma nítida e concreta proteção à dignidade da pessoa humana – cidadão detentor de direitos assegurados pelo Estado, já indicado em seu artigo 1º, III, da carta mãe, ao prever e garantir como um de seus princípios fundamentais: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamento: III – a dignidade da pessoa humana”<sup>106</sup>. Tal proteção, conforme já declinado nos aspectos históricos acima apresentados, teve seu efetivo reconhecimento de forma expressa a partir da Revolução Francesa, em especial com a Declaração do Homem e do Cidadão, prevendo uma visão garantista-humanitária, visando à proteção da dignidade, quer no aspecto civil, quer em especial no aspecto processual penal de respeito ao infrator. A respeito da dignidade da pessoa humana o professor Ingo Wolfgang se manifesta:

Temos por dignidade da pessoa a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e

<sup>105</sup> No sistema da natureza do homem (*homo phaenomenon, animal rationale*) é um ser de menor importância e possui com os outros animais, enquanto produtos da terra, um valor vulgar (*pretium vulgare*). Mas considerado como pessoa, quer dizer como sujeito de uma razão moralmente prática, o homem encontra-se acima de qualquer preço; assim, como tal, ele não pode ser considerado unicamente como um meio para os fins dos outros, e nem para os seus próprios, mas sim como um fim em si mesmo, quer dizer que ele possui uma *dignidade* (um valor interno absoluto), através do qual ele obriga o *respeito* de si mesmo por todas as outras criaturas racionais e que lhe permite comparar-se com todas as criaturas da espécie e de se considerar em pé de igualdade. BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.71.

<sup>106</sup> BRSIL. CF/88, art. 1, III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento. III – a dignidade da pessoa humana.

deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>107</sup>

No aspecto conceitual, complementa de forma clara o professor Paulo Hamilton ao discorrer sobre o tema:

Como conceito, a dignidade da pessoa humana está ligada a valores morais intrínsecos do ser humano e se manifesta instantaneamente com a vida, exigindo respeito por parte dos demais. A ideia, há muito ventilada, de que o Estado soberano poderia até violar a dignidade da pessoa humana, está completamente afastada. Seja no Brasil. Por força de seu mais importante fundamento, seja no mundo por força da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos.

Nem se cogite mencionar que os países não signatários estariam afastados de seu cumprimento, porque sem o respeito à dignidade da pessoa humana, a espécie fica fadada a extinção. É um valor tão importante quanto o ar que respiramos e a comida que precisamos para sobreviver [...].

É na citada obra de RIZZATTO que temos a definição do que realmente é dignidade. Explica-nos que a dignidade “é um conceito que foi elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XX repleta de si mesma como valor supremo, construído pela razão jurídica.”<sup>108</sup>

Por fim, é interessante citar importante distinção apresentada pelo professor Affonso Celso entre o princípio da dignidade humana e o princípio da humanidade das penas: “Não se pode confundir o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF/88) com o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII, da CF/88). Apesar da íntima relação entre os princípios, o primeiro tem caráter geral, aplicando-se a todos os ramos do direito, ao passo que o segundo é princípio específico do direito penal”.<sup>109</sup>

Entretanto, para que efetivamente se possa falar em proteção constitucional e limites ao *ius puniendi* estatal, é válido indicar aqui a diferença apontada por Luigi Ferrajoli, da democracia majoritária e democracia Constitucional.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 67.

<sup>108</sup> JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira. **Direitos humanos e cidadania**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145.

<sup>109</sup> FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

Efetivamente, em razão da rigidez das Constituições e a forma complexa para sua alteração, por meio de procedimento próprio, com alto grau de complexidade, além das cláusulas imutáveis relacionadas a direitos fundamentais contidas nos textos constitucionais, passou o doutrinador a fazer essa distinção que, além de democráticos, os Estados evoluíram para Estados Democráticos Constitucionais, em que, as leis, mesmo sendo desejo da maioria, uma vez contrária aos preceitos previstos na Constituição<sup>110</sup> daquele país, poderiam ser excluídas, mediante procedimento próprio de Controle de Constitucionalidade, visando verificar a efetiva observância da norma infraconstitucional com a norma Constitucional, em especial da dignidade da pessoa humana.

Estas são as lições e diferenciações entre o Estado Democrático e o Estado Constitucional Democrático, em que o primeiro, em razão da vontade da maioria, poderia abrir precedentes as leis contrárias e que afetam a dignidade, enquanto o segundo, mesmo pela vontade democrática, existe uma barreira de atuação legislativa em prol e resguardando a dignidade da pessoa humana, em especial, questões atinentes a direito penal e processual penal.

A democracia consistiria essencialmente na onipotência da maioria, ou bem da soberania popular. Dessa premissa seguem uma série de corolários: a desqualificação das regras, e em consequência, da divisão de poderes e das funções de controle e garantia da magistratura e do próprio parlamento; a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso; em resumo, rechaço do sistema de mediações, de limites, de contrapesos e de controles que formam a substância daquilo que constitui, pelo contrário, o que podemos denominar de “democracia constitucional”<sup>111</sup>.

E segue o professor Rogério Greco, citando o referido autor, ainda sobre a essência da democracia constitucional:

A essência do constitucionalismo e do garantismo, quer dizer, daquilo que denomine de ‘democracia constitucional’, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula como consequência uma concepção e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação contra suas violações.

Assim, nesse Estado Constitucional e democrático de direito e que encontraremos o fundamento da validade do *ius puniendi*, bem como suas limitações. É um Estado em que os direitos humanos deverão ser preservados a qualquer custo. Como diz

---

<sup>110</sup> GRECO, 2011, p. 49-51.

<sup>111</sup> Ibid., p. 49.

precisamente Norberto Bobbio, 'o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas'<sup>112</sup>.

O doutrinador Ferrajoli, em síntese de sua teoria garantista constitucional, traça uma série de princípios de natureza Constitucional que tendem ao mesmo tempo conferir, ampliar a liberdade do cidadão frente o poder do Estado e, da mesma forma, minimizar a interferência e o poder Estatal nas liberdades individuais do cidadão, mediante a observância de uma série de postulados constitucionais de proteção e garantia ao cidadão.

Há, na referida teoria apresentada um contraponto entre a liberdade do ser humano e o poder Estatal. Tracemos, com o devido respeito à complexidade desse estudo, seus pontos fulcrais e os principais pilares garantistas que servirão de contraponto à limitação do poder estatal ao tratar dos limites ao *ius puniendi*.

Por garantismo entende-se um modelo normativo de direitos e, na visão penal processual penal Constitucional, um sistema efetivo de limites a atuação punitiva estatal; entenda-se nesse ponto que a teoria do garantismo não se aplica única e exclusivamente ao ramo penal/processual penal, mas sim a todas as cearas do ramo do saber jurídico, tais como direitos sociais, direitos políticos, direitos tributários dentre outros. Entretanto, o foco principal e de maior realce e interferência jurídica é efetivamente no que diz respeito à punição e a liberdade do ser humano<sup>113</sup>.

Há de fato uma oposição entre a liberdade do homem e a sua ampliação frente o Estado e, ao mesmo tempo, uma restrição a maior do poder do Estado, antítese entre liberdade e poder estatal; um contraponto em que se busca a maior liberdade e a menor interferência.

Apesar dessa maior liberdade, é válido ressaltar que tal teoria não defende, tampouco torna possível o ideal abolicionista punitivo. Ele está amparado numa visão de máxima liberdade e mínima interferência que, apesar disso, rechaça os extremos do estado antiliberal, com efetivo abuso do poder punitivo desmedido, sem limites e sem regras pré-

---

<sup>112</sup> GRECO, Rogério, 2011, p. 50

<sup>113</sup> O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação, perante um juiz imparcial, em um processo publico e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. FERRAJOLI, 2014, p. 101.

estabelecidas e claras à sociedade, bem como a efetiva liberdade desenfreada e sem limites a minguada de controle social pelo direito penal.<sup>114</sup>

Assim, visando amparar a teoria garantista de mínima interferência estatal e máxima liberdade individual do cidadão, elencou-se uma série de axiomas, princípios de ordem Constitucional a garantir a efetiva mínima interferência estatal e sua limitação de poder. Em especial, ao se falar em punição Estatal, três blocos garantistas se evidenciam, entre eles, princípios relacionados à pena; princípios relacionados ao delito; princípios relacionados ao processo.

Dez axiomas do garantismo penal: o sistema garantista SG – Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas. [...].

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto.<sup>115</sup>

Princípios, numa visão constitucional, são as vigas mestras de sustentação de todo um sistema, jurídico<sup>116</sup>, social, filosófico dentre outros; é a partir desses postulados principiológicos que toda a construção de um sistema é baseada. Desse modo, a teoria garantista, por se tratar de um conceito, uma construção de modelo normativo de respeito à

<sup>114</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal – parte geral**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 83.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, 2014, p. 91.

<sup>116</sup> Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Melo, princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

dignidade da pessoa humana – cidadão detentor de direitos, também se pauta em postulados basilares relacionados ao direito penal – modelo de direito penal.

A pena, para sua efetiva aplicação necessita da ocorrência em concreto de um fato criminoso, daí a primeira viga de sustentação, “*nulla pena sine crimine*”, ou seja, não há pena, não há imposição de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo multa, sem a efetiva ocorrência de fato tipicamente previsto como infração penal; correspondência lógica ao princípio da retributividade. Além da necessidade de um fato concreto a permitir a punição estatal, o efetivo *ius puniendi*, necessário se faz a existência de lei que preveja e torne, tipifique como crime tal conduta, *nullum crime sine lege*, correspondência ao princípio da legalidade previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

E mais, não basta apenas a existência da lei, é necessário que se faça a existência de lei anterior aos fatos, princípio da anterioridade penal, lei escrita, estrita e certa para a plena garantia do princípio da legalidade.

Ao se prever a necessidade de lei certa, determinada, clara e acessível a todos, busca-se evitar eventual ambiguidade e conhecimento mínimo legal por parte do cidadão – destinatário principal da norma.

Da mesma forma não se admite a utilização da interpretação de costumes para a imputação criminal, somente lei, certa, escrita, estrita e anterior ao fato cria crime. Anote-se que a complexidade do princípio da legalidade e todas as suas subdivisões são tidas como o ponto principal da teoria do garantismo que se apresenta, bem como busca aumentar a liberdade e diminuir ao mesmo tempo o poder estatal punitivo, impondo limites à criação desmensurada de infrações penais. Ainda cumpre ressaltar que a lei (princípio da legalidade), tem por necessidade estar em vigor no ordenamento jurídico, de modo que lei incriminadora em período de “*vacatio legis*”, não se presta efetivamente a punir, até que efetivamente integre o ordenamento jurídico. Ainda é interessante frisar pela legalidade formal, qual seja, a observância de forma procedimental correta para a aprovação de lei penal e o órgão competente para tal, bem como a legalidade material, ou seja, a efetiva lesão a determinado bem jurídico que se quer tutelar. *Nullum crimen sine iudicio, devido processo legal*.

A respeito da legalidade temos:

O princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, assim formulado por Feuerbach, tem sua origem remota na Magna Carta de João sem Terra, em seu artigo 39 que estabelecia que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da

Terra. Ao que parece, todavia, tratava-se de apenas uma garantia processual e não penal. No direito Romano o princípio prevaleceu quanto aos *crimina publica*, mas não na *cognitio extraordinária*.

A causa próxima do princípio da legalidade, porém, está no iluminismo (século XVIII), tendo sido incluído no artigo 8º da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão”, de 28-8-1789, nos seguintes termos: Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito aplicada.<sup>117</sup>

Por fim, ainda no aspecto relacionado à pena deverá ser observada a efetiva necessidade da criação de um tipo penal que cumpra sua função subsidiária de controle social, de modo que haja uma interferência mínima nas relações sociais e na vida do cidadão através da imposição punitiva. Não há lei penal sem necessidade; corolário a intervenção mínima do direito penal, em que ao legislador incumbe a correta análise da efetiva necessidade do controle social pela imposição e criação de tipos penais. A respeito da intervenção mínima temos:

No campo penal, o princípio da reserva legal não basta para salvaguardar o indivíduo. O Estado, respeitada a previa legalidade dos delitos e das penas, pode criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana.

Para enfrentar esse problema, estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º, que a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias. Surgiu o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, afirmando legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.<sup>118</sup>

Já no segundo bloco principiológico relacionado ao delito, para a necessária tipificação de um crime verifica-se a necessidade de plena e relevante conduta que resulte em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. *Nulla necessitas sine injuria*, corolário ao princípio da ofensividade ou da lesividade impregnado ao direito penal.

Ora, não há se conceber a aplicação de punição a determinada conduta que não resulte em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado; critica-se a recepção pelo atual panorama Constitucional dos ditos delitos de perigo abstrato; pune-se o simples perigo de dano à eventual bem jurídico tutelado e não a efetiva lesão causada ao bem jurídico, razão pela qual, em dada a necessidade da efetiva lesão ao bem jurídico a se socorrer o direito penal

---

<sup>117</sup> MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

<sup>118</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 40.

é que se justifica a eventual não recepção dos delitos de perigo na visão Constitucional garantista.

O direito penal é o ramo mais rígido do ordenamento jurídico, em razão de impor as sanções mais severas ao indivíduo que pratica uma infração penal.

A partir dessa premissa, qualquer indivíduo, ainda que leigo juridicamente, poderia concluir que a utilização desses fortes instrumentos deveria obedecer a critérios limitadores, de maneira a atuar somente nos casos necessários.

O princípio da intervenção mínima, de acordo com Antônio Carlos da Ponte, significa que “o direito penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar como a ultima ratio legis, depois que todos os outros ramos do direito tenham se mostrados inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídicos penais relevantes”.<sup>119</sup>

Ainda, na visão dos postulados relacionados ao delito, é evidente a necessidade plena e concreta da existência de um fato concreto, com previsão legal de punição, *nulla necessitas sine injúria*; veda-se, neste ponto, o conhecido direito penal do autor, tais como ocorridos na época do regime nazista, cujo eventual punição poderia ocorrer com base no estilo de vida a depender da interpretação do julgador; o direito penal efetivamente tem a função de se preocupar com o fato praticado tipicamente previsto como crime.

Válida a citação do professor Ferrajoli em referência à afronta aos preceitos da legalidade e da necessidade da punição pelo fato praticado.

Uma lei de 28 de junho de 1935, substituiu o velho artigo 2º, do Código Penal de 1871, que enunciava o princípio da legalidade penal, pela seguinte norma: ‘será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se a sobre a base daquela lei penal cujo o conceito fundamental melhor se ajuste a ele’. Também foi negado, explicitamente, o princípio da legalidade no direito soviético dos anos seguintes à Revolução. O código da república Russa de 1922 – inovando em relação a instrução penal de 1918, segundo o qual era ‘a ação que no momento de sua realização era proibida pela lei sob ameaça de pena’ – enunciou no art. 6º uma noção de delito puramente material: é delito toda ação ou omissão socialmente perigosa, que ameace as bases do ordenamento soviético e a ordem jurídica estabelecida pelo regime dos operários e camponeses par ao período de transição em prol da realização do comunismo’.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 136.

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo, RT 2002, p. 309.

Por fim, necessário se faz a verificação efetiva da culpa, corolário ao princípio da culpabilidade, *nulla actio sine culpa*; a efetiva punição penal não se evidencia justa, correta e adequada aos preceitos da dignidade, sem a efetiva comprovação da culpa do acusado, comprovada através do devido processo legal que lhe seja garantido e assegurado a total ampla defesa e o correto contraditório, com os meios de prova suficientes e adequados a comprovação da existência do fato e de sua autoria. Nesse sentido, afirma-se com relação ao princípio da culpabilidade.

Trata-se de postulado limitador ao direito de punir. Assim, só pode o Estado impor sanção penal ao agente imputável (penalmente capaz), com potencial consciência da ilicitude (possibilidade de conhecer o caráter ilícito do seu comportamento), quando dele exigível conduta diversa (podendo agir de outra forma).

O princípio da culpabilidade pode ser extraído da análise do princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo Rogério Greco, possui três sentidos fundamentais: a) elemento integrante do conceito analítico de crime: segundo a corrente tripartite, o crime é composto pela tipicidade, antijuridicidade e, como terceiro elemento, a culpabilidade. A culpabilidade, portanto, é necessária à configuração do crime; b) culpabilidade como princípio medidos da pena: já verificada a ocorrência do crime, a aplicação da pena, numa primeira etapa, dependerá da análise do artigo 59, do CP, que estabelece a culpabilidade como uma das circunstâncias consideradas pelo magistrado para fixar a pena-base adequada à reprovação e prevenção do crime; c) culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva (ou responsabilidade penal sem culpa): a conduta do agente pressupõe a existência de dolo ou culpa, elementos sem os quais não é possível se falar em crime (ob. Cit., p. 89).<sup>121</sup>

Já no terceiro bloco principiológico elencado efetivamente em reconhecer o garantismo penal Constitucional, necessário se faz, após as garantias da pena, garantias do delito, tornar por certo as garantias relacionadas ao processo. Assim, primeiramente é de se ressaltar a necessidade de análise processual por um juiz competente para tal múnus, *Nulla culpa sine iudicio*, corolário do princípio da jurisdicionariedade, segundo o qual a aferição da efetiva culpa e a fixação dos padrões penais punitivos é ato inerente à autoridade judiciária, após o respeito ao efetivo devido processo legal, assegurando-se, ainda, o respeito ao contraditório e a ampla e irrestrita defesa.

Atrelado a isso ainda se evidencia a inércia do judiciário em matéria penal/processual penal, tendo em vista a impossibilidade de agir de ofício, sem o efetivo movimento inicial por meio da ação; cumpre aos órgãos competentes, Ministério Público ou particular na ação penal privada ou subsidiária da pública, dar início a persecução penal

<sup>121</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 95.

através da ação, para, tão-somente a posteriori, dar início a atuação decisória judicial, *nullum iudicio sine accusatione*, corolário ao princípio acusatório.

Anote-se que na atual sistemática penal/processual penal o órgão acusatório titular da ação penal e responsável pelo direito de exercer a ação é o Ministério Público, quer em âmbito Estadual, quer em âmbito Federal, detendo competência, atribuições e diretrizes gerais previstas constitucionalmente<sup>122</sup>, tratando-se de instituição cujas funções são essenciais ao funcionamento do judiciário com diretrizes de proteção e fiscalização do efetivo e correto cumprimento da pena e atuação, a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que com exceção a titularidade da ação penal promovida pelo Ministério Público ocorre, única e exclusivamente, em razão da ação penal privada, procedendo-se mediante queixa-crime, concedendo ao particular a competência para a propositura e início da persecução penal em juízo. Confere ainda ao particular a titularidade da ação penal subsidiária da pública, em razão da inércia do órgão ministerial em não promover, em tempo hábil, a competente ação penal.<sup>123</sup>

Além disso, é garantia Constitucional e pilar de sustentação do garantismo penal a plena necessidade de conteúdo probatório mínimo a amparar o início do processo, ou mesmo o início de um procedimento investigatório, *nulla acusatione sine probatione*, bem como indispensável o efetivo contraditório aos elementos contidos no processo criminal, *nulla probatione sine defensione*, corolários aos princípios do “ônus da prova”, e contraditório.

Nesse sentido, o professor Renato Brasileiro assim indica os principais aspectos do contraditório:

---

<sup>122</sup> BRASIL. CF/88, art. 129I: São funções institucionais do Ministério Público: I – promover privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

<sup>123</sup> Código de Processo Penal, art. 29: Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recursos e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. Art. 30, CPP: Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representa-lo caberá intentar ação privada.

Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como ciência bilateral dos atos ou do processo e a possibilidade contrariá-los. De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes e não somente a defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiaturet altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito a informação; b) direito a participação. O contraditório seria assim a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis [...].

O contraditório para a prova (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes, quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova.

O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito.<sup>124</sup>

Logo, há a necessidade de conteúdo, lastro probatório mínimo a justificar a persecução penal em juízo, além da necessidade do efetivo e comprovado contraditório, ou seja, oportunidade as partes de se manifestarem com relação aos elementos e as provas produzidas judicialmente ou administrativamente em sede de inquérito policial, para aquelas provas cautelares ou não repetíveis, tais como perícias em geral, interceptações telefônicas; contraditório este diferido, mas observado e de direito do cidadão, sob pena de arbitrariedades e nulidades de caráter absoluto, não convalidável e dispensável a qualquer demonstração do prejuízo por ser da essência constitucional o efetivo contraditório.

Por tudo, é evidente o efetivo garantismo adotado pelo Brasil no atual sistema Constitucional, tendo em vista que todos os pilares fundamentais da teoria acima apresentada, repita-se, de forma didática e sintetizada, dada a complexidade dos fatos, se encontram expressos ou implícitos no artigo 5º e seu emaranhado de parágrafos. Cientes do efetivo garantismo adotado pelo Brasil, tais postulados é que servirão, conforme indicaremos abaixo, de contraponto a atuação estatal e limites ao *ius puniendi*, além das efetivas vedações Constitucionais punitivas e da dignidade da pessoa humana no aspecto legal, administrativo, social, midiático e de infraestrutura de cumprimento de pena, conforme se passa a demonstrar.

<sup>124</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 54-56.

### 3.3 LIMITES AO *IUS PUNIENDI* E A OMISSÃO ESTATAL

Superada as discussões pertinentes e conceituais relacionadas à dignidade da pessoa humana, reconhecimento de direitos ao cidadão infrator, suas principais acepções evolucionárias, o poder/dever punitivo estatal, a visão constitucional garantista balizada em princípios de ordem expressa ou implícita no texto constitucional, passamos agora ao ponto fulcral do presente trabalho, visando demonstrar os limites expressos legais ao *ius puniendi* Estatal, bem como os limites principiológicos e de interpretação a partir da análise e conceitos já mencionados da dignidade da pessoa humana, além de demonstrar a necessidade de interferência penal à plena regulação social de fatos graves, que apesar disto não autorizam o desmazelo punitivo/executivo da pena, demandando limites claros a dignidade no aspecto omissivo Estatal.

*Ab initio* é de se ressaltar que no aspecto de execução de pena, a legalidade (legalidade penitenciária), é questão principiológica e de lógica interpretação e aplicação, de modo que, nenhuma pena, privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa, suspensão e ou interdições de direitos devem ser efetivamente executadas sem a devida previsão legal, anterior, certa, estrita, escrita e razoável, salvo questões de natureza executiva penal que eventualmente venham a beneficiar o sentenciado ainda em cumprimento de pena.

Além disso, lições importantes devem ser observadas quanto à igualdade na aplicação da pena; igualdade formal no aspecto geral de igualdade indiscriminada de todos perante a lei, sem qualquer distinção, em especial financeira de *status* social, e a igualdade no aspecto material em elevar o tratamento a pessoas que vivem num contexto social de desigualdade, buscando o efetivo equilíbrio entre todos; em síntese, busca-se o equilíbrio entre todos os componentes da sociedade.

Busca-se evitar o mal fadado conceito seletivo do direito penal no aspecto material e de aplicação da pena; seletividade se resume à nítida e clara aplicação e punição penal com maior rigidez e maior severidade as classes e camadas sociais com pouca instrução ou pouca condição de defesa técnica por profissional habilitado, em todas as instâncias judiciais e buscando todos os meios legais de garantia dos direitos.

Ao contrário do que se evidencia e se opera nas classes e camadas mais altas da sociedade que se identifica um tratamento diferenciado pelos próprios representantes Estatais e midiáticos; tratamento mais razoável e equilibrado na imposição da pena e na própria execução, bem como na imposição de medidas extremadas e acautelatórias e até mesmo no tratamento pessoal conferido e diferenciado de total ausência de simetria entre os indivíduos.

Não bastasse, o poder aquisitivo possibilita elevar o nível da discussão do caso concreto as mais altas cortes do país, garantindo o pleno respeito à dignidade do acusado naquele momento processual. Anote-se que aqui não se faz crítica a atuação do Ministério Público em sua função garantidora de respeito à dignidade do ser humano, tampouco a atuação da Defensoria Pública que busca equilibrar tais diferenças de tratamento, barrados muitas vezes pela ausência de infraestrutura das próprias instituições.

Mas retornemos ao ponto de limitação ao poder/dever de punir Estatal na visão de proteção à dignidade do infrator – cidadão detentor de direitos na órbita Constitucional, após essa pequena digressão principiológica e de equilíbrio social.

Pode-se, a partir da análise do texto Constitucional e em especial da leitura expressa e implícita no artigo 5º e seus emaranhados de incisos, visualizar e indicar limites expressamente previstos para a atuação do Estado na aplicação e criação de tipos penais e, ao mesmo tempo, a indicação de quais limites de autorização a efetiva punição, identificando ainda a existência de barreiras principiológicas relacionadas ao efetivo garantismo penal adotado no Brasil, em especial a questão da dignidade e de condições mínimas de salubridade e humanidade na aplicação e na execução da pena, ante a condição irrenunciável de cidadão, momentaneamente ceifado de alguns direitos.

Os direitos individuais elencamos nas constituições modernas têm como função precípua a proteção do indivíduo frente ao poder do Estado. Para se chegar à origem dessa concepção, é necessário encarar o Estado como resultado de um pacto fundante, que nos remete às ideias contratualistas dos séculos XVII e XVIII. Pelo pacto fundador algumas prerrogativas individuais são transferidas para a esfera pública e outras não, por serem inalienáveis, de modo que conservariam fora da esfera legislativa do Estado ou de qualquer outra intromissão ou interferência sua. Assim, essa categoria de direitos representaria verdadeira cláusula de barreira ao próprio poder político, inclusive e especialmente ao poder de legislar.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVA, Juvêncio Borges. O início da concepção dos direitos inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes. **XXIV Encontro Nacional CONPEDI – Direito/Constituição e Cidadania: contribuição para os objetivos e desenvolvimento do milênio**. Disponível em: <[www.conped.org.br/publicações](http://www.conped.org.br/publicações)>. Acesso em: 20 abr. 2015.

A Constituição Brasileira de 1988 apresenta característica analítica<sup>126</sup> com abrangência dos mais variados assuntos; rígida com processo dificultoso de alteração, atrelada a cláusulas fundamentais não imutáveis, delimitando em vários dispositivos a atuação Estatal e a margem de interferência na vida privada e coletiva dos indivíduos, não por menos, tratou de prever logo em seu artigo 5º um extenso rol de direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano e de aplicação e garantia imediata.

Anote-se que conforme já indicado no momento oportuno o rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão não se resume aos contidos no bojo do artigo 5º, da Constituição Federal; estão encartados em todo o texto constitucional, bem como em tratados de direitos fundamentais incorporados ao Brasil, quer com *status* de emenda Constitucional, quer com *status* Constitucional ou supralegal.

Assim, previu logo em linhas iniciais de proteção a dignidade do ser humano, cidadão detentor de direitos em todas as órbitas de reconhecimento, quais penas estariam autorizadas a serem aplicadas em razão da prática de uma infração penal, estando o legislador ordinário restrito, quando da criação de norma incriminadora, aqueles limites Constitucionais de punição.

Logo no artigo 5º, XLVI,<sup>127</sup> da dita Constituição Cidadã, tratou de fixar limites à forma de punição estatal ao indicar expressamente quais seriam as penas autorizadas a serem impostas ao condenado e executadas pelo Estado.

Em ordem de maior a menor drasticidade, numa interpretação própria, fixou as penas privativas de liberdade a serem cumpridas em regime fechado, o mais drástico e com alto nível de limitação a liberdade de ir e vir; semiaberto, mais brando, com possibilidade de trabalho externo, estudo e frequência a cursos profissionalizantes, e, regime aberto, fundado

---

<sup>126</sup>As constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norte Americana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988). Como afirmado por José Afonso da Silva, o Constituinte “rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdades negativas, ou liberdade-impedimento, oposto à autoridade, modelo de constituição que às vezes, se chama de constituição garantia. (...). Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.

<sup>127</sup> BRASIL. CF/88, artigo 5º XLVI: a lei regulamentará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

na autodisciplina do preso e repouso em local adequado, diga-se casa de albergado, ou local congênere.

Perda de bens eventualmente adquiridos com proveitos do crime ou mesmo visando eventual composição civil dos danos causados; multa, aplicação de pena pecuniária com valores mínimos máximo a depender da condição financeira do réu e do delito à ele imputado; prestação social alternativa, a delitos eventualmente cometidos sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, atrelados ainda a condição pessoal favorável do acusado, que permitam a cumprimento de pena diversa da prisão, como suficiente à efetiva punição e ressocialização; além da suspensão ou interdição de direitos, tais como a suspensão dos direitos políticos em razão de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 15º, III, da Constituição Federal: “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja a perda ou suspensão só se dará nos casos de: III condenação criminal transitada em julgada enquanto durarem seus efeitos”.

Desse modo, se evidência um limite à criação punitiva estatal, o *ius puniendi* neste aspecto encontra uma Barreira a criação infraconstitucional de novas espécies de punição ao infrator penal.

Além disso, não bastasse a indicação clara das espécies de penas autorizadas e a serem regulamentadas ou recepcionadas pela legislação infraconstitucional, tratou logo em seguida, ainda ao depararmos o rol de direitos e garantias fundamentais, de indicar expressamente quais espécies de pena estariam efetivamente vedadas, proibidas em nosso ordenamento jurídico, mesmo que se cogitasse qualquer emenda a Constituição, tendo em vista tratar-se de norma fundamental de caráter inalterável, conforme preconiza o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV: os direitos e garantias individuais”.

Assim, criou-se um rol inalterável de penas que, salvo uma exceção constitucionalmente prevista, não poderiam ser aplicadas, criadas ou alteradas a permitir tal aplicação. Em primeiro lugar, dada a garantia de maior valia do direito a vida que, em juízo de ponderação principiológica, tende a ser de grau mais elevado, o legislador Constituinte optou, repetindo a proibição já contida na Constituição Republicana de 1891, por proibir a pena de morte.

Entretanto, fez ressalva a pena de morte a ser aplicada em caso de guerra declarada, nos termos do decreto Lei 1.001/69, do Código Penal Militar<sup>128</sup>, recepcionado pelo texto Constitucional de 1988, a ser aplicado em determinados crimes após o trânsito em julgado, no prazo de sete dias após a comunicação da pena de morte ao Presidente da Republica, sendo executada mediante fuzilamento.

Numa outra vedação, tratou da proibição da pena de caráter perpétuo, com duração por toda a vida do apenado. Ora, os pilares da execução penal são a punição e a reinserção social, de modo que não se justificaria a imposição de pena de caráter perpétuo, por mais grave e desumano que possa parecer o crime a ele imputado; atualmente a margem máxima de cumprimento de pena é limitada em 30 anos.

A vedação às penas de caráter perpétuo decorre do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional de liberdade e à dignidade humana. Como salientada por Celso Bastos, “a prisão perpétua priva o homem da sua condição humana. Esta exige sempre um sentido da vida. Aquele que estiver encarcerado sem perspectiva de saída, está destituído dessa dimensão espiritual, que é a condição mínima para que o homem viva dignamente” (comentários...Op. cit. V. 2., p. 241).

Além disso, entende Alcino Pinto Falcão que “tal pena estaria às testilhas com o princípio de que a pena, entre outros fins, tem o de servir a regeneração e a readaptação do condenado a vida civil” (comentários ...op. cit.v.1.p.280)<sup>129</sup>.

Além das penas acima mencionadas, tratou de vedar expressamente a possibilidade de trabalhos forçados, de forma aflitiva ao apenado em afronta a dignidade do cidadão; pontua-se que não se veda a possibilidade de trabalho, em obras públicas no regime fechado, ou mesmo fora do estabelecimento prisional nos regimes semiaberto e aberto. Ao contrário, é recomendável a título ressocializador a possibilidade de labor, devidamente remunerado e regulamentado.

O que se veda é a imposição forçada de trabalhos contrários a dignidade e sem regulamentação infraconstitucional, ou mesmo alheio a vontade do infrator. Nesse mesmo sentido, a pena de banimento, ou seja, a retirada do nacional de seu país em razão da prática criminosa é medida punitiva expressamente vedada no ordenamento jurídico.

---

<sup>128</sup> Nota: dentre os delitos militares que admitem a pena de morte, em tempo de guerra declarada estão: traição (art. 355); favorecimento ao inimigo (art. 356); tentativa contra a soberania do Brasil (art. 357), coação a comandante militar (art. 358); informação ou auxílio ao inimigo (art. 359); aliciamento de militar (art. 360); traição imprópria (art. 362), covardia qualificada (art. 364), dentre outros previstos até o artigo 408 do Código Penal Militar.

<sup>129</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 271.

Por fim, em respeito à dignidade do infrator é vedado a aplicação de penas cruéis, desumanas, que causem um grande sofrimento físico ou psicológico ao apenado; entenda-se por penas cruéis aquelas que causam um sofrimento; a imposição de penas afliativas, corporais, ou mesmo a execução de pena em situações e em estabelecimentos sem infraestrutura material e humana mínima que permitam condições razoáveis de seu cumprimento. Local arejado, com mínima salubridade a garantir uma existência e o cumprimento de pena digno visando um posterior e possível retorno social com expectativas alheias ao retorno a delinquência mediante políticas estatais concretas implantadas no sistema carcerário reintegrador; o respeito ao cidadão se dá não somente quanto de sua liberdade, mas em situações que exijam um comportamento repressivo estatal, dentro dos limites e regulamentações legais.

Além das vedações expressas e limites a atuação do legislador e do aplicador do direito na questão punitiva executiva penal, é importante deixar registrado a total impossibilidade da pena de ultrapassar os seus efeitos punitivos a figura do apenado, princípio da intranscendência da pena<sup>130</sup>, podendo, somente e nos limites da herança do apenado, restar a responsabilidade dos herdeiros em eventual reparação civil; não há falar em qualquer possibilidade de sucessão punitiva hereditária.

Por fim, tratando de limites implícitos e explícitos não taxativos, mas sim interpretativos ao *ius puniendi* Estatal, temos a completa vedação e a impossibilidade de aplicação de punição no plano concreto executório de penas, mesmo as autorizadas, tais como as privativas de liberdade, que ultrapassem os postulados mínimos relacionados à dignidade da pessoa humana, a observância de sua condição de cidadão, detentor de direitos, muitos dos quais de natureza fundamental, e o bom senso carcerário punitivo infraestrutural do sistema prisional.

Limitações aos *ius puniendi* de caráter principiológico, adotando-se o sistema garantista de preceitos acima apresentados, que limitam a interferência Estatal na vida particular de forma geral, e as limitações humanitárias que devem e deveriam ser seguidas pelos administradores na aplicação e execução da pena. Expliquemos:

Seguindo a premissa de que não há direitos, com raras exceções, de caráter absoluto, mesmo os de natureza fundamentais atrelados a todo o ser humano, quando da

---

<sup>130</sup> Ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceira pessoa. Consequentemente, apenas não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º., XLV). Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: “o postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator”. MASSON, Cleber. **Direito penal – parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Método. 2013, p. 49.

aplicação da pena, em especial as penas privativas de liberdade, em razão da necessidade e controle social pela imposição punitiva, *ultima ratio*<sup>131</sup> a ser adotada como forma de regulamentação social, é nítido que um dos direitos fundamentais de maior importância, a liberdade, sofre inevitáveis relativizações em prol social, mesmo que por período de tempo previamente determinado e não de forma absoluta, tendo em vista a progressiva reinserção social e os meios de contato com o “mundo exterior” aos muros prisionais.

Apesar dessa dita relativização dos direitos fundamentais, em especial os atrelados a dignidade do infrator, necessário se faz mencionar que a relativização não é alcançável ao dito núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, no aspecto punitivo estatal, está atrelado a impossibilidade de penas de caráter degradante, tortura e mesmo o cumprimento de pena em locais insalubres, fétidos, a minúscula de qualquer infraestrutura basilar digna ao ser humano, contrário ao conceito de cidadania e a garantia de direitos de natureza fundamental, independente do crime ou das circunstâncias que norteiam o cumprimento de pena; não perde o caráter humano o indivíduo apenado pelo Estado.

Perde tão somente, de forma temporária, percentual de certos direitos fundamentais, ou seja, a exemplo, certa liberdade de locomoção que se evidencia restringidas e eventuais direitos, tais como os direitos políticos, ou mesmo determinadas limitações que lhe são impostas durante certo período de prova.

Extrapolando quaisquer desses limites, se tem o completo excesso da execução e a desconstituição do caráter punitivo/pedagógico penal; a punição e a execução em ambiente contrário a se garantir o mínimo de dignidade do infrator, constitui plena omissão e um limite ao poder punitivo do Estado que deve tornar a execução com o maior grau de eficiência punitiva e ressocializadora e a menor relativização e interferência aos direitos fundamentais, em especial os relacionados a dignidade, saúde, e a salubridade interna dos presídios.

Além dessas observações atrela-se a elas ainda políticas públicas voltadas a ressocialização e ao progressivo retorno e convivência social, em prol de minimização da reincidência ou do retorno a criminalidade; o respeito a dignidade do infrator, não significa

---

<sup>131</sup> Cleber Masson, citado Santiago Mir Puig assim se manifesta quanto a subsidiariedade do direito Penal: O direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado Social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. O princípio da máxima utilidade possível para as possíveis vítimas deve combinar-se com o mínimo sofrimento necessário aos delinquentes. Ele conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal no tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo assim o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar a falta de outros menos lesivos. *Ibid.*, p. 43.

vitimar socialmente aquele que cometeu um crime, mas sim proteger sua dignidade, mesmo que com relativizações peculiares ao cumprimento de pena.

Por fim, limites pelo que aqui se demonstrou se encontram nos postulados principiológicos atrelados ao Estado Garantista Constitucional, conforme indicado pelo mestre de tal teoria, professor Ferrajoli, servindo de base tais acepções a garantir a máxima liberdade e a mínima interferência estatal na questão penal punitiva. Além das vedações expressas a aplicação punitiva e a indicação legal das modalidades penais autorizadas e vedadas, a interpretação constitucional garantista de proteção à dignidade do ser humano, a proibição de penas que causem um efetivo risco de tratamentos desumanos físicos ou psicológicos, penas degradantes, são limites a imposição e ao cumprimento de pena no Brasil, devendo o próprio Estado tomar medidas a tornar efetiva as políticas ressocializadoras tão bem delineadas e estatuídas constitucionalmente e na legislação infraconstitucional.

Posto isso é de se ressaltar que apesar do Estado se amparar em postulados principiológicos de caráter Constitucional, já apontados, sua omissão quanto à condução administrativa carcerária é latente, fato gerador do atual panorama de execução de pena com altos índices de superlotação carcerária, baixo nível de ressocialização e mínimo ou nenhum respeito à condição de ser humano. Atrela-se a isso uma profunda visão errônea da sociedade quanto ao real conceito de dignidade, o que torna descreditado todo e qualquer investimento por parte dos poderes públicos nesta coletividade carcerária, conforme se demonstra em linhas a seguir.

### 3.4 A SOCIEDADE COMO CORRESPONSÁVEL PELA INGERÊNCIA OMISSIVA ESTATAL DOS DIREITOS AO CIDADÃO NO CÁRCERE

Válido nesse ponto ressaltar a corresponsabilidade social pelas mazelas e pelo desrespeito à dignidade do cidadão no aspecto punitivo estatal de execução penal. Tal ingerência não se resume a omissão estatal e o despreparo administrativo, legislativo e judicial daqueles que deveriam, antevendo e já cientes da crise institucionalizada no aspecto de infraestrutura carcerária, e cientes das garantias fundamentais inerentes ao ser humano, tão somente restringidas momentaneamente, buscar meios e soluções aptas e adequadas a efetiva concreção e respeito a dignidade humana.

Tanto se observa a responsabilidade do próprio poder judiciário quanto que a questão da superlotação carcerária que o próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ingressada pelo Partido Socialismo Liberdade (PSOL – ADPF 347), em caráter liminar, regulamentou, conforme se verá em tópico próprio, as denominadas audiências de custódia visando acelerar o contato acusado-juiz, bem como determinou aos juízes a elaboração de relatórios relacionados à quantidade de medidas cautelares de cunho prisional, levando-se em conta ainda a grave crise no sistema carcerário quando da aplicação de medidas privativas de liberdade.

Se por um lado o Estado no plano prático de implementação e adequação e de infraestrutura é omissivo quanto à implementação orçamentária e de políticas públicas sociais e assistenciais, além de demonstrar um desinteresse político social a efetiva adequação carcerária brasileira aos padrões mínimos exigidos para a garantia da dignidade, não disponibilizando e investindo em material humano para a gerência e a condução carcerária ressocializadora, bem como não propondo investimentos monetários neste setor, acaba por lançar, mesmo que de forma indireta, uma visão de abandono e desrespeito que ficam impregnados na sociedade de maneira geral.

Com isso, tornam-se frequentes as más interpretações do significado punitivo/ressocializador da pena, deixando clara a visão lançada na sociedade de que a punição desmedida, desarrazoada e completamente desproporcional é a adequada; pensa-se,

em síntese, no punir, na aflição punitiva advinda da pena, no cárcere, no isolamento social, entretanto esquece-se da visão ressocializadora e de respeito a figura humana do infrator.

Ora, se os próprios administradores estatais responsáveis pela criação legislativa e os órgãos responsáveis pelo julgamento e acompanhamento da execução penal Brasileira se mostram totalmente inertes a grave crise institucionalizada e a total inaplicabilidade dos postulados constitucionais e infraconstitucionais de respeito à pessoa do condenado; não desfrutam de iniciativa a efetivar a destinação adequada de verbas e material humano nos padrões mínimos exigidos, ou mesmo não tornam a defesa da dignidade durante o cumprimento de pena como meta a ser alcançada em seus planos de governo, mesmo que de forma secundária, não se pode exigir da sociedade o mesmo empenho e esmero em tal luta.

Ao contrário, influenciada pela escuridão e ausência de informações corretas sobre o verdadeiro significado da expressão dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da essência da expressão cidadania e a correta ressocialização como pilar fundamental da execução penal, a sociedade se vê, de maneira geral, contrária a qualquer e eventual investimento ou programas relacionados à execução penal. Contrário se mostra até ao progressivo retorno ao convívio social.

Ora, num panorama deficitário de mais de 370 (trezentos e setenta mil) vagas se levarmos em consideração os mandados de prisão ainda não cumpridos e as prisões domiciliares<sup>132</sup>, outra justificativa aos poderes públicos não há, senão pela sua total omissão quanto a implementação de melhorias e investimento neste setor, fato que acaba por contaminar o conceito de ressocialização prisional incutido na sociedade.

Outro ponto a se destacar e que aumenta e auxilia, além de ser claro indicativo de omissão do poder político à efetiva implementação executiva penal, é o papel e a grande quantidade de informações e conceitos equivocados transmitidos à sociedade de maneira geral. Primeiro, entenderam que programas e comentários mais entusiasmados de crítica aos benefícios da execução penal e a vinculação de imagens e cenas de perseguição policial, seguida de comentários exigindo uma punição imediata e aplicação de pena em seu grau máximo, atrelado à pressão e vinculação da grave crise da segurança pública, tornaram programas dessa espécie um grade chamariz de audiência e por consequência retorno financeiro a empresa televisiva.

---

<sup>132</sup> MONTENEGRO, Manuel. **CNJ divulga dados sobre a nova população carcerária**. Disponível em: <[www.cnj.com.br](http://www.cnj.com.br)>. Acesso em: 18 set. 2015.

Ao mesmo tempo o público de maneira geral acaba por ser influenciado por conceitos e interpretações equivocadas da finalidade do direito penal e as características principais do que efetivamente se resume a execução e a imposição de pena, em especial, privativa de liberdade. Nasceram grandes juristas e comentaristas de segurança pública sem nenhum amparo ou estudo, mesmo que em sede de cognição rasa, sobre as principais características e o sistema penal processual penal Brasileiro.

E mais, tal pseudo conhecimento acaba por influenciar o conceito de direitos humanos e cidadania de forma geral, passam a vincular a questão de proteção de direitos humanos fundamentais como direitos humanos dos presos, e não inerente a qualquer cidadão que se veja aviltado em qualquer direito que lhe é previsto; direitos estes de natureza civil, trabalhista, previdenciário ou criminal.

De fato, a sociedade atualmente vive atemorizada com a segurança pública apresentada no Brasil, se vê mais ainda atemorizada ao lhe ser transmitidos conceitos errôneos e uma falsa ideia conceitual de direito penal, punição e respeito a dignidade do infrator; a vítima, entenda-se sociedade em geral, é influenciada pela visão punitiva “*ad eternum*”, busca e se vê satisfeita com a aplicação da pena em seu grau máximo, como forma de justiça efetivamente feita ao caso concreto.

Por outro lado, não se preocupa ou mesmo tece qualquer comentário com a questão ressocializadora ou mesmo a aptidão de retorno ao convívio social; preocupa-se mais com a vingança e a punição exemplar do que com a ressocialização.

Com tais interpretações errôneas inculcadas no cidadão e dada a alta audiência atualmente alcançada pela TV, além dos conceitos errados e a visão punitiva estatal descaracterizada de direito penal mínimo, aplicado tão somente como forma subsidiária a situações que os outros ramos do direito não tenham alcançado a finalidade de “gerência e paz social”, torna-se, lamentavelmente, como aceito a punição e a colocação do condenado em situações humilhantes, degradantes de exposição excessiva midiática, além de tornar como regra, punição de caráter aflitivo, o cumprimento de pena em presídios que não se revestem de qualquer infraestrutura mínima de higiene, salubridade, ventilação, ou metragem adequada para o recebimento de determinada quantidade de pessoas, fato que torna impossível ou de extremada precariedade o pilar ressocializatório da execução penal.

A sociedade de maneira geral, ao não se preocupar em efetivamente entender o conceito mínimo penal, as acepções conceituais do que efetivamente é e a forma de proteção e

de tutela a dignidade da pessoa humana aplicada não somente ao preso, mas sim a todo indivíduo nascido, ou ainda em fase gestacional, é corresponsável pela omissão estatal na implementação de políticas públicas voltadas ao respeito e a dignidade, visando a ressocialização. Responsabilidade esta dividida entre os poderes públicos e a sociedade. Ora, não se investe neste setor sob temor da sociedade questionar a efetiva necessidade de “benefício” ao preso e de uma condição de cumprimento de pena melhor, enquanto outras questões, tais como a saúde e a educação também necessitam de investimento; entre todas as áreas que necessitam investimento, a última a ser observada pelo poder público e pela sociedade, e mesmo assim, de forma preconceituosa, é a relacionada a execução penal.

#### **4 CIDADANIA DO PRESO E OS MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CARCERÁRIAS**

Superada discussões relacionadas à garantia no plano legal e a necessidade de efetivação de condições dignas mínimas na execução penal e seu consequente cumprimento de pena, quer no regime fechado, semiaberto e aberto, ou mesmo em penas de caráter restritivas de direitos que não influenciam essencialmente na liberdade individual (direito de ir e vir), do apenado. Compreendido os limites ao poder de punir Estatal consagrados na Constituição, é interessante neste ponto traçar linhas de tutela processual de implementação aos direitos desta coletividade, em especial no que tange a ação civil pública e a importância do Ministério Público na efetivação e fiscalização da aplicação dos preceitos fundamentais assegurados em âmbito Constitucional.

Entretanto, tratando de implementação de políticas públicas e a garantia de aplicação dos preceitos legais inerentes ao cidadão, infrator da norma penal, primeiramente nos cumpre pontuar o atual estágio conceitual da expressão cidadania, e as garantias legais a ela inerentes, em especial quando do cumprimento de pena pelo infrator.

A nova ordem Constitucional, dita constituição cidadã pelo então Deputado Ulysses Guimarães, tratou de prever logo em seu artigo 1º, II, a cidadania como um de seus fundamentos primordiais: “a república federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: II a cidadania; III a dignidade da pessoa humana.”

Assim, em razão do momento em que foi promulgada, após a ditadura militar, com restrições a inúmeros direitos de natureza social e fundamental, tratou de incorporar um longo e extenso rol de direitos fundamentais, políticos e sociais que, conjugados, indicam a plenitude dos direitos fundamentais que devem ser observados pelo cidadão e garantidos pelo Estado.

A cidadania, assim, num novo conceito, deixou de ser caracterizada tão-somente como a participação política – direito a voto e a ser votado – transformando-se numa verdadeira participação do cidadão na vida e gerência Estatal.

A esse respeito, Paulo Hamilton Siqueira Junior, ao trazer ao conhecimento os sentidos da cidadania, esclarece que o atual panorama Constitucional Brasileiro superou a ideia de sentido restrito e técnico de cidadania, condicionado tão somente ao exercício dos direitos políticos e saltou ao patamar de sentido mais amplo da expressão e conceito de cidadania conjugando-se, além dos direitos políticos, todos os direitos relacionados à dignidade em perfeita simetria e harmonia.

Assim, a cidadania<sup>133</sup> em apertada síntese se resume ao reconhecimento de todos os direitos garantidos ao cidadão e, na ceara criminal, ao respeito às normas de caráter fundamental, quando da imposição e da execução da pena e aos limites expressos e implícitos previstos no texto Constitucional, conjugado com as garantias infraconstitucionais balizadoras da execução penal.

A cidadania guarda relação umbilical com a democracia. Nos tempos da plena democracia, a palavra cidadania pode ser tomada em dois sentidos: (a) restrito técnico; (b) amplo.

No sentido restrito técnico, a cidadania está adstrita ao exercício dos direitos políticos. Os direitos políticos são aqueles inerentes ao cidadão o Estado. Nesse prisma, cidadania é a prerrogativa da pessoa exercer os direitos políticos. O status de cidadão é alcançado com a condição de eleitor. Os direitos políticos configuram-se como direitos subjetivos públicos, na medida em que o cidadão tem o direito de participação política, que se exterioriza por intermédio da atuação da soberania popular. “cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, ouvido pela representação política”. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências.

No sentido amplo do termo, cidadania é o exercício de outras prerrogativas constitucionais que surgiram como consectário lógico do Estado Democrático e

---

<sup>133</sup> Nota: O professor Sebastião Sergio da Silveira, quando de suas linhas introdutórias no livro *Constituição, cidadania e a concretização dos direitos fundamentais*, assim definiu cidadania: Diante da convicção de que a cidadania é um *status* pessoal, que acompanha o indivíduo onde quer que ele se encontre, surgiu a necessidade de discussão sobre as dificuldades ainda existentes e as propostas de implementação de medidas que assegurem a plenitude dos direitos dela decorrentes.

No momento atual da vida institucional vivemos o amadurecimento, perplexidades e angústias, diante da necessidade de cumprimento dos postulados consagrados na nossa ainda nova Constituição. Mesmo diante dos imensos avanços vivenciados nos últimos anos, o Brasil ainda é um país repleto de desigualdades sociais. Poucos compartilham a riqueza e muitos dividem o pouco que sobra. Lamentavelmente o gigantesco abismo que separa economicamente as classes sociais, também se repete em todas as outras áreas. A pátria não consegue garantir oportunidades para a maioria de seus filhos. SILVEIRA, Sebastião Sergio da. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 12.

Social de Direito. Esse foi o sentido empregado na Constituição Federal, nos arts. 1º, II, 5º, LXXI, 22, XIII e 68, §1º, II.<sup>134</sup>

Por meio desse sentido amplo de cidadania é que podemos postular a concreção dos direitos relacionados ao preso, quando do cumprimento de pena, visando o reconhecimento e a garantia plena do respeito a sua dignidade na condição de cidadão, sua tutela e garantia de respeito mínimo aos preceitos fundamentais atinentes ao Estado Constitucional de Direitos: “Cidadania, por isso, pode ser definida como estatuto que rege, de um lado, o respeito e a obediência que o cidadão deve ao Estado e, de outro lado, a proteção e os serviços que o Estado deve dispensar pelos meios possíveis, ao cidadão”.<sup>135</sup>

E mais, é importante mencionar que a visão moderna do conceito de cidadania, conforme alinhados acima, passa necessariamente pela visão de três elementos distintos para sua caracterização, quais sejam, elemento civil, político e social. Elementos esses defendidos por T. H Marshall e citado por diversos autores ao indicarem a moderna visão de cidadania. Assim a partir de tais preceitos e alinhados ainda a atuação jurídica como forma de participação cidadã é que a busca de concreção dos direitos fundamentais relacionados ao preso também se justifica.

#### O desenvolvimento da cidadania até o fim do século XIX

Estarei fazendo papel de um sociólogo típico se começar dizendo que pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. Mas a análise é, neste caso, ditada mais pela história do que pela lógica. Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários a liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, de pensamento e fé, o direito a propriedade e de concluir contratos válidos e o direito a justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isso nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos de governo. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 243-244.

<sup>135</sup> SIQUEIRA JUNIOR, 2010, p.245

<sup>136</sup> MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, ano, p.63-64.

Em suma, partindo do pressuposto aqui aventado de que o exercício da cidadania superou a ideia inicial somente do reconhecimento dos direitos políticos (atuação e participação política do cidadão), estando a nova ordem Constitucional amparada numa junção de direitos sociais, dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos e garantias fundamentais, outros mecanismos de participação social surgem como atuação jurídica de participação do cidadão, quer com legitimidade ordinária (ação popular), quer com legitimação extraordinária (ação civil pública), na busca da defesa da implementação dos direitos assegurados, em especial no que se refere aquele infrator de norma de conduta que cumpre pena em estabelecimento carcerário a míngua de infraestrutura básica.

Neste ponto é que se torna indispensável a implementação e efetivação das garantias inerentes ao cumprimento de pena (salubridade, alimentação, vestuário, tratamento digno pessoal, tratamento médico e assistência jurídica), dos mecanismos de tutela coletiva aptos a assegurar e instar o poder público ao reconhecimento e a implementação dos preceitos humanísticos fundamentais relacionados ao cumprimento de pena e a concreção da plena cidadania e o respeito ao ser humano, conforme alinhado a seguir.

#### 4.1 A POPULAÇÃO CARCERÁRIA COMO SUJEITO DE DIREITOS

É importante frisar a questão relacionada a população carcerária e seus efetivos direitos que não são alcançados pela sentença penal condenatória e que, de forma alguma, podem sofrer restrições maiores do que se espera em razão do cumprimento de pena (definitiva ou cautelar). Ao contrário do que se tenta incutir de forma temerária e errônea no cidadão de maneira geral, o preso, provisório ou mesmo definitivo, em hipótese alguma e independentemente do grau de barbaridade do delito a ele imputado, poderá ter seu conceito de ser humano e cidadão diminuído a patamares que beiram o desprezo pelo ser humano e a condições de insalubridade, miserabilidade e abandono por parte do Estado.

Por um lado, é nítido que determinados direitos, alguns de natureza fundamental, sofrem restrições momentâneas enquanto durarem os efeitos da sentença penal condenatória, tais como o direito a liberdade de ir e vir, em razão da aplicação de pena privativa de

liberdade em regime fechado, semiaberto e aberto, cada qual com um grau de maior ou menor de restrição; perda provisória dos direitos políticos, impossibilidade de contratação pelo poder público, bem como certas restrições mesmo em caso de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, tais como a proibição de frequência a determinados locais ou mesmo o recolhimento domiciliar durante o período noturno e aos finais de semana.

E mais, mesmo a maior das restrições a liberdade de locomoção, um dos mais importantes direitos fundamentais atrelados ao ser humano, ainda que o reeducando cumpra pena em regime fechado, lhe é garantido progressiva liberdade e contato com o meio exterior, não se concebendo qualquer espécie total de isolamento celular, sem contato com o meio externo ou mesmo pessoas de seu convívio familiar.

Assim, o que se pretende demonstrar é que por maior que sejam as restrições e os efeitos da sentença penal condenatória a condição de ser humano, cidadão detentor de direitos de cunho positivo ou negativo por parte do Estado não desaparecem. Eventualmente podem sofrer diminuições momentâneas que não podem, em qualquer hipótese, desprezar a essência mínima de respeito ao ser humano.

Fora do rol de efeitos da sentença penal condenatória não há falar em qualquer outra restrição a direitos e deveres por parte do Estado para com o preso, cita-se o direito de votar dos presos provisórios, tendo em vista que a perda dos direitos políticos é efeito da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, razão pela qual deverá o Estado providenciar mecanismos a implementar o exercício do direito ao voto por parte do preso provisório, mediante aparato adequado de implementação dentro do sistema carcerário ou de locomoção para o preso exercer tal direito e mais, não basta o exercício de tal direito, cumpre ao Estado proporcionar conhecimento básico dos candidatos passíveis a serem eleitos – concreção e garantia plena de um dos elementos do conceito de cidadania, qual seja, elemento político.

Sem embargos, como assevera Dieter Grimm, não é nenhuma novidade o fato de os bens protegidos pelos direitos fundamentais não são ameaçados apenas pelo Estado, mas também por pessoas privadas (v.g. atentados contra a vida, a liberdade e integridade física, a honra, a inviolabilidade do domicílio). Cada vez mais se percebe uma aproximação substancial entre as relações públicas e privadas de dominação, entre as formas de autoridade e coação que se operam em ambas. O próprio Estado deve sua existência a esse fato.

A partir dessa lógica constatação, a evolução dogmática constitucional propiciou significativos avanços acerca da aptidão funcional dos direitos fundamentais,

expandindo sua força garantista para além do abstencionismo estatal, exigindo do Estado uma atuação ativa. Detentor do monopólio da força, o Estado passa a ter uma dupla missão: deve não apenas respeitar os direitos fundamentais (em perspectiva negativa), mas também protege-los (em perspectiva positiva), contra ataques e ameaças de terceiros. Essa dupla missão acometida ao Estado é o retrato da multifuncionalidade que assumiram os direitos fundamentais, agora vistos não somente como direito de defesa (de resistência contra o Estado), mas também como imperativos de tutela (exigência de proteção por meio do Estado).<sup>137</sup>

Se por um lado determinados direitos são tolhidos de forma provisória, outros lhes são garantidos com base nos preceitos primários da dignidade do ser humano, bem como nos pilares da execução penal de punição pelo fato, reintegração e ressocialização do infrator à convivência social.

Tais como o direito a alimentação digna<sup>138</sup>, vestuário, atendimento médico-hospitalar, chamamento nominal e importante direito de exercer sua religiosidade. Visando ainda o contato com o meio externo evidente o direito a visitas, contato por meio de correspondência, visitas íntimas e em especial o direito a cumprir a pena em estabelecimento carcerário próximo aos seus familiares, visando facilitar o contato e as visitas.

Ainda nesse sentido de garantir o respeito aos direitos fundamentais e basilares relacionados ao ser humano e sua mínima convivência social, válido trazer as indicações da Resolução 1 de 15 de abril de 2014 do Conselho Nacional de Combate a Discriminação, que, logo em seu artigo 2º, indica o direito do homossexual (travesti ou transexual), de ser chamado pelo seu nome social, qual seja, aquele que se identifica pelo seu gênero e não pelo

<sup>137</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal – a constituição penal**. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44.

<sup>138</sup> PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. ART. 461, § 4º, DO CPC. REDIRECIONAMENTO A QUEM NÃO FOI PARTE NO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Na origem, foi ajuizada Ação Civil Pública para compelir o Estado de Sergipe ao fornecimento de alimentação a presos provisórios recolhidos em Delegacias, tendo sido deferida antecipação de tutela com fixação de multa diária ao Secretário de Estado da Justiça e Cidadania, tutela essa confirmada na sentença e na Apelação Cível, que foi provida apenas para redirecionar as astreintes ao Secretário de Segurança Pública. 2. Na esteira do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a aplicação da sanção prevista no art. 461, § 4º do CPC à Fazenda Pública para assegurar o cumprimento da obrigação, não sendo possível, todavia, estendê-la ao agente político que não participara do processo e, portanto, não exercitara seu constitucional **direito** de ampla defesa. Precedentes. 3. In casu, a Ação Civil Pública fora movida contra o Estado de Sergipe - e não contra o Secretário de Estado -, de modo que, nesse contexto, apenas o ente público demandado está legitimado a responder pela multa cominatória. 4. Recurso Especial provido. STJ, Resp n. 1315719/SE. 2ª Turma. Min Hermam Benjamim, j. 27.8.2013.

nome legal contido em seu documento de identidade ou qualquer outro do gênero, visando o pleno respeito ao ser humano e ao gênero que lhe é peculiar.<sup>139</sup>

Logo, o que se pretende é de forma clara indicar e afirmar a inexistência de restrição total aos direitos do indivíduo que cumpre pena provisória ou mesmo definitiva e esclarecer a plena existência de direitos de caráter fundamental a serem observados pelo Estado de forma indistinta e de caráter obrigatório, sob pena de responsabilização do agente público por evidente afronta aos direitos da personalidade, podendo a ação civil pública servir de base procedimental ao exercício do direito de ação e instar o poder público executivo a implementar tais garantias e, ao mesmo tempo, punir pela afronta e inobservância dos preceitos inerentes ao cidadão em sua conceituação plena de reconhecimento de direitos.

#### 4.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO E GARANTIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS CARCERÁRIAS

Atualmente no Brasil se verifica um razoável número de dispositivos de caráter material e processual que visam à proteção e a tutela coletiva *lato sensu*. Entretanto, a Ação Civil Pública e sua forma procedimental, bem como sua titularidade, permite indicar, já neste ponto, como o mais completo instrumento de proteção à coletividade no âmbito carcerário, com a possibilidade de produção de provas e investigação preambular, fato que justifica tomar como base seu estudo e suas principais características materiais e processuais a implementação e a defesa da população carcerária que se vê a míngua de investimentos e proteção efetiva material.

---

<sup>139</sup> Resolução Conselho nacional de política criminal e penitenciária – resolução 1 de 15 de abril de 2014 – Conselho nacional de Combate a discriminação: Artigo 2º A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. Parágrafo único. O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa. Art. 3º Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. § 1º Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. § 2º A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade. Art. 4º As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único. Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Deixando de lado a análise penal e processual penal até aqui abordada, o estudo será voltado ao processo civil visando melhor compreender tais ações de proteção e tutela coletiva.

Desde o início o estudo do processo civil se ampara num modelo individualista, ainda em razão do ranço latente das lutas advindas da revolução industrial Francesa; o processo civil num primeiro momento deixou de prever mecanismos de proteção coletiva aos direitos do cidadão; a postulação judicial tinha e tem como essência uma construção individualista de pleito aos direitos e deveres. No Brasil, o próprio e ainda vigente Código de Processo Civil, lei 5.869/73, seguindo a linha mundial, deu enfoque individual ao direito de ação.

Anote-se que o novo Código de Processo Civil, ainda em período de *vacância* tentou regulamentar a possibilidade de convergência da ação individual, em razão de repetições das ações, em ação coletiva, estando o Ministério Público e a própria Defensoria Pública capacitados a pleitear tal conversão individual-coletiva. Entretanto, o artigo 333 do novo Código de Processo Civil foi vetado em razão da ausência de disciplina própria e da possibilidade de prejuízo à parte individual.<sup>140</sup>

Numa evolução dos sistemas de tutela coletiva, podemos citar, desde a lei 1.134/50 já com uma conotação coletiva *latu sensu* ao possibilitar que as associações representassem judicialmente seus associados, bem como a Lei 4.717/65 que disciplinou, num primeiro momento, a ação popular para a proteção do patrimônio artístico e cultural e a lei da Ação Civil Pública, lei 7.347/85, posteriormente alterada de forma substancial pela lei 12.529/2011.

Foi com a Constituição Federal de 1988 que efetivamente passou-se a disciplinar de forma fundamental os direitos coletivos, tutelando as leis subsequentes vários aspectos materiais e processuais relacionados à coletividade. Vejamos:

A Constituição Federal de 1988 no bojo inicial dos direitos e garantias fundamentais tratou de prever direitos e deveres coletivos disciplinando a ação popular logo em seu artigo 5º, LXXIII, legitimando qualquer cidadão a postular judicialmente a defesa do patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio artístico e

---

<sup>140</sup> Lei 13.105/2015, novo Código de Processo Civil, art. 333, Razões do veto: Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar a conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar de demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

cultural<sup>141</sup>; do mesmo modo, tratou de disciplinar o Mandado de Segurança Individual e Coletivo, nos termos do artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição<sup>142</sup>, titularizando o partido político com representação no congresso ou mesmo a organização sindical, entidade de classe ou associação para a defesa coletiva de seus membros ou associados.

Num momento posterior a nova ordem Constitucional várias normas de caráter infraconstitucional buscaram e buscam a defesa coletiva, tais como a Lei 7.853/89, que regulamenta a defesa dos deficientes físicos<sup>143</sup>, lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, com importância procedimental basilar no atual sistema de proteção processual aos direitos coletivos, lei 10.257/2001, Estatuto das Cidades, e lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso; mecanismos esses de tutela material e processual de concreção e proteção aos direitos coletivos *latu sensu*, numa pequena evolução legal brasileira. Anote-se ainda pelas substanciais alterações da lei ação civil pública e a regulamentação processual do mandado de segurança individual e coletivo pela lei 12.016/2009.

As ações coletivas são uma constante na história jurídica da humanidade, muito embora, assim como os demais ramos do direito, somente no último século tenham adquirido a configuração constitucional de direitos fundamentais que têm hoje (v.g., art. 5º, inc. XXXV, LXX, LXXIII e 129, inc. III, da CF/88).

O surgimento das ações coletivas remonta a duas fontes principais.

Primeiro, e mais conhecido, o antecedente romano da ação popular em defesa das *reisacrae, rei publicae*. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, não são em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a *República pertencia ao cidadão romano*, era seu dever defendê-la. Daí o Brocardo '*Republicae interest quampurimum ad defendam suam causa*' (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa). Essa percepção da coisa pública não nasce Romana, tem origem grega e democrática, *provocada a jurisdição a preocupação principal volta-se ao mérito da demanda*.

Já as ações coletivas das classes, antecedentes mais próximos das atuais *class actions* norte-americanas e da evolução brasileira das ações coletivas disciplinadas no CDC, são existentes na prática judiciária anglo-saxã nos últimos oitocentos anos. Mas modernamente o cerne do sistema, nestas ações, era a

<sup>141</sup> BRASIL. CF/88, art. 5º, LXXIII: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>142</sup> BRASIL. CF/88, art. art. 5º, LXIX e LXX : conceder-se a mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus e habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; o mando de segurança coletivo poderá ser impetrado por: I partido político com representação no congresso; II organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

adequada representação, a ser aferida pelo magistrado. A análise desse institutos evidencia que se centrou na legitimação processual o problema da tutela nas ações coletivas desta tradição.<sup>144</sup>

Apesar dessa razoável previsão legal de proteção coletiva de natureza constitucional e infraconstitucional, em sua grande maioria disciplina questões eminentemente materiais. Somente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, regulamentando a norma Constitucional de caráter fundamental prevista no artigo 5º, XXXII, que efetivamente tornou-se mais evidente os conceitos e diferenças entre direitos difuso, coletivo e individual homogêneo, bem como se regulamentou a procedimentalização de ações de caráter coletivo, em seu título III, “da defesa do consumidor em juízo”.

E mais, com as alterações previstas nos artigos 109 a 117 houve uma ampliação da tutela coletiva da Lei de Ação Civil Pública, criando-se um microsistema coletivo cuja aplicação do Código de Processo Civil se dará apenas de forma residual, quando necessário e uma vez compatível com a tutela e as acepções coletivas.

Assim, de forma processual civil coletiva, temos a utilização dos ditames do Código de Defesa do Consumidor<sup>145</sup>, em harmonia com a Lei de Ação Civil Pública como forma geral, não havendo vedação a utilização dos ditames processuais indicados em outros textos legais coletivos, apenas se utilizando o atual Código de Processo Civil de maneira residual.

Conforme pontuado no parágrafo superior, é de suma importância a análise do Código de Defesa do Consumidor no aspecto material e processual da defesa da tutela coletiva, uma vez que após sua entrada em vigor tornaram-se mais claros os conceitos de

---

<sup>144</sup> DIDIER JR., Fredie Didier; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 25-26.

<sup>145</sup> Ao se referir ao Código de Defesa do Consumir, Ada Pellegrine, o defende como importante instrumento de proteção à cidadania: Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço é francamente positivo. Depois de alguma tergiversação e de certas idas e vindas, até previsíveis em face da natural dificuldade de apreender plenamente toda a complexidade das novas normas, pode-se afirmar que os processos coletivos integral hoje a práxis judiciária. A notável quantidade de demandas e a adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados – primeiro dentre todos, o Ministério Público – a ampla gama de ações ajuizadas, o reconhecimento do corpo social. Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente a realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade brasileira vem podendo afirmar, de maneira mais articulada e eficaz, seus direitos de cidadania. GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 796-797.

direitos coletivos *latu sensu* e suas subdivisões em direito difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, conceitos encartados no artigo 81, parágrafo único, incisos, I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>146</sup>

Desse modo, subdividiu a proteção coletiva *latu sensu* em três pilares conceituais: a) direitos difusos, indicados no artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, sendo aqueles transindividuais de natureza indivisível de modo geral, titulares, pessoas indeterminadas, inexistente ainda um vínculo jurídico e sim vínculo fático; b) coletivos *stricto sensu* com previsão conceitual no inciso II, do mesmo dispositivo legal consumerista, sendo aqueles de natureza transindividual, indivisível, cujo titular seja um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas entre si e com a parte contrária por uma relação jurídica base; c) e, a seu tempo, o conceito de direitos individuais homogêneo se estampa no inciso III, do parágrafo único do artigo 81, ao se referir como sendo aqueles decorrentes e uma origem comum, visando a apuração coletiva mas a quantificação individual do dano a depender do grau de lesão.

Anote-se que ao tratarmos de direitos relacionados à população carcerária brasileira e a afronta a mínima dignidade necessária de competência e responsabilidade Estatal, estamos a discutir, pelos conceitos acima apresentados, de direitos coletivos *stricto sensu*, tendo em vista uma situação jurídica base, qual seja a condenação estatal e o cumprimento de pena e, ao mesmo tempo, ligados a parte contrária o Estado, responsável pela implementação de políticas públicas carcerárias, por uma relação jurídica; tratando-se de um grupo, uma classe coletiva que merece proteção contra as desmazelas estatais mais aberrantes. A respeito do conceito, Flávio Tarture, assim se posiciona.

Exatamente como ocorre no direito difuso, o direito coletivo é transindividual (metaindividual ou supraindividual) porque seu titular não é um indivíduo. Por terem a natureza transindividual como característica comum, o direito difuso e o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos<sup>38</sup>. Há, entretanto, uma diferença. Enquanto no direito difuso o titular do direito é a coletividade, no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas. A natureza indivisível também é elemento do direito coletivo, exatamente da mesma forma como ocorre no direito difuso. Nesse aspecto as duas espécies de direito transindividual são idênticas, comungando a característica de

---

<sup>146</sup> Código de Defesa do Consumidor, artigo 81: A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo, individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único: i. interesses e direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

serem direitos que não podem ser divididos e usufruídos particularmente pelos sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade. Como ocorre no direito difuso, também no direito coletivo todos os sujeitos que compõem o titular do direito – grupo, classe ou categoria de pessoas – suportam uniformemente todos os efeitos que atinjam o direito material. No terceiro elemento do direito coletivo, o art. 81, parágrafo único, II, do CDC foi extremamente feliz em apontar como titular do direito um grupo, classe ou categoria de pessoas, deixando claro que não são os sujeitos individualmente considerados os titulares do direito, mas sim o grupo, classe ou categoria da qual façam parte. Essa limitação do direito coletivo a sujeitos que componham uma determinada comunidade leva a doutrina a corretamente afirmar que esses sujeitos são indeterminados, mas determináveis:

“Esses interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum”<sup>39</sup>. O último elemento indispensável ao direito coletivo é a existência de uma relação jurídica base. Conforme bem ensinado pela doutrina, “essa relação jurídica base é a preexistente à lesão, ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão”<sup>40</sup>. Significa que o direito coletivo depende de uma relação jurídica que reúna os sujeitos em um grupo, classe ou categoria antes de qualquer violação ou ameaça de violação a um direito indivisível dessa comunidade.<sup>147</sup>

Em suma, o que se indica de forma clara é a plena possibilidade de utilização do microsistema de proteção coletiva implantado de forma material e processual pela lei de ação civil pública e pelos ditames do Código de Defesa do Consumidor a defesa coletiva *stricto sensu* da população carcerária Brasileira.

Ora, em se verificando afronta aos direitos humanos fundamentais do egresso no interior do sistema carcerário, independentemente do regime de cumprimento de pena e ante o não reconhecimento formal de garantia mínima de condições dignas quando do cumprimento de pena, a processualização do direito material é medida que se impõe contra o Estado por sua omissão no trato com o ser humano.

Logo, os legitimados à representação coletiva em sede de ação civil pública, em especial o Ministério Público, conforme se verificará em tópico próprio, detém a plena capacidade postulatória ao pleno exercício do direito de ação visando à concreção e instigação do poder público ao efetivo cumprimento das diretrizes basilares relacionadas a políticas de execução penal e respeito ao infrator, validando a implementação dos aspectos punitivos e ressocializadores.

Não se desvaloriza, neste aspecto, os demais legitimados a propositura de eventual ação civil pública em defesa do interesse coletivo *latu sensu*, tais como a defensoria

---

<sup>147</sup> TARTURE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual do código de defesa do consumidor – Direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 452.

pública, órgão permanente e com *status* principiológicos Constitucional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista e associações constituídas a pelo menos um ano, com a finalidade que demonstre nexos causal com a ação a ser proposta.<sup>148</sup> Entretanto, é evidente a importância e a gama de condições administrativas e orçamentárias do Ministério Público na luta pela implementação de políticas carcerárias, tendo em vista seu papel fundamental de fiscal da lei e acompanhamento processual em sede de execução penal<sup>149</sup>. Logo, se justifica a análise mais profunda do Ministério Público e sua atuação na luta pela efetivação e respeito à dignidade do infrator, cidadão detentor de direitos, mesmo na órbita carcerária, momentaneamente sob a responsabilidade estatal em razão do cumprimento de pena.

#### 4.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO, INSTRUMENTOS PROCESSUAIS E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O Ministério Público, instituição permanente com *status* e bases principiológicas e organizacional em sede Constitucional, caracterizado como uma das funções essenciais à justiça, tem entre suas funções primordiais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático

---

<sup>148</sup> Lei da Ação Civil Pública, art. 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. § 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>149</sup> Nota: A Lei de Execução Penal em seu título III que disciplina os órgãos da de efetivação e supervisão da execução penal, de forma expressa concede ao Ministério Público, a incumbência fiscalizatória da execução penal, atuando de forma ativa com a possibilidade de fiscalização do cumprimento da pena, pleito de progressão e regressão de regime, além de visitas periódicas aos estabelecimentos prisionais visando garantir a efetiva execução de pena; fácil visualização de suas funções já nos artigos 61, 67 e 68 da Lei de Execução Penal (lei 7.210/1984).

dos interesses individuais indisponíveis, zelando ainda pelo integral cumprimento das diretrizes fundamentais previstas na Constituição.

Numa visão moderna do órgão ministerial, reconhecido e regulamentado de forma principiologia e administrativa pela Constituição Federal, é nítida a percepção do grau de importância da instituição na defesa e fiscalização dos direitos e garantias fundamentais previstas ou não no texto constitucional.

Deixou o órgão ministerial de ter apenas a responsabilidade pela função acusatória, apesar de ser uma de suas funções institucionais precípuas, e passou a deter competência e atribuições efetivas de controle e fiscalização da legalidade dos atos, bem como passou a deter importante competência ativa na busca pelo efetivo reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, em específico, como aqui tratado, a aplicação de condições mínimas e a implementação de políticas humanísticas e de salubridade carcerária. Passou a exercer fundamental papel de questionamento e investigações de natureza cível, na busca pelo reconhecimento e fiscalização de políticas carcerárias relacionadas à execução penal e a dignidade do infrator.

Antes de adentrar no efetivo poder investigatório do Ministério Público, em especial no inquérito civil público, suas peculiaridades, características e a efetiva interferência na função executiva exercida por meio da Ação Civil Pública, cumpre, a título de complementação, apontar as bases iniciais do órgão, Ministério Público.

Assim, temos que a primeira ideia de Ministério Público data-se do século XVIII, na França, denominado como “*parquet*”, um órgão que visava, em tese, a imparcialidade das decisões buscando evitar que um mesmo órgão acusasse e sentenciasse; era o responsável pela acusação.<sup>150</sup>

Atualmente, no Brasil, o Ministério Público é dotado de orçamento próprio e *status* constitucional, considerado como uma função essencial à justiça, conforme se verifica do Capítulo IV, da Constituição Federal. Assim, dado essa autonomia, o órgão ministerial não está subordinado a nenhuma das outras funções estatais, quais sejam, executivo, legislativo e judiciário. Nesse ponto, é também importante esclarecer que, ao contrário do que já se pontuou, o órgão ministerial também não detém *status* de uma quarta função estatal.

---

<sup>150</sup> ABDO, Marian Najjar. **Breves apontamentos sobre a origem histórica do Ministério Público**. Disponível em : <[www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/24/outros](http://www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/24/outros)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Estaria ele localizado dentro da função executiva estatal, não se confundindo com ela, tampouco lhe sendo submissa ou detendo qualquer tipo de grau de hierarquia; trata-se de órgão autônomo no aspecto orçamentário, de atribuições, de pessoal e funcional.

Ainda no aspecto de previsão Constitucional do Ministério Público, dada sua importância, tratou a Constituição, logo no início da matéria, em seu artigo 127, §1º,<sup>151</sup> de regulamentar os princípios basilares ministeriais, dentre eles, o da unidade, indicando que o Ministério Público é órgão único, sob a mesma direção e chefia; indivisibilidade, cujo promotor fala em nome da instituição ministerial e não em nome próprio, razão pela qual eventual substituição de promotores em nada interfere ou mesmo causa qualquer prejuízo, o promotor de justiça ou mesmo procurador de justiça apresenta o órgão ministerial, podendo ser substituído sem prejuízo.

Portanto, por força da indivisibilidade, o Ministério Público é apresentado por quaisquer de seus integrantes. Fala-se em apresentação, e não em representação, como se usa na linguagem corrente, porque nesta a atuação do órgão é feita por quem não o integra, ao passo que naquela é a própria instituição que está atuando diretamente. Enfim, como órgão de uma mesma instituição orgânica, os membros do Ministério Público o apresentam, ou seja, se fazem presente no curso da persecução penal. [...] A expressão é de Pontes de Miranda, com base na imputação do ato ao órgão, sendo atualmente pacífico que a entidade de que este faz parte não é por ele representada, mas, com a sua intervenção, se faz presente.<sup>152</sup>

Por fim, detém o órgão ministerial independência funcional, qual seja, a completa autonomia legal, gerencial e administrativa de seus integrantes, não sofrendo qualquer interferência ou mesmo pressão interna ou externa para que a atuação do representante ministerial seja de determinada forma. Anote-se, neste ponto, que o Ministério Público da União e o Ministério Público Estadual, cada qual detém sua autonomia e independência funcional atrelado a cada órgão.

Já em sede infraconstitucional o Ministério Público vem regulamentado pela Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público. Dentre todas as regulamentações e previsões de atuação ministerial, forma de ingresso, escolha do Procurador Geral de Justiça, é importante frisar que seguindo a linha de atuação e proteção Constitucional, já em seu artigo

---

<sup>151</sup> BRASIL. CF/88, art. 127, §1º: São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

<sup>152</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.1161.

25,<sup>153</sup> é expressamente previsto como função ministerial a promoção e a competência ativa para a ação civil pública e a presidência do inquérito civil público, visando a proteção de direitos coletivos, e mais, prevê ainda a plena fiscalização dos estabelecimentos prisionais, razão pela qual tomamos o Ministério Público como o principal órgão a efetivamente se discutir judicialmente as omissões carcerárias estatais.

Assim, é evidente o papel de defesa coletiva e dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos por parte do Ministério Público, quer em âmbito estadual, quer em nível federal.

#### 4.3.1 Do Inquérito Civil Público

Superado alguns pontos introdutórios caracterizadores do Ministério Público e tendo em vista seu efetivo papel social de proteção coletiva e individual fundamental com legitimação para a propositura de Ações Coletivas, trouxe a Lei de Ação Civil Pública, Constituição Federal e Lei Orgânica do Ministério Público, uma função inovadora, ao possibilitar ao órgão ministerial a investigação de natureza civil de elementos que pudessem servir de base inicial probatória para a propositura de Ação Civil Pública; trata-se do inquérito civil público, com previsão no artigo 8º, §1º da Lei 7347/85, artigo 129, III, da Constituição Federal e artigo 25, IV, da Lei 8.625/1993.

Assim, visando minimizar ações civis desarrazoadas de fundamentações ou mesmo eventuais lides temerárias, inócuas, sem indicação probatória mínima, que não trarão efetiva proteção ou compensação social é garantido ao Ministério Público a presidência do inquérito civil; trata-se de procedimento administrativo que visa, em síntese, colher elementos aptos a embasar e amparar eventual ação civil pública.

---

<sup>153</sup> Lei 8.625/93- Lei orgânica do Ministério Público, art. 25: Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual; II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios; III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Busca colher e identificar elementos mínimos que indiquem lesão coletiva a amparar eventual demanda desta natureza, legitimando o Ministério Público a, em juízo, pleitear tal obrigação estatal ou particular. É importante trazer aqui lições conceituais lançadas por Rodrigo Mazzei:

Há na doutrina uma forte tendência a definir o inquérito civil como sendo ‘uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública’. Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, o inquérito civil é um ‘procedimento de natureza administrativa de caráter pré-processual, que se destina à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício responsável da ação civil pública’, enquanto para Ricardo de Barros Leonel, ‘trata-se de um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público, destinado à colheita de elementos de convicção para eventual propositura de ação coletiva’<sup>154</sup>.

Ainda neste aspecto conceitual e de função do inquérito civil público, o professor Rodrigo Mazzei complementa o raciocínio acima apontado:

Como corretamente lembrado por Ricardo Barros Leonel, a importância do inquérito civil está ‘na prévia colheita de informações precisas antes da propositura da ação’, a fim de permitir ‘a mais adequada tutela judicial, e evitar a formulação e demandas infundadas ou temerárias’, além de funcionar como ‘instrumento para a composição extrajudicial do conflito e obtenção da pacificação social, sem o decurso do tempo e custo (em todos os sentidos) do processo, fator, aliás, que se agrava considerando a complexidade natural das demandas coletivas, destinadas, a priori, a perdurar por mais tempo e a gerar maiores dispêndios econômicos’.<sup>155</sup>

Assim, de forma consensual, trata-se de procedimento que visa, em regra, levantar e apurar elementos probatórios a ensejar eventual ação civil pública, como forma de se evitar uma demanda judicial dispendiosa (princípio da economia processual), sem elementos mínimos e fadados ao nada. É importante ressaltar os desgastes físico, psicológico e financeiro das partes envolvidas, razão pela qual a importância de tal procedimento.

Ressalta ainda que o inquérito civil público, como característica pré-processual, não é obrigatório, uma vez que, se por meio de eventual representação ou peças de informações levadas ao conhecimento do representante do Ministério Público este, de pronto,

---

<sup>154</sup> MAZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 218.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 217.

se já entende haver elementos concretos mínimos a ensejar ação civil não estará obrigado a instauração do inquérito.

Ora, se a função principal é a colheita de provas a amparar a ação principal, não se justifica o inquérito se tais elementos já se encontram evidentes, razão pela qual de ser dispensável a depender do caso concreto apresentado. Anote-se que somente o Ministério Público poderá instaurar o inquérito civil.

Importante esclarecer que se trata de procedimento em que não há interferência judicial, uma vez que o órgão ministerial detém competência para expedir notificações e requisitar documentos que reputa válido, salvo documentos de natureza sigilosa, tais como imposto de renda, movimentação financeira, sigilo fiscal e telefônico. Em suma, detém poderes que permitem a plena investigação dos fatos.

E mais, tão evidente a não judicialização do inquérito civil público que seu próprio arquivamento, ao contrário do que se evidencia no inquérito policial, não é levado ao crivo judicial e sim deverá ser homologado pelo próprio Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do artigo 9º, §1º, da lei 7354/85.

Anote-se que no caso de discordância do Conselho Superior com o arquivamento, numa interpretação extensiva ao disposto no artigo 28, do Código de Processo Penal, poderá nomear outro promotor para que conduza o inquérito e até mesmo proponha eventual ação civil pública. Não se cogita obrigar o próprio promotor a intentar a ação civil tendo em vista a independência funcional inerente a cada promotor de justiça.

A respeito do tema:

Além da celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, o inquérito civil pode redundar na propositura da ação coletiva e, ainda, no seu arquivamento.

O arquivamento do inquérito civil é ato submetido ao controle do Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, §1º, Lei Federal 7354/85). Segundo consta da súmula 19 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, quando o inquérito versar sobre a lesão a direito individual indisponível (de criança por ex.), não há necessidade de o órgão ministerial submeter a sua decisão ao órgão superior (embora Hugo Nigro Mazzili discorde desse posicionamento).

Também se submete ao controle do Conselho Superior o arquivamento das peças de informação: 'quando há indeferimento de representação ou requerimento de instauração de inquérito civil amparado em documento de qualquer natureza, isso implica arquivamento de peças de informação, a ser homologado pelo órgão colegiado'.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> DIDIER JR.; ZANETI JR., 2012, p. 243-244.

Além de servir como forma preparativa a propositura da ação civil pública e visar evitar demandas temerárias e desarrazoadas de elementos mínimos de convicção, tem como função, conforme indicado no tópico inferior o efetivo termo de ajustamento de conduta, conforme se passa a demonstrar.

#### 4.3.2 Do Termo de Ajustamento de Conduta

Mais do que simplesmente servir de base à propositura da competente ação civil pública e demonstrar em linhas iniciais elementos mínimos probatórios de responsabilização pelo dano coletivo causado, o inquérito civil público serve e tem como base secundária, a possibilidade de conferir ao representante do Ministério Público, Federal ou Estadual, a celebração com o ente particular ou ente público de uma espécie de “acordo” que visa, ao mesmo tempo, minimizar as despesas e todo o desgaste processual que poderia perdurar por anos e trazer uma maior efetividade a defesa coletiva com menor dispêndio entre as partes; trata-se de acordo denominado pela doutrina e jurisprudência de termo de ajustamento de conduta.

Assim, se num primeiro momento o órgão ministerial, após receber em suas mãos elementos que indiquem a ocorrência de lesão à coletividade passível de reparação em sede de ação civil pública, ou mesmo após a instauração e conclusão do inquérito civil se convencer que não se trata de procedimento a ser arquivado e submetido ao crivo do Conselho Superior do Ministério Público, poderá, em comum acordo com as demais partes envolvidas, oferecer a possibilidade de composição dos danos ou mesmo a obrigação de fazer ou não fazer determinado ato, ou até mesmo se adaptar aos padrões legais de forma consensual, sem a necessidade de demanda judicial.

Tal termo ou compromisso de ajustamento de conduta, além de se adequar aos preceitos de economia, celeridade e composição amigável, é um importante instrumento executivo, tendo em vista que sua assinatura e posterior ratificação pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do artigo 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública é reconhecido

juridicamente como título executivo extrajudicial, podendo conter ainda a imposição de multa pelo seu descumprimento.

É importante ressaltar que o termo de ajustamento de conduta não é procedimento obrigatório a ser observado pelo representante do Ministério Público, ou mesmo aceito pelo agente particular ou público, do mesmo modo, eventual proposta de acordo formulado pelo particular para que se transforme em termo de ajustamento de conduta não é obrigatória de aceitação, tampouco a discussão de eventual cláusula. Trata-se, em regra, de uma espécie de conciliação entre as partes, visando um bem coletivo maior. Nesse sentido, é importante colacionar o informativo 377, do Supremo Tribunal Federal, bem como a ementa do Recurso Especial n. 596.764, do próprio Superior Tribunal de Justiça, que ampara as postulações de não obrigatoriedade de proposta de Termo de Ajustamento de conduta, apesar de sua efetividade, bem como da ausência de obrigatoriedade da aceitação ou não da proposta formulada pelo Ministério Público.

Discute-se a obrigatoriedade de o Ministério Público propor termo de ajustamento de conduta antes da propositura de ação civil pública, à luz do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. Para a Min. Relatora, o ordenamento jurídico brasileiro não confere ao referido instrumento o caráter obrigatório defendido pela recorrente, em que pese sua notória efetividade. Ademais, julgada a ação há mais de quatro anos, não é razoável extingui-la sob a alegada ausência de prévio esgotamento pelo *parquet* das medidas disponíveis na via administrativa. O dispositivo da mencionada lei não tem o alcance por ela pretendido.<sup>157</sup> REsp 895.443-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20/11/2008. Informativo STJ 377 – 17/21 novembro de 2008.

Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública "poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais". 2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o Parquet também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente. 3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. 4. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>158</sup>

Anote-se que o termo de ajustamento de conduta não se encontra previsto tão somente na Lei de Ação Civil Pública. Vem previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e foi introduzido na lei de ação civil pública pelo Código de Defesa do Consumidor, bem

<sup>157</sup> BRASIL. STJ. REsp 895.443-RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. julgado em 20/11/2008. Informativo STJ 377 – 17/21 novembro de 2008. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 13.11.2014.

<sup>158</sup> BRASIL. STJ, Resp. 596.764 MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). acesso em 10.04.2015.

como na lei de improbidade administrativa com previsão expressa; é utilizado basicamente como forma extrajudicial de composição de eventual conflito e de resolução “amigável” de eventual desrespeito coletivo, quer cessando a atividade irregular, quer instando, mediante obrigação de fazer e não fazer, impondo multa e tornando-se título executivo em razão da não observância, sem prazo prescricional para sua execução em razão da não observância dos preceitos contidos no termo assinado entre as partes e ratificado pelo órgão superior ministerial.

Ora, em tempos de constantes incentivos a composição e a conciliação das demandas individuais, nada mais lógico de que estimular a composição coletiva por meio de termos de ajustamento de conduta como forma de economia e efetividade na defesa e na reparação do dano coletivo, mesmo no que se refere ao sistema carcerário, que é possível uma adequação progressiva aos ditames e garantias Constitucionais relacionados a dignidade do ser humano.

No aspecto relacionado ao sistema carcerário brasileiro e ao respeito à mínima dignidade do condenado - cidadão, após o efetivo procedimento administrativo presidido pelo órgão ministerial e a indicação mínima de infrações a dignidade coletiva carcerária e contrária à segurança individual dos funcionários, detentos e da circunscrição do estabelecimento, bem como em razão da comprovação inicial de superlotação, ausência de salubridade, condições de higiene e alimentação precária, atreladas a ausência de distinção prisional em razão do grau de periculosidade, interessante e eficiente seria a proposta de fixação de padrões de superação a tais irregularidades, mesmo que de forma progressiva numa avaliação trimestral, visando a adequação do estabelecimento carcerário, já em sede de termo de ajustamento de conduta, instando-se o poder público Estadual ou Federal a se adequar aos padrões mínimos de dignidade contidos no texto constitucional.

Ora, nada impede a fixação de parâmetros já em sede de termo de ajustamento de conduta, com a fixação de prazos para a adequação e mesmo a imposição de multa para a não observância do previsto e aceito pelas partes.

E mais, salutar por parte dos poderes públicos seu compromisso em zelar e primar, mesmo sem a efetiva sentença obrigatória, pela mínima condição de dignidade no sistema penitenciário e de sua coletividade. Instrumento de evidente efetividade, dinamismo, celeridade e economia no aspecto processual e de implementação de políticas e diretrizes basilares na concreção, reconhecimento e garantia ao respeito e dignidade do infrator, cidadão detentor de direitos de cunho fundamental.

Ao contrario de todo o dispêndio processual e desgaste que uma demanda judicial poderia acarretar, o termo de ajustamento de conduta precedido de procedimento ou mesmo peças de informação indicativas da lesão coletiva carcerária, poderia surtir efeitos e, de fato, ser eficaz tempestivamente no reconhecimento desses direitos.

Ainda que se possa cogitar eventual tutela antecipada em sede de Ação Civil Pública, dada a magnitude da lesão coletiva, ou mesmo o grau de investimento a ser alvo já em sede de tutela antecipada, o termo de ajustamento de conduta surtirá efeitos mais efetivos e concretos além de servir de documento hábil de execução judicial, em razão da não observância do cumprimento das diretrizes traçadas.

Em suma, o termo de ajustamento de conduta visa evitar todo o dispêndio processual numa espécie de acordo, conciliação extrajudicial entre as partes, servindo como título executivo extrajudicial, com a imposição de multa e obrigações de fazer e não fazer e, numa análise do sistema carcerário, de forma progressiva serviria como instrumento de adequação da instituição carcerária de responsabilidade estatal para os padrões mínimos exigidos e garantidos em sede constitucional e infraconstitucional.

#### 4.3.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 e o Reconhecimento da Crise do Sistema Carcerário

Dentro da sistemática aqui apresentada de meios processuais adequados à tentativa de implementação de condições mínimas humanísticas no atual sistema carcerário e a plena interferência judicial em questões administrativas atreladas ao poder Executivo, é válido traçar as diretrizes e discussões relacionadas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), contando com importante parecer do professor Juarez Tavares.

Em longa análise inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental <sup>159</sup> acima mencionada, elencando os requisitos mínimos ao reconhecimento do pleito Constitucional e do recebimento da inicial, se demonstrou todos os requisitos estampados no artigo 3º, da Lei 9.882/1998<sup>160</sup> que regulamentou o procedimento da referida ação prevista Constitucionalmente nos termos do artigo 102, §2º.

Num primeiro momento, o preceito fundamental, qual seja, a dignidade do ser humano, a comprovada lesão e as graves ameaças de lesões originárias do caótico sistema carcerário Brasileiro, a falta de estrutura organizacional e questões relacionadas à salubridade no ambiente carcerário masculino e feminino, tais como ausência de disponibilização de material de higiene pessoal, troca periódica de vestimentas e roupa de cama, fornecimento adequado de água encanada, energia elétrica e ventilação adequada, são fatores elencados a se comprovar a total afronta ao preceito fundamental, dignidade do ser humano.<sup>161</sup>

No mesmo sentido, o Estado (Poder Público), agindo como responsável pela imposição e execução da pena privativa de liberdade e sua humanização nos padrões mínimos Constitucionais, deveria atuar de forma a garantir os direitos fundamentais não limitados pelo próprio Estado em razão da imposição punitiva e garantidos ao cidadão. Ora, a limitação de direitos se restringe aos efeitos da sentença penal condenatória, não podendo a justificativa de ausência de recursos, falhas operacionais, ou a própria condição estigmatizada de criminoso, servir de supedâneo as restrições de direitos de natureza fundamentais que excedam os limites punitivos estatais, tais como ausência de alimentação digna, material de higiene pessoal e convívio familiar.

Com a ingerência descrita em linhas iniciais da ADPF, tem-se o reconhecimento da responsabilidade do poder público, órgão gestor e administrativo em nível Federal e Estadual do sistema carcerário, pela lesão aos preceitos fundamentais, ausente ainda outros

---

<sup>159</sup> BRASIL. CF/88, art. 102, § 1º: A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

<sup>160</sup> Lei 9.882/99 – art. 3º: A petição inicial deverá conter: I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II – a indicação do ato questionado; III – a prova da violação do preceito fundamental; IV – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

<sup>161</sup> Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347: o Fornecimento de uniformes é irregular: não é incomum que os presos dependam das roupas providenciadas por parentes ou por instituições de caridade, ou que fiquem seminus, quando não tem acesso àquelas. Tampouco é regular a disponibilização de material de higiene básica. Na cadeia pública feminina de colina, em São Paulo, por exemplo, durante um ano inteiro, as presas receberam cerca de 4 rolos de papel higiênico e não lhes foi entregue nenhuma escova de dentes e nenhum absorvente íntimo, o que as obrigou a utilizar miolo de pão servido na cadeia para a contenção do fluxo menstrual. STF, ADPF 347, min Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2015.

instrumentos processuais aptos a sanar tal lesão em âmbito nacional. Frise-se que eventuais ações civis públicas, como já demonstrado, mesmo que eficientes, não teriam abrangência e o nível de imposição judicial-administrativa a garantir a plena observância dos preceitos fundamentais no sistema carcerário em nível nacional de aplicação e de vinculação das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal a todos os tribunais do país.

Assim, elenca um Estado de Coisa Inconstitucional, ou seja, a plena afronta aos preceitos fundamentais no ambiente carcerário e busca com tal, a imposição por meio do judiciário de providências dos demais poderes públicos, visando sanar a afronta fundamental, fiscalizando ainda a implementação das medidas mais importantes pleiteadas em sede final do pedido, quais sejam: a) audiência de custódia nos termos do artigo 7.5, do Pacto de San José da Costa Rica<sup>162</sup>; b) imposição em nível Federal e Estadual com posterior aceite e “homologação” do Supremo Tribunal Federal de um plano de adequação aos preceitos fundamentais do sistema carcerário; c) e o monitoramento da efetiva implementação, gestão, administração, do plano de adequação do sistema carcerário visando superar o Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Carcerário<sup>163</sup>. É importante indicar que, conforme ressaltamos quando da análise do termo de ajustamento de conduta, a plena viabilidade de se formular um investimento e uma obrigação por parte do Estado de melhoramento periódico do sistema carcerário com o encaminhamento de relatórios trimestrais indicando tais investimentos e adequações.

Processada a ação de descumprimento e quando do recebimento da inicial por parte do Ministro relator, Dr. Marco Aurélio de Mello, este deferiu parcialmente o pleito liminar, visando à implementação da audiência de custódia no prazo de 24 horas após a prisão<sup>164</sup>, numa tentativa de diminuir os presos de natureza cautelar e buscar um

---

<sup>162</sup> Pacto de San José da Costa Rica, art. 7.5: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

<sup>163</sup> Nota: Segundo a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347-15), a expressão coisa julgada inconstitucional teve seu desenvolvimento na Corte Constitucional da Colômbia, visando o enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, oriundas de falhas estruturais de políticas públicas que envolvam grande número de pessoas, atreladas a prolongada omissão estatal, adoção de medidas administrativas por uma pluralidade de órgãos e potencialidade de congestionamento da justiça se instada de forma individual.

<sup>164</sup> Nota: O provimento 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, anterior a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347/15), disciplinou nos termos do artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica, as audiências de custódia no Estado de São Paulo, com implantação progressiva em todas as comarcas, visando equacionar os problemas de superlotação carcerária, e diminuir os índices de prisão cautelar no Estado de São Paulo, indicando a apresentação do acusado preso em flagrante delito no prazo máximo de vinte e quatro horas, com entrevista pessoal e reservada com o defensor ou advogado constituído, questionamento judicial, nem a implicação de qualquer pergunta que possa antecipar eventual interrogatório, manifestação do Ministério Público, Manifestação oral da defesa, e posterior decisão judicial quanto a concessão da liberdade provisória, aplicação das medidas cautelares diversas de prisão (artigo 319,

“desafogamento” inicial ao sistema cautelar caótico, bem como a fundamentação adequada a não imposição pelos magistrados das medidas cautelares diversas das prisões.

Em suma, ciente da calamitosa situação carcerária a não se garantir o mínimo de humanização no cumprimento da pena, atrelando ainda questões de salubridade, higiene e respeito ao ser humano, visou, por meio da liminar, instar o poder público a efetivar melhorias no sistema carcerário com projetos analisados e aceitos pelo poder judiciário, minimizando ainda os altos índices de custódia cautelar através das audiências de custódia que deverão ser implantadas em tempo razoável.

Ainda neste aspecto da visão do Supremo Tribunal Federal quando da imposição judicial de implementação de políticas públicas pelo Estado, é importante mencionarmos que, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada. 807, o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski manteve a liminar deferida contra o Estado de Rio de Janeiro nos autos da Ação Civil Pública n. 0410810-73.204.8.19.0001, proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro visando garantir, por no mínimo uma hora diária e em local adequado, a prática de atividades físicas nas unidades prisionais, mantendo multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão da não observância e o desrespeito a não realização de atividades físicas.

Ante a falta de observância dos preceitos contidos na Lei de Execução Penal quando da realização de atividades físicas pelo reeducando, tratou a defensoria pública, através de ação civil pública, de instar o Estado a implementar tal direito inerente ao reeducando. E mais, em sua fundamentação, o eminente Ministro balizou a questão orçamentária do Estado do Rio de Janeiro e o preceito Fundamental da dignidade da pessoa humana instando dessa forma o poder público a tomar medidas visando garantir a prática de atividades físicas por no mínimo uma hora, tomando o Estado as providências necessárias no sentido de adequação estrutural e de pessoal a permitir a plena execução de atividades físicas.

Portanto, em palavras distintas, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os

---

do Código de Processo Penal), imposição de prisão domiciliar e, em ultimo caso, a decretação da prisão preventiva, antecedida de Manifestação do Ministério Público.

Ainda nesse aspecto, visando ter um conhecimento maior dos índices de aplicação de medidas cautelares é disciplinado a necessidade de relatório mensal pela juízo competente dos números de audiência, os crimes imputados e as medidas aplicadas (liberdade provisória, cautelares diversas de prisão e prisões preventivas). TJ/SP. Provimento 03/2015. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

entes federados, esta Suprema Corte concluiu que os juízes e tribunais estão autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos constitucionais a eles garantidos, em especial o abrigado no art. 5º, XLIX, da Constituição que se aplica plenamente ao caso vertente.<sup>165</sup>

Ainda nas palavras de Mirabete, a prática de atividade física é um importante mecanismo de se evitar o ócio, manter a saúde física e psíquica do reeducando, bem como contribui de forma eficaz para a sociabilidade daquela coletividade, razão pela qual da importância da garantia do reconhecimento do direito a realização de atividades físicas dentro do sistema carcerário, em especial nos regimes fechado e semiaberto de cumprimento de pena.

Deve-se, portanto, ocupar o tempo livre do preso, impedindo o ócio, por meio da recreação. A recreação é o lazer-distração, atividade que repousa ou que proporciona salutar fadiga propícia para o repouso por excelência que é o sono. É a atividade que não se realiza por obrigação ou por coerção, de qualquer natureza, ou visando a alguma vantagem lucrativa e por isso não é preocupante, nem cria tensões, mais ao contrário, as desfaz. Recomenda-se a recreação para o bem estar físico e mental dos presos, e ela deve ser organizada em todos os estabelecimentos, segundo as regras mínimas da ONU (n.78).

Entre os meios de recreação ganha vulto o esporte, incluindo-se a ginástica, que não é apenas meio para manter a saúde física e psíquica, ou seja, o equilíbrio biopsíquico, mas contribui também para a disciplina e a elevação moral do preso, suscitando ou desenvolvendo virtudes individuais e sociais, tais como lealdade, serenidade, espírito de equipe ou colaboração etc.<sup>166</sup>

Assim, quanto à interferência judicial na implementação de políticas públicas de cunho garantista ao cidadão e de respeito aos preceitos basilares fundamentais, o STF, num juízo de ponderação, entende superior os preceitos fundamentais em balizamento as questões orçamentárias Estatais, impondo, inclusive, penalidade pecuniária em razão da não observância do mandamento garantista fundamental por ele emanado.

---

<sup>165</sup> BRASIL. STF. Suspensão de Tutela Antecipada n.807/RJ. Min. Ricardo Lewandowski. j.23.11.2015.

<sup>166</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed, São Paulo: Atlas, 2004, p.122.

#### 4.3.4 Da Interferência Executiva Ministerial

Superada algumas premissas relacionadas à Ação Civil Pública, questões investigativas preambular, ausência de interferência judicial no procedimento de arquivamento, bem como as principais características relacionadas ao termo de ajustamento de conduta, procedimento de suma importância e de caráter inerente ao Ministério Público, cumpre, neste momento, indicar e tecer alguns comentários no que se refere a interferência ministerial quando do pleito em sede de Ação Civil Pública e mesmo no Termo de Ajustamento de Conduta na forma gerencial administrativa estatal de responsabilidade da função executiva e suas eventuais consequências.

O Estado, numa visão geral, é um organismo uno que, visando uma melhor administração, tem suas principais funções divididas, independente em quase sua integralidade e numa harmonia entre as demais funções, temos a visão clássica da tripartição das funções entre executivo, legislativo e judiciário.

Fala-se em função e não em poder, justamente pela interpretação de que o Estado é uno e tão somente tem suas funções administrativas, legislativas e judiciárias divididas, visando uma melhor administração, gerência e imparcialidade.

Apesar dessa autonomia e imparcialidade da função típica exercida por cada ente, nítido, numa visão moderna da teoria clássica apresentada por Montesquieu, a existência de funções atípicas inerentes a cada função, executiva, legislativa e judiciária, tais como a possibilidade da edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, com efetiva força normativa e vinculativa aos demais tribunais e órgãos públicos, criação dos regimentos internos dos próprios Tribunais, situações atípicas à clássica separação dos poderes acima mencionadas.

Assim, temos que o Estado se sustenta sob três pilares administrativos: o executivo de forma a administrar e gerenciar o órgão estatal, o legislativo incumbindo da criação legislativa e da proteção legal de direitos e deveres do cidadão para com o Estado e do Estado para com o cidadão, e o judiciário, responsável pelo julgamento de eventuais conflitos de interesses até ele levados por intermédio do exercício do direito de ação. Nesse aspecto acima mencionado verifica-se um equilíbrio gerencial Estatal fazendo com o Estado, como

um todo, “funcione” de forma a contento; a máquina estatal se movimenta de forma equilibrada amparada em seus pilares mestres de sustentação e evolução social.

Entretanto, na falta ou mesmo na omissão de uma das funções estatais na implementação daquilo que lhe é dever basilar, as demais funções estatais visando o retorno do equilíbrio e a concreção das obrigações para com a coletividade, o particular ou mesmo para o ente público poderia interferir na autonomia gerencial daquela função e instá-lo a efetivar as diretrizes basilares que lhe são devidas e não estão sendo respeitadas naquele momento; considerariamos então a interferência de uma função estatal noutra, visando o restabelecimento do equilíbrio em razão da plena, concreta e comprovada omissão.

De forma clara pontua o professor Juvêncio Borges ao tratar do tema, judicialização do político como forma de implementação de políticas públicas sociais, conceituando de forma didática tal instituto.

Tal tem ocorrido em face da inércia e omissão do Poder Legislativo no que tange a sua função de legislar, permitindo que questões de competência ordinária do Poder Legislativo sejam levadas ao Poder Judiciário, que em razão da proibição do *non liquet* acaba por tomar decisões que tem repercussão geral na esfera política, bem como em face da omissão e inoperância do Poder Executivo no que se refere à implementação de políticas públicas que sejam eficazes e atendam ao disposto na Constituição Federal no que concerne à obrigação positiva do Estado de proporcionar condições à população de acesso à saúde, educação, alimentação, etc. É neste contexto que se insere o tema da judicialização da política, e de forma mais específica da judicialização das políticas públicas. [...] Segundo este conceito as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação<sup>167</sup>.

Nesse aspecto de equilíbrio das funções e a interferência visando à retomada do equilíbrio, o que nos interessa neste ponto de Ação Civil Pública e o sistema carcerário, com o Ministério Público como órgão titular do direito de ação, é a plena interferência da função judiciária na função executiva estatal. Exemplificando:

---

<sup>167</sup> SILVA, Juvêncio Borges; TAVARES NETO, José Quirino. Judicialização das políticas públicas no estado democrático de direito: uma análise no contexto brasileiro. **Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas: Aproximando Agendas e Agentes**. Disponível em: <[www.fclar.unesp.br](http://www.fclar.unesp.br)>. Acesso em: 20 set. 2015.

A efetiva criação e destinação de verbas aos estabelecimentos prisionais é de responsabilidade Estatal, em nível Estadual ou Federal. Logo, a plena gerência e a observância da necessidade de criação de novos estabelecimentos prisionais, com destinação a presos provisórios, presos definitivos, ou mesmo em qualquer um dos três regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto ou aberto), é de responsabilidade, em regra, do poder executivo Estatal.

Assim, ante a falha da função estatal executiva de implementação de diretrizes efetivas e de infraestrutura basilar no aspecto da execução penal torna-se necessário a interferência da função judiciária, visando implementar e instar aquela função a efetivar as diretrizes legais que lhe são peculiares e inerentes. Ou seja, por meio do órgão ministerial, por meio de competente ação civil pública, busca-se uma decisão judicial amparada em elementos probatórios concretos e inquestionáveis, ante a inobservância de preceitos constitucionais de respeito a dignidade mínima do cidadão, visando obrigar, instar a função estatal executiva a adequar aquela instituição carcerária aos padrões mínimos exigidos.

Anote-se, ainda, que o respeito à dignidade do infrator não se reveste apenas e tão somente em condições dignas de acomodações e ausência de superlotação; a dignidade está atrelada a possibilidade real de visitas e contato com os familiares, contato periódico com o meio externo através de cartas e outros meios disponíveis, alimentação adequada e de qualidade mínima, salubridade, higiene e respeito funcionário/agente penitenciário, tratamento nominal, quer nome real ou nome social à comunidade LGBT.

Nesse aspecto de omissão estatal é que se justifica a ação civil pública para a plena concretização das diretrizes carcerárias e o restabelecimento do equilíbrio entre as funções estatais, tornando-se recorrente a atuação ministerial visando à adequação carcerária aos preceitos fundamentais basilares. É de se ressaltar aqui que, conforme tratado em tópico superior, não haverá atuação judicial em eventual composição a título de termo de ajustamento de conduta, tendo em vista sua natureza extrajudicial, sendo necessária somente a interferência judicial no caso de não efetivação das disposições contidas no termo de ajustamento de conduta em razão de sua condição de título executivo extrajudicial.

Nesse ponto, ainda é válido uma observação pela não utilização do remédio constitucional, Mandado de Segurança Coletivo, visando resguardar direito líquido e certo. Tal opção se encontra justificada pela necessidade de utilização de prova pré-constituída, fato que pela natureza da análise pericial, dados e elementos periciais prejudicariam a análise em sede de segurança coletivo. Ademais, não estaria à disposição do autor, mesmo o

representante do Ministério Público, o instrumento do inquérito civil público, peça pré-processual de suma importância e que traz possibilidade de resolução do conflito de forma extrajudicial, conforme indicado ao analisar os aspectos principais do termo de ajustamento de conduta.

É interessante ressaltar ainda recentes discussões traçadas em sede do Supremo Tribunal Federal no que se refere aos problemas do sistema carcerário e a superlotação consequente da ausência de diretrizes administrativas de implemento e respeito ao encarcerado. Tão nítidas e indiscutíveis tais questões voltadas à superlotação carcerária e a afronta à dignidade humana que em sede de Recurso Extraordinário o Ministro Luiz Roberto Barroso, em voto nos autos do RE n. 580.522 do Mato Grosso do Sul, em recurso que discute o dever de indenizar do Estado frente o caos carcerário e a superlotação dos presídios, propôs medida alternativa visando diminuir os custos indenizatórios estatais e permitir uma melhor reintegração social e a diminuição do estigma do condenado.

Em síntese, propôs a redução da pena como forma de compensação pela superlotação carcerária; estaria substituindo a compensação pecuniária a título de indenização por dano moral, por uma compensação pessoal relacionada a diminuição da pena privativa de liberdade, “a abreviação do prazo para a extinção da pena possui um efeito ressocializador importante, diminuindo o estigma que pende sobre o indivíduo que cumpre a pena, tornando-o menos vulnerável a abordagens policiais e facilitando o ingresso no mercado de trabalho”.<sup>168</sup> Anote-se ainda pela posição do Superior Tribunal de Justiça,<sup>169</sup> quanto ao dever de indenizar do Estado em razão da superlotação carcerária e da evidente afronta a dignidade do ser humano.

Ademais, tentado minimizar os efeitos da superlotação dos presídios, discussões sobre a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso do que fixado, enquanto não houver vaga no regime de cumprimento de pena adequado, bem como a

---

<sup>168</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Preço da dignidade**. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12 mai. 2015.

<sup>169</sup> O Estado é responsável pela construção e administração do sistema penitenciário, especialmente pela boa manutenção e regular funcionamento dos estabelecimentos prisionais, cabendo, portanto, observar que, ao exercer o direito de punir e de restringir a liberdade dos indivíduos que transgridam as leis, passa a ter o dever de custódia sobre eles. Os argumentos do Estado de Mato Grosso do Sul, quando menciona que o apelante, ao ser condenado, deixou de cumprir seus deveres, infringindo a lei, podendo então ser considerada a restrição de sua liberdade como um canal para a desconsideração dos seus direitos mais básicos, são deploráveis, dando conta que realmente despreza o seu dever de cuidar daqueles que puniu. Ora, não se discute aqui as razões da condenação de um preso; mas sim, uma circunstância posterior, que é a má, tardia ou falta de atuação estatal, no que concerne à custódia dos condenados ou processados pela Justiça. STJ. Resp 873.039-MS. Rel. Ministro Luiz Fux.

legalidade de interferência judicial na esfera executiva Estadual visando a construção e reforma de presídios; questões latentes com discussões iniciadas em sede da Suprema Corte Brasileira, com repercussão geral e social já reconhecida, pendente apenas de julgamento.<sup>170</sup>

Sendo ainda pertinente no presente tópico que cuida em específico da interferência ministerial estatal, válido indicar que no próprio Recurso Extraordinário n. 592.581 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski foi reconhecido a repercussão geral e social da questão relacionada à interferência judicial na esfera administrativa estadual visando a construção e ou reforma de estabelecimentos prisionais a se adequarem minimamente às condições de respeito a dignidade do infrator. Discute-se no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e o próprio Estado do Rio Grande do Sul os limites da atuação judicial, os problemas orçamentários em razão da imposição judicial a uma obrigação de fazer por parte do Estado, em contraponto a dignidade, integridade física e moral do preso, bem fundamental de aplicação imediata. Discussão esta ainda não terminada em sede de Supremo Tribunal Federal, mas que, certamente tomará como base a dignidade e os direitos fundamentais em detrimento de questões orçamentárias.

Em suma, a interferência judicial no aspecto executivo político é um mecanismo usualmente utilizado visando num primeiro momento restituir o equilíbrio entre as funções em razão da omissão e não implementação das diretrizes básicas que lhe são peculiares e, num segundo momento, tentar buscar, efetivar, no aspecto de execução penal as diretrizes basilares contidas no texto constitucional, em normas infraconstitucionais, tais como a Lei de Execução Penal e em inúmeras resoluções e recomendações dos Tribunais e do Conselho Nacional de Justiça no que se refere à efetiva garantia dos direitos relacionado à dignidade do ser humano, mesmo em situação de reeducação e punição em razão da prática criminosa. Abre-se mão, mesmo que parcialmente, da autonomia da função executiva-administrativa do Estado em benefício à concreção de direitos e garantias fundamentais; insta-se o poder público à plena efetivação dos ditames e previsões constitucionais.

---

<sup>170</sup> Ementa: Constitucional. Integridade física e moral dos presos. Determinação ao poder executivo de realização de obras em presídio. Limites de atuação do poder judiciário. Relevância jurídica, econômica e social da questão constitucional. Existência de repercussão geral. STF. Resp n. 592.581 RS. Min. Ricardo Lewandowski.

#### 4.4 PECULIARIDADES PROCEDIMENTAIS E A LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É importante neste ponto do presente trabalho tecer alguns comentários fulcrais procedimentais relacionados à Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor que, conforme já mencionado, juntos formam um microsistema de proteção material e processual a coletividade, com bases conceituais, investigatórias e processuais de atuação dos legitimados a propositura da ação individual e ou coletiva.

De início cumpre ressaltar que a Lei de Ação Civil Pública concede legitimação extraordinária e de forma taxativa àqueles que poderão em nome próprio pleitear direito alheio, quer no aspecto obrigacional, quer mediante condenação em dinheiro. Assim, logo em seu artigo 5º, concede legitimidade extraordinária ao Ministério Público, defensoria Pública, todos os entes federados quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação ou sociedade de economia mista, além de associações constituídas a mais de um ano que tenha por finalidade a proteção ao meio ambiente, consumidor, patrimônio público, artístico e cultural.

É de se ressaltar ainda que é dada uma importância maior ao órgão Ministério Público, tendo em vista que, uma vez não atuando como parte na demanda será responsável pela fiscalização da legalidade daquela ação civil, podendo ainda assumir a titularidade em caso de desistência dos demais colegitimados ativos a propositura.

Outro ponto interessante a ser mencionado é o que se refere à isenção de custas para a propositura da ação civil pública, nos termos do artigo 18, do referido diploma legal, visando garantir e ampliar a proteção e a tutela coletiva. Entretanto, é válido ressaltar para associações que efetivamente busquem de forma temerária e utilizando de má-fé comprovado nos autos, situações que serão condenados ao pagamento de custas e honorários advocatícios sucumbenciais.

Anote-se que a forma procedimental, em não havendo disposição diversa na lei de ação civil pública e no código de defesa do consumidor, seguirá os ditames do procedimento comum ordinário previsto no Código de Processo Civil em vigor. Além do mais, interessante mencionar que apesar do efeito *erga omnes* da sentença que impôs obrigação de fazer ou mesmo condenação pecuniária, seus efeitos estão restritos aos limites territoriais do órgão

prolator da sentença, ou seja, seu efeito *erga omnes* é limitado, restringido em razão do trânsito em julgado da decisão, ou seja, da imutabilidade da decisão não mais suscetível de recurso Especial ou Extraordinário. Entretanto, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor os efeitos limitados foram se estendendo a proteção regional ou nacional em sede de Ação Civil Pública, mas com a nítida preocupação em se limitar os efeitos das decisões. A lei 9.494/97 deu nova redação ao disposto no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, restringindo os efeitos da forma acima mencionada, tratando-se de verdadeiro retrocesso, tendo em vista a efetiva globalização dos meios de comunicação e o dinamismo da informação que toma proporções nacionais e, nesse sentido, poderia ter decisões conflitantes relacionadas ao mesmo tema em discussão. Apesar disso, os tribunais se posicionaram de forma legal, conforme dispõe o referido artigo 16 da LACP:

Agravo de instrumento - Liquidação de sentença proferida em ação civil pública - Sentença proferida pela 12a Vara Cível do Distrito Federal/DF - Ação de liquidação ajuizada na Comarca de Itápolis - Competência do órgão prolator - Tema pacificado na Corte Especial do STJ no sentido de que a sentença prolatada em ação civil pública faz coisa julgada 'erga omnes' apenas dentro dos limites de competência territorial do órgão prolator, com base no art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97. Preliminar de incompetência acolhida. Sentença anulada. Recurso provido, com determinação de remessa dos autos à 12a Vara Cível do Distrito Federal.<sup>171</sup>

Em decisões recentes, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que a sentença deverá abranger todas as pessoas na situação defendida na ação civil pública, independente de limites territoriais, incidindo os ditames indicados no Código de Defesa do Consumidor, posição esta acertada que deverá ser tomada como base em futuras decisões.

No que se preme à abrangência da sentença prolatada em ação civil pública relativa a direitos individuais homogêneos, a Corte Especial decidiu, em sede de recurso repetitivo, que 'os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)' (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, DJ 12/12/2011).

---

<sup>171</sup> BRASIL. TJ/SP. AI 0546440-51.2010.8.26.0000. 20ª Câm. Dir. Privado Rel. Des. Francisco Giaquinto – j. 14/02/11.

4. Com efeito, quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada na ação civil pública, incide o Código de Defesa do Consumidor por previsão expressa do art. 21 da própria Lei da Ação Civil Pública.

5. Desse modo, os efeitos do acórdão em discussão nos presentes autos são 'erga omnes', abrangendo todas as pessoas enquadráveis na situação do substituído, independentemente da competência do órgão prolator da decisão. Não fosse assim, haveria graves limitações à extensão e às potencialidades da ação civil pública, o que não se pode admitir. (...).<sup>172</sup>

#### 4.5 DA GARANTIA LEGAL CIDADÃ A FALÊNCIA NO PLANO CONCRETO

A execução penal, o cumprimento de pena provisória ou definitiva, em qualquer dos três regimes de cumprimento e até mesmo eventuais penas restritivas de direitos são de nítida disparidade entre o plano legal positivado e garantista de obrigação estatal pela implementação de diretrizes humanísticas básicas e asseguradoras de direitos de natureza Constitucional fundamental e infraconstitucional e a real situação precária de investimento estatal neste setor da sociedade.

A preocupação, de fato, com a questão voltada à criminalidade, local adequado de cumprimento de pena e assegurar o cumprimento às acepções ligadas a execução penal e a correta punição, reeducação e reinserção social do condenado ficaram a mercê de um segundo plano de investimento. Assim, é nítida a comparação utópica estatal legal e a plena crise material de infraestrutura e aplicação de políticas públicas voltadas a essa coletividade esquecida e deixada a míngua pelos poderes públicos em nível estadual e federal.

Ao cidadão, leia-se, pessoa infratora da norma penal que tem apenas restringido certa parte de seus direitos, lhe sendo assegurado o respeito e a garantia de implementação basilar indispensável à sobrevivência, lhe suplantado qualquer expectativa quanto a padrões mínimos de razoabilidade inerentes ao sistema carcerário e ao cumprimento de pena.

Ao aplicamos as descrições conceituais de garantia legal cidadã no plano da execução penal e do cumprimento de pena, podemos entendê-la como uma organização da sociedade, dos preceitos relacionados ao cumprimento da pena e o respeito à dignidade do ser humano de forma ideal, correta, perfeita de forma legal abstrata e no plano concreto. Aplicando-se de forma correta a lei e, num segundo momento, o correto cumprimento da pena

<sup>172</sup> BRASIL. STJ. REsp 1344700/SC. 2ª Turma. Rel. Min. Og Fernandes. DJe 20/05/14.

com as garantias Constitucionais e infraconstitucionais asseguradas em seus mais “íntimos” termos.

Ou seja, seria imaginar uma sociedade evoluída com uma visão crítica do conceito utópico de cidadão e cidadania, superior ao que se incuti midiaticamente e por meio de falácias interpretativas errôneas postas nas redes sociais, passando em branco a plena visão crítica da necessidade de um maior investimento e implementação de políticas públicas sociais à coletividade carcerária, buscando a diminuição do fator reincidência.

Seria imaginar, buscar uma sociedade cujo objetivo para com essa coletividade suplantasse os muros da legalidade e da previsão garantista para a efetiva implantação e implementação das acepções executórias constitucionais penais em efetivo respeito ao ser humano e a plena possibilidade de reintegração e reinserção social.

Em contrapartida ao que foi indicado no parágrafo superior, é fácil se evidenciar uma espécie de execução penal garantista legal no plano constitucional e infraconstitucional de plena e eficiente respeito aos direitos fundamentais básicos não alcançados pela sentença penal condenatória. Já, numa análise efetiva de implementação das garantias previstas e diretrizes indicadas legalmente é possível a clara percepção da sistemática crise material e afronta cotidiana e periódica aos ditames humanísticos de execução penal.

Não raros os casos noticiados de superlotação carcerária, socorro ao poder judiciário visando garantir o mínimo acesso e contato do preso com seus familiares e ou mesmo interferência na administração carcerária que se vê a mingua de infraestrutura básica.

Além do mais, pífia a questão do cumprimento de pena em regime aberto, tendo em vista a quase total inexistência de localidade adequada e específica ao cumprimento de pena neste regime, leia-se, casa de albergado, sendo obrigado o judiciário a se adequar a total ausência de infraestrutura, concedendo, por analogia, prisão domiciliar (recolhimento domiciliar), ao apenado durante o repouso noturno, numa adequação à prisão albergue domiciliar.

A grave falha estrutural atrelada a pouca ou inexistente vontade de se adequar o sistema carcerário aos padrões legais previstos, aliado ainda ao repúdio social e o baixo nível de discussão relacionado ao tema, tornam utópicos, inimaginável atualmente se conceber num sistema prisional adequado a recuperação e punição do infrator.

Apenas a punição é que se tem como elemento principal na sociedade independentemente de qualquer outra acepção ressocializadora; pune-se pelo crime cometido

e esquece que tal punição é provisória e a volta a sociedade do cidadão infrator é questão temporal, sem nenhuma condição ou reabilitação para o retorno social. Preocupa-se com uma das finalidades da pena, qual seja, a punição e ainda assim em locais inadequados e despidos de mínima condição humana e esquece dos demais pilares reintegratórios e ressocializadores inerentes a execução penal.

Numa análise rasa social a preocupação é demonstrar a quantidade da pena; quanto maior a pena imposta, maior e da melhor forma foi feita a “justiça” aos olhos da sociedade, independente da preocupação com o ser humano e a possibilidade de “restruturação” de seus conceitos sociais e de respeito aos demais cidadãos. Em suma, a pena e o encarceramento por longos períodos e o isolamento do mundo exterior em situações degradantes bastam a título de punição numa interpretação geral rasa social.

A preocupação deveria estar voltada a efetividade e eficiência da punição, ainda que se cogite períodos menores de pena privativa de liberdade atreladas a implantação das utopias legais, já garantidas desde as questões menores relacionadas ao tratamento nominal digno até a plena implantação de políticas públicas ressocializadoras que garantam o cumprimento da pena no tempo adequado, com as progressões em momento correto e a colocação em estabelecimentos prisionais distintos para o cumprimento de pena em cada espécie de regime prisional.

Somente com tais premissas e uma evolução do pensamento social atrelado a uma melhor maneira de expressão midiática de tais assuntos é que se poderá cogitar, mesmo que minimamente, na efetiva ressocialização e garantia constitucional dos direitos assegurados à coletividade carcerária.

O cidadão, infrator da norma penal, em que pese sua situação de privação da liberdade e a necessária punição, pilar da execução penal, não lhe são suprimidos direitos de ordem fundamental basilar, inerente à condição de ser humano, cidadão detentor de direitos, tais como direito a vida, alimentação, saúde, educação, profissionalização, esporte, lazer. Preceitos estes garantidos repetidamente quando da regulamentação da execução penal em nível Constitucional e infraconstitucional, razão pela qual a implementação de políticas públicas e a adequação estrutural do panorama de cumprimento de pena é medida salutar e inerente ao respeito ao ser humano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se demonstrou nos estudos até aqui relacionados aos postulados Constitucionais, internacionais e infraconstitucionais de proteção e tutela dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão – detentor de direitos, mas que teve sua liberdade, direito fundamental de primeira dimensão, restringida em razão da prática criminosa e da imposição punitiva estatal, é a ocorrência clara da alteração de panorama quanto ao conceito e finalidade da pena e sua aplicação e execução pelo Estado.

Em um primeiro momento a visão punitiva se revestia eminentemente de caráter cautelar, servindo a prisão, única e exclusivamente, como mecanismo para garantir a execução da punição corporal que seria imposta, ou seja, a falta de regulamentação tornava o cárcere mera medida garantidora da pena aflictiva que seria aplicada ao infrator da norma regulamentadora de conduta social. As punições de caráter corporal incutiam dor, sofrimento, marcas latentes e até mesmo a morte pelo mal causado, o sofrimento, não raros os casos, eram imposições eclesiásticas, divinas; o poder soberano era uma extensão do poder divino sobre a terra.

As provas de fogo, imersão em água e óleo fervente eram testes imputados aos acusados que, se sobrevivessem, estariam livres e seriam considerados inocentes aos olhos do soberano e por consequência aos olhos das divindades.

Somente a partir da evolução do pensamento punitivo encabeçado pelos estudiosos *Cesare Beccaria*, *Jeremy Bethan* e *Jhon Raward foi que* passou a adotar uma visão humanista atrelada ao infrator e à punição, bem como ao adequado cumprimento de pena em local salubre, com alimentação adequada e contato com o mundo exterior começaram a ser melhores estudadas, apesar das restrições quanto a tais teorias pela sociedade da época. Os preceitos de proporcionalidade das penas, legalidade e devido processo legal, alinhados à infraestrutura carcerária foram postos como evolução lógica ao regime punitivo de vingança carnal até então aplicados ao cidadão infrator.

Não diferente desta visão internacional de punição carnal, o Brasil, no período pós- descobrimento, à mingua ainda de uma legislação própria e se amparando nas legislações denominadas ordenações Afonsinas, Filipinas e Manuelinas, seguiu a mesma linha contrária a humanização das penas, impondo ao cidadão infrator punições de caráter perpétuo, aflitivas, que incutissem dor, sofrimento, amputações de membros e até mesmo a morte.

Somente em 1824, com a nova ordem Constitucional, a questão penitenciária de salubridade passou a ter uma maior regulamentação e proteção, até alcançarmos o atual estágio constitucional garantista de concreção dos direitos fundamentais e limites a atuação estatal.

Assim, com a evolução do conceito de punição e cumprimento de pena, amparados nos pilares de punição, ressocialização e reintegração social do cidadão, atingiu o ápice de proteção e tutela desta coletividade carcerária. A Constituição de 1988 tratou de prever como fundamentos basilares a cidadania e a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto regulamentou com *status* fundamental as penas autorizadas no atual ordenamento jurídico, as penas vedadas, em especial aquelas que causam sofrimento, dor, morte e as de caráter perpétuo, além de recepcionar em sua integralidade a Lei de Execução Penal, fechando o leque de proteção, tutela e garantias inerentes ao cidadão quando da prática criminosa e do cumprimento de pena.

Do mesmo modo, o conceito de cidadania, pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, suplantou sua ideia originária atrelada tão-somente ao respeito e a garantia dos direitos políticos, atingindo uma expressão mais ampla de forma a ser reconhecido ao cidadão direitos civis, políticos e sociais, numa conjugação com todos os direitos fundamentais assegurados ao indivíduo, de modo que, a questão penitenciária e a omissão estatal estão umbilicalmente atreladas ao desrespeito dentro do conceito de cidadão.

Nesse diapasão de proteção Constitucional e infraconstitucional quando da aplicação da pena e sua conseqüente execução, quer no regime fechado, semiaberto e aberto de cumprimento de pena, tem o Estado, responsável pela aplicação e execução punitiva, uma barreira limitadora quanto ao grau de interferência nas liberdades individuais do cidadão. Assim, além dos limites expressos quanto as penas possíveis de serem aplicadas e aquelas efetivamente vedadas no ordenamento pátrio brasileiro, com previsão Constitucional e *status* fundamental, há ainda uma barreira principiológica quando da execução da pena.

Desse modo, não basta a observância por parte do Estado quanto aos limites punitivos expressos, a punição em razão de infração penal é limitada pelos preceitos relacionados à dignidade da pessoa humana quando de sua execução, quais sejam, além da aplicação punitiva dentro dos padrões Constitucionais e infraconstitucionais previstos, a execução penal deve ser norteada pelo respeito ao cidadão quanto a salubridade do estabelecimento carcerário, garantia a alimentação, vestuário, prática de atividades físicas, contato com familiares e retorno progressivo ao convívio social, como forma de balizar e equacionar a punição, a ressocialização e a reintegração social do cidadão. Os limites punitivos encontram cláusula de barreira, que são os postulados e garantias Constitucionais de dignidade e respeito ao ser humano.

Os efeitos punitivos estão restritos aos limites impostos em sede de sentença penal condenatória. Aos presos cautelares também são garantidos o exercício dos direitos políticos, devendo o Estado criar mecanismos a assegurar a garantia do exercício do direito ao voto.

Dentro das acepções garantistas relacionadas à execução penal de ordem Constitucional fundamental e infraconstitucional, por meio da Lei de Execução penal e o sistema integrado de punição, cumpre ao Estado criar mecanismos aptos a garantir a plena execução dentro dos padrões mínimos assegurados. Entretanto, os dados apresentados demonstram uma falibilidade estatal quando do gerenciamento e aplicação de políticas públicas carcerárias.

Assim, ante a omissão estatal retratada no presente trabalho, o desmazelo e a má administração quando da implementação de políticas carcerárias revelam a indispensabilidade da atuação do Judiciário como forma de instar e obrigar o Estado a implementação de políticas públicas e o respeito à condição de cidadão.

Nesse ponto, os meios processuais de proteção e tutela coletiva, inseridos no microssistema de proteção que se constitui pela junção das normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública e Código de Processo Civil, se tornam mecanismos aptos à proteção da coletividade carcerária.

O Ministério Público, órgão com *status* Constitucional e legitimado extraordinário à propositura da Ação Civil Pública, se torna um importante agente de controle, fiscalização e busca a implementação das garantias carcerárias asseguradas ao cidadão. E mais, é de suma importância a investigação civil através do inquérito civil público e a possibilidade de

proposta de termo de ajustamento e conduta, visando a celeridade e a economia processual, conciliando com o Estado a implementação necessária de políticas carcerárias mínimas.

Não só o presentante Ministerial em âmbito local se mostra preocupado com a questão omissiva estatal quanto ao reconhecimento e garantias mínimas carcerárias, o Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, ou mesmo através de Ações Civis Públicas, têm papel fundamental na questão de interferência estatal quanto à aplicação de recurso em políticas públicas voltadas ao sistema carcerário.

Há, de fato, uma interferência judicial na questão administrativa estatal – poder executivo – visando à implementação formal de políticas públicas àquela coletividade carcerária, colocando num segundo plano as questões de natureza orçamentária, inerentes a aplicação e gastos relacionados às adequações necessárias.

O Estado prevê ao mesmo tempo um sistema integrado de punição nos aspectos sociais, jurídicos, religiosos, administrativos de ressocialização, reintegração e punição ao infrator. As garantias constitucionais restringem o nível de interferência estatal nas liberdades individuais do cidadão e, ao mesmo tempo, tutelam a forma de punição garantista inerente ao atual Estado Constitucional Democrático.

Por outro lado, o Estado é omissivo quando da aplicação no plano concreto de tais postulados garantistas Constitucionais e infraconstitucionais, legitimando a atuação judicial na interferência da função executiva pela aplicação e reconhecimento concreto dos preceitos relacionados à execução da pena. A cidadania e a completa integração fundamental dos preceitos Constitucionais somente estarão devidamente garantidas quando do pleno equilíbrio entre as funções estatais e a aplicação correta da punição dentro dos limites Constitucionais aqui tratados e sempre com base na dignidade do ser humano como pilar máximo à imposição e execução punitiva.

## REFERÊNCIAS

ABDO, Marian Najjar. **Breves Apontamentos sobre a Origem Histórica do Ministério Público**. Disponível em: <[www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/24/outros](http://www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/24/outros)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARRETTO, Vicente de Paula. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. 2ª ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Preço da Dignidade**. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Jurídica Gaetano Di benedetto Ltda, 1996.

BERNARDES, Marcelo di Rezende; FRANCO, Geisa Cunha. **A Vulgarização da Noção dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.lex.com.br/doutrina>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

BITERN COURT, César Roberto. **A Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 49 de 01 de abril de 2014**. Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras – do chamado protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas ONU, e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícias Forense, em casos de crime de tortura.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Portaria n. 513 de 14 de abril de 2013**. Constitui o grupo de monitoramento, acompanhamento e aperfeiçoamento do sistema carcerário.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 108 de 6 de abril de 2010**. Dispõe sobre o cumprimento de alvarás de soltura e sobre a movimentação de presos do sistema carcerário e da outras providências.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução 96 de outubro de 2009**. Dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do poder judiciário, institui o portal de Oportunidades e dá outras providências.

CARNELUTTI, Francesco. **Como Nasce o Direito**. Belo Horizonte: líder, 2001.

- COSTA, K. N. *ET. AL.* **Os Princípios da Publicidade e da Eficiência na Lei de Improbidade Administrativa**: uma análise da refinaria de Pasadena pela Petrobrás. 15º Congresso de Iniciação Científica e Pesquisa da UNAERP. Ribeirão Preto: UNAERP, 2014, v. 15, p. 435-435.
- CINTRA, A. C. de A; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA apresenta radiograma do sistema penitenciário brasileiro em SP. Agência CNJ de Notícias. Brasília, 16 de setembro de 2009. Disponível em [www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj). Acesso em 11.12.2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- DE JESUS, Damásio E. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DE LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar**. Niterói: Impetus, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm.
- FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2014.
- FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Manual Esquemático de Criminologia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal – a Constituição Penal**. 2ª ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FOUCALT, Michel. **Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- FORTES, Wanessa Mota Freitas. **Sociedade, Direito e Controle Social**. Âmbito jurídico. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br)>. Acesso em: 10 abr. 2015.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – parte geral**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008.

GALLO, Janaina Soares. **Resultado do Primeiro Mutirão Carcerário Realizado pelo CNJ no Estado de São Paulo.** Disponível em: <[www.ibccrim.org.br/noticia](http://www.ibccrim.org.br/noticia)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

GODOY, G. R. M. ; LIMA, T. G. B. ; SILVEIRA, S. S. **Aspectos Gerais da Lei 12.846/2013 e a Busca Social pela Defesa e Punição dos Atos Atentatórios a Probidade Administrativa.** III Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI, 2014, São Paulo. Educação Jurídica e a Pós-Graduação no Século XXI. São Paulo: Clássica Editora, 2014. V. 1, p. 695-700.

GODOY, Gustavo Rene Mantovani; LIMA, Ticiani Gaberllini Barbosa. **O Efeito Sociológico Derivado da Crise no Sistema Carcerário Brasileiro e a Afronta aos Postulados da Dignidade da Pessoa Humana.** II Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto: Processo Coletivo e Cidadania no século XXI, 2014, Ribeirão Preto. Anais do II Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto : Processo Coletivo e Cidadania no século XX. Ribeirão Preto: Unaerp, 2014. V. 2, p. 105-110.

GODOY, Gustavo Renê Mantovani; **A Falácia Frente o Sistema Carcerário Brasileiro e a Reinserção Social do Condenado.** I Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania da UNAERP, 2013, Ribeirão Preto. I Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto : 25 anos da Constituição, 10 de outubro de 2013. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2013, V. 1, p. 122-124.

GOMES, Luiz Flavio. **Beccaria (250 anos) e o Drama do Castigo Penal: civilização ou barbárie.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** Disponível em: <[www.unisinos.br/index.PHp/RECHTD/ARTICLE/VIEWFILE/733/1757](http://www.unisinos.br/index.PHp/RECHTD/ARTICLE/VIEWFILE/733/1757)>. Acesso em: 10 na. 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direto Constitucional e o Neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011.

LEAL, César Barros. **Prisão Crepúsculo de Uma Era.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos Básicos de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MARSHALL, T. H. Cidadania e Classe Social. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- MAZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORENO. Castilho; MARIA Assuncion. **Estudio del Pensamento de Cesare Beccaria em la Evolucion del Aparato Punitivo**: Historia de laprision. **Cidade: Editora, ano**, p. 93-94 (*ct,grecco p154*).
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MONTENEGRO, Manuel. **CNJ Divulga Dados sobre a nova População Carcerária**. Portal de Notícias do CNJ. Brasília, 12 de jun. de 2014. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 11 dez. 2014.
- MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Mutirão Carcerário do CNJ libera 2,3 mil pessoas em São Paulo**. Brasília, 19 de dezembro de 2011. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MUTIRÃO Carcerário. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/programas-de-a-az](http://www.cjn.jus.br/programas-de-a-az)>. Acesso em: 11 dez. 2014 e em 10 mar. 2015.
- MUTIRÃO Guarulhos, São Paulo. **Relatório Geral**. Brasília março de 2014. Portal CNJ de notícias, Disponível em: <[www.cnj.jus.br/imagens/programa/mutirao-carcerario/relatorio/relatorio\\_guarulhos\\_01042014PDF](http://www.cnj.jus.br/imagens/programa/mutirao-carcerario/relatorio/relatorio_guarulhos_01042014PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NASCIMENTO, Beneti. **Brasil Precisa de mais 396 Prisões para Abrigar todos os Detentos**. Agência CNJ de notícias. Brasília, 28 de dezembro de 2010. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em 11 dez 2014.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.

PARENTONI, Roberto. **Direito Penal e Seu Histórico**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/13-direito-penal>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PEÑA MATEOS, Jaime. **Antecedentes de la Prisión como Pena Privativa de Libertad en Europa Hasta el Siglo XVII: historia de la prision**. Madri: Critiva, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SILVA, Juvêncio Borges; LEHFELD, Lucas de Souza. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. São Paulo: juruá, 2015.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **O Início da Concepção dos Direitos Inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes**. Disponível em: <[www.conped.org.br/publicações](http://www.conped.org.br/publicações)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

SILVA, Juvêncio Borges; NETO, José Quirino Tavares. **O Contributo da Tutela Coletiva para o Acesso à Justiça e a Promoção da Cidadania**. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito, 21ª Encontro Nacional, ano, p. 455-485.

SILVA, Juvêncio Borges; NETO, José Quirino Tavares. **Judicialização das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito: uma análise do contexto brasileiro**. Encontro internacional participação democrática e políticas públicas: aproximando agendas e agentes, 2013. Araraquara. Disponível em: <[www.fclar.unesp.br](http://www.fclar.unesp.br)>. Acesso em:

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TARTURE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual do Código de Defesa do Consumidor – Direito Material e Processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TAVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para Concursos**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivum, 2012.

TRINDADE, André karam. Discutindo o Garanstismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, V.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. ISSN 19807791. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

VASCONCELOS, Jorge. **Presídio de Porto Alegre tem 300 Detentos que Deveriam estar no Regime Semiaberto**. Agência CNJ de notícias. Brasília 15 de março de 2011. Disponível em: <[www.cjn.jus.br/noticias/cnj](http://www.cjn.jus.br/noticias/cnj)>. Acesso em: 11 dez. 2014.