

CURSO DE DIREITO

Kátia Jaehn

**O ESTADO COMO GUARDIÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VIOLAÇÃO
DOS DIREITOS HUMANOS DOS APENADOS**

Santa Cruz do Sul
2015

Kátia Jaehn

**O ESTADO COMO GUARDIÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VIOLAÇÃO
DOS DIREITOS HUMANOS DOS APENADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. PhD. Clóvis Gorczewski
Orientador

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Kátia Jaehn adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. PhD. Clóvis Gorczewski

Orientador

*A meu avô Valmi (em lembrança) que sempre me ensinou buscar
ser uma pessoa melhor.*

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente (sic). Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.

(FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a meus pais, Maria Lenice Jaehn e Fernando José Jaehn, razões pela qual, em cada momento de desespero e de esgotamento me transmitiram incentivo e força para continuar. Às minhas irmãs, Katiéle e Karoline Jaehn, que me suportaram nessa incessante trajetória acadêmica, e que, com certeza, transformaram meus dias mais alegres. A meu namorado Diego Henrique Bartholomay, pela paciência e compreensão em todos os momentos de ausência e de inquietude.

A meus amigos, em especial, Claudia Maria Beckenkamp e Felipe Rodrigo Kipper, pela amizade verdadeira de todas as horas e infinitos momentos partilhados, desde a época da escola.

Às minhas colegas que o Curso de Direito revelou, hoje amigas, Fernanda Heloísa Timm Goveia, Priscila de Freitas, Carla Luana da Silva e Kátia Käfer, do universo acadêmico para a vida.

A meu professor orientador, Clóvis Gorczewski, pelo encorajamento, sabedoria e entusiasmo transmitidos na realização e concretização desta monografia. Na pessoa dele, gostaria de agradecer todos os meus Mestres, ao longo destes cinco anos de jornada acadêmica, que me proporcionaram, ensinaram e transmitiram a paixão pelo Direito. Levo no coração todos os debates, incontáveis discussões, ensinamentos e a coragem para enfrentar o mundo, logo em frente.

A todos os demais familiares, amigos e colegas que muitas vezes sequer souberam o quanto me ajudaram a crescer como pessoa, desde as mais simples discussões durante conversas informais e até mesmo com perguntas que me ensejaram à dúvida, a questionamentos, a interligação de assuntos e o respeito pelos diferentes pontos de vista. A ajuda que me trouxeram para a separação da técnica de todos os pré-conceitos trazidos pelo senso comum, foram inexplicáveis.

E finalmente, a Deus, pelas bênçãos já concedidas ao longo de minha vida.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “o Estado como guardião dos direitos fundamentais e a violação dos direitos humanos dos apenados”. Pretende-se, à luz da doutrina recente em conjunto com a tradicional, extremamente relevante ao propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento, comparação e demonstração das teorias de alguns dos doutrinadores sobre o tema. No primeiro capítulo, trataremos da evolução dos Direitos Humanos, desde sua conceituação, fundamentação, aspectos históricos relevantes, concretização desses direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana ligado a este cenário. No segundo capítulo, passamos para as garantias mínimas presentes em Pactos e Convenções à luz do Direito Internacional, Regional (leia-se, Interamericano), bem como a nível Nacional, garantias presentes em nossa Constituição Federal e legislação infraconstitucional, qual seja o Código Penal e Lei de Execuções Penais, voltado à temática do apenado, tratando desde a história da origem das penas, principais documentos de direitos humanos que abordaram as garantias do apenado até a aplicação da legislação vigente. E, por último, no terceiro capítulo, buscamos demonstrar a realidade encontrada pelos apenados no Brasil no cumprimento de sua pena nos presídios brasileiros, além de demonstrar a origem dos principais sistemas penitenciários, respaldando ainda na violação dos direitos humanos e fundamentais as quais são submetidos, o que torna a dificultar enormemente sua ressocialização. Então, partindo-se da premissa de que toda pessoa é detentora de direitos e garantias fundamentais, direitos estes resguardados pelo Estado, assegurados nas diversas legislações e sendo o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, questiona-se: tem este Estado observado os direitos humanos e fundamentais dos apenados visando cumprir o caráter ressocializador da pena? Por fim, de maneira clara, objetiva e expositiva vem demonstrar que este problema vai além da omissão estatal.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Dignidade Humana; Sistema prisional; Apenados.

ABSTRACT

This monograph deals with the topic "the State as guardian of the fundamental rights and the violation of inmates' human rights." It is intended, in light of recent doctrine together with traditional, extremely relevant to the purpose of the situation in question, to analyze, to discuss and to present the main theoretical aspects relative to this issue. To do so, a literature review methodology is used, which consists basically in reading, reporting, comparing and demonstrating the theories of some experts on the subject. In the first chapter, the evolution of Human Rights will be addressed, from its conception, rationale, relevant historical aspects and realization of these rights to the principle of human dignity related to this scenario. In the second chapter, we move on to the minimum guarantees present in Pacts and Conventions under International Law, Regional (Inter-American), as well as in the National level, guarantees present in our Federal Constitution and infra-constitutional legislation, namely the Criminal Code and Executions Act Criminal, targeting the inmate theme, dealing since the origin history of penalty, main human rights documents that approached the guarantees of the inmates until the application of the current legislation. Lastly, in the third chapter, we aim to demonstrate the reality faced by the inmates in Brazil while fulfilling their sentences in Brazilian prisons, also demonstrating the origin of the main penitentiary systems and the violation of human and fundamental rights they suffer, which hugely difficult their resocialization. Then, given that every person has humans and fundamental rights and being the Brazilian State a Democratic State, we question if this State has in fact observed the human and fundamental rights of inmates aiming to achieve the resocialization aspect of the penalty? Finally, in a clear, objective and expository way it demonstrates that this problem goes far beyond State omission.

Keywords: Human Rights; Human Dignity; Prison System; Inmates.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	DIREITOS HUMANOS	11
2.1	A evolução histórica: fatos relevantes	14
2.2	O jusnaturalismo e o positivismo e a conseqüente complementação para entendimento e compreensão	17
2.3	A concretização: gerações de direitos	24
2.4	O princípio da dignidade humana	28
3	AS GARANTIAS MÍNIMAS AO DIREITO DOS APENADOS PRESENTE NAS LEGISLAÇÕES	35
3.1	Garantias internacionais	41
3.2	Garantias regionais	50
3.3	Garantias nacionais – desde a Constituição do Império à Constituição Federal de 1988	55
3.3.1	Garantias infraconstitucionais – breves considerações ao Código Penal e a Lei de Execução Penal	63
4	A “REALIDADE” DOS APENADOS DO BRASIL	68
4.1	As origens do sistema penitenciário	71
4.2	A difícil tarefa de ressocialização no sistema carcerário brasileiro	80
4.3	A violação dos direitos humanos e fundamentais dos apenados nas penitenciárias brasileiras	87
5	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS	104
	ANEXO A – Ilustração	107
	ANEXO B – Ilustração	108

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia visa analisar a violação dos direitos humanos dos apenados no Brasil, partindo do pressuposto de que todo ser humano é detentor de direitos e garantias mínimas, essenciais à condição de pessoa humana para viver com dignidade. Direitos e garantias assegurados, dito, com isonomia e sem qualquer distinção e discriminação em diversas legislações.

Utilizando como basilares, os princípios norteadores dos direitos humanos, bem como análise no âmbito da legislação internacional, regional e nacional, demonstrar a realidade dos apenados brasileiros frente à norma positivada.

O sistema penitenciário brasileiro tem sido alvo da atenção internacional, pelas precárias condições submetidas aos apenados. A calamidade dos presídios hoje encontrada vai além da superlotação, do não saneamento, da falta de infraestrutura e de investimento. Atinge diretamente as condições de vida e de sobrevivência. Vida esta sob condições ínfimas, sem direitos, ou melhor, adequando-se aos “direitos”, deste “país à parte”, chamado presídio. Um mundo onde, leis são criadas e alteradas segundo o “mais forte”, a sua preferência, a facção que “manda” em cada galeria penitencial. Onde toda e qualquer forma de ressocialização torna-se sinônimo de utopia.

Em sendo o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, questiona-se: tem este Estado observado os direitos humanos e fundamentais dos apenados visando cumprir o caráter ressocializador da pena?

O presente trabalho defende a isonomia, os direitos humanos e fundamentais, à dignidade da pessoa, as garantias essenciais ao ser humano, reguladas por legislações internacionais e nacionais.

No entanto, não vem ser objeto do presente trabalho a análise do perfil do apenado brasileiro ou a investigação acerca dos motivos que o levaram à privação de sua liberdade.

Buscou-se analisar, como futuros operadores do Direito, técnicos por tanto, porém acreditantes na justiça e na sociedade (mesmo que utopicamente), o olhar crítico diante da realidade da situação encontrada pelo apenado, indiferentemente do delito ou ato por ele praticado. É necessário olhá-lo como pessoa humana, detentora de direitos e garantias, em igualdade de condições como qualquer outra pessoa civil.

Para tanto, utilizamos da metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste,

basicamente, na leitura, fichamento, comparação e demonstração das teorias de alguns doutrinadores sobre o tema. Foi desenvolvida, portanto, com a utilização de livros, artigos publicados e fontes virtuais, efetuando assim, os levantamentos que serão abordados no presente.

Objetivamente pretendeu-se demonstrar a inobservância do Estado brasileiro quanto ao caráter ressocializador da pena, visto que é notório não assegurar de maneira eficiente aos apenados, a proteção mínima ditada pelos direitos humanos, bem como, pelos direitos fundamentais.

Para tal demonstração, portanto, entendeu-se ser de suma importância toda a abordagem desde a construção, o entendimento e a aplicação dos direitos humanos. Identificando desde suas origens, suas principais características históricas que contribuíram para a compreensão da extensão e da abrangência que hoje ocupa os direitos humanos, até a sua concretização em direitos fundamentais, e ainda a extrema relevância de um dos princípios norteadores do direito neste contexto, o da dignidade humana.

Preocupou-se em demonstrar as garantias mínimas dos direitos dos apenados previstas em legislações tanto em âmbito internacional, como nos Pactos e Convenções; regional, compreendendo o sistema Interamericano, e, ainda, no âmbito nacional, com as garantias previstas em nossa Constituição Federal, além do contexto infraconstitucional, Código Penal e na Lei de Execução Penal.

E, finalmente demonstrar a realidade dos apenados hoje nos presídios brasileiros, fazendo um levantamento desde as origens do sistema penitenciário, a difícil tarefa de ressocialização do apenado, e finalmente, as violações de direitos humanos e fundamentais presentes nas penitenciárias brasileiras.

2 DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, pode-se dizer, que não existe um consenso quanto uma conceituação exata do que são os direitos humanos. Afirma-se, portanto, que os direitos humanos são todos os direitos fundamentais do homem, subentendidos a toda pessoa que nasce com vida, indiferente de norma positivada ou de forma de governo regente de um país, atribuindo a este, caráter universal. São direitos do homem voltados em prol do homem. Direitos, estes, que envolvem à sua liberdade individual, à vida, à dignidade, à educação, à saúde e etc., sem qualquer distinção de credo, cor, raça, sexo, posição social, etnia e/ou nacionalidade.

Considera-se de suma importância ressaltar que a expressão direitos humanos esta vinculada a diversas outras expressões já utilizadas na doutrina, exemplos destas: direitos naturais, direitos morais, direitos do homem, direitos do homem e do cidadão, direitos individuais, liberdades públicas, direitos da pessoa humana, direitos do povo trabalhador, direitos fundamentais do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, são exemplos de denominações utilizadas, todas de acordo com a época e com as necessidades por eles buscadas. (GORCZEVSKI, 2009).

Conforme leciona Gorczewski (2009) em consenso com Comparato (2001), há também um vasto número de ciências envolvidas quando relacionado aos direitos humanos, tendo um grande destaque nos campos da política, filosofia, direito, sociologia, teologia, história, dentre outras, o que ainda assim, não facilitam a sua conceituação.

Para Comparato (2001), ao referir-se a História do homem no mundo, e a conseqüente evolução dos direitos humanos, analisa-a sob a ótica da religião, filosofia e da ciência, ensinando que:

[...] todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2001, p. 1).

Gorczewski (2009) explica a grande dificuldade e o desafio encontrado na tentativa de descrever, qualificar e conceituar os direitos humanos. Pode-se dizer que é uma nova forma de chamar o que antes era chamado de direitos do homem,

após a descoberta de que os ditos, “direitos dos homens” não abrangia e nem ao menos regulava os direitos das mulheres.

Trata-se uma forma abreviada e genérica de se referir a um conjunto de exigências e enunciados jurídicos que são superiores aos demais direitos, quer por entendermos que estão garantidos por normas jurídicas superiores, quer por entendermos que são direitos inerentes ao ser humano. Inerentes no sentido de que não são meras concessões da sociedade política, mas nascem com o homem, fazem parte da própria natureza humana e da dignidade que lhe é intrínseca; e são fundamentais, porque sem eles o homem não é capaz de existir, de se desenvolver e participar plenamente da vida; e são universais, porque exigíveis de qualquer autoridade política em qualquer lugar. (GORCZEWSKI, 2009, p. 20).

Segundo Fernández-Largo (2001, p. 27), os direitos humanos “não são frutos de uma invenção pontual ou a construção de um gênio do direito”, são, porém, uma construção gradativa seja da realidade social e política de cada período histórico ao longo dos anos, encontrando-se em constante transformação, ou seja, depende do fator determinante, da situação ocorrida, da proteção que se busca, visando sempre agregar direitos diante de cada caso, nunca a restrição.

Nesta mesma linha de raciocínio, filia-se Bobbio (1992, p. 32), quando expressa e argumenta que “os direitos ditos humanos, são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”. Considera ainda, a busca pelo fundamento absoluto uma ilusão e, portanto infundada, justifica que, os direitos do homem são constituídos por uma classe variável, em constante modificação e que depende do interesse, das classes governantes, da disponibilidade de meios para uma possível realização (BOBBIO, 1992).

Bobbio (1992, p. 18) defende ainda que,

direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens.

Conforme ensina Gorczewski (2009, p. 47):

buscar uma fundamentação para os Direitos Humanos não é somente

inquirir sobre suas origens, mas também sobre seus objetivos, é buscar a razão de sua existência e a razão de ser balizadores de toda conduta humana.

A história dos direitos humanos, para Leal (2000), se relaciona com a história em si mesma, não significando a simples retrocessão ao passado; como também, a conceituação de direitos humanos construída, necessita ser abordada através da ótica filosófica. Afirma então que,

a história dos Direitos Humanos no Ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado. Em cada uma destas etapas, os Direitos Humanos foram se incorporando, sendo primeiro nas idéias (sic) políticas, e em seguida no plano jurídico (portanto no sistema normativo do direito positivo internacional e interno). (LEAL, 2000, p. 33).

Já Rubio (2010) entende que os direitos humanos alcançam tanto a esfera jurídica como não jurídica, e quanto aos direitos fundamentais, estes, dependem de regulamentação interna de cada Estado. Ainda, ressalta que:

[...] os direitos humanos entendidos a partir de uma perspectiva emancipadora, e que pretendem contribuir ao incremento dos níveis de humanização, poderiam ser concebidos como o conjunto de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que reagem contra os excessos de qualquer tipo de poder que impede os seres humanos de constituírem-se como sujeitos. Cada vez que em qualquer contexto cultural se articulem e institucionalizem determinadas reivindicações sociais, e apareçam diferentes processos de luta com particulares concepções a respeito do que é digno, tendo em conta as condições que possibilitam a existência dos sujeitos participantes e afetados, se estará cimentando as bases para estabelecer âmbitos de contato que contribuam com a construção dinâmica, conflitiva e constante de uma universalidade extensa e para todos, sem exceções. (RUBIO, 2010, p. 38).

Em outras palavras, considera a universalidade dos direitos humanos através das demandas reivindicatórias sociais sempre que alguém achar violado seu direito frente qualquer tipo de poder impeditivo.

Diante da dificuldade, de não haver um entendimento quanto à definição conceitual dos direitos humanos, Oliveira (2013) destaca que há de se ter presente um aglomerado de pressupostos, quais sejam: à universalidade, que determina que todo ser humano é detentor e pode requerer a sua proteção em qualquer esfera, seja na internacional ou nacional; à indivisibilidade; à interdependência, sendo que estão sempre vinculados; à inter-relacionariedade, não há hierarquia entre eles,

tanto no plano regional como no internacional; à imprescritibilidade, possuem caráter eterno, sendo anteriores aos indivíduos e posteriores a eles; à individualidade, preservam o caráter individual, podendo ser requerido por apenas uma pessoa; à complementariedade, possuem caráter de complementação uns com os outros, sem hierarquias; à inviolabilidade, não podem ser violados; à indisponibilidade e à irrenunciabilidade, não há o que se falar em dispor, renunciar, “abrir mão” destes direitos; à inalienabilidade, não se alienam; à historicidade, estão amplamente ligados à evolução do homem; à vedação ao retrocesso; à inerência, são naturalmente ligados ao homem; à efetividade, o Estado é o garantidor natural destes direitos; à essencialidade, tanto material como formal; à limitabilidade, podem se tornar limitados de acordo com as previsões legais excepcionais existentes nas legislações.

Para Gorczevski (2009, p. 30, grifos originais), a definição de direitos humanos deve atender “três ideias-guia: 1) **jusnaturalismo** em seu fundamento; 2) **historicismo** em sua concretização, e 3) **axiologismo** em seu conteúdo”.

Observa-se, portanto, que não há uma unânime conceituação acerca do tema até porque ao serem considerados direitos universais, não há nacionalidade reguladora, forma de governo ou norma que o fundamente de forma isolada.

Ademais, não há como compreender a eficácia impregnada aos direitos humanos hoje, sem entender e demonstrar os períodos históricos que antecederam e as proteções que ensejavam.

2.1 A evolução histórica: fatos relevantes

Assim como ao longo de toda história demonstra a luta incessante por direitos, o homem lutou muito para o reconhecimento e continua a lutar para a aplicação dos direitos humanos.

É longa a luta pelo reconhecimento dos direitos humanos, sendo utilizadas as mais diversas nomenclaturas para referir-se ao tema, conforme demonstrado no título anterior.

Os séculos XVII, XVIII e XIX ofereceram grande parte dos conteúdos e dos paradigmas com os quais os direitos humanos foram pensados, debatidos e estudados com maior relevância, principalmente no século XX (OLIVEIRA, 2013).

Para Oliveira (2013), podemos dizer que há três pontos históricos fundamentais na concepção moderna e na busca pelos direitos humanos: o

Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da II Guerra Mundial. Já Leal (2000), acrescenta a Revolução Industrial como outro ponto histórico extremamente relevante, entre os séculos XVIII e XIX, quanto à situação de exploração e indignidade vivida pelos trabalhadores, e ainda, reconhece a importância da “humanização dos processos sancionatórios e das garantias processuais penais, influenciadas pelos pressupostos do Direito Natural, uma sensível atenção aos direitos da pessoa humana e aos sujeitos de direito” (LEAL, 2000, p. 35).

Partindo do Iluminismo, pode-se afirmar que foi um dos pioneiros na busca do reconhecimento dos direitos humanos. Surgido na Europa, o movimento ressaltava a razão, a fé na ciência e o espírito crítico, pensamentos revolucionários e contrários aos da época que buscavam sempre explicações e respostas na conduta divina (OLIVEIRA, 2013).

Segundo Oliveira (2013, p. 21), “esse movimento procurou compreender a essência das coisas e das pessoas, observar o homem natural, e desse modo chegar às origens da humanidade”. O Iluminismo a partir dos séculos XVII e XVIII ganha maior proporção, e é nesse viés que se torna responsável por conceituar grande parte dos fundamentos dos direitos humanos (OLIVEIRA, 2013).

Para Leal (2003, p. 320) os filósofos do Iluminismo se dedicavam a buscar “estabelecer uma base moral, religiosa e política que acompanhasse a razão intemporal do homem. Em face disso, a ênfase passou a ser colocada na educação, lutando pelos direitos dos indivíduos e do cidadão, o que não existia até então”.

Percebe-se que a partir de uma necessidade social, qual seja a busca pela razão, pela ciência, pela explicação não mais voltada a Deus, nasce a projeção de direitos humanos, conforme explica Santos ([entre 2007 e 2014], <<http://www.dhnet.org.br>>):

é evidente que tal processo não deixa de ter conexões com o campo social. A principal delas consiste em ressaltar a idéia (sic) de igualdade, política e civil, entre os seres humanos. A desigualdade, que era naturalizada e institucionalizada durante séculos de dominação feudal e monárquica, é gradualmente substituída pela busca da igualdade, mesmo que de maneira restrita e formal.

Com a Revolução Francesa de 1789, na qual buscavam uma sociedade menos desigual, nascem os ideais que representam os fundamentos dos direitos humanos originais: a igualdade, a fraternidade e a liberdade. Foi em 1789, impulsionada pelas ideias Iluministas e redigida após o término da Revolução Francesa, com a queda da Bastilha em 14 de julho de 1789, que nasce em 26 de

agosto de 1789 a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹ (GORCZEVSKI, 2009).

Leal (2000) ao referir-se quanto ao conteúdo da Declaração Francesa, enfatiza a distinção nela atribuída entre os direitos do homem e os direitos do cidadão.

Nestes textos, o homem é colocado como alguém que existe fora da Sociedade, eis que preexiste a ela. No que tange ao cidadão, ele se encontra exatamente no centro da Sociedade e sob a autoridade do Estado. Dessa forma e novamente, como é próprio de concepções com forte veio jusnaturalista, os direitos do homem são naturais e inalienáveis, enquanto os direitos do cidadão são positivos e garantidos pelo direito positivo. (LEAL, 2000, p. 37).

Com a Revolução Industrial, conforme abordada por Leal (2000), frente à situação de expansão das indústrias, eclodiu de forma conjunta a falta de direitos aos operários, gerando, em decorrência, extrema miséria, insegurança, insalubridade, moradias precárias, mão de obra barata e forçada de crianças e mulheres. A partir disto, sobreveio a consciência de toda classe operária, caracterizando o início da organização corporativa, necessitava de direitos regulamentados, o que ampliou o rol de direitos humanos e fundamentais a esta grande parcela da população.

E finalmente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, tornou-se visível a necessidade, a partir dos acontecimentos e as atrocidades cometidas pelas guerras ocorridas, principalmente pelos nazistas e fascistas, de uma efetiva defesa e aplicação dos direitos humanos. A partir da violação dos conceitos norteadores até então dos direitos humanos, foi com o holocausto, o estopim, para que se tornasse necessário em âmbito mundial à criação de uma organização onde buscasse a proteção dos direitos humanos. Nasceu então, após conferências realizadas, a Organização das Nações Unidas² (CARVALHO, 1998).

Tais fatos demonstram notoriamente que a concepção acerca dos direitos humanos não se limita. Ao contrário, os direitos são buscados e positivados em nossas legislações a partir de um fato histórico, de uma necessidade encontrada pelo homem.

A partir de tais premissas, passamos agora a diferenciação e complementação entre as escolas bases de todo o direito e influenciadoras dos

¹ A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão será abordada no próximo capítulo.

² A ONU foi criada em 25 de abril de 1945. A Carta das Nações Unidas elaborada tem por objetivo manter a solidariedade e a paz internacional entre os povos, bem como a segurança, o respeito a lei, aos tratados e a justiça.

principais doutrinadores dos direitos humanos, quais sejam: corrente jusnaturalista e positivista. Atearemos no presente trabalho, somente a análise e demonstração destas, mas sabe-se da existências de outras.

2.2 O jusnaturalismo e o positivismo e a conseqüente complementação para entendimento e compreensão

Sabendo que para buscar uma linha lógica de raciocínio é imprescindível dividir o estudo do Direito nas duas correntes norteadoras, principais e complementares existentes, de acordo com seus adeptos, seguidores e defensores, seja para o lado do jusnaturalismo ou para o positivismo.

Não há de que se falar em jusnaturalismo e positivismo sem abordar suas origens, sendo respectivamente, o direito natural e o direito positivo. Importante ressaltar que suas distinções conceituais já estavam presentes nos escritos filosóficos de Platão e Aristóteles (BOBBIO, 1995).

Segundo Gorczewski (2009, p. 53), Aristóteles quanto ao direito natural,

defende a existência de um direito dos homens, que muda de lugar para lugar, mas também de um direito natural, cuja característica é apresentar a mesma força e estar em vigor em todo o lugar, portanto universal - igual ao fogo que em toda sua parte queima igualmente – e esse direito estabelece o que é justo ou injusto, independentemente do que pensam as pessoas. Para ele a justiça não é a imitação de uma ideia (fora do mundo), mas algo que esta no âmago, na essência do ser humano, que faz parte de seu ser e que o define e é sempre perfeita, como o é a própria natureza humana.

Segundo Bobbio (1995), Aristóteles ao referir-se aos direitos positivos afirma que, tem eficácia nos grupos políticos em que é colocado como regulador e que o estabelece, e que, as ações após reguladas pela lei, deverão de ser desempenhadas do modo previsto, podendo ser de modo diverso, somente se ainda não havida regulamentação.

Segundo Platão, citado por Fernández-Largo (2006, p. 66), ao referir-se ao direito natural agindo conforme a natureza, “as leis são como uma imitação da alma da natureza humana, como a poesia é uma imitação da beleza das coisas”.

Gorczewski (2009, p. 52), quanto ao direito natural classifica como “a fundamentação primeira está na crença de um direito natural que nasce com o homem e é inseparável de sua natureza”.

Para Bobbio (1992, p. 2), “1. os direitos naturais são direitos históricos; 2.

nascerem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade; 3. tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico”.

No direito romano, há a distinção do *jus civile* (direito positivo) e *jus gentium* (direito natural) conforme,

a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalis ratio*. (BOBBIO, 1995, p. 18).

No pensamento medieval, segundo Santo Tomás [entre 1265 e 1273] citado por Bobbio (1995, p. 20), a *lex humana* (direito positivo), “[...] deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, *per conclusionem* ou *per determinationem*”. A primeira, conclui ele que se dá “segundo um processo lógico necessário” (BOBBIO, 1995, p. 20); já a segunda, “quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada” (BOBBIO, 1995, p. 20).

Portanto, para Bobbio (1995), pode-se dizer que há seis critérios de distinção entre o direito natural e o positivo: universalidade/particularidade, sendo que o direito natural, vale em toda parte; e ao positivo, que vale apenas em alguns lugares; imutabilidade/mutabilidade, pois o direito natural é imutável ao tempo, já o positivo, muda; quanto às fontes do direito, que se fundamenta na antítese *natura-potestas populus*; quanto ao modo de conhecimento do direito, o natural é aquele que conhecemos através da razão, sendo que o positivo, através de uma declaração de vontade; ao comportamento regulado, pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos; já, pelo direito positivo, são indiferentes; e, pela valoração da ação, sendo o direito natural aduz aquilo que é bom; já o positivo, aquilo que é útil.

O direito natural, portanto, é a premissa para o jusnaturalismo. Este, por sua vez foi a primeira fundamentação para os direitos do homem e, pode se dizer, a que mais o influenciou. Bobbio (1998) citado por Gorczewski (2009, p. 51) classifica como jusnaturalista se presente dois requisitos: “(1) aceitação do direito natural como direito e (2) afirmação de que o direito natural é superior ao positivo”.

Gorczewski (2009) faz distinção entre as várias teses jusnaturalistas em três principais, são elas: clássico, baseado nas premissas aristotélicas; teológica, com a existência de um Ser Superior e o jusnaturalismo racional, onde presente o direito

natural, porém, sob a ótica das razões.

Pela teoria clássica, aristotélica, conforme demonstrado, o

direito natural seria aquele conjunto de critérios e princípios que regem a organização humana da sociedade e que fixam os conteúdos básicos de todo direito positivo e de instituições legais, em conformidade com as exigências que brotam da natureza do ser humano, em qualquer condição e tempo. (GORCZEWSKI, 2009, p. 55).

Já pela teoria teológica, presente na Idade Média, o direito natural é superior ao positivo, não sendo visto como apenas um direito comum, mas, como fundada da própria vontade de Deus à razão humana (BOBBIO, 1995).

E, finalmente pelo jusnaturalismo racional, contando com os ideais iluministas trazidos por Locke, Voltaire, Montesquieu e demais, que difundiram o jusnaturalismo, de forma racional.

Os jusnaturalistas deste período, amparados na racionalidade, sustentavam que o direito natural é um grupo de regras – eternas, universais e naturais – no sentido de que são independentes da vontade humana, passíveis de serem verificadas e comprovadas pelo conhecimento humano seja com a ajuda da revelação divina, seja por meio da razão, e que o Estado existe unicamente para assegurar aos homens estes direitos, sendo que o direito do Estado (positivo) só obriga moralmente quando está em sintonia com o direito natural. (GORCZEWSKI, 2009, p. 82).

Diante destas distinções, cabe a análise voltada aos direitos humanos frente aos ideais jusnaturalistas, conforme Gorczevski (2009, p. 50) explica que “os direitos humanos se fundamentam na existência de uma ordem superior, anterior ao surgimento do Estado”. Mesma explicação se detém Oliveira (2013, p. 21):

entende que a pessoa humana é o fundamento absoluto dos direitos humanos, independentemente do lugar em que esteja, devendo ser tratada de modo justo e solidário. [...]. Desse modo, os direitos humanos são preexistentes ao direito, que apenas o declara. O direito só existe em função do homem, e é nele que se fundamenta todo e qualquer direito.

Fernández-Largo (2006, p. 62) define-os, também no contexto jusnaturalista:

são direitos inatos e subjetivos que podem ser defendidos à vontade do possuidor, segundo seu livre arbítrio. Sua característica é serem direitos pré-estatais e pré-legais e, inclusive pré-políticos, e sua legitimidade não depende da luta entre maiorias e minorias democráticas [...].

Resta-nos, trazer as influências do direito positivo aos direitos humanos, pela corrente positivista. Desenvolveu-se a partir do século XIX, juntamente com a

expansão da atividade econômica. Sedimenta-se, dentro deste contexto, pela necessidade de busca de bases filosóficas positivas, objetivas e materialistas para difusão destes ideais (GORCZEWSKI, 2009).

Leal (2000, p. 52) ao adentrar na ‘Era do Positivismo’ argumenta que,

se para o jusnaturalismo tradicional, os direitos subjetivos são independentes do que dispõem as normas de direito objetivo, pois, faculdades e poderes inatos ao homem que os possui pelo só fato de ser homem, a única coisa que o direito positivo pode fazer diante deles é reconhecê-los e regulamentar seu exercício. A Era do Positivismo vai impor uma nova leitura a este tema, sustentando que estes direitos até existem, mas não são jurídicos, tão-somente morais.

Segundo Löwy (1998) citado por Gorczewski (2009, p. 88), o positivismo tem algumas características comuns, independentemente de seus adeptos e de suas peculiaridades:

(1) leis naturais, invariáveis e independentes da ação e da vontade humana, governam a sociedade. Portanto, na vida social, há uma harmonia natural; (2) a sociedade pode ser analisada pelos mesmos métodos e processos empregados pelas leis da natureza; (3) as ciências sociais, assim como as ciências da natureza devem limitar-se à explicação dos fenômenos de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valores ou ideologias.

Gorczewski (2009, p. 89, grifos originais), sustenta ainda que,

o positivismo parte de pressupostos lógico-formais, negando que a validade do direito esteja condicionada à sua conformidade com um direito natural prévio. É o direito *como é* e não como *deveria ser*, temporal – pois a qualquer tempo pode ser modificado ou revogado, e territorial – pois somente tem eficácia dentro do território cuja soberania o reconheceu. Rechaça, portanto, todos os elementos subjetivos do Direito, a começar pelo Direito Natural por considerá-lo metafísico e anticientífico.

Para Leal (2000), a tradição jusnaturalista reforça a fundamentação dos direitos humanos, porém sua efetivação se dá à luz da Idade Moderna, ao longo do processo de positivação do direito. É com a positivação que os direitos humanos se incorporam no ordenamento jurídico, trazendo objetividade, segurança e certeza às demandas, podendo assim efetivamente protegê-los.

Para Gorczewski (2009, p. 50), os positivistas “encontram fundamento dos direitos humanos no direito positivo, isto é, nas normas jurídicas em vigor que os reconhecem, ou na vontade do legislador”. Mesma interpretação segue Oliveira (2013, p. 21),

o positivismo estaria representado na estruturação jurídica (previsão legal) dos direitos humanos [...]. Uma vez previstos no ordenamento jurídico interno (Constituição e normas infraconstitucionais), podem ser exigidos.

Também podem ser previstos em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Apesar de as duas correntes serem opostas no que tange falar sobre o nascimento de um direito, ambas se complementam ao argumentar sobre os direitos humanos,

o reconhecimento, a conseqüente positivação e sua exigibilidade constituem o eixo central das discussões acerca dos Direitos Humanos, pois trata-se da conjunção entre o questionamento teórico e sua concretização. [...]. Portanto, o reconhecimento dos direitos não é somente uma reconstrução a partir de pontuais momentos históricos: trata-se antes de percorrer-se os caminhos que afloraram para explicar e justificar as razões de seu reconhecimento e de sua exigência. Pode-se categoricamente afirmar que não existiriam direitos humanos sem profundas justificações, quer de origem moral, ética, religiosa, filosófica, social ou política, para sua exigibilidade. (GORCZEVSKI, 2009, p. 47).

Porém conclui Gorczevski (2009, p. 99), quanto à complementação das duas correntes:

deve-se admitir, contudo, que a perspectiva jusnaturalista que fundamenta os Direitos Humanos é abstrata, portanto débil e fraca operacionalmente. O positivismo ao contrário, traz as necessárias garantias e certezas, aliada às ferramentas para a concretização das regras e oferece benefícios concretos aos indivíduos. [...] incontestável que os direitos humanos somente ganham concretude, portando exigibilidade quando expressos em lei e integram determinada ordem jurídica, isto é, quando passam da sua dimensão axiológica a uma dimensão normativa. Assim, deve-se atribuir ao positivismo a tarefa única de trazer ao mundo jurídico aqueles valores identificados como direitos humanos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 99).

Conforme demonstrado, pode-se dizer que a corrente jusnaturalista fundamenta os direitos humanos, bem como o positivismo transmite a segurança necessária para efetivação destes direitos.

Os direitos naturais buscados pelos homens são anteriores à ideia de regulamentação de leis, e à imposição destas pelo Estado, garantidor. Faz-se mister a demonstração e a evolução destas duas correntes primordiais ao estudo do direito, principalmente no que tange a importância da visão abrangendo os demais ramos do direito.

Justamente por seu estudo envolver diversos assuntos de cunho social, o que o torna uma ciência não exata, e, a partir deste contexto, vê-se a necessidade de primeiro buscar um direito subjetivo, não regulado pelo Estado, para após o processo de positivação, na forma de leis, torná-lo objetivo o que o transforma em um direito fundamental.

Para Comparato (2001, p. 56), os direitos fundamentais segundo a

jurisprudência germânica, são:

os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Entre a distinção entre direitos humanos e fundamentais, Bobbio (1992, p. 20) é categórico ao afirmar que entre os direitos humanos,

[...] há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais.

E entre os chamados direitos fundamentais,

[...] os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. (BOBBIO, 1992, p. 20).

O que significa dizer que, há direitos fundamentais que valem para todos, e que ao utiliza-lo, não oprime este mesmo direito, à demais pessoas. Porém, isso normalmente não é de fácil compreensão, quando postos dois direitos fundamentais em conflito há de haver limites a sua extensão, de modo que um não sobreponha o limite do outro. Conclui então Bobbio (1992, p. 24, grifos originais) que,

não se trata de encontrar um fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. [...]. O problema filosófico dos direitos dos homens não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios.

Segundo Ferrajoli (2001) citado por Rubio (2010, p. 28, grifo original), os direitos fundamentais são “todos aqueles direitos subjetivos que correspondem

universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do status (sic) de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de obrar”. Verifica-se, para este entendimento, que é necessário à existência de normas de um ordenamento concreto, constituições e leis fundamentais que os regulamentam; além da existência de exclusão, inclusão e discriminação de determinadas pessoas que não se incluem neste “*status*” de “pessoa”, “cidadão” e de “pessoa com capacidade de obrar”, demonstrando os detentores de direitos fundamentais e as pessoas que não possuem estes direitos resguardados.

Ainda, cabe ressaltar que Ferrajoli (2001) segundo Rubio (2010, p. 143) se filia à teoria diversa, para ele, “os direitos fundamentais são o gênero, os direitos humanos espécie dos mesmos, um tipo específico”. Portanto, os direitos humanos são aqueles, primários ou substanciais que englobam todos os seres humanos enquanto pessoas, sem distinção. Situa-os como um tipo específico de direitos fundamentais (RUBIO, 2010).

Afirma Comparato (2001, p. 56) que “o reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações sociais”, porém considera a necessidade de um fundamento mais profundo para a vigência destes direitos, o qual encontra na escola positivista³.

Quanto a relatividade dos direitos, conclui, portanto, que

[...] não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 1992, p. 19).

Então, como se percebe, não há unanimidade quanto este assunto, existindo uma forte corrente que entende que não são direitos humanos direitos propriamente ditos, e sim aspirações, ideais da sociedade. Para estes, os direitos seriam unicamente os exigíveis de uma autoridade política, integrantes, portanto, da ordem jurídica de um determinado Estado; e que a denominação apropriada seja direitos fundamentais, como Sarlet (1998), que segue a linha de que os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos e positivados pelo direito constitucional positivo de um Estado, enquanto direitos humanos guardam relação com os documentos de ordem internacional, sendo não mais que posicionamentos jurídico-políticos que reconhecem direitos e liberdades ao ser humano, independente de sua vinculação à determinada Constituição, revelando um caráter supranacional.

³ Conforme já trabalhado nos subtítulos anteriores.

Passamos então, ao estudo desta concretização de direitos, através das gerações de direitos, que ao longo dos anos, pelas necessidades encontradas e pela interferência dos Estados, passa então a positivizar os direitos humanos, os quais acabam por torna-los direitos fundamentais.

2.3 A concretização: as gerações de direitos

Ainda no contexto de cunho histórico quanto aos direitos humanos, cabe ressaltar a presença de temíveis lutas para vislumbrar o reconhecimento, posterior concretização destes direitos, para após serem considerados direitos fundamentais.

Vale-se destacar que este processo se encontra em constante desenvolvimento, pois não há estática. Frente a novas necessidades há novos direitos a serem buscados, portanto, encontra-se em constante evolução. A concretização destes direitos se dá nas gerações de direitos⁴. Abordaremos no presente, uma breve explicação até a quinta geração.

Surge juntamente com a evolução dos ideais iluministas a denominada primeira geração de direitos. Segundo Gorczewski (2009) nasce entre os séculos XVIII e XIX baseada no princípio da liberdade, e à luz do jusnaturalismo, racionalismo iluminista, contratualismo e do liberalismo baseando-se principalmente no princípio da liberdade.

Trata-se de uma oposição à ação do Estado que tem a obrigação de abster-se de atos que possam representar a violação de tais direitos; constituem-se, portanto, em uma limitação ao poder público. Referem-se aos direitos e às liberdades de caráter individual: direito à vida, a uma nacionalidade, à liberdade de movimento, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de opinião, o direito de asilo, à proibição da tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, à proibição da escravidão, ao direito de propriedade, à inviolabilidade de domicílio etc. (GORCZEWSKI, 2009, p. 132).

Mesma posição defende Oliveira (2013, p. 25), os definindo como:

os direitos de 1.^a geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos que tem no indivíduo o centro de proteção (liberdades públicas: direito à vida, à liberdade, à expressão e à locomoção). Representam um limite na atuação do Estado, ou seja, não mate, não prenda, entre outras atividades constritivas. Tem origem nas revoluções liberais.

⁴ Sabe-se da existência de doutrinadores que usam e defendem a utilização do termo “dimensões” ao invés de “gerações”. No presente trabalho, por questão de melhor adaptação, atarei a usar a expressão “gerações de direitos”.

Observados no plano normativo constitucional, Bonavides (2014) ensina que os direitos de liberdade foram os primeiros a entrarem à fase constitucional do Ocidente. Segundo ele ao tratar da luta pela democracia e regulação dos direitos:

se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática de poder. (BONAVIDES, 2013, p. 577).

A segunda geração de direitos surge, precisamente entre a segunda metade do século XIX e se estende até o século XX (OLIVEIRA, 2013). Trazendo consigo os excessos cometidos na Inglaterra, por conta da Revolução Industrial, surgem à pauta os direitos dos trabalhadores e aposentados, além de a mínima participação do Estado (OLIVEIRA, 2013).

Vinculada ao princípio da igualdade, visa buscar direitos que só podem ser usufruídos com o auxílio do Estado, obrigando-lhe a sanar a então deficiência e a conceder as condições necessárias para o reconhecimento dos direitos coletivos.

Conforme bem argumenta Gorczewski (2009, p. 133), “sua ênfase está nos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o indivíduo”.

Esses direitos só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado, portanto se lhe impõe o dever de propiciar as necessárias condições. São direitos ao trabalho em condições justas e favoráveis; a proteção contra o desemprego, a assistência contra a invalidez, o direito de sindicalização, o direito à educação e cultura, à saúde, à seguridade social, a ter um nível adequado de vida. São direitos que exigem do Estado uma participação, uma ação. Embora aqui os direitos não são mais considerados individualmente, mas em seu caráter social que tem como objetivo assegurar à sociedade melhores condições de vida, o titular desses direitos continua sendo o homem em sua individualidade. (GORCZEWSKI, 2009, p. 133).

Justamente, por necessitar de eficácia do Estado para sua concretização, estes direitos de segunda geração, ditos sociais, ficaram conhecidos pela sua aplicabilidade mediata, dependendo da vontade do legislador (BONAVIDES, 2014).

Com o fim da II Guerra Mundial nascem os direitos de terceira geração com incidência em toda a população mundial, tendo como principal característica a fraternidade, também chamada de solidariedade, procurando encontrar um meio ambiente equilibrado e a paz mundial (OLIVEIRA, 2013).

Se a liberdade foi o valor que fundamentou as liberdades públicas (direitos de primeira geração), e a igualdade fundamentou o acesso a todos os bens econômicos, sociais e culturais (segunda geração), é o princípio da fraternidade que fundamenta estes novos direitos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 136).

Para Wolkmer (2003) citado por Gorczevski (2009, p. 138), estes direitos, estão a se relacionar com,

(a) o direito ao meio ambiente saudável que abrange a preservação da natureza, portanto da biodiversidade; o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida; (b) o direito ao desenvolvimento econômico, o que propicia uma igualdade justa entre todos os povos; (c) o direito à paz, através de uma convivência pacífica e justa entre as nações; a autodeterminação dos povos ao desarmamento mundial, a preservação do patrimônio histórico e cultural; (d) o direito à informação, pelo livre acesso a todas as técnicas e meios de comunicação para o conhecimento de toda informação disponível em todos os lugares da terra.

Buscam a proteção de um número indeterminável de pessoas, de caráter global ultrapassando os limites subjetivos até mesmo de um Estado (GORCZEVSKI, 2009).

Observa-se aqui uma importante mudança na concepção de Estado que deixa de ser visto exclusivamente como um poder despótico e passa a ser reconhecido enquanto poder capaz de garantir o equilíbrio econômico-social. A sociedade deixa de preocupar-se somente com a proteção individual frente à ação do Estado e passa a exigir desse uma atuação concreta na realização coletiva dos novos direitos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 139).

Como se percebe as gerações de direitos são divisões feitas cronologicamente de acordo com o momento histórico e de sua conseqüente busca.

Há, no entanto, doutrinadores que entendem e defendem a existência apenas três gerações de direitos, outros, que defendem a ideia de cinco gerações de direitos, o importante é salientar que mesmo assim, não os esgota ou restringem, apenas distribuem de forma diversa (GORCZEVSKI, 2009).

Os chamados direitos de quarta geração visam os direitos requeridos referentes à globalização, a evolução cultural, tecnológica e científica, principalmente a partir do século XX (GORCZEVSKI, 2009).

São aqueles direitos que se referem à biotecnologia, à bioética e à engenharia genética e que tratam das questões ético-jurídicas relativas ao início, ao desenvolvimento, à conservação e ao fim da vida humana. Dizem respeito à reprodução humana assistida, ao aborto, à eutanásia, às cirurgias intrauterinas, aos transplantes de órgãos, à clonagem, à criação de células-tronco e outros. (GORCZEVSKI, 2009, p. 139).

Segundo Oliveira (2013), ditos direitos são frutos da última estruturação do Estado Social. São conhecidos como direitos dos povos e abrangem outros direitos, como: à democracia, a informação, ao pluralismo, etc. Percebe-se que há entendimento de outra corrente referente aos direitos de quarta geração.

Bonavides (2014) considera os direitos de quarta geração como globalização política radicada na teoria dos direitos fundamentais, correspondendo a fase de institucionalização do Estado social. Segundo, “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional” (BONAVIDES, 2014, p. 586).

Ainda, complementa seu raciocínio, referindo-se aqui quanto a concretização dos direitos de segunda, terceira e quarta geração.

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2014, p. 586, grifos originais).

Encerra seu entendimento, ao afirmar que “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, 2014, p. 587).

Ao final do século XX, surgem os chamados, direitos de quinta geração. Referem-se ao avanço do mundo virtual, o desenvolvimento da cibernética, surgindo assim os denominados direitos da era digital (GORCZEWSKI, 2009).

Nota-se, portanto que a tendência é de uma crescente formação de geração de direitos, tornando-se insuficientes as conceituações diante do constante processo de incorporação de significados, diante de um fato ou acontecimento novo.

Como bem citado por Gorcevski (2009 p. 145), “efetivamente, uma sociedade aberta, livre e democrática será sempre sensível e estará atenta ao surgimento de novas necessidades que fundamentar-se-ão em novos direitos”.

Assim foi ao longo de toda humanidade e assim o será. Frente novas descobertas, novas necessidades, novos direitos humanos haverão de ser protegidos e assim o serão, com ou sem lutas, com ou sem dor. Haverão de ser englobados nas gerações já existentes ou criar-se-ão novas. Tudo em busca de sua

concretização, mesmo que somente no plano teórico, já que na aplicação ainda há de se trabalhar muito.

2.4 O princípio da dignidade da pessoa humana

A partir da demonstração da evolução histórica dos direitos humanos e sua transformação em direitos fundamentais, faz-se de suma importância a análise destes direitos, posto que um dos princípios constitucionais fundamentais do Estado brasileiro, como também o é, um dos principais fundamentos dos direitos humanos, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio, ao longo de anos vem sendo amparado e protegido em diversas leis, tratados e convenções internacionais. No presente trabalho, em virtude da dignidade ser uma das principais violações sofrida pelos apenados, e por ser considerado, por alguns doutrinadores, o único princípio de ordem absoluta, o enfoque será apenas neste, mas sabe-se que no mundo dos direitos todos os princípios basilares possuem importância ímpar.

Sabe-se que o direito, desde seus primeiros juristas, faz distinções e procuram-se distinguir os princípios e as normas. Não sendo esta discussão o objetivo do presente estudo, demonstraremos a evolução do princípio da dignidade humana ao longo dos anos nos diversos ordenamentos.

Para muitos juristas, os princípios são considerados no mundo do direito como: verdades primeiras, premissas de todo um sistema possuindo-os vida própria e valor substancial. Segundo Clemente (1916) citado por Bonavides (2014, p. 261), juntamente com demais juristas “princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”. Posteriormente, para Castro (1983) citado por Bonavides (2014, p. 261), “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. Já, para Picazo (1983) citado por Bonavides (2014, p. 261),

têm os princípios, dum lado, servido de critérios de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo e, doutro, de normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis.

Sendo notável, portanto, a evolução do pensamento, em termos de princípio

como norma, de acordo com o passar dos anos.

Quanto à normatização dos princípios, Crisafulli (1952), citado por Bonavides (2014, p. 262), conceitua-os como:

princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Guastini (1990), diante de uma investigação doutrinária, dividiu os princípios em seis conceitos: referem-se a normas com alto grau de generalidade; alto grau de indeterminação, tornando-a menos complexa, somente utilizando-se da interpretação para aplicação ao caso concreto; normas de caráter programático; posição hierárquica elevada no que tange as fontes do direito; constantemente são utilizados seguidos de expressões como, importantes e fundamentais; e, normas dirigidas a órgãos de aplicação, para escolha da norma ou dispositivos aplicáveis aos mais diversos casos.

Bonavides (2014, p. 264), discorre quanto a importância dos princípios,

todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Quanto ao processo de juridicidade dos princípios, pode-se dizer que passaram por três fases: jusnaturalista, positivista e pós-positivista (BONAVIDES, 2014).

Com a corrente jusnaturalista, afirmava-se que os princípios gerais do direito se encontram em um patamar de normas universais, como axiomas jurídicos, defendendo que a essência dos princípios é o ideal de justiça. Flórez-Valdés (1990) citado por Bonavides (2014, p. 266) considera que “são os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

Paniagua (1976) citado por Bonavides (2014, p. 267) sustenta que,

em conclusão e em resumo, podemos dizer que a diferença mais destacada entre a tendência histórica ou positivista e a jusnaturalista radica em que esta última afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a

necessidade consequente de recorrer aos do Direito Natural (demais, com todas as garantias que temos visto), enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia. [...]. Mas esta é, antes de tudo, uma questão lógica: a suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico; e só depois de resolvida, sem agitar o fantasma do Direito Natural, dever-se-ia começar a determinar, caso a conclusão seja a da insuficiência, os métodos a suprir essas lacunas.

Observa-se, portanto, que de uma corrente (jusnaturalista) para a outra (positivista) há grandes contrastes quando o enfoque é sobre os princípios.

Quando, da corrente juspositivista, com maior destaque após a decadência do direito natural clássico, no início do século XIX durando até meados do século XX, teorizava-se quanto ao adentramento dos princípios nos Códigos existentes como válvulas de segurança garantindo assim o reinado absoluto da lei.

Flórez-Valdés (1990) citado por Bonavides (2014) sustenta que “os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam que o Direito Positivo e lhe servem de fundamento”. Para ele, o valor dos princípios derivam das próprias leis que se introduzem por via de abstração do Direito Positivo.

Bobbio (1957) citado por Bonavides (2014) quanto ao caráter normativo dos princípios gerais destaca seus critérios: são normas gerais, fundamentais, sendo que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida de uma determinada sociedade; são normas diretivas ou princípios gerais; são normas indefinidas; e, por último são normas indiretas.

Já na fase pós-positivista, que correspondem as últimas décadas do século XX, destaca-se a grande importância normativa dos princípios, servindo de bases às Constituições dos Estados, na qual a interpretação das normas legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos. É nesta fase que, “tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável” (BONAVIDES, 2014, p. 270), fazendo uma das principais análises crítica ao positivismo, está Dworkin (1978). Este, citado por Bonavides (2014, p. 271) defende,

a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.

Assim como Dworkin, importante ressaltar que diversos doutrinadores neste período e após este, lograram êxito para a compreensão e estudo da normatividade

dos princípios, até a transformação em princípios constitucionais, justamente por conseguirem reaproximar o direito da moral e a filosofia da política.

Ao adentrarem ao texto constitucional, os princípios gerais do direito se transformam em princípios constitucionais, sendo considerados os mais relevantes dentro do ordenamento jurídico positivo, ou seja, normas supremas do ordenamento.

Postos no mais alto da escola normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas. (BONAVIDES, 2014, p. 296).

Assim, após demonstração desde os princípios gerais dos direitos até a transformação em princípios constitucionais, trataremos agora do princípio da dignidade humana, sendo este, reconhecido pelo nosso ordenamento constitucional e um dos principais de ordem fundamental.

A dignidade humana, como atualmente compreendida, pressupõe que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Conforme leciona Barroso (2014, p. 63), quanto ao favorecimento e à ascensão da dignidade humana,

nesse novo ambiente pós-positivista, no qual a constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente. Isso tudo favoreceu a ascensão da dignidade humana.

O termo utilizado, dignidade – *dignitas* – vem desde a Roma antiga, mas sua conceituação estava ligada ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à relevância de determinadas instituições. Segundo Englard (1999) citado por Barroso (2014, p. 13), “a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral”. Sendo, portanto, atribuído o primeiro sentido à dignidade de posição social superior.

Pode-se dizer que até o final do século XVIII a dignidade não estava vinculada aos direitos humanos, mesmo havendo documentos como a Declaração Universal do Homem e do Cidadão (1789, em seu art. 6º), que trata sob a sua

proteção, estando meramente ligada a ocupação de cargos e posições públicas, como, “[...] todos os cidadãos são iguais aos olhos da lei e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos” (BARROSO, 2014, p. 14).

Tem como principais marcos em sua evolução para entendimento atual: a religião judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2014).

A religião trouxe com seus Evangelhos o individualismo, a solidariedade e a igualdade, mesmo sendo ela responsável direta pelas violações sofridas à época, como a perseguição aos ‘hereges’, apoio a escravidão e divisão de bens em propriedade. O Iluminismo, trazendo consigo os filósofos e pensadores que avançaram quanto ao conceito de dignidade deixando de lado as antigas concepções religiosas, trazendo consigo a centralidade do homem, o individualismo, o liberalismo, o desenvolvimento da ciência, a tolerância religiosa e o advento da cultura dos direitos individuais. Juntamente com a teologia, a filosofia, vem o cunho histórico, o fim da Segunda Guerra Mundial. Aqui, foi essencial, pelas atrocidades cometidas durante esse período, vem a incorporação deste princípio ao discurso político como uma das bases da aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. Sendo então, importada para o campo jurídico devido a inclusão em diferentes tratados e documentos de cunho Internacional, e em diversas Constituições, com referências textuais à dignidade humana; e, juntamente com a ascensão da cultura jurídica pós-positivista, desempenhando um papel de cunho elevado (BARROSO, 2014).

No período contemporâneo, a dignidade humana como documento jurídico, começou a aparecer com a Constituição do México (1917) e com a Constituição alemã da República de Weimar (1919). Ainda, quanto ao Direito Constitucional, numerosas constituições vieram a apresentar uma linguagem que exige a proteção da dignidade, sendo esse o caso de países como Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, entre muitos outros (BARROSO, 2014).

Para Sarlet (2015), a intenção do legislador constituinte em seu texto na vigente Constituição Federal, foi pioneira no que tange falar em princípio da dignidade da pessoa humana sendo considerado como princípio fundamental do Estado.

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Da mesma forma, sem precedentes em nossa história constitucional o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito. (SARLET, 2015, p. 73).

Assim, ao ser reconhecido à condição de princípio constitucional é o Estado que passa a servir como instrumento para garantia desta dignidade, tanto individual como coletivamente.

Observa ainda Sarlet (2015, p. 80), quanto ao

reconhecimento da dignidade da pessoa pela ordem jurídico-positiva, certamente não se está afirmando – como já acreditamos ter evidenciado – que a dignidade da pessoa humana (na condição de valor ou atributo) exista apenas onde e à medida que seja reconhecida pelo Direito. Todavia, do grau de reconhecimento e proteção outorgado à dignidade da pessoa por cada ordem jurídico-constitucional e pelo Direito Internacional, certamente irá depender sua efetiva realização e promoção, de tal sorte que não é por menos que se impõe uma análise de conteúdo jurídico ou, se assim preferirmos, da dimensão jurídica da dignidade no contexto da arquitetura constitucional pátria, designadamente, a força jurídica que lhe foi outorgada na condição de norma fundamental.

Barroso (2014, p. 63), argumenta ainda que

fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.

Portanto, para Barroso (2014, p. 75, grifo original),

a dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda [...]. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, ‘uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito’.

Verifica-se então a imposição de limites que causa à atuação do Estado, impedindo que o poder público viole a dignidade pessoal e que também este, esteja condicionado a proteção, promoção e realização de uma vida concreta com

dignidade a todos. Conforme ressalta Pérez Luño (1995) citado por Sarlet (2015, p. 89), “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.

É nessa premissa que buscamos, o dever do Estado, de garantir com efetividade a dignidade humana, havendo ele a obrigação de refutar qualquer contrariedade encontrada e que venha a violar tal princípio, bem como proteger todos de agressões e condições que impeçam ou obstaculizariam esta concretização.

Ainda segundo Canotilho (2004) citado por Sarlet (2015, p. 123), ao referir-se ao princípio,

é possível afirmar que os direitos fundamentais, em regra, são também direitos humanos, no sentido de que não são apenas direitos cidadãos de determinado Estado, salvo quando a própria ordem constitucional estabeleça ou quando autoriza expressamente o legislador para tanto.

Percebemos então, ao adentrar o ordenamento jurídico máximo de um Estado, como é o caso brasileiro, o princípio da dignidade humana recebe proteção absoluta, podendo apenas ser relativizado quando em conflito com demais princípios fundamentais. Porém, quando a nível internacional esta proteção se dará apenas em função de ratificação em tratados ou convenções, não sendo recepcionado de forma absoluta, quando em conflito com seu próprio ordenamento jurídico.

Partindo das concepções, entendimentos e premissas brevemente expostas acima, passamos a analisar as garantias mínimas garantidas aos apenados presente nas legislações.

3 AS GARANTIAS MÍNIMAS AO DIREITO DOS APENADOS PRESENTE NAS LEGISLAÇÕES

Em todas as normas relativas a direitos humanos bem como fundamentais existentes, como será possível observar, há garantias mínimas em relação a toda pessoa humana. Desde as primeiras leis e declarações que abordavam o tema, passando pela intervenção internacional com seus pactos e convenções, visando resguardar os direitos humanos e assegurar os direitos fundamentais até chegar à consequente evolução de nossa Constituição chegando à vigência da primeira chamada “cidadã”.

Sendo todos, detentores de direitos e garantias, é na figura do apenado que observaremos uma maior discrepância e falta de isonomia no que tange falar em direitos e garantias. Partindo do enfoque direcionado ao apenado, serão expostos no presente, os primeiros documentos com relevada importância aos direitos humanos, e nestes, as primeiras cláusulas/artigos que visavam garantir os direitos do apenado. Porém para tal, se faz necessário, uma breve introdução quanto ao estudo da evolução das penas e quanto ao seu cumprimento nos diferentes períodos históricos até chegar à pena de prisão.

Para Greco (2011), a pena remonta séculos de existência, retratada até na Bíblia, como exemplo a expulsão de Adão e Eva do paraíso ao não obedecerem as regras estabelecidas. Considera que, em suma, a primeira modalidade de pena a existir foi a vingança privada, que consistia na retribuição do mal na mesma proporção a quem cometera o delito, passando a ser conhecida como Lei do Talião; após, passa para a chamada composição, uma espécie de “troca”, compunha da entrega de animais, armas ou pagamento; surge ainda, a figura do árbitro, o qual decidia, em uma relação de conflito quem estava com a razão; até chegar ao período, moderno com o exercício da jurisdição, onde o Estado avoca para si o poder de resolver este conflito e de decidir a pena da prática do agente. Maggiore (1972) citado por Greco (2011, p. 126) remonta que,

a pena - como impulso que reage com um mal ante o mal do delito – é contemporânea do homem; por este aspecto de incoercível exigência ética, não tem nem princípio nem fim na história. O homem, como ser dotado de consciência moral, teve, e terá sempre, as noções de delito e pena.

Na Idade Média as penas tinham uma característica em comum: provocar o

medo coletivo. A privação de liberdade do condenado antecedia os espetáculos públicos, que consistiam nas mutilações e amputações de membros dos condenados, assistidos por um povo insaciável por sangue e distrações bárbaras (BITENCOURT, 2011).

As penas eram decididas pelo arbítrio dos governantes, e o *status* social da pessoa cometedor do delito tinha muita importância na hora da decisão, sendo reservada a prisão somente aos casos em que não era possível a pena de morte ou mutilação (BITENCOURT, 2011).

Surgem aqui: a prisão do Estado, a qual limitava a recolher os inimigos do poder real ou senhorial que cometeram delito de traição ou adversários políticos; e a prisão eclesiástica, voltada ao recolhimento de clérigos rebeldes, com a finalidade de penitência e meditação, sendo considerada mais humana (BITENCOURT, 2011). Este período caracteriza-se pelas ordálias, que consistiam em provas, muitas absurdas, submetendo-se a água, fogo, ferro, e se não cumprisse, exprime-se culpado ao delinvente (BITENCOURT, 2011).

Segundo Bitencourt (2011, p. 35),

de toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinvente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna.

Já na Idade Moderna a pobreza se dissemina de forma geral, principalmente em função das guerras religiosas que arrancaram muitas de suas riquezas. Esmolas, roubos e assassinatos, assim se encontrava a Europa (BITENCOURT, 2011). Motivados por isso, em meados do século XVI houve um grande movimento que buscou transcender o “desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados” (BITENCOURT, 2011, p. 38).

Este desenvolvimento ocorreu nas cidades, buscando defender-se da criminalidade, criando as instituições de correção que utilizavam da disciplina (a mão de ferro) e do trabalho para reformar o infrator. As chamadas “casas de correção” lograram êxito e eram aplicadas aos infratores cometedores de delitos de menor potencial. Aos delitos mais graves ainda eram aplicados os castigos físicos, o exílio, o suplício. Aqui, observa Bitencourt (2011, p. 39),

o desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura.

Bitencourt (2011) afirma ser desconhecido a aplicação da pena de prisão como medida de sanção penal, até finais do século XVIII. A prisão anterior à época invocava tão somente o aguardo de julgamento, de cunho processual, vez que, para cumprimento da pena corporal era necessário a pessoa presente. Assim, impediam que fugisse, e em muitos casos, aguardava o julgamento preso. Aqui os infratores eram torturados, mutilados no aguardo de sua condenação, execução ou confissão. A ideia de pena aqui era ligado a pena de morte, corporal e infamante.

Conforme Greco (2011, p. 129, grifo original),

logo após a execução da sua pena, se não fosse a de morte, era libertado. Essa gradativa substituição fez com que as penas privativas de liberdade, nos dias de hoje, na maioria dos países tidos como 'civilizados', fossem ocupando, prioritariamente, o lugar das penas corporais.

Foucault (2004), em sua obra 'Vigiar e Punir', narra no período que compreende as penas e maneiras de punir previstas na ordenação de 1670, entre as regiões hoje compreendidas, Bélgica e França. A maior parte das condenações era o banimento e a multa. Todas, porém, acompanhadas por castigos físicos, "o banimento era muitas vezes precedido pela exposição e pela marcação com ferrete; a multa, às vezes, era acompanhada de açoite" (FOUCAULT, 2004, p. 31). Mas, nenhuma comparada com os suplícios, utilizado para punir os que cometiam crimes mais graves:

o suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero de suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em 'mil mortes' e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. (FOUCAULT, 2004, p. 31).

E continua sua descrição quanto ao suplício,

o suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico,

a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é supliciante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: números de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou línguas furados). (FOUCAULT, 2004, p.31).

Estes rituais iam além de qualquer castigo físico ou punição corporal. Era uma maneira regulada, organizada e de manifestação de poder. Não havia excessos ou descontrole. Havia uma ordem a ser seguida. Desde o processo: era secreto. A pessoa acusada, somente sabia da existência de algum processo no momento de cumprir a condenação. E mais, pagavam sua condenação em praças públicas, ou ainda, prestigiados por um grupo seleto de convidados (FOUCAULT, 2004). Vê-se que os princípios, observados hoje como: ampla defesa, presunção de inocência, contraditório, eram inimagináveis.

Logo, tornou-se intolerável. A revolta e o clima de protestos contra os suplícios abrange segunda metade do século XVIII (FOUCAULT, 2004). Encontra-se a necessidade de “[...] punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco” (FOUCAULT, 2004, p. 63). Observa-se que neste contexto, nada se contraria aos castigos, mas somente com relação aos suplícios, buscando assim a “humanidade” na punição.

A alteração deste pensamento se deve em parte, por influência da época das Luzes e de seus tantos reformadores, onde nasce o sentimento da necessidade de descobrir no criminoso, o homem, que se torna o alvo da intervenção penal, no século seguinte, XIX (FOUCAULT, 2004). Acrescenta ainda que no século XVIII, “abriu a crise dessa economia e propôs para resolvê-la a lei fundamental de que o castigo deve ter a ‘humanidade’ como ‘medida’, sem poder dar um sentido definitivo considerado entretanto incontornável” (FOUCAULT, 2004, p. 64, grifos originais). Iniciando assim, a considerada “suavização” da aplicação das penas. A partir da crítica gerada aos suplícios, compreende-se a importância da reforma penal,

pois era uma figura onde se uniam, de modo visível, o poder ilimitado do soberano e a ilegalidade sempre desperta do povo. A humanidade das penas é a regra que se dá a um regime de punições que deve fixar limites a um e à outra. O ‘homem’ que se pretende fazer respeitar na pena à a forma jurídica e moral que se dá a essa dupla limitação. (FOUCAULT, 2004, p. 75, grifo original).

Foucault (2004), refere-se a efetiva aplicação desta reforma à instituição e posterior aplicação, durante o século XIX, por decorrência da pressão popular para com as ilegalidades, as suavizações da pena.

A nova legislação criminal se caracteriza por uma suavização das penas, uma codificação mais nítida, uma considerável diminuição do arbitrário, um consenso mais bem estabelecido a respeito do poder de punir (na falta de uma partilha mais real de seu exercício), ela é apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento. Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas. (FOUCAULT, 2004, p. 75).

Segundo Beccaria (2012, p. 12), notório reformador à época, ao falar sobre as origens das penas leciona que:

leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança.

Alienamos parte de nossa liberdade ao Estado, e este tem o dever de nos proteger. Por óbvio, em diferentes épocas, essa proteção visava ser diferente. Contra guerras, encontrava-se abrigo nas sociedades, à paz, a tranquilidade, a proteção do inimigo (BECCARIA, 2012). Hoje, contra a violação de direitos e garantias individuais recorreremos ao Estado à proteção garantida por Lei.

Nessa mesma linha de raciocínio ainda define Beccaria (2012, p. 13):

toda pena que não advier da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica. Uma proposição que pode tornar-se mais geral assim: todos os atos de autoridade de um homem sobre o outro, que não derivem da absoluta necessidade, são tirânicos. É sobre isso que está fundamentado o direito do soberano em punir os crimes; ou seja, sobre a necessidade de defender a liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação por indivíduos; e as penas são tão justas quanto mais sagrada e inviolável é a liberdade que o soberano preserva aos súditos.

Sendo uma questão de necessidade a alienação de sua liberdade ao Estado, ao aceitar a sua proteção, se submete a ser regulado por ele, alienando juntamente com demais direitos, o direito de punir.

Assim, foi a necessidade que forçou o homem a abrir mão de parte de sua liberdade. É certo, então, que cada indivíduo disporia ao depósito público a mínima porção possível de liberdade, suficiente apenas para introduzir

outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Tudo o que vai além disso é abuso, não justiça. (BECCARIA, 2012, p. 14).

Já dizia Beccaria (2012) que a natureza da severidade penal esta intimamente ligada com a reincidência dos homens condenados uma vez. Os países com penas mais severas são os que em sua história trazem grandes e sangrentas revoluções e rebeliões desumanas ocorridas. Concluindo seu pensamento reformador,

quando as penas tornarem-se menos severas e as prisões menos terríveis, quando compaixão e humanidade penetrarem os portões de ferro das masmorras e guiarem os obstinados e implacáveis ministros da justiça, as leis poderão, então, ser satisfeitas com menores provas para a ordem de prisão. (BECCARIA, 2012, p. 90).

Segundo Greco (2011) até o século XVIII, as penas possuíam um caráter aflitivo, o corpo pagava pelas ações (não que hoje essa ordem não exista). Após o período iluminista é notória as contribuições significativas quanto ao reconhecimento do homem como pessoa e não mais como propriedade do estado; através do raciocínio jusnaturalista, sobreveio os direitos inerentes a todo ser humano; e a aplicação das penas de acordo com a gravidade do delito praticado.

Foucault (2004, p. 195), afirma a existência da forma-prisão antes mesmo da aplicação da pena privativa de liberdade, conforme conhecida hoje,

a forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.

A pena, conforme se observa, foi recebendo a característica reeducadora, a partir da privação de sua liberdade. E é a partir das casas de correção, que começam a disseminar os ideais reformadores visando reabilitar e educar o delinquente pela pena privativa de liberdade. As casas de correção darão ensejo à criação dos sistemas penitenciários, conforme se observará no próximo subtítulo.

A partir da pena prisão, Greco (2011, p. 189) avalia novos problemas e novas dúvidas quanto a sua finalidade,

com a pena de prisão, surge um problema até então inexistente: onde colocar tantos presos? O que fazer com eles nesses locais? Ficariam ali, apodrecendo, sem nenhuma atividade? A pena deveria ter um fim utilitário, ou seja, deveria ela servir somente para compensar o mal praticado com a infração penal, punindo o criminoso, ou, de alguma forma, deveria ser aplicada visando recuperá-lo, trazê-lo de volta ao convívio social?

O que se percebe ao longo dos períodos é sempre o mesmo ideal: a busca pelo reconhecimento de direitos, o descontentamento para com a sociedade vivida e a inquietude frente ao poder.

A variação e modalidades de aplicação das penas alteraram significadamente até chegar à privativa de liberdade. Bettiol (1967) citado por Bitencourt (2011, p. 26), já afirmava em seu tempo que,

se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos dos delinquentes.

Diante desses apontamentos importantes para compreensão quanto à relação do período histórico com a teoria das penas, partimos agora para a demonstração da evolução das principais legislações de direitos humanos, tanto a nível Internacional, como Regional e Nacional.

3.1 Garantias internacionais

A partir da situação que ensejou os fatos históricos ocorridos, bem como a busca do povo para a proteção e a garantia de um direito, façamos uma análise dos principais Pactos e Convenções de direitos humanos, e a forma que protegiam e/ou introduziram em seu texto o direito e garantias aos apenados.

Segundo a doutrina majoritária a ordem de documentos conhecidos internacionalmente e que buscavam o reconhecimento dos direitos dos homens e restringiam o poder do Estado, ocorre em abrangência conjunta aos fatos e marcos histórico, e ao ideal por eles buscados, vejamos:

a) Magna Carta de 1215: é considerado o documento mais antigo que trata da proteção dos direitos fundamentais e o primeiro documento o qual criou e influenciou ao longo processo de constitucionalização dos países, segundo pesquisadores. Foi assinado pelo rei João Sem Terra, em 1215, onde forçado pelos nobres, diante das revoltas atreladas ao seu mau governo na Inglaterra. Segundo Leal (2000, p. 97),

compõe-se em basicamente, “uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos de alguns homens livres”. Compunha-se de sessenta e três cláusulas, entre as quais, já traçavam bases ao tribunal do júri, bem como ao princípio do paralelismo penal entre os delitos e penas, o que deu início ao longo processo de abolição das penas desproporcionais (COMPARATO, 2001); a não prisão de homens livres a não ser por julgamento legal, ou seja, pelo devido processo legal e pela lei norteadora à época do documento. Percebe-se que além de tratar dos direitos fundamentais é o primeiro documento que delimita o poder do Estado diante da conduta humana, considerada errada e/ou criminosa, previa o princípio da previsão legal do crime e a decorrente graduação da pena; fundamentação das sentenças; o direito de propriedade; de ir e vir; liberdade de crença (GORCZEVSKI, 2009);

b) *Petition of Rights*: datada do ano de 1628, tentando incorporar direitos de proteção ao homem já estabelecidos pela Magna Carta e em demais estatutos e cartas anteriores. Feito pelo Parlamento Inglês e enviada ao Rei Carlos I. Foi considerada uma espécie de declaração de liberdade civil, justamente pela vetação do Parlamento para com as medidas do rei, causando prisões arbitrárias e aprisionamentos por oposição política ([entre 2008 e 2015], <<http://www.humanrights.com>>). Requeriam entre outros direitos, portanto, o não encarceramento de nenhum súdito sem demonstrado motivo, visando que, restrições para tais atos haveria de estar disposta em leis (GORCZEVSKI, 2009);

c) *Habeas Corpus Act*: surgido na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta, mas somente em 1679 é amplamente regulamentado. Nasce como meio de restringir o poder e anulando prisões arbitrárias. Consagrou o princípio da liberdade individual, determinando que o acusado fosse apresentado para um julgamento público (GORCZEVSKI, 2009). A partir de adequação a normas processuais, portanto, possibilitou a criação da ação de defesa, vindo a virar então, a garantia judicial estabelecida para proteger a liberdade de locomoção, matriz para todas as demais liberdades fundamentais, a partir do ano de 1816 (COMPARATO, 2001). Remédio utilizado até hoje, com todas as mudanças decorrentes dos anos, baseava-se, em tese, a proteção do direito de ir e vir;

d) *Bill of Rights*: documento que visou assegurar a supremacia do parlamento frente à Coroa inglesa, restringindo assim o poder do rei e assegurando algumas garantias individuais (GORCZEVSKI, 2009). Concedeu o poder de criar tributos e legislar de competência ao parlamentar, restringindo assim a competência antes absoluta do

monarca; forneceu as bases para a proteção posterior nas declarações de direitos, a proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (COMPARATO, 2001). Ainda, foi o primeiro documento que regulou a separação de poderes. Retomou algumas disposições do *Petition of Right*, dentre as quais, a proibição de prisão sem culpa provada; o fortalecimento da instituição do júri; a reafirmação de alguns direitos fundamentais inerentes ao cidadão, como, o direito de peticionar ao monarca e a proibição de penas cruéis e desumanas (COMPARATO, 2001).

e) Declaração do Bom Povo da Virgínia ou Declaração de Direitos do Estado da Virgínia: em seu texto, assinado em 1776, foi influenciado pelos ideais iluministas. Dezesesseis cláusulas no total proclamavam à liberdade, à vida, cobrando do Estado uma participação. Referia-se à forma de governar para com o bem comum do povo, mencionava à separação dos poderes, o devido processo legal, principalmente em crimes onde implicava a pena de morte ao réu, sendo garantido o direito de saber a causa e natureza da acusação, bem como ao julgamento por um júri imparcial ao da sua vizinhança o qual só poderá considerar culpado pela unanimidade de seus membros, juízes imparciais e outros ([1978?], <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>).

f) Declaração de Independência dos Estados Unidos da América: com a Declaração da Virgínia, em 1776, tendo em vista que era um desejo das demais colônias americanas, ocorre a apresentação dos motivos e a decisão da separação. Ratificam a Declaração da Virgínia e agregam a tripartição de poder, resguardam alguns direitos fundamentais, como à igualdade, à vida, à liberdade e à propriedade (GORCZEVSKI, 2009). Foi o primeiro documento que buscou afirmar os princípios democráticos, dentre os quais a soberania popular, da história política moderna. A ideia de declaração à humanidade que esta revelou, assim restando evidente que, dos ideais franceses quanto à Revolução Francesa, a igualdade e liberdade, foram invocados na independência norte americana (COMPARATO, 2001).

g) Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: após a Revolução Francesa, em 26 de agosto de 1789 partindo dos ideais jusnaturalistas e iluministas, bem como a tríplice: fraternidade, igualdade e liberdade. Fora proclamada, numa tentativa de suprimir as desigualdades, dar ensejo à soberania popular e preservar a dignidade da pessoa humana. Desvendou-se a essência do próprio homem e dos seus direitos considerados indisponíveis, quais sejam, à vida, à liberdade e à dignidade. Quanto ao governo é a ele atribuído, o poder de ser o garantidor da fruição destes direitos naturais e imprescindíveis ao homem (GORCZEVSKI, 2009). Seis semanas após a proclamação, foi adotada pela Assembleia Constituinte Nacional como o primeiro

passo para o escrito de uma constituição para a república francesa ([entre 2008 e 2015], <<http://www.humanrights.com>>). Comparato (2001) observa ainda, quanto à área penal destaque fundamental ao princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixada em lei, o que, aliás, adentrou as codificações penais brasileiras.

Greco (2011) lembra que estas primeiras declarações ensejaram à luta para as primeiras Constituições liberais, tanto a francesa quanto a americana. Ressaltando a presença nestas, dos direitos humanos de primeira geração nelas, ao passo que se trata de direitos individuais.

Percebe-se mais uma vez, que o rol de direitos ao longo das conquistas dos homens em busca de uma vida com melhor qualidade e com direitos mais abrangentes se deu em períodos históricos distintos. Sempre foi uma construção, desde a necessidade, a luta, a busca e a conquista.

A Segunda Guerra Mundial deixa marcado na história a grande quantidade de vítimas, maioria delas civis, bem como as atrocidades cometidas, além de um maior desenvolvimento quanto a capacidade de destruição dos armamentos utilizados e a repressão de povos declarados por outros como de “raça inferior”, mostrando a necessidade da reorganização das relações internacionais com base na dignidade humana e encontrada nos direitos humanos, antes do próprio homem destruir toda capacidade de vida na Terra (COMPARATO, 2001).

Em meio a essa extrema necessidade de um processo de internacionalização dos direitos humanos, nasce a Organização das Nações Unidas⁵ (ONU) em 1945, “com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações empenhadas na defesa da dignidade humana” (COMPARATO, 2001, p. 215).

Segundo Henkin (1990) citado por Piovesan (2013, p. 198),

a criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados, a adoção de cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.

⁵ Passar-se-á utilizar a sigla ONU quando referir-se a Organização das Nações Unidas.

Foi com a Carta das Nações Unidas em 1945 que se introduziu uma nova ordem com profundas transformações ao direito internacional (PIOVESAN, 2013). Portanto com este, e após, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, com a aprovação de quarenta e oito Estados, que finalmente, os direitos humanos ganharam valor universal. O homem passou a ter assegurado a proteção e detenção de direitos em qualquer lugar do mundo (PIOVESAN, 2010).

Com um rol de trinta artigos, a referida Declaração objetiva, conforme explica Piovesan (2010, p. 142):

a Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. [...]. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Introduz a ideia, além da universalidade, a indivisibilidade destes direitos na esfera de direitos civis e políticos. Abrangendo ainda os direitos econômicos e sociais e culturais (PIOVESAN, 2010).

Considerando esse contexto, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º ao 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Duas são as inovações introduzidas pela declaração: a) purificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos. (PIOVESAN, 2010, p. 144).

Bobbio (1992) conclui ainda que somente após a Declaração Universal é que se há certeza de que a humanidade toda partilha valores em comum e que esta certeza perdura no âmbito da aceitação subjetiva no mundo dos homens.

Acrescenta ainda Bobbio (1992) que, o universalismo destas declarações de direitos adquire formação a partir de três fases teóricas: de cunho filosófico, do direito realizado e a fase universal e positiva. A fase filosófica consiste após o acolhimento das teorias de John Locke e Rousseau pelo legislador, a partir da nova concepção de Estado, agora limitado ao invés de completamente absoluto, “afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nova exigência,

mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos” (BOBBIO, 1992, p. 29). A fase do direito realizado consiste no reconhecimento da concreticidade da proteção dos direitos, mas não na sua universalidade, valendo apenas para o Estado regulador, sendo considerados apenas direito do cidadão. Já a última fase, consiste na junção da universalidade e positividade, quando após a Declaração de 1948, recebeu sentido universal, valendo a todos os homens; e a positividade no sentido de que os direitos dos homens deverão de ser efetivamente protegidos, até mesmo contra o Estado, se este assumir a posição de violador (BOBBIO, 1992).

Mas, para alguns juristas a Declaração Universal não teria força vinculante e obrigatória quanto ao âmbito universal. Passaram a buscar uma maneira eficaz para reconhecer e assegurar os direitos nela previstos sob a forma de tratado internacional para que então pudesse ter a força vinculante exigida no Direito Internacional (PIOVESAN, 2010).

Esse processo de ‘juridicização’ da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2010, p.162, grifo original).

A partir desta “juridicização”, a Declaração e os dois Pactos subsequentes, quais sejam Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976) se forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), inaugurando o sistema global de proteção aos direitos humanos (PIOVESAN, 2010). A partir daí, diversos tratados multilaterais, declarações, recomendações e convenções se formaram, buscando “garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos” (PIOVESAN, 2010, p. 163). Nesta linha, foram elaboradas declarações que visam garantir e proteger estados particulares da pessoa humana, como à proteção à mulher, do deficiente, do refugiado, da violação dos direitos das crianças, contra a tortura, à discriminação racial, dos direitos do preso, que será objeto do posterior trabalho de pesquisa, dentre outros (PIOVESAN, 2010).

Com relação aos direitos garantidos às pessoas submetidas a pena de prisão ou detenção, há alguns documentos internacionais que abrangem o tema.

Em 1950 na Convenção Europeia de Direitos Humanos, fora aprofundada a proteção de liberdade, a segurança pessoal, e também a inclusão de órgãos para garantir a fiscalização de direitos nela declarados e julgar violações feitas pelos Estados signatários. Segundo Comparato (2001, p. 268),

as condições de legalidade de uma detenção ou prisão são claramente especificadas (art. 5) e os direitos de todo acusado em processos criminais, ampliados em relação aos textos normativos clássicos (art. 6). No artigo 7, alínea 2, [...], alarga-se a compreensão do princípio *nullum crimen sine lege*, dispondo-se que, apesar da ausência de lei nacional ou de tratado internacional que defina certas condutas como criminosas, qualquer pessoa pode ser processada e julgada em razão de atos ou omissões, cuja criminalidade seja reconhecida pelos princípios gerais de direito aceitos pelas nações civilizadas.

Foi no Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, aprovada as chamadas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU, em resoluções tomadas em 31 de julho de 1957 e 13 de maio de 1977 (HERKENHOFF, 1997). Compunha seu texto noventa e cinco regras, bem destacadas por Herkenhoff (1997, p. 114, grifos originais):

as 'Regras mínimas para o tratamento dos reclusos' estabelecem os seguintes princípios fundamentais: a) a aplicação geral das 'Regras', sem qualquer discriminação de presos ou grupos de presos; b) a proibição de que alguém seja preso sem uma ordem válida de detenção; c) a exigência de registros pessoais a respeito do preso e do motivo da prisão; d) separação dos presos, considerando sexo, idades, antecedentes, motivos da detenção, tratamento aplicável, circunstância de estar preso preventivamente ou ter sido condenado, bem como de ser a prisão civil ou criminal; e) condições mínimas dos locais destinados aos reclusos, de modo a que se salvguarde a higiene e respeito à dignidade humana;

E ainda, segue os destaques conforme,

f) condições mínimas relacionadas com higiene pessoal, alimentação, exercícios físicos, serviços médicos; g) regras de disciplina e sanções submetidas à exigência de que não imponham senão as restrições necessárias à segurança e à boa organização da vida em comum; h) reconhecimento do direito de queixa, em favor do recluso, bem como de contato com o mundo exterior; i) direito à prática religiosa, com respeito à crença do preso; j) especial cuidado com a escolha e formação do pessoal penitenciário; k) direito e dever de trabalhar; l) ajuda para a volta à vida normal, após o cumprimento da pena. (HERKENHOFF, 1997, p. 114).

Somente por alguns dos tópicos, conforme demonstrado pelo autor, se percebe a grande importância desprendida neste Congresso na busca de uma

regularização quanto ao tratamento utilizado para com o apenado.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes foi adotada e aberta a adesões, pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1984, entrando em vigor somente em 26 de junho de 1987, com fundamento no princípio da dignidade humana e tendo por base o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o qual já determinava que ninguém estaria sujeito à tortura ou à pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Posteriormente, a Convenção contra a Tortura foi complementada por um protocolo adicional que entrou em vigor internacionalmente em 11 de fevereiro de 2007, objetivando estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos, nacionais e internacionais independentes, a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, tudo isso com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (2014, <<http://www.segurancaecidadania.org.br>>).

A Assembleia Geral das Nações Unidas buscou definir uma conduta ética, como uma espécie de regulamento para as pessoas que trabalham em prol dos apenados nos presídios, sendo adotados, para evitar a discriminação: Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado em 17 de dezembro de 1979, com algumas considerações, possuindo oito artigos, aos funcionários encarregados de fazer cumprir a lei; e, princípios de ética médica, adotado em 18 de dezembro de 1982, aplicável às pessoas que trabalham na área da saúde e fazem o acompanhamento dos apenados, visando à proteção à tortura e outras penas cruéis e degradantes, buscando preservar os direitos e a dignidade do preso, contra qualquer espécie de abuso (HERKENHOFF, 1997).

Foi adotado por meio de Resolução da Assembleia Geral da ONU, de 09 de dezembro de 1988 o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. Baseado nos princípios da humanidade, dignidade humana e da proporcionalidade, estabelecem que a captura, detenção ou prisão somente devem ser aplicadas em estrita conformidade com as disposições legais (princípio da legalidade), decididas por uma autoridade judiciária (no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser afastada do julgamento pelo Poder Judiciário) ou outra autoridade, logo, ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade de ser ouvido por autoridade judiciária ou outra autoridade. Ao apenado é garantido o direito a ampla defesa, devendo ser prontamente notificado a respeito das acusações a ele atribuídas, defender-se ou ser assistido por um

advogado; acesso às informações e à pessoa que não compreenda ou não fale de maneira satisfatória o idioma nacional tem o direito de receber um intérprete. Regula a proibição de se abusar da pessoa detida ou presa para coagi-la a confessar, a incriminar-se ou a testemunhar contra outra pessoa. Resguarda a presunção de inocência; e veda à pessoa detida ou presa, ainda que com seu consentimento, ser submetida a experiências médicas ou científicas suscetíveis de prejudicar a sua saúde. Assim, para fins de coibir a tortura e as experiências médicas, define-se que os lugares de detenção devem ser inspecionados regularmente por pessoas qualificadas e experientes e, seguindo o princípio da proporcionalidade, é proibido impor a essa pessoa restrições que não sejam estritamente necessárias para os fins da detenção (2014, <<http://www.segurancaecidadania.org.br>>).

Em 14 de dezembro de 1990, foi assinado a Resolução da Assembleia Geral da ONU, intitulada de Os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, versando sobre a humanização da justiça penal e a proteção dos direitos do homem, ao mesmo tempo em que reconhece que as medidas aplicáveis de prevenção do crime e da luta contra a delinquência são indispensáveis para o desenvolvimento econômico e social do Estado (2014, <<http://www.segurancaecidadania.org.br>>).

A Declaração das Nações Unidas sobre o Crime e a Segurança Pública, resolução da Assembleia Geral da ONU, de 1997, regulou medidas para combater crimes transnacionais como: crime organizado, tráfico ilícito de drogas e armas, contrabando de outros artigos ilícitos, tráfico organizado de pessoas, terrorismo e lavagem de dinheiro. Traz recomendações quanto à necessidade de cooperação mútua dos Estados; a facilitação dos processos de extradição e no âmbito interno destaca a existência de uma persecução efetiva e o fortalecimento da justiça penal; bem como, o compartilhamento de informações, inclusive, o relato de transações suspeitas; a proteção das fronteiras; a assistência à vítima; os treinamentos dos agentes públicos; o envolvimento da sociedade e, o combate à corrupção. Prevê o respeito à soberania nacional, o dever de cumprimento aos tratados já existentes, e aos direitos humanos e a liberdades fundamentais (2014, <<http://www.segurancaecidadania.org.br>>).

Deveras, há maiores números de Convenções, Pactos e Resoluções que discorrem sobre o tema, regulando de maneira particular ao local onde se pretende aplicar, ademais sem interesse neste, visto que os principais foram abordados.

3.2 Garantias regionais

Após o levantamento na esfera internacional de documentos e posterior internacionalização dos direitos humanos; averiguações de pactos e convenções aplicáveis a garantir e proteger a dignidade do apenado. Passamos agora a analisar quanto à expectativa regional no tocante, somente quanto ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, sabendo-se que exista o europeu e ainda o africano.

Segundo frisa Piovesan (2013, p. 330),

os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Diante desse universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, tendo em vista que, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou, ainda, de alcance geral ou especial. Vale dizer, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos seus indivíduos protegidos.

O sistema regional de proteção interamericano conta com instrumentos jurídicos próprios, quais sejam: Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que regula a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana; também conhecido de Pacto de San José da Costa Rica, entrando em vigor somente em 1978 (PIOVESAN, 2013); e a Carta da Organização dos Estados Americanos, aprovada em 1948.

A Carta de Organização dos Estados Americanos foi aprovada, na 9ª Conferência Internacional Americana, que declara em suas premissas iniciais, “convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações” (1997, <<http://www.oas.org>>); e certos de que devem consolidar, no Continente, “dentro de um quadro de instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do Homem” (1997, <<http://www.oas.org>>). Assim, seus princípios basilares proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, não fazendo distinção de raça, credo, sexo ou nacionalidade (GORCZEVSKI, 2009).

Esta mesma Conferência mencionada, aprovou em 02 de maio de 1948 a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, antes mesmo da Assembleia das Nações Unidas proclamarem, em 10 de dezembro a Declaração

Universal dos Direitos do Homem. Sendo considerada, portanto, a mais antiga organização e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o primeiro documento internacional, em que pese aos direitos humanos (GORCZEVSKI, 2009).

Ao longo de seus artigos, faz menção expressa aos direitos e deveres inerentes ao homem, precisamente do artigo vinte e nove (29) ao trinta e oito (38), ao contrário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que sofre críticas quanto à falta deles, prevendo somente direitos (GORCZEVSKI, 2009).

Em Santiago, no Chile em 1959, foi aprovada a chamada Declaração de Santiago, onde proclamava a harmonia das Repúblicas Americanas, ensejando o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e o exercício da democracia. É criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH⁶, com a função inicial de promover os direitos humanos (GORCZEVSKI, 2009).

Realizada no Rio de Janeiro, a II Conferência Interamericana Extraordinária em 1965, emendou a CIDH, que passou a ter competência de instrumento de controle, podendo receber e examinar petições com denúncias de violações de direitos, que compunham a Declaração Americana e demais competências (GORCZEVSKI, 2009).

Em 1967 foi emendada pelo chamado Protocolo de Buenos Aires a Carta de Organização dos Estados Americanos, integrando em seu texto a CIDH, que passa a ter caráter normativo a ser regulamentado em uma Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a ser elaborada e marcada (GORCZEVSKI, 2009).

Em 1969 é realizada a Convenção Americana de Direitos Humanos em San José, na Costa Rica, por tal motivo também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que entra em vigor somente no ano de 1978, após o último instrumento de ratificação ser depositado (PIOVESAN, 2010). Conforme Piovesan (2010, p. 256), “ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”. Destacando-se,

o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do

⁶ Passamos a utilizar da sigla CIDH, toda vez que referirmos a Comissão Internacional de Direitos Humanos.

governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial. (PIOVESAN, 2010, p. 256).

Piovesan (2010) ainda destaca que não é anunciado nenhuma forma de especificar os direitos civis, culturais ou econômicos na presente Convenção, somente determinando que os Estados alcancem a realização destes direitos. No ano de 1988 é adotado o Protocolo Adicional à Convenção, chamado de Protocolo de San Salvador, o que veio obrigar os Estados-parte, a respeitar, assegurar as liberdades e direitos e se abster de qualquer forma de discriminação (PIOVESAN, 2010).

Em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir a efetividade aos direitos e liberdades enunciados. (PIOVESAN, 2010, p. 257).

Buergenthal (1984) citado por Piovesan (2006, p. 89, grifos originais) afirma que,

os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de 'respeitar' esses direitos garantidos na Convenção, mas também de 'assegurar' o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente (sic), obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há obrigação de não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos na Convenção Americana.

Estabelecido os meios de proteção, bem como a enumeração dos direitos e deveres no Protocolo de Buenos Aires, passa-se a explicar o funcionamento e demais características da CIDH e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A CIDH regula todos os Estados-partes da Convenção Americana, relacionados aos direitos humanos, e ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos relacionado à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (PIOVESAN, 2010).

Conforme leciona Piovesan (2010, p. 259) “promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana”. Sua principal função é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, além de,

[...] fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a

adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. (PIOVESAN, 2010, p. 259).

Já Gorczevski (2009, p. 176, grifo original) acrescenta atribuições concernentes à Comissão:

(a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América promovendo, para tanto, conferências e reuniões para difundir e debater temas específicos (direitos dos indígenas, das mulheres, das crianças), além de promover estudos e publicações; (b) fazer recomendações aos Estados-membros para a adoção de medidas – no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais – que contribuam com a promoção e a efetivação dos direitos humanos, requerendo que adotem ‘medidas cautelares’ para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes;

E ainda,

(c) observar a situação geral dos direitos humanos nos Estados-membros – inclusive com visitas *in loco*, se necessário – publicando estudos e relatórios que julgar conveniente para o desempenho de sua função principal; (d) solicitar aos Estados-membros informações sobre medidas adotadas em matéria de direitos humanos; (e) atender às consultas formuladas pelos Estados-partes e prestar-lhe assessoramento sobre questões relacionadas aos direitos humanos; (f) receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações aos direitos e às liberdades previstas na Convenção, submetendo os casos comprovados à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde atua na defesa dos direitos; (g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral. (GORCZEVSKI, 2009, p. 176).

Cabe ressaltar, portanto, que as denúncias podem ser feitas por qualquer pessoa, grupo ou entidade não governamental, devendo conter a qualificação completa; o pedido, se assim querer, de sigilo frente ao Estado denunciado; endereço para comunicação com a Comissão; a descrição completa do fato; o nome da vítima e de demais autoridades que tomaram conhecimento da situação relatada; e nome do Estado violador ou omissor; a demonstração de esgotamento de recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de o fazer; prova da não preclusão do período de seis meses desde a data da decisão que esgotou os recursos internos e a indicação se a denúncia foi apresentada a outro procedimento internacional de conciliação (GORCZEVSKI, 2009).

Não nos ataremos aqui a explicação detalhada do funcionamento de tal denúncia frente à Comissão uma vez que não é objeto do presente trabalho. Importante ressaltar que passará por um juízo de admissibilidade e, se aceita, o Estado-denunciado receberá cópia da petição, sendo-lhe solicitado informações a

respeito de tal violação.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovada no Pacto de San José, tem competência consultiva e contenciosa, ou seja, quanto à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana. Segundo Buergenthal (1982) citado por Piovesan (2010, p. 266):

a Convenção Americana investe a Corte Interamericana em duas atribuições distintas. Uma envolve o poder de adjudicar disputas relativas à denúncia de que um Estado-parte violou a Convenção. Ao realizar tal atribuição, a Corte exerce a chamada jurisdição contenciosa. A outra atribuição da Corte é a de interpretar a Convenção Americana e determinados tratados de direitos humanos, em procedimento que não envolvem a adjudicação para fins específicos. Esta é a jurisdição consultiva da Corte Interamericana.

Quanto a competência consultiva, conforme lembra Gorczewski (2009), qualquer membro da OEA, sendo parte ou não da Convenção, poderá consultar a Corte sobre interpretação da Convenção ou de qualquer tratado que enseje a proteção de direitos humanos nos Estados Americanos.

Pasqualucci (2003) citado por Piovesan (2013, p. 344), quanto à contribuição da Corte, lembra ainda que,

[...] tem a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada com qualquer outro Tribunal Internacional. A Corte tem exercido sua jurisdição no sentido de realizar importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. [...] as opiniões consultivas, [...], servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. [...] por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.

A competência contenciosa é no tocante ao julgamento de casos, sendo, no entanto, limitada aos Estados membros da Convenção. Portanto, restrita somente aos Estados-partes e a CIDH, estes, somente possuem legitimidade para submeter um caso à Corte Interamericana (PIOVESAN, 2013).

Cançado Trindade (2004) citado por Piovesan (2013, p. 348, grifo original) afirma que,

os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não ‘substituem’ os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de

direitos humanos.

A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, sendo necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte que é apresentada de forma facultativa. O Brasil reconheceu no ano de 1998 (PIOVESAN, 2013).

A instauração do processo se inicia desde a distribuição da demanda junto a Secretaria da Corte até a decisão desta. A parte demandante aqui será a CIDH, e o demandado o Estado-denunciado. Quanto aos ritos, prazos e demais informações processuais não nos ataremos a demonstrar. Porém a decisão da Corte que reconhecer a violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção,

determinará que se garanta ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Poderá também determinar que sejam reparadas as consequências da medida, mediante o pagamento de justa indenização à parte lesada. [...] ela apenas julga se o Estado é ou não responsável por violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sendo considerado responsável, a consequência é a obrigação de fazer cessar a violação e indenizar a vítima. (GORCZEVSKI, 2009, p. 179).

Como qualquer sentença, haverá de ser fundamentada e possui caráter definitivo. Caso algum Estado não cumpra a decisão da Corte, essa em seu relatório anual indicará o caso à consideração da Assembleia Geral da OEA.

Como se percebe os direitos humanos percorreram um grande caminho até o momento, desde todo período histórico e as primeiras declarações de direitos a nível internacional. No tocante nível regional, da mesma forma, desde a sua internacionalização até a criação da Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos na importante Convenção Americana. Resta, portanto, no presente, a análise e demonstração da evolução de seus direitos resguardados nos documentos essenciais a um Estado, suas constituições. Em relação ao brasileiro, faremos um apanhado geral a todas as suas constituições e leis infraconstitucionais.

3.3 Garantias nacionais – desde a Constituição do Império à Constituição Federal de 1988

Não há como falar em Constituição, sem mencionar as demais superadas e que fazem parte da história de nosso país. É preciso criar uma ordem evolutiva para verificar a força normativa hoje encontrada.

Segundo Sarlet (2012), a primeira Assembleia Constituinte do Brasil foi

instalada em 1823 aproximadamente, menos de um ano à independência de Portugal. Após a desconfiança do projeto quanto à limitação do poder imperial, Dom Pedro I tratou de sua dissolução. Formou o chamado Conselho de Estado, o qual seus membros foram nomeados pelo Imperador, dando vida ao primeiro texto constitucional brasileiro, chamado, a Constituição do Império do Brasil, em 25 de março de 1824. Ao Imperador era reservado o controle de todos os demais poderes, por meio do criado, Poder Moderador, constituindo um “governo monárquico, constitucional e representativo” (SARLET, 2012, p. 224).

Gorczewski (2009) lembra ainda que mesmo sendo uma Constituição outorgada, perdurou como a mais longa da história, vigorando por sessenta e cinco (65) anos. Assegurou os direitos de primeira geração garantindo as liberdades em geral, além de ter um rol de princípios e direitos assegurados, dentre estes já havia destaque para: prisão por ordem competente ou por flagrante delito; proibição de tortura e de penas cruéis, dentre outros.

A Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 foi o ponto inicial fundamental para a chamada República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Pelo Governo Provisório, após a abdicação do Imperador em 1831 e a criação da Regência Una e das Assembleias Legislativas Provinciais em 1834, foi criada a “Comissão dos Cinco”, responsáveis pelo anteprojeto da nova Constituição. Após a Assembleia Constituinte (realizada em 15 de novembro de 1890), foi em 24 de fevereiro de 1891, promulgada, a nova Constituição. As mudanças mais notórias foram: criação do Estado federativo e não mais unitário, alterando as Províncias para Estados-membros, garantindo determinadas autonomias a estas; constituição rígida, com alterações nela diferente das alterações para leis; Estado laico; mantendo a proteção dos direitos e garantias fundamentais, silenciando, porém para os direitos sociais; cria-se o Supremo Tribunal Federal e outros (SARLET, 2012).

Lembra Gorczewski (2009) ainda estabeleceu o regime presidencialista, exportado do modelo norte-americano; aboliu a pena de morte; positivou expressamente o princípio da legalidade; criou a garantia constitucional do *habeas corpus* e etc.

Fruto do movimento reformista de 1930 liderado por Getúlio Vargas, e da Revolução constitucionalista de 1932 foi em 16 de julho de 1934, promulgada a Segunda Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Influenciada por demais Constituições e Cartas internacionais à época, bem como aos movimentos civis-políticos; manteve a estrutura das outras antigas Constituições, trazendo

inúmeras inovações, com destaque aos direitos e garantias do cidadão atinentes aos direitos sociais, que passou a ser incorporada ao constitucionalismo brasileiro (SARLET, 2012). De grande relevância nesta, se altera o modelo de Estado para o social de direito. Mantiveram-se os direitos civis e políticos, as garantias individuais, liberdade de reunião, de associação, cria-se a garantia constitucional do mandado de segurança; há uma ampliação os direitos trabalhistas; direitos à educação; incorpora ao seu texto o Código Eleitoral; percebe-se, portanto, que estão presentes nesta Constituição os direitos de segunda geração, quais sejam, os sociais (GORCZEVSKI, 2009).

A Constituição de 1937, também chamada de Carta de 1937 ou a Constituição “Polaca”, foi outorgada mediante argumentos de manutenção e ordem e sob imposição, por Getúlio Vargas. Sem qualquer forma de legitimação democrática, o período ditatorial chamado de “Ditadura do Estado Novo”, voltou às origens de um Estado unitário, controlador e autoritário. Nesta fase, disseminou-se praticamente toda e qualquer forma de garantias fundamentais (SARLET, 2012). Houve um grande retrocesso no que tange falar sobre direitos humanos e ainda, restabeleceu a pena de morte; todos os meios de comunicação passaram por duras censuras; foram mantidos os direitos de segunda geração, porém dependiam do poder presidencial. O poder executivo governou somente através de decretos e decretos-leis (GORCZEVSKI, 2009).

Em 18 de setembro de 1946 foi aprovada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, pela Assembleia Constituinte (SARLET, 2012). De moldes parecidos a Constituição de 1934, distribui os poderes entre União, Estados e Municípios, “traçando diretrizes gerais da ordem econômica e social, prevendo os direitos políticos e sociais, outorgando estabilidade no Brasil” (SARLET, 2012, p. 235). Baseou-se seu texto, nas duas primeiras Constituições republicanas, visando a “garantia dos direitos individuais como a vida, com a proibição de pena de morte e tortura; na liberdade (em todas as suas formas), na propriedade [...] e nas garantias constitucionais de *habeas corpus* e mandado de segurança” (GORCZEVSKI, 2009, p. 191). Visou restabelecer direitos; garantiu acesso ao poder Judiciário; manteve proteção quanto ao rol dos direitos trabalhistas, incluindo ainda, o direito a greve; estipulou investimento mínimo tanto da União, como Estados, Distrito Federal e Municípios (GORCZEVSKI, 2009).

Em 1º de abril de 1964, destituindo o poder civil e instaurando a ditadura militar no Brasil, assume o poder o chamado “Comando Militar Revolucionário”.

Entra em vigor no dia 15 de março de 1967, portanto, a Carta Constitucional de 1967. O novo regime representativo, não mais democrático, reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais, o poder centralizado da União, na figura do Presidente da República, etc. Nesse período ocorreu perseguição e tortura a presos políticos, os quais muitos foram exilados e/ou fugiram para outros países (SARLET, 2012). Este autoritarismo revolucionário comandou o Brasil por atos institucionais, emendas e Decretos-leis, sendo considerada a “mais odiosa experiência de terror e violação dos direitos, retroagindo profundamente em todas as suas conquistas sobre direitos humanos, tudo justificado em nome do interesse e da honra nacional” (GORCZEVSKI, 2009, p. 192). Após a publicação do Ato Institucional nº 5, a violação de direitos e a repressão política foram ao ápice.

No âmbito do direito comum, os esquadrões da morte, operantes desde 1968, eliminaram um número até hoje desconhecido de pessoas, delinquentes ou não. A esse número somaram as liquidações efetuadas pelo aparelho policial em nome da segurança e do restabelecimento da ordem. [...]. O número exato de pessoas envolvidas nesses expedientes do Estado de Segurança Nacional ainda hoje não é totalmente conhecido; calcula-se, porém, que, no auge da repressão, um universo entre 8.000 e 10.000 pessoas foram diretamente atingidas e violentadas em seus direitos, via inquéritos policiais militares, e muitos outros atos de terrorismo oficial. (GORCZEVSKI, 2009, p. 193).

Neste contexto, com a participação do Brasil desde 1946 no processo de elaboração de documentos que visam a proteção e garantia dos direitos humanos, chega ao cenário internacional, a partir do ano de 1974 à Comissão de Direitos Humanos da ONU, denúncias de desrespeito e violação de direitos humanos ocorridas no Brasil (GORCZEVSKI, 2009).

A Comissão reconheceu a procedência da denúncia, em 1976, e se manifestou no sentido de que “reconhecia que o país tinha alcançado significativos progressos nas áreas econômica, social e política e que o governo dispunha de meios legais e judiciais para prevenir e punir as violações aos direitos humanos” (GORCZEVSKI, 2009, p. 194). Verificando então e posto em votação a maioria dos países optou pelo encerramento do caso, vale-se lembrar que não unânime. Após o temível caso, o Brasil passa a buscar um assento junto a Comissão, logrando êxito em 1977. E, a partir de 1985 “passa a reconhecer a legitimidade da preocupação internacional com as violações de direitos humanos e conseqüentemente dos instrumentos de controle” (GORCZEVSKI, 2009, p. 196).

Foi instaurada em 1º de fevereiro de 1987 a Assembleia Nacional Constituinte, com prerrogativas de criar um novo texto constitucional. Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, com 245 artigos, distribuídos em nove títulos e um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷, com 70 artigos. A chamada “Constituição Cidadã”, com a inclusão de dois artigos em seu ADCT, determinou a realização de um Plebiscito para a escolha do povo, para a definição da forma e sistema de governo, vencendo a forma Republicana e o sistema presidencialista de governo.

Segundo Sarlet (2012, p. 243),

a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, quanto em função da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil.

Neste mesmo contexto, Gorczewski (2009, p. 199) se posiciona quanto ao avanço em termos de direitos humanos,

e não há como negar, seu conteúdo revolucionário, extremamente avançado em termos de direitos humanos, rompe com a tradição totalitária de anos de repressão e usurpação de direitos e inaugura um Brasil que tenta abarcar e respeitar as diferenças, que vê no pluralismo uma fonte de riqueza inesgotável e que conta com os princípios e valores constitucionais abarcados já em seu preambulo onde expõe a síntese dos anseios que lhe inspiraram a redação e os compromissos que lhe deram origem, ao definir o Estado brasileiro [...].

Nesta atual Constituição há uma transformação da realidade jamais encontrada nas demais Constituições anteriores (SARLET, 2012). Com normas impositivas, matérias de cunho social, econômica, cultural e ambiental, passam a integrar os objetivos fundamentais da República; além de ser voltada ao ser humano e seu desenvolvimento, assegura a dignidade da pessoa humana “à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional” (SARLET, 2012, p. 244). A Constituição Federal contempla, pois como princípios fundamentais, os direitos de liberdade, os sociais, os trabalhistas, nacionalidade e os políticos (SARLET, 2012).

Há quem contemple e defenda a dignidade da pessoa humana em outro

⁷ O Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias passará a ser utilizada no presente, como ADCT, abreviação de sua nomenclatura.

patamar, mais elevado que os demais princípios, conforme já demonstrado no primeiro capítulo. Ainda, conforme Liberati (2011, p. 25):

a pessoa humana é o centro de preocupação do Estado. Este põe sua finalidade na completude dos direitos humanos e fundamentais. O Estado não pode se furtar de realizar a vocação do homem de viver dignamente e se realizar pessoal e comunitariamente. Ao contrário, o Estado Constitucional ao reconhecer os direitos fundamentais como imprescindíveis para a satisfação integral da pessoa humana, em sua dignidade, considera-os como limitadores do poder público, na medida em que se obriga a seguir os cânones máximos da proteção de todos os direitos de todas as pessoas. No Estado Constitucional esses cânones ou dogmas jurídicos são materializados pelos direitos sociais, cuja força normativa ultrapassa a mera obrigação estatal de direito prestacional, para serem incluídos no rol de direitos que dão fundamento existencial – jurídico e social – ao próprio Estado.

E complementa ainda, neste mesmo sentido,

a dignidade da pessoa humana é pedra basilar das sociedades contemporâneas democráticas, e sob esse signo, constrói-se como fundamento e limite de toda atividade humana e estatal. A regra fundante da dignidade da pessoa humana reside no valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado dessa característica, e tal constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. A pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito. (LIBERATI, 2011, p. 29).

Observa-se, portanto a tamanha importância deste princípio recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arrisca-se a dizer que é “princípio máximo”. A partir da dignidade da pessoa humana, surgem os demais princípios regentes de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Além do art. 1º, que impõe os princípios fundamentais e fundamentos da República, a Carta Magna em seu art. 5º, no capítulo I, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, compunha um rol de 78 incisos, intitulados “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, onde visa garantir direitos a todos os brasileiros, e estrangeiros residentes no País. Assegurando o princípio à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (BRASIL, 1988).

Atear-mo-nos no presente, em alguns destes incisos, quais sejam XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV e LXXV, os que especialmente visam à proteção de pessoas que por cometerem alguma tipificação no Código Penal o diga que cometeu crime, recebem tratamento diferenciado, visando à ressocialização, segundo as Leis que versam sobre o tema.

O inciso XLV da Constituição Federal institui que:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (BRASIL, 1988)

Ocorre que antes da Constituição à família respondia pelo ato cometido, e o valor da indenização passava do patrimônio deixado pelo *de cuius* muitas vezes, cabendo aos familiares à reparação do dano. Este inciso visa à proteção dos sucessores. Para que eles não tenham que pagar algo por outrem cometido.

O inciso XLVI dispõe: “a lei regulará 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” (BRASIL, 1988); regulando as formas de penas possíveis no ordenamento, bem como a individualização da mesma, para que se em concorrência com mais agentes, cada um responda e devidamente seja punido, pelo que de fato cometeu.

Já o inciso XLVII regula que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e, e) cruéis;” (BRASIL, 1988). Regula as penas que não serão sujeitas aos apenados. Observa-se que como o Brasil ratificou e internacionalizou o texto da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, tendo de submeter seu ordenamento à mesma ordem.

O inciso XLVIII, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988). Na teoria uma grande conquista. A ideia de estabelecimentos distintos de acordo com o delito praticado, separando os mais variados tipos de apenados, restringiria a expressão ‘universidade da delinquência’. Da mesma maneira como por idade e sexo.

No inciso XLIX, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988); ou seja, sem violações ao seu corpo ou sua mente, durante o período que perdurar a sua pena, dando a ideia de ‘pensar’ sobre suas atitudes errôneas, a fim de que não cometas mais.

No inciso L, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 1988); para o ‘bom’ desenvolvimento da criança, assegurando este direito às mães.

No inciso LXII, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (BRASIL, 1988), o juiz para que analise a situação, afastando qualquer forma de ilegalidade se assim entender, e a sua família para que providencie o necessário e saiba do local onde se encontra.

No inciso LXIII, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988); o silêncio não lhe impõe culpa, a assistência familiar é sempre resguardada e se caso não constituir advogado, o juiz remeterá ao Defensor Público, que fará sua defesa.

Já no inciso LXIV, “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (BRASIL, 1988); partindo do princípio da ampla defesa.

E o inciso LXXV, “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988); em tese, ao acabar o cumprimento da pena estipulado, o réu condenado, deverá ser imediatamente solto.

Percebe-se que todos os incisos indicam como princípio norteador o da dignidade humana, bem como os direitos humanos, resguardado ao apenado o princípio da inocência, da ampla defesa e do contraditório.

No que tange falar sobre os princípios fundamentais, destaca-se ainda:

à integração na comunidade internacional, afirmando-se, no plano das relações internacionais, a ‘prevalência dos direitos humanos’ (art.4.º, II) e assumindo-se, como tarefa, a busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina e a formação de uma comunidade latino-americana (art.4.º, parágrafo único), é igualmente sem precedentes e foi acompanhada, ao longo da evolução subsequente, de um conjunto significativo de ações nesse sentido, inclusive a ratificação de expressivo número de tratados internacionais (SARLET, 2012, p. 244, grifos originais).

Voltando a análise da matéria internacional, após a promulgação desta nova Constituição, ocorrem as ratificações aos tratados e convenções em que o Brasil foi anteriormente signatário (SARLET, 2012).

Há que enfatizar também, que os períodos antecedentes as Constituições foram de grandes movimentações e revoltas, tanto da população de um modo geral, como ocorreram alguns “golpes de estado”. Houve decorrência de anos de insatisfações de governo, lutas e clamor por mudança. Mesmo com todos os

problemas enfrentados com relação à forma de governo e a análise das antigas Constituições, há que se afirmar que hoje, ao primeiro olhar, encontramos uma Constituição de direitos e garantias essenciais à pessoa humana. O difícil é encontrar a satisfação destes direitos e garantias pelo então garantidor, o Estado.

3.3.1 Garantias infraconstitucionais – Código Penal e a Lei de Execução Penal

O Código Penal foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 2848 em 07 de dezembro de 1940, porém foi em 1º de janeiro de 1942 que entrou em vigor, para uma melhor adequação à sistemática, em meio ao período da Segunda Guerra Mundial.

O Código Penal é composto pela Parte Geral e Especial. No que se refere à Parte Geral são descritos e explicitados os conceitos e as compreensões gerais penais sobre os seguintes aspectos: Aplicação da Lei Penal, Do Crime, Da Imputabilidade Penal, Do Concurso de Pessoas, Das Penas, Das Medidas de Segurança, Da Ação Penal, Da Extinção de Punibilidade. Já a Parte Especial, remonta exatamente a tipificação do crime e a pena relativa.

O Código Penal juntamente com a Lei de Execuções Penais⁸ se fundamentam, complementam e tem seus limites traçados na própria Constituição Federal de 1988. Impossível falar de um e não elencar os outros dois.

Porém, tal demonstração será de forma superficial diante de que não é a intenção do presente aprofundar uma maior análise quanto a estas leis. O objetivo aqui é claro, demonstrar os direitos aos presos, regulados pelos dois instrumentos.

Segundo Duarte (1999, <<http://jus.com.br>>), o Código Penal é uma legislação eclética que não recepcionou nenhuma das escolas ou correntes para a solução dos problemas penais, embora, possa-se dizer que faz uma conciliação entre as Escolas Clássica⁹ e Positivista¹⁰.

Conforme lembra Greco (2011), um dos fundamentais princípios à luz do Direito Penal é o da legalidade, além de estar intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito. Sustenta então Martyn (2006) citado por Greco (2011, p. 56) que,

⁸ Passaremos a utilizar da abreviação LEP ao tratar da Lei de Execuções Penais.

⁹ Escola Clássica no Direito Penal todo o conjunto de pensadores, escritores e filósofos cuja ideologia tem suas raízes no Iluminismo e seguidores de Beccaria, inicialmente. Consideram três teorias ao falar da pena: a teoria relativa, a absoluta e a mista.

¹⁰ Escola Positiva no Direito Penal o homem é o resultado da vida em sociedade e sujeito a variações no tempo e no espaço, de acordo com a lei da evolução. César Lombroso foi seu pioneiro ao afirmar que a criminalidade apresenta causa biológica.

o princípio da legalidade e suas consequências formam parte indissolúvel da cultura jurídico-penal ocidental, apesar de todas as crises e dificuldades, e que a manutenção do princípio da legalidade representa, por sua história e sua função, uma luta pelo Direito e pela liberdade do cidadão.

Sendo a lei a única fonte do Direito Penal com relação a imposição ou proibição de condutas que resultam em uma sanção. Em suma, tudo o que não for expressamente proibido, é permitido. Sendo vedado ainda neste contexto, a utilização do instrumento da analogia, sendo que esta, consiste na interpretação do caso para posterior aplicação da lei, com o objetivo de prejudicar o agente, o que provocaria uma insegurança jurídica diante de fatos implícitos à regularização.

Segundo Greco (2011, p. 58), a legalidade em matéria penal possui quatro funções fundamentais, vejamos:

1º) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 2º) proibir a criação de crimes e penas e costumes (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3º) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 4º) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

Ademais, trazem respaldo na Constituição Federal vigente, em seu art. 5º, inciso XXXIX, dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), praticamente o mesmo texto que traz o art. 1º do Código Penal. Ou seja, ninguém poderá vir a ser punido sem a lei assim dizer e que traga em seu texto a quantidade mínima e máxima de pena a ser cumprida.

Greco (2011, p. 64) afirma que,

o juiz exerce papel decisivo quanto ao controle de validade da norma ao compará-la com o texto constitucional. Não deve ser um autômato aplicador da lei, mas sim o seu mais crítico intérprete, sempre com os olhos voltados para os direitos conquistados, a duras penas, em um Estado Constitucional de Direito.

Visto isto, em 1984 obtiveram-se duas conquistas fundamentais no ordenamento jurídico penal: a aprovação da nova Parte Geral do Código Penal, adotando o sistema de pena ou medida de segurança; e a lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal, para efetivar a regulação deste sistema (DUARTE, 1999).

Em seu art. 1º a Lei de Execução Penal traz o seu objetivo principal: “[...] efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). E

no art. 3º, Parágrafo Único, destaca: “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (BRASIL, 1984). Note-se que prevalece a intenção do legislador de que o agente que é introduzido no ambiente prisional deverá conviver de maneira harmoniosa com o já condenado, além de não haver formas de discriminação e de distinção.

Em seu capítulo II, que vem intitulado ‘Da Assistência’, nas Disposições Gerais, na Seção I, traz disposto no art. 10, “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984). Indicando ainda em ser art. 11 e incisos, a assistência: “I- material; II- à saúde; III- jurídica; IV- educacional; V- social; VI- religiosa” (BRASIL, 1984). Indica, portanto, o ensejo do legislador de modo em que o apenado, garantido pelo dever do Estado de todas as formas elencadas nos incisos, saindo do ambiente carcerário, arrependido do delito praticado e pronto para voltar a viver em sociedade novamente.

No mesmo capítulo e intitulação, nas demais Seções (II, III, IV, V, VI, VII, VIII), ainda vem elencados demais assistências como: material (art. 12 e art. 13); saúde (art. 14); jurídica (art. 15 e art. 16); educacional (art. 17 a art. 21-A); social (art. 22 e art. 23); religiosa (art. 24) e ao egresso (art. 25 a art. 27). Esta assistência, conforme visto é atribuída ao Estado como um dever, que como veremos no próximo capítulo, muito pouco as garante.

Na presente Lei, vem intitulado todo o Capítulo II sobre o Trabalho, tanto interno (art. 31 a art. 35) como também externo (art. 36 a art. 37).

O Capítulo III vem intitulado ‘Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina’, a Seção I, elencando os Deveres vem dispostos nos art. 38 e art. 39; a Disciplina, dividida em várias Seções e Subseções enumera do art. 44 ao art. 60. Mas é entre estas duas Seções que nos ataremos, na Seção que regula os Direitos.

Os direitos do preso vem elencados na Seção II, a partir do art. 40 até o art. 43. O art. 40 em seu corpo já regula, “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (BRASIL, 1984); percebe-se esta mesma prerrogativa no art. 5º, inciso XLIX, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988). E ainda, o art. 38 do Código Penal, “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (BRASIL, 1940). Aqui, percebe-se o excesso de texto legal e a pouca efetivação para o cumprimento deste, pelo Estado.

No art. 41 da referida Lei, elencam os incisos de ordem:

I- alimentação suficiente e vestuário; II- atribuição de trabalho e sua remuneração; III- previdência social; IV- constituição de pecúlio; V- proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI- exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII- assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII- proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX- entrevista pessoal e reservada com o advogado; X- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; (BRASIL, 1984).

E ainda,

XI- chamamento nominal; XII- igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII- audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV- representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI- atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (BRASIL, 1984).

Nesta seara, percebe-se que os direitos regulados passaram a se tornar fundamentais e longínquos quanto a aplicabilidade. Segundo Junqueira (2005, p. 81, grifo original), quanto aos direitos dos apenados,

[...] não obstante a privação de liberdade a ser suportada pelo preso, em teoria, ao menos, cediço é a necessária preservação de todos os outros direitos a ele inerentes, vez que indissociáveis. Da árdua luta a objetivar o pleno respeito aos direitos humanos, seguiu-se, ao passar das décadas, o dever, mais que premente, de resguardar o Estado, a dignidade *intramuros* do reeducando. É a prerrogativa, esclareça-se, irrenunciável, não se podendo conceber um status democrático à República, à hipótese de não contemplação destes importantes ideais.

Importante ainda, para o presente, convém ressaltar o Título IV, ‘Dos Estabelecimentos Penais’, do art. 82 ao art. 86, regulando apenas Disposições Gerais; vêm intitulados após, da penitenciária (art. 87 a art. 90); da colônia agrícola, industrial ou similar (art. 91 e art. 92); da casa do albergado (art. 93 a art. 95); do centro de observação (art. 96 a art. 98); do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 99 a art. 101); e ainda, da cadeia pública (art. 102 a art. 104).

Acerca do exposto, podemos afirmar o que já dizia Bobbio (1992, p. 25): “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.

Após a passagem histórica dos direitos humanos para a concretização destes, juntamente com as nuances do princípio da dignidade da pessoa humana,

passando a demonstração de documentos que demonstram a evolução das garantias e direitos do homem frente a temática do homem apenado, bem como a internacionalização dos direitos humanos e a inclusão destes nas Constituições e leis infraconstitucionais, iremos a partir de agora retratar a realidade encontrada nos presídios brasileiros, demonstrando facilmente que o regulado em todos os documentos, Pactos, Convenções e Leis não são aplicados na prática.

4 A “REALIDADE” DOS APENADOS DO BRASIL

O presente capítulo buscará demonstrar a realidade encontrada nos presídios brasileiros, desde as origens do surgimento do sistema carcerário até a violação de direitos fundamentais e humanos, as quais os apenados tem de se sujeitar. Procura demonstrar ainda, a ineficácia da legislação vigente quanto às garantias mínimas regulamentadas visando a proteção de tais direitos, que se encontram sem qualquer forma de aplicabilidade, por omissão do Estado e de todos que dele fazem parte, ou seja, nós, seus próprios cidadãos. Ainda, demonstrar que a proteção estanque, proporciona uma forma de ressocialização utópica. Há violação por todos os lados e de todas as formas.

Iniciaremos com a demonstração de um primeiro problema, os conflitos existentes quanto a responsabilidade dos entes federativos a cada demanda dessa estrutura carcerária, assim sendo,

o Sistema Penitenciário Nacional possui uma estrutura complexa e, até certo ponto, contraditória e conflitante. A legislação que define crimes, bem como a execução de penas, é de competência da União Federal, nos termos da Constituição Federal. Já a gestão do sistema penal é majoritariamente dos Estados e do Distrito Federal. Por sua vez, a segurança pública é de responsabilidade da União e dos Estados Federados, tendo a União Federal papel ativo cada vez mais amplo na formulação de políticas de segurança pública, diante do avanço da criminalidade. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 329).

Assim, entendemos que,

nesse compartilhamento de funções e responsabilidades entre Poderes da República e dos Estados, nem sempre há harmonia no enfrentamento do combate à criminalidade e nas soluções dos graves problemas carcerários, havendo um descompasso entre o legislador que produz a lei, o julgador que condena e o gestor que cuida do preso. Com relação ao financiamento do sistema carcerário, os problemas, as lacunas e as deficiências também são complexos. Há, portanto, uma estrutura federal e outra estadual para o trato dos problemas carcerários. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 329).

Percebe-se que não há consenso. Não há união entre os poderes, seja o executivo, legislativo ou o judiciário. Não há coesão entre a União e os Estados/Distrito Federal. Mas há uma certeza: a omissão de todos à realidade.

Há muitos problemas, os quais vêm sendo abordados, reconhecidos e discutidos há anos, mas uma solução eficiente para a resolução, não parece haver, ao menos em um curto período de tempo. Desde a forma de repasses dos recursos,

das legislações, do “sistema” como um todo, desde os primórdios tempos envolvendo a sociedade humana e a autoridade pública. Desde os suplícios, conforme mencionado na introdução do capítulo anterior, onde utilizavam do corpo humano como forma de castigo aos que cometiam crime, até a aplicação da pena de prisão que resulta na chegada do sistema prisional moderno. Aqui, um questionamento sobrevém, o que hoje é uma prisão? Não seria errôneo dizermos que, uma forma de castigo ou suplício – o que nos remete a Idade Média novamente – dependendo da situação encontrada, não regulamentada. O que muda somente nestes dois extremos é, à época e à forma de aplicação dos ditos “castigos” que ali ao menos se encontravam, pode-se dizer, regulados, havendo previsão, dita legal. Vem de anos, vem de tempos e não há nacionalidade, não se situando somente aqui no Brasil.

Hoje, mesmo havendo um rol exaustivo de direitos previstos nas mais esparsas legislações, garantias, proibição de tratamentos desumanos – tanto a nível internacional quanto em leis nacionais – havendo previsão e meios de garantir esses direitos, havendo organizações, comissões que visam proteger a dignidade da pessoa humana, nos deparamos ainda com a aplicação da pena ao infrator, em presídios sem a mínima condição de sobrevivência.

Conforme ressalta Rolim (1999) citado por Junqueira (2005, p. 16), quanto à realidade do sistema prisional em um patamar internacional,

o Brasil é signatário de todos estes documentos fundamentais do Direito Internacional, o que, em boa parte das vezes, tem significado tão-somente um enorme constrangimento para aqueles que procuram encontrar qualquer coerência entre eles e as políticas públicas efetivamente em vigor. Particularmente no que diz respeito à nossas prisões, sabe-se desde há muito que, em nosso País, experimentamos a realidade de um sistema absolutamente fora da lei. As normas e praxes admitidas por nossas administrações prisionais contrariam abertamente os protocolos internacionais, a Lei de Execução Penal e a própria Constituição brasileira.

Este é apenas mais um dos problemas. A corrupção do “sistema”, o abuso de poder, o egoísmo, o desemprego, a alienação das pessoas para com os problemas da sociedade, a falta de meios eficientes e suficientes de combater o crime e a marginalização, são apenas exemplos.

Tendo conhecimento destas tantas situações, fora criado uma Comissão Parlamentar de Inquérito, realizada em 2009 pela Câmara dos Deputados, onde diligenciaram visitas às unidades penitenciárias do país, tendo como principal finalidade a investigação da realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com

destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios em busca de soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal (CPI Carcerária, 2009). Não há espanto para as inúmeras irregularidades.

Em alguns estados, os diretores das unidades prisionais ou secretários de administração penitenciária declararam valores distorcidos, que não tinham relação com a realidade presenciada por esta Comissão. Nas unidades prisionais diligenciadas, constatou-se que os estados não fornecem uniformes, colchões, lençóis ou cobertores – que, na verdade, são fornecidos pelas famílias. De igual forma, os estados não fornecem material de higiene, que igualmente são levados pelos familiares ou comprados nas mercearias das cadeias a preços superfaturados. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 363).

Vê-se novamente que o problema, ao ser investigado, revela outras faces, que não são somente, o preso, o bandido, o apenado. Revela toda uma espécie de corrupção dentro desse “sistema”. Corrupção do homem, contra seu próprio semelhante.

Não existem dados ou informações reais confiáveis sobre o custo do preso em nenhum dos estados brasileiros, assim como não há informações fidedignas sobre o conjunto da realidade carcerária. Sabe-se, porém, que a sociedade brasileira paga um preço muito caro para manter um interno dentro do sistema prisional nacional como um todo. Não há informações sobre os custos de um preso na fase policial e, muito menos, durante a instrução e julgamento na esfera judicial. Também não existem dados sobre os custos privados do preso com a família, com advogado, testemunhas, perícias e outras. Mesmo na fase de execução da decisão judicial, em que o preso se encontra à disposição do Estado, os dados são relativos em face da informalidade do sistema e da sonegação de informações. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 363).

A partir das premissas demonstradas no início do capítulo anterior, surgem os sistemas penitenciários ou conforme já dizia Foucault (2004, p. 208, grifos originais),

[...] a grande maquinaria carcerária está ligada ao próprio funcionamento da prisão. Podemos bem ver o sinal dessa autonomia nas violências ‘inúteis’ dos guardas ou no depotismo de uma administração que tem os privilégios das quatro paredes. Sua raiz está em outra parte: no fato, justamente, de que se pede à prisão que seja ‘útil’, no fato de que a privação de liberdade – essa retirada jurídica sobre um bem ideal – teve, desde o início, que exercer um papel técnico positivo, realizar transformações nos indivíduos.

E vai além, ao referir-se ao modelo de “esquema carcerário”:

e para essa operação o aparelho carcerário recorreu a três grandes esquemas: o esquema político-moral do isolamento individual e da

hierarquia; o modelo econômico da força aplicada a um trabalho obrigatório; o modelo técnico médico da cura e da normalização. A cela, a oficina, o hospital. A margem pela qual a prisão excede a detenção é preenchida de fato por técnicas de tipo disciplinar. E esse suplemento disciplinar em relação ao jurídico, é a isso, em suma, que se chama o 'penitenciário'. (FOUCAULT, 2004, p. 208, grifo original).

Após esta breve demonstração dos problemas hoje encontrados, passamos a analisar as origens dos principais sistemas penitenciários, seus acertos e fracassos, para compreendermos o contexto atual da realidade brasileira.

4.1 As origens do sistema penitenciário

Segundo Bitencourt (2011), foi nos Estados Unidos que surgiram os primeiros sistemas penitenciários, com diferentes influências e inspirações de estabelecimentos estes, situados em Amsterdan, Alemanha e Suíça. Passaram do simples meio de custódia, para o local de cumprimento e aplicação da hoje, pena privativa de liberdade.

Conforme menciona García Valdés (1977) citado por Bitencourt (2011, p. 75),

não importa que, como afirma a opinião dominante, as casas de internato ainda constituíam um fato excepcional, surgindo a prisão-pena somente a partir do século XVIII propriamente. A semente germina, prende-se primeiro e desenvolve-se mais tarde no nascente Direito Penal. Depois de um século e meio de prova, que desemboca em um humanitarismo resolutivo, como aspiração teórica, a pena carcerária passa ao primeiro plano, como estrela de primeira grandeza das relações penais do direito punitivo moderno.

O modelo de inspiração mais antigo a todos os demais, segundo Foucault (2004), foi aberto em 1596 em Amsterdan.

O *Rasphuis*, em princípio se destinava aos jovens malfeitores ou mendigos, que deveriam obedecer a regras quanto ao seu funcionamento. A duração de suas penas dependia, em certos limites, ao comportamento do prisioneiro; o trabalho era obrigatório e pelo qual recebiam salário. Conforme resume Foucault (2004, p. 100, grifos originais), “enfim um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para ‘atrair para o bem’ e ‘desviar do mal’, enquadrava os detentos no dia-a-dia”.

Para Foucault (2004), o *Rasphuis* foi um exemplo básico, fazendo ligação entre a teoria aplicada do século XVI, da transformação pedagógica e espiritual por realização de exercícios contínuos e seguimento de regras impostas, e a partir de

meados do século XVIII, a aplicação das técnicas penitenciárias imaginadas.

Já a cadeia de *Gand*, segundo Foucault (2004), organizara o trabalho em, pode-se dizer, um viés econômico. Levantamentos de informações demonstraram que os malfeitores à sua época não eram os trabalhadores, mas sim, quem vivia em ociosidade, os vagabundos. Toda influência desta, prevê a reconstituição do indivíduo através do gosto pelo trabalho, possuindo este uma forma de retribuição para melhorar o seu destino. Segundo Stoobant (1898) citado por Foucault (2004, p. 101),

o homem que não encontra sua subsistência deve absolutamente ser levado ao desejo de procurá-la pelo trabalho; ela lhe é oferecida pela polícia e pela disciplina; de alguma maneira, ele é obrigado a se entregar; a atração do ganho o excita, em seguida: corrigindo em seus hábitos, acostumado a trabalhar, alimentado sem inquietação com alguns lucros que reserva para a saída (ele aprendeu uma profissão) que lhe garante uma subsistência sem perigo.

Este modelo adotado exclui o curto prazo de duração das penas, pois não há forma de influenciar alguém em curto período de tempo.

Com essa mesma ideia de trabalho, Foucault (2004) menciona, o modelo inglês empregado a partir de 1775, que inclui como condição, o isolamento. Como justificativa baseava-se em razões negativas e positivas, quais sejam: negativas no sentido de que a prisão pareceria tão somente como uma fábrica, um lugar comum; positivas, com relação ao isolamento provocar uma espécie de busca a sua consciência pelo bem, sem contato com más influências; ou seja, o trabalho ensinará também sua moral não reformando somente o “homem econômico”. Aqui se utiliza da cela como instrumento para efetuar a separação dos homens, não havendo qualquer contato (FOUCAULT, 2004).

Entre o crime e a volta ao direito e à virtude, a prisão constituirá um ‘espaço entre dois mundos’, um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera. [...]. O encarceramento, com a finalidade de transformação da alma e do comportamento, faz sua entrada no sistema das leis civis. (FOUCAULT, 2004, p. 101, grifo original).

Segundo Foucault (2004) somente uma penitenciária foi construída, a de *Gloucester*, compreendendo ao confinamento total aos criminosos mais perigosos; e aos demais, trabalho em comum ao dia e separação à noite.

Quanto ao modelo norte americano, foi o com maior duração. Pode-se afirmar que desde a criação da Colônia da Pensilvânia, no ano de aproximadamente 1681,

por ser uma colônia inglesa, seu fundador já lutava para modificar a dureza da lei penal prescrita à Colônia pelo rei inglês, obedecendo duas razões,

em primeiro lugar, para atuar conforme os princípios quaqueiros, que repudiam todo ato violento, limitou a pena de morte ao crime de homicídio e substituiu as penas corporais e mutilantes por penas privativas de liberdade e trabalhos forçados. Em segundo lugar, Penn teve a experiência de prisões inglesas onde a promiscuidade e a corrupção grassavam; sentiu a necessidade de melhorar a sorte do que nela se encontravam. (BITENCOURT, 2011, p. 76).

Faleceu antes de lograr êxito na atenuação da lei inglesa, mas deixou precedentes, dando margem ao surgimento das primeiras associações voltadas a reformar os modelos de prisões e preocupadas com as condições humanas dos presos. No ano de 1786, com influência de tais associações, após a independência americana, modicam enfim, o Código Penal, onde aboliram o trabalho forçado e a pena de morte virou exceção à regra (BITENCOURT, 2011).

Segundo Bitencourt (2011), *Walnut Street Jail* foi a primeira prisão construída norte-americana no ano de 1776, influenciada e idealizada objetivando reformar as prisões. A ata de constituição datada de 1787 da maior associação influenciadora do sistema celular revelam objetivos reformistas e filantrópicos:

quando consideramos – afirmava o preâmbulo – que os deveres da caridade que se fundam nos preceitos e nos exemplos do fundador da Cristandade podem ser anulados pelos pecados e delitos de nossos irmãos criminosos; tudo isso nos leva a estender nossa compaixão a esta parte da humanidade que é escrava dessas misérias. Com humanidade devem-se prevenir os sofrimentos inúteis...e devem-se descobrir e sugerir formas de castigo que possam – em vez de perpetuar o vício – ser instrumentos para conduzir nossos irmãos do erro à virtude e à felicidade. (BITENCOURT, 2011, p. 77).

Após esses acontecimentos, em 1790 foi organizada a instituição mais conhecida como sistema pensilvânico, filadélfico ou celular, que consistia como forma de pena “[...] isolamento celular dos intervalos, na obrigação estrita do silêncio, na meditação e na oração” (BITENCOURT, 2011, p. 79). Basicamente, conforme sintetiza Bitencourt (2011, p. 78), refere-se a,

construção de um edifício celular no jardim da prisão (preventiva) de *Walnut Street* (construída em 1776), com o fim de aplicar a *solitary confinement* aos condenados. Não se aplicou o sistema celular completo; impôs-se o isolamento em celas individuais somente aos mais perigosos; os outros foram mantidos em celas comuns; a estes, por sua vez, era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia.

Foucault (2004) lembra que a prisão de *Walnut Street*, retomava os modelos utilizados de *Gand* e *Gloucester*. A ideia de trabalho obrigatório, remuneração, reinserção ao mundo voltado a economia. Segundo Turnbull (1797) citado por Foucault (2004, p. 102),

todos os presos se levantam cedo de madrugada, de maneira que depois de terem feito as camas, se terem lavado e atendido a outras necessidades, começam o trabalho geralmente ao nascer do sol. A partir desse momento, ninguém pode entrar nas salas ou outros lugares que não sejam as oficinas e locais designados para seus trabalhos. No fim do dia, toca um sino que os avisa para deixar o trabalho. Eles têm meia hora para arrumar as camas, e depois disso não lhes é mais permitido conversar alto e fazer o mínimo ruído.

Após alguns anos de iniciada a implementação do regime celular, por conta do número crescente de população ali encontrada, foram criadas duas novas prisões agora, por um sistema baseado na separação, são elas: em 1818 a Penitenciária Ocidental (*Western Penitentiary*), onde o regime adotado foi de isolamento absoluto, não havendo a possibilidade nem de trabalho em suas celas. Logo, concluiu-se impraticável; como forma de suprir o terrível fracasso, inauguram em 1829, portanto, a Penitenciária Oriental (*Eastern Penitentiary*), onde passaram a aliviar o isolamento individual e passam a autorizar o trabalho desde que em suas celas, o que não diminuiu o problema do isolamento, ao contrário, o transforma em uma forçosa ociosidade (BITENCOURT, 2011).

Foucault (2004) ainda lembra que há um excessivo controle sobre os presos. Anotações são feitas, alterações em seus comportamentos são observadas em busca da destruição dos seus hábitos antigos que os levaram a cometer o delito praticado. Outra peculiaridade é o segredo, relativo a não publicidade da pena, e quanto a execução penal, “o castigo e a correção que este deve operar são processos que se desenrolam entre o prisioneiro e aqueles que o vigiam. Processos que impõem uma transformação do indivíduo inteiro [...]” (FOUCAULT, 2004, p. 103). Ainda quanto ao modelo adotado, refere-se ele que

a prisão torna-se uma espécie de observatório permanente que permite distribuir as variedades do vício ou da fraqueza. A partir de 1797, os prisioneiros estavam divididos em quatro classes: a primeira para os que foram explicitamente condenados ao confinamento solitário, ou que cometeram faltas graves na prisão; outra é a reservada aos que são bem conhecidos por serem velhos delinquentes (sic) [...] ou cuja moral depravada, temperamento perigoso, disposições irregulares ou conduta desordenada (se manifestaram durante o tempo em que estavam na prisão; outra para aqueles) de quem o caráter e as circunstâncias, antes e depois

da condenação, fazem pensar que não são delinqüentes (sic) comuns. (FOUCAULT, 1997, p. 104).

Ainda, há quem considere este sistema celular uma das aberrações do século XIX, conforme lembra Ferri (1908) citado por Bitencourt (2011, p. 82),

a prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura ou a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar etc.). [...]. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque se não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou [...].

E continua suas severas críticas, quanto à ineficácia do sistema utilizado,

o sistema celular é, além disso, ineficaz porque aquele isolamento moral, propriamente, que é um dos seus fins principais, não pode ser alcançado. Os reclusos encontram mil formas de comunicar-se entre si, seja durante as horas de passeio, seja escrevendo sobre os livros que lhes são dados para ler, seja escrevendo sobre a areia dos pátios que atravessam, fazendo sons nos muros das celas, golpes que correspondem a um analfabetismo convencional [...]. Por último, o sistema celular é muito para ser mantido. (BITENCOURT, 2011, p. 82).

De acordo com Bitencourt (2011), não há unanimidade quanto ao desprezo total desse sistema, admitindo-se regimes hoje parecidos. Convém ressaltar ainda que os regimes penitenciários seguem duas premissas: de reabilitação do delinqüente em uma esfera de segurança; e a ordem. Afirma renomado autor que o regime celular, deixa sua marca hoje nas prisões modernas, nos confinamentos solitários, sendo este um instrumento considerado de controle e dominação.

Buscando superar as limitações e defeitos encontrados a partir de análises feitas ao sistema celular, bem como a expansão da pena de prisão é deferida a autorização para construção de uma nova prisão: Auburn. Aqui, a partir do ano 1821, há a implantação de um novo sistema regado, conhecido como auburniano. Neste, os prisioneiros foram divididos conforme categorias:

1º) a primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinqüentes, aos quais se destinou o isolamento contínuo; 2º) na segunda situavam-se os menos incorrigíveis, que somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3º) a terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes somente era imposto o isolamento noturno,

permitindo-se-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia na semana. (BITENCOURT, 2011, p. 86).

Após o grande fracasso, permitiu-se o trabalho em comum dos reclusos, desde que em silêncio absoluto e confinamento solitário à noite. Pretendia a obediência total, a segurança no centro penal e a mão de obra carcerária (BITENCOURT, 2011).

Foucault (2004) argumenta que o modelo auburniano se torna um meio eficaz de manutenção do poder e não como um sistema que visa a correção do delinquente, dada era a disciplina empregada e aplicada.

O trabalho não é nem uma adição nem um corretivo ao regime de detenção: quer se trate de trabalhos forçados, da reclusão, do encarceramento, é concebido pelo próprio legislador, como tendo que acompanhá-la necessariamente. Mas uma necessidade que justamente não é aquela de que falavam os reformadores do século XVIII, quando queriam fazer da prisão ou um exemplo para o público, ou uma reparação útil para a sociedade. (FOUCAULT, 1997, p. 202).

Trata aqui Foucault (2004) do apenado como “máquina”, obrigado a funcionar automaticamente, cumprindo regras, obedecendo ao silêncio e ao rigor excessivo. Bitencourt (2011), salienta que neste sistema, houveram também castigos cruéis e excessivos, “esses castigos refletem a exacerbação do desejo de impor um controle estrito, uma obediência irreflexiva” (BITENCOURT, 2011, p. 93).

Surgem vários problemas e polêmicas quanto a expansão do trabalho nas prisões, o que acarreta por dificultar sua aplicabilidade, inclusive nos dias de hoje, o conflito entre operário *versus* apenado. Foucault (2004) argumenta que o início das revoltas, ocorreu por conta de salários, sendo os apenados remunerados, para a sociedade, não poderia ser considerada uma pena a cumprir. Ademais em época posterior, meados do ano de 1840, vêm um fator determinante: a crise econômica. Com esta, aumentou as greves contra o trabalho na prisão, a imprensa se posicionou em favor dos operários, e estes alegavam a competição desleal que os apenados causavam.

Hentig (1967) citado por Bitencourt (2011, p. 90) ao mencionar sobre os protestos dos trabalhadores,

a comunidade posicionou-se em favor dos operários e um abaixo-assinado para suprimir o trabalho nas prisões recebeu 200.000 assinaturas. A produtividade econômica do estabelecimento (Sing-Sing) foi a razão de sua perdição. Colocou-se como pretexto que cidadãos decentes não queriam trabalhar com ex-condenados. O egoísmo desenfreado, longe de pensar no

bem comum, colocou os fins superiores do Estado em segundo plano.

Percebe-se quando “o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade, e, de outro lado, as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo [...] não se atrevem a contradizer [...]” (BITENCOURT, 2011, p. 91). O ser humano olhando apenas para si mesmo e seus próprios interesses.

Há também outros pensadores que, diferente do teorizado por Foucault, afirmam que o trabalho seria uma fonte de transformação ao apenado, conseguindo então reformá-los a ponto de viver em sociedade novamente. Outros o consideravam um elemento útil ao sistema capitalista.

Voltamos aos sistemas novamente. Há algumas diferenças e semelhanças entre os dois, celular e auburniano. O isolamento em celas, o silêncio entre eles, o castigo, como forma de promover o arrependimento e a reforma, adotaram o sistema punitivo e retributivo da pena. O primeiro possuía a ideologia de ressocialização através do isolamento, de ensinamentos místicos e religiosos; já o segundo através do ensejo econômico, das oficinas, a dedicação ao trabalho (BITENCOURT, 2011). Ou seja, através da pena, e de todos os horrores por trás de seu cumprimento, havia alguma forma de retribuição, nem que essa forma fosse somente o bom comportamento, obedecendo sempre, ou o tempo que restara completar sua pena.

O sistema progressivo foi adotado após o fracasso do celular e do auburniano. Somente após a Primeira Guerra Mundial que sua utilização disseminou-se, juntamente com o predomínio da pena privativa de liberdade. Segundo Bitencourt (2011, p. 97), “[...] foi adquirindo consciência da necessidade de que a execução da pena de prisão fosse concebida como um sistema, como um tratamento que buscasse a reabilitação do recluso”.

Esse sistema fundar-se em “distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado [...]” (BITENCOURT, 2011, p. 97). A partir de seu comportamento então, ele vai progredindo, para conviver em sociedade novamente, havendo inclusive a possibilidade de reintegração do indivíduo à sociedade antes de terminado o cumprimento de sua pena. Deixam de lado então, o excesso de rigor para com a aplicação da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2011).

O sistema inglês progressivo, conforme Bitencourt (2011) inicia no ano de

1840 quando assume o comando da Ilha Norfolk, na Austrália, palco para os criminosos mais perversos e reincidentes, o capitão Alexander Maconochie. Ao observar que viviam em condições desumanas, alterou a lógica: substituiu o modelo severo para os benignos e os castigos por prêmios.

Consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado. Referida soma era representada por certo número de marcas ou vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito. (BITENCOURT, 2011, p. 99).

Assim, conforme o bom trabalho realizado adquiria suplementos alimentares; se má conduta, multa. A duração de sua pena estava então atrelada a estes fatores: bom comportamento, bom aproveitamento no trabalho e o grau de gravidade do crime cometido, o que dependia somente dele o cumprimento da obrigação. Consistia basicamente em três períodos: isolamento celular diurno e noturno – onde cabia ao apenado pensar sobre sua conduta; trabalho em comum sob a regra do silêncio – este era dividido em classes, conforme sua conduta e seu trabalho, o que resultava ao último período, liberdade condicional – adquiria a liberdade limitada, recebendo restrições, as quais devia obedecer, e após, recebia a liberdade definitiva. Obteve-se aqui novamente a ordem e a disciplina (BITENCOURT, 2011).

Já o sistema progressivo irlandês, surge a partir do sistema progressivo inglês, pelo diretor das prisões na Irlanda, Walter Crofton em 1854. No mesmo contexto em preparar o recluso para viver em sociedade, cria as chamadas prisões intermediárias, as quais seriam um período entre o cumprimento da pena em regime fechado e a liberdade condicional, como uma forma de prova de aptidão para o convívio em sociedade novamente. Consistia em quatro fases e sua evolução era praticamente igual ao sistema inglês, são elas: reclusão celular diurna e noturna – isolamento e pouca alimentação; reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum – rigor ao silêncio; período intermediário – fora do estabelecimento, em prisões especiais, ao ar livre, em trabalhos preferencialmente agrícolas; após a concessão da liberdade condicional – e por último, a definitiva. Aqui a disciplina era aplicada de forma mais amena, sem castigos corporais e recebiam remuneração pelo seu trabalho (BITENCOURT, 1997). Conforme Neumann (1971) citado por Bitencourt (2011, p. 102),

a finalidade altamente moralizadora e humanitária do regime ficou

comprovada ao fazer o recluso compreender que a sociedade que o condenou está disposta a recebê-lo sem reticências, sempre que demonstre encontrar-se em recuperação.

Há de se falar ainda de Manuel Montesinos e Molina, conhecido como precursor do tratamento humanitário, foi nomeado no ano de 1835, governador do Presídio de Valência. Possuía grande autoridade moral para com os reclusos, desenvolvendo relação de confiança, estímulo e autoconsciência; orientava-os por princípios do poder disciplinar racional. Conseguiu de forma eficaz encontrar o equilíbrio entre a autoridade e a correção do recluso, seguindo algumas ideias: respeito à dignidade do preso – devolvendo a sociedade homens honrados e cidadãos trabalhadores; a reabilitação pelo trabalho – acreditava ainda, na sua remuneração, como forma de estímulo a despertar interesse (o que mais uma vez gerou atrito com a sociedade, e teve que se reprimir); era contrário a regime celular; admitia a concessão de licenças de saídas, dentre outras (BITENCOURT, 2011).

Voltamos ao sistema progressivo, que segundo Bitencourt (2011, p. 109), hoje “o sistema progressivo encontra-se em crise”. E complementa ao afirmar que a sua efetividade é uma ilusão, por começar com o regime fechado, mais rigoroso; a não admissão voluntária do recluso da disciplina imposta pela penitenciária; parte de um conceito retributivo: a readaptação do apenado à sociedade por meio da progressão de regime. E vai além, a redução da duração das penas; o aumento da expectativa de vida e pelo aumento da sensibilidade social (BITENCOURT, 2011).

Leciona também que, “essa maior conscientização social não tem ignorado os problemas que a prisão apresenta e o respeito que merece a dignidade dos que, antes de serem criminosos, são seres humanos” (BITENCOURT, 2011, p. 112).

Pode-se afirmar a partir das demonstrações de diferentes tipos de sistemas penitenciários que mesmo hoje o sistema brasileiro ser considerado um sistema progressivo, longe há de estar na prática, de efetivar reinserções de apenados ao mundo social e ao convívio novamente em sociedade, uma vez que todo este “sistema” preocupa-se tão somente com o período de cumprimento de pena, da progressão de regime carcerário, exclusivamente preocupando-se com o “fechado para o semiaberto”, e do “semiaberto para o aberto”. Ainda, ressalta Bitencourt (2011, p. 110, grifos originais) quanto ao sistema retributivo,

por meio da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana, pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por intermédio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia

manifestação de 'boas condutas', que muitas vezes é só aparente.

Qual a saída para esse apenado que “progride” nos regimes carcerários, dentro deste “sistema”? Eis a pergunta que enseja a dúvida e nos remete ao novo subtítulo.

4.2 A difícil tarefa de ressocialização no sistema carcerário brasileiro

Em todo nosso ordenamento jurídico e legislação internacional em que o Brasil é signatário, visando regulamentar a concessão de direitos e as formas de proteção à dignidade dos apenados, fala-se há muito em ressocialização, a readaptação do apenado cometedor de delitos para conviver novamente em sociedade, agora, sem delinquir. Grande utopia.

Para Bitencourt (2011, p. 161) a discussão após o cumprimento da pena, deve tomar proporções maiores do que simplesmente teóricas,

[...] se tem deixado de lado, em plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é o da sua execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente a merece: o momento final e problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação da liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentaria de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas.

Assegura ainda Bitencourt (2011, p. 162) quanto à crise havida na pena de prisão,

durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Silva (2009) critica afirmando não haver caráter “otimista” quanto à aplicação da pena. Assegura o único caráter imperioso da pena de prisão: o castigo.

Uma vez aplicada, a prisão funciona como simples castigo. Nada mais que isso. Aquela ideia romântica de que a execução da pena tem por objetivo a integração social (ou recuperação, ou ressocialização, ou reeducação) do condenado deve ser abandonada. O sistema penal, no modelo que preconiza a readaptação do delinquente, tem no preso uma espécie de doente e a prisão, um hospital para o seu tratamento; ou, pior ainda, vê no preso uma pessoa que carece de reeducação, sendo a prisão a escola que atenderá a tal propósito. (SILVA, 2009, p. 34).

Afirma ainda, que a prisão é um ato de violência e um sistema falho, pois retira da pessoa um dos bens mais preciosos, a sua liberdade. Com a prisão, não consegue de forma eficaz promover a tão sonhada e almejada reeducação – pois, o infrator é colocado em um ambiente extremamente violento, carecedor de direitos e garantias, onde o que impera é a vontade do ‘mais forte’. Diante disso fracassa ao não conseguir de forma eficiente promover a ressocialização do apenado, justamente retirando-o dela, para viver neste mundo à parte (SILVA, 2009).

Greco (2011, p. 443), também questiona,

seria a ressocialização possível? Haveria interesse, efetivamente, por parte do Estado em promover a reinserção do egresso ao convívio em sociedade? A sociedade esta preparada para recebê-lo? Enfim, são questões que merecem ser analisadas, uma vez que, logrando êxito com a ressocialização daquele que praticou a infração penal, isso terá influência direta sobre o sistema prisional, pois o egresso ressocializado, que deixa de praticar novos crimes, torna-se um cidadão útil e responsável.

Há diversos fatores que diante da complexidade relacionadas ao tema haveriam de ser analisados. Mas há um maior: a pouca importância dada pela sociedade, de modo geral, que acaba por não reintegrar e aceitar um condenado à sua vida normal. Como tal ocorrera nos sistemas penitenciários (conforme visto no subtítulo anterior), quanto à inserção no próprio presídio da atividade laborativa, para dar fim a ociosidade e influenciar os apenados a encontrar uma profissão, a sociedade foi contra, se rebelou. Se sentiram ameaçados e injustiçados. O mesmo ocorre aqui. Ninguém vê com bons olhos um ex-condenado, ninguém se importa qual crime cometeu, por quais ou em quais circunstâncias. Ele já está rotulado: ex-presidiário.

A compreensão quanto à ressocialização fora do campo dogmático, é quase impossível. Segundo Cross (1971) citado por Silva (2009, p. 36),

a ilusão de que a pena de prisão pode ser reformativa mostra-se altamente perniciosa, pois, enquanto permanecemos gravitando em torno dessa falácia, abstermos-nos de examinar seriamente outras viáveis soluções para o problema penal.

Silva (2009) argumenta ainda o caráter entorpecente que este propósito ressocializador gera na sociedade como um todo, servindo de justificativa para a conhecida crueldade nas prisões:

[...] legitimando no *inconsciente coletivo* o castigo imposto a nossos semelhantes que, porventura, praticaram alguma infração penal. A ideia de ressocialização nos convence de que punimos não para castigar, mas para recuperar homens e mulheres. E todos nós vamos dormir sossegados, com as consciências tranquilas. Afinal, adotamos a prisão como instrumento de recuperação de pessoas; se isto não acontece ou, pior, se a prisão degenera, o problema não é conosco, mas do sistema penitenciário, que não funciona a contento. (SILVA, 2009, p. 37, grifo original).

Oliveira (1984) citada por Silva (2009, p. 37) denuncia quanto o uso da teorização discursiva do sistema,

o decantado processo de recuperação resulta apenas na absurda teorização discursiva do sistema, pois, na prática, nada alcança além da formação de estereótipos e do fomento da reincidência de forma profissional e aperfeiçoada, devido ao clima negativo, anti-natural, corrupto e desumano que predomina nas prisões, sob agressivas e assustadoras formas. Despersonaliza os presos, gera uma criminalidade violentamente assustadora, que desaponta, vulnera e enfrenta com sucesso qualquer aparelho policial e judicial. Enquanto isso, nossa legislação penal permanece estacionada e à distância dos tempos atuais.

Silva (2009) ainda afirma que a proposta de ressocialização esta intimamente ligada com a ideia do preso excluído, vivente à margem da sociedade. Do pobre, do analfabeto, do violador do “contrato social”. Em outros casos, como nos crimes de colarinho branco, crimes passionais ou crimes que demoram a ser julgados, fica evidente a forma de castigo que a pena exerce e a inaplicação da ressocialização nos crimes.

Acontece que, em qualquer caso, a prisão nunca transformou um criminoso em um não-criminoso. Nem jamais o fará! A proposta é por demais absurda: retirar da sociedade (prender) para ressocializar (ensinar a vida em liberdade) [...]”. (SILVA, 2009, p. 40).

O aprisionamento sempre foi e sempre será um ato de violência, seja ela física ou moral. Os efeitos que causam também são conhecidos, pois preexistem, conforme demonstrado no subtítulo anterior, ao remoto século XVI.

A ressocialização como objetivo da pena de prisão, levando em conta o ambiente carcerário e a situação em que neles se coloca uma pessoa a viver é extremamente danosa, podendo inclusive afirmar que a nobre pretensão de “transformar algo essencialmente violento em algo essencialmente bom” (SILVA,

2009, p. 42), seria tão somente, ilusão da verdade.

O ideal ressocializador pretende ainda uma certa reeducação (!?) do indivíduo e vê na prisão instrumento pedagógico capaz de alcançar esse fim, de maneira que, *reeducado* pela prisão, o homem aprenderia a viver em liberdade. Tal propósito equivale a ensinar a nadar levando-se o aprendiz para ambiente seco. (SILVA, 2009, p. 42, grifos originais).

A verdadeira pretensão a ser buscada, para a prerrogativa do problema, paira no contexto da,

[...] inclusão social e a educação do homem, como objetivos a serem alcançados pela implementação de políticas públicas e pela atuação da sociedade de uma maneira geral, têm vez – como objetivos, frisa-se – em outro momento e em outro lugar. Inclusão social e educação não são alcançáveis por meios violentos, mesmo que seja legal ou legítima essa violência, como é o caso da prisão. Tais metas devem ser buscadas em escolas de boa qualidade, serviços de saúde decentes, programas voltados ao planejamento familiar, ao trabalho, à moradia, ao lazer, enfim, mediante atividades voltadas à construção da cidadania, muito antes da prática criminosa ou da prisão delinquente. Não se quer dizer, todavia, que a população carcerária deva ser excluída do raio de ação dessas políticas, mas apenas, que a prisão não se constitui instrumento de alcance desses resultados, sendo, aliás, incompatível com objetivos educativos ou de inclusão social. (SILVA, 2009, p. 43).

Caberia, portanto, a inclusão destas políticas públicas voltadas à educação e inclusão social em momento anterior à necessidade de aplicação da pena, anterior à violação do Estado se efetivamente houvesse garantido os direitos fundamentais, os quais já alienados a ele pelo apenado.

Rolim (2014, <<http://rolim.com.br>>, grifos originais) ao levantar dados estatísticos, dá maior embasamento a esta constatação:

as pessoas imaginam que as prisões sejam o lugar para onde mandamos quem matou ou estuprou. Trata-se de imagem falsa. O Brasil tem mais de meio milhão de presos (a quarta população carcerária do mundo em números absolutos), mas apenas 14,2% deles estão detidos por homicídio ou latrocínio. Os presos por crimes sexuais, por seu turno, são 3,4% da massa carcerária. A maioria dos que empilhamos nas prisões, na verdade, responde por furtos e roubos (39,3%) e por tráfico (24,4%). No primeiro grupo, há muitos 'ladrões de galinha'; no segundo, também usuários condenados como se traficantes fossem. Os donos do tráfico não estão presos e, se a polícia desejar prendê-los, não precisará fazer operações em favelas.

O que facilmente se percebe que com políticas públicas eficientes, seja de educação ou de inclusão, estes números, conseqüentemente, diminuiriam drasticamente.

Sá (2002) citado por Silva (2009, p. 49) demonstra que a recuperação de um

apenado não é uma tarefa fácil e acaba por deixar ‘marcas’,

a prisão deixa feridas profundas na alma do sentenciado e do ex-presidiário. Essas feridas são resultantes em grande parte do fenômeno prisionização. Assim como existe a contaminação hospitalar, também existe a contaminação carcerária, de conseqüências (sic) profundamente deletéricas para a mente do encarcerado.

Neste mesmo raciocínio complementa Silva (2009) que, dependendo do tempo de duração da pena, acomete ao apenado graves problemas ao campo psicológico, acabando por ocorrer uma desorganização completa da personalidade, conhecido por ‘processo de prisionização’ acarretando,

perda de identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. Do empobrecimento psíquico resulta, entre outras coisas: estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiências, dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazos. Da infantilização e regressão manifestam-se, entre outras coisas: dependência, busca de proteção (religião); busca de soluções fáceis; projeção da culpa no outro e dificuldade de elaboração de planos. (SILVA, 2009, p. 51).

Há quem argumenta que a ideia de ressocialização recai em erro, segundo Silva (2009), no momento em que insiste em remodelar o delinquente impondo-lhe um comportamento, como se a prisão o tivesse transformado em um homem não criminoso, alterando, portanto, sua personalidade. Ferrajoli (2006) citado por Silva (2009, p. 54, grifos próprios) enfatiza que a pena a ser cumprida é a de prisão e não a alteração de seu caráter,

o Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. **O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o direito de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é.** As penas, conseqüentemente (sic), não devem perseguir finalidades pedagógicas ou correccionais, devendo consistir em sanções taxativamente preestabelecidas, não agraváveis por meio de tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.

A crítica encontrada aqui, portanto, é relacionado ao livre-arbítrio de cada pessoa. Há quem cometa um crime e após “pagar”, cumprindo sua pena, acabe sim por nunca mais cometer qualquer tipo de infração penal, não sendo exclusivamente o tratamento penitenciário recebido, capaz de assim condicionar a sua escolha. Depende de alguns fatores externos, por óbvio (apoio e estabilidade familiar, a questão econômica, emprego, oportunidade), mas também depende exclusivamente

de sua vontade, de aprender, de educar, dele próprio.

Silva (2009) argumenta ainda que o poder de punir encontra limite no princípio da dignidade da pessoa humana, vez que é um direito absoluto e que, em tese, o Estado não poderia violá-lo de forma alguma, conforme já demonstrado no último subtítulo do primeiro capítulo. Ainda, argumenta que a Lei de Execuções Penais juntamente com o Estatuto Jurídico do Preso nada menciona a pretensa ressocialização do condenado, mas sim, a preservação de sua dignidade.

Ao deferir e garantir ao preso os seus direitos (trabalho, educação, saúde, alimentação, vestuário, assistência jurídica, social e religiosa, lazer, condições mínimas de salubridade nos ambientes), tal atitude decorre do mandamento, constitucional inclusive, que disciplina a ação do Estado quando opta por levar o delinquente à prisão: aplicar o castigo, mas com respeito ao princípio da dignidade humana. (SILVA, 2009, p. 69).

Greco (2011, p. 109) expõe como um dos responsáveis por influenciar a sociedade contra o apenado, o auto poder de persuasão que a mídia exerce hoje, sendo este maior ainda, voltado em um contexto de violência ou cometimento de crimes,

essa mobilização constante e ininterrupta da mídia conseguiu sacudir os alicerces do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito aos direitos do preso. A sociedade, atemorizada pelos fatos expostos pelos meios de comunicação de massa, passou a concordar com as conclusões da mídia e a solicitar também uma resposta rápida, por parte do Estado, no que diz respeito ao aumento de criminalidade.

Tudo em busca do percentual de audiência sem nem sequer, inúmeras vezes, os apresentadores ou jornalistas, compreenderem tecnicamente da problemática envolvida, acabando por emitir suas opiniões particulares, motivadas pelo “achismo”, caindo no carisma do público ainda que falando atrocidades.

Assim se forma a opinião comum de que a prisão existe para recuperar delinquentes, mas que, todavia, não alcança tal desiderato. Cria-se, então, uma expectativa muito grande em relação à atuação do sistema penal, apresentado que é como remédio – verdadeira panaceia – para as chagas sociais da violência e da criminalidade. Daí a natural frustração de todos, quando percebem que a prisão não *reeducou* o delinquente, mas, pelo contrário, degenerou ainda mais o seu caráter. (SILVA, 2009, p. 80, grifo original).

Quanto à sensação de impunidade, assevera,

[...] a sociedade clama por justiça e espera que ela se concretize na forma de punição do indivíduo pelo crime cometido. Entretanto, o castigo, quando chega, vem travestido de um bem para o condenado, pois destina-se a

reeduca-lo e recuperá-lo para a vida em sociedade. (SILVA, 2009, p. 80).

Logo, não alcançada a ressocialização e havendo a reincidência a forma mais natural após o encarceramento, “reforça-se o sentimento de impunidade de desapontamento com a atuação da justiça criminal e frustração para com o (não) funcionamento do sistema punitivo” (SILVA, 2009, p. 81).

Engane-se quem pensa que somente no Brasil encontramos problemas com a dita “ressocialização” dos apenados nos presídios. Segundo Silva (2009, p. 22, grifos originais),

independentemente das condições de funcionamento do estabelecimento penal, mesmo nos modernos e bem equipados presídios dos países do chamado primeiro mundo, ainda não se comprovou a possibilidade de uma *prisão ressocializadora*, capaz de transformar o indivíduo criminoso em não-criminoso. Essa constatação não pode ser desprezada. Pelo contrário, há de criar um ambiente que permita o questionamento do sistema penal – que tem a prisão a principal modalidade de sanção – e, com suporte em fundamentos verdadeiros, levar ao seu aperfeiçoamento.

Neste mesmo raciocínio segue Bitencourt (2011, p. 163),

as mazelas da prisão não são privilégios apenas de países do terceiro mundo. De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo;

E continua a complementar tal pensamento,

deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos u dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto ‘científico’ para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um ‘castigo civilizado’); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte. (BITENCOURT, 2011, p. 163, grifos originais).

Percebe-se, portanto, que não é um problema somente nosso, mas mundial.

O que não quer dizer que não devemos nos preocupar criando alternativas eficientes para solucionar a situação.

O delinquente é levado ao cárcere para cumprir sua pena, tal como prescrito ao violar uma das normas estabelecidas pelo Estado e que todos devemos seguir; esta pena, no entanto, deve ser cumprida em ambiente que preserve a sua integridade, tendo então condições de tentar uma nova vida. Com as violações hoje encontradas, não há o que falar e nem ao menos imaginar este exercício.

As sequelas deixadas pelo cumprimento da pena no contexto atual são tão profundas que ultrapassam as fronteiras do corpo, ficam impregnadas na mente, na alma do apenado. Cabe a cada um deles, utilizar delas, da maneira que preferir. Alguns acabam por conseguirem superar as atrocidades vividas neste período. Outros utilizam-se de 'escola' para o crime. Mas isso se chama livre-arbítrio. E é disso que faz os homens diferentes dos animais, em tese, a capacidade de raciocinar.

4.3 A violação dos direitos humanos e fundamentais dos apenados nas penitenciárias brasileiras

Diante da temática abordada no presente trabalho, evidente a noção da tamanha violação de direitos em que se encontram os apenados nas penitenciárias brasileiras. A pena de prisão - que em nada, conforme já demonstramos, tem de ressocializadora – de caráter castigo, visando a punição de seu infrator ao cometer um crime tipificado no Código Penal, viola a sua garantia de liberdade, e a condiciona ao Estado. Este detém o poder de puni-lo.

O condenado passa então a cumpri-la em estabelecimento penitenciário, regulado pelo Estado. Novamente condiciona a ele, porém, desta vez, é ele quem deve garantir seus direitos enquanto ali se encontrar.

Maia Neto (1998) citado por Junqueira (2005, p. 82) quanto à inobservância das garantias fundamentais,

a falta de observância das garantias fundamentais da cidadania, individuais ou coletivas, acarreta séria violação e/ou desproteção dos direitos indisponíveis, em outras palavras, configura flagrante atentado aos Direitos Humanos. Um Estado somente é democrático quando as autoridades públicas constituídas (legisladores, polícia, promotores de justiça, juízes de direito e servidores penitenciários) que protagonizam o sistema de administração de justiça, aplicarem o Direito Penal – Penitenciário resguardando os princípios gerais de Direitos Humanos do processado e do

condenado preso.

Velázquez (2009) citado por Greco (2011, p. 301), quanto a inobservância do Estado Democrático de Direito, de algumas garantias mínimas indispensáveis ao cumprimento da pena privativa de liberdade,

a prática intracarcerária deve encaminhar-se à proteção dos direitos do homem. Sem embargo, a atual realidade penitenciária de um número elevado de países encontra-se longe de alcançar esses propósitos, ocorrendo constantes vulnerações aos direitos fundamentais das pessoas que se encontram privadas da liberdade, tanto no que diz respeito à sua integridade física, alimentação, saúde, comunicação, acesso a um processo justo, entre outras.

O desrespeito ao – considerado por muitos, maior princípio do ordenamento jurídico nacional – o princípio da dignidade humana, quando se trata de sistema penitenciário é gritante.

Parece que, além das funções que, normalmente, são atribuídas às penas, vale dizer, **reprovar aquele que praticou o delito, bem como prevenir a prática de futuras infrações penais, o Estado quer vingar-se do infrator, como ocorria em um passado não muito distante**, fazendo com que se arrependa amargamente pelo mal que praticou perante a sociedade na qual se encontrava inserido. (GRECO, 2011, p. 103, grifo próprio).

Quanto à alimentação, diante da forma fornecida aos apenados, é impossível o seu consumo, havendo necessidade deles próprios fazerem uso do ‘recorte’ (lavagem e cozimento), para então, conseguirem consumi-la. Alguns presídios sequer possuem pratos ou tigelas, devendo o apenado consumir seu alimento em sacos plásticos (BRASIL, CPI Carcerária, 2009).

Diante dessas violações Rodrigues (2002) citado por Junqueira (2005, p. 84, grifo original) questiona,

quanto custamos ao Estado? Dizem que são R\$800,00 mensais. Talvez seja pouco, talvez seja muito, não importa. O importante é o que deixamos de produzir. Não sei quanto custam as nossas refeições, mas também não importa, aqui não almoçamos e não jantamos. O leitor há de perguntar: mas como? É simples: aqui engolimos o que conseguimos comer. Não há frutas, com exceção de banana (duas por semana), também não há verduras ou legumes. A comida que é servida é muito ruim e 70% dos presos não a comem. O preso que não tiver ajuda externa passa muito mal e, se eventualmente, come o ‘bandeco’ que é distribuído, logo sofrerá as conseqüências (sic): no mínimo, uma furunculose. Se tivéssemos acesso à compra de gêneros alimentícios ao preço da rua, o dinheiro que gastamos renderia muito mais (um pacote de açúcar custa R\$4,00 e uma Coca família idem, e assim vai).

Tal realidade é distorcida pela população. A grande maioria – que, muitas vezes, nem contato sequer teve com apenado, muito menos com sua realidade – acredita que a alimentação é saudável. Engana-se. Algumas narrativas vêm até mesmo ligado ao viés da tortura. Conforme demonstrada por Mendes (2001) citado por Junqueira (2005, p. 85),

a fome e o frio começaram a nos preocupar. Passaram-se os dias e as noites sem que ninguém se lembrasse de nós. Três dias depois, veio o carcereiro para ver se estávamos vivos. Pedimos comida. Respondeu que, naquela delegacia, ladrão não comia, e saiu batendo o portão de ferro da carceragem [...]. O delegado estava puto da vida conosco, por isso iríamos ficar mais uns dias de castigo, sem comer. O Dinho subia na grade e urrava de fome. Xingava, gritava, entrou em paranoia. No nono dia de fome, Dinho molhou metade de um rolo de papel higiênico, e se pôs a comê-lo. Não me deixou alternativas: molhei a outra metade, embolei e comecei a comer. O gosto era horrível, inenarrável [...].

A que ponto chega a mente de uma pessoa, através de uma necessidade básica – alimentação – acabar por, sem alternativas, comer papel higiênico?! Vê-se aqui, o exemplo mais contundente da violação. Agora, uma pessoa que passa por tal situação, ao ganhar sua liberdade, revoltada com todo este “sistema” estará.

A assistência jurídica é ignorada. No quesito alimentação, a qualidade e a variedade são de classificação crítica. As porções, por vezes, são servidas até em sacos plásticos, constituídas de um pouco de verdura, feijão, pedaço de carne e arroz de terceira categoria. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 364).

Existe a possibilidade de voltar a viver em sociedade novamente, o apenado que não tem o mínimo direito garantido? É de fato, um mundo à parte.

Quando o autor do delito é de baixa importância social, não detentor de alguma forma de poder, pessoa considerada “pobre” dentro da sociedade, será preso, do contrário, esta realidade não se aplica. Greco (2011, p. 69, grifo original) ao afirmar, orienta a verificação no sistema prisional, ali esta a prova.

Quantas pessoas de classe média, média alta ou alta estão presas no sistema penitenciário? Será que os integrantes dessas classes não praticam crimes? Pelo contrário, muitos empresários, políticos, detentores de grandes fortunas, por exemplo, cometem infrações penais que causam danos irreparáveis à população em geral. Sonegam impostos, superfaturam obras públicas, abusam do poder que lhes foi conferido, enfim, são inúmeras as infrações penais cometidas pela chamada ‘elite’.

Continua Greco (2011, p. 157) ao referir-se sobre a coragem advinda de

Beccaria ao expressar seu pensamento, colidindo frontalmente com os interesses dos detentores de poder à sua época, argumenta que,

nossos governantes, guardadas as devidas proporções, atuam como se não conhecessem as ruas; nossos julgadores decretam suas decisões como se não conhecessem a realidade social; nossos legisladores criam leis que jamais atingirão as pessoas da classe alta, mas que, por outro lado, oprimem os menos favorecidos. Assim como na época de Beccaria, os ricos e abastados continuam soltos, por mais grave que tenha sido a infração penal por eles praticada, enquanto os pobres são presos, mesmo que insignificante tenha sido o delito cometido.

Percebe-se, a violação da não observância do princípio da igualdade. Esta 'elite' não vai presa, não entra em presídios, e em muitos casos, nem ao menos responde processualmente pelos seus atos.

Lemos (2006) citado por Greco (2011, p. 106), ao se referir que o Estado é um dos maiores agressores a manter a violação do princípio da dignidade humana,

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade – em direitos e dignidade – e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Servidores públicos que deveriam manter a ordem, a disciplina e a legalidade do sistema, acabam por cometer crimes, contra os devia proteger. Mulheres presas estupradas, espancamento, subtração de bens, constrangimento perante os familiares - que ao visitar seus entes queridos são vítimas de revistas íntimas vexatórias, sendo que o próprio Estado se omite em compra de materiais que suprimiriam tal conduta: máquinas de raio-X e aparelhos detectores de drogas (GRECO, 2011).

Greco (2011, p. 238, grifos originais) informa a presença das facções criminosas que continuam a comandar o crime mesmo em presídios de segurança máxima,

no Brasil, infelizmente, embora se diga que existam complexos penitenciários de segurança máxima, a corrupção dos servidores públicos que atuam no sistema carcerário permite que, de dentro das penitenciárias, se comande o crime organizado. Hoje, há muitos presos considerados chefes de organizações criminosas, que atuam ativamente de dentro dos presídios a exemplo do que ocorre com a facção criminosa existente no Estado de São Paulo conhecida por PCC (Primeiro Comando da Capital), ou com as já 'famosas' facções do Estado do Rio de Janeiro, como o Comando Vermelho e o Terceiro Comando.

Diante da realidade encontrada pode-se dizer que todas as Convenções, Pactos e Declarações em que o Brasil é signatário, bem como seu próprio ordenamento jurídico, encontram-se violados quando apresentados e comparados com o atual sistema penitenciário brasileiro.

Bitencourt (2011, p. 230) elenca as deficiências encontradas:

1ª) Falta de orçamento. Infelizmente, nos orçamentos públicos o financiamento do sistema penitenciário não é considerado necessidade prioritária, salvo quando acabam de ocorrer graves motins carcerários. 2ª) Pessoal técnico despreparado. Em muitos países a situação se agrava porque o pessoal não tem garantia de emprego ou não tem uma carreira organizada, predominando a improvisação e o empirismo. Nessas condições é impossível desenvolver um bom relacionamento com os internos. 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado.

Diante disto e dos levantamentos feitos pela CPI Carcerária, encontra-se ao longo da maioria dos presídios:

os estabelecimentos são escuros em razão de economia de energia elétrica. As celas e outros espaços de uso dos presos mais parecem masmorras, pelo estado de sujeira e pelo mau cheiro. A falta de água é freqüente (sic) em várias unidades e racionada em outros. Como racionamento, é distribuído um limite de 6 litros por cela ao dia. Essas celas são ocupadas, em média, por trinta homens. No verão, a temperatura chega aos 35 graus. Os banhos são com água sem aquecimento, para a economia de energia elétrica. Em geral, os estabelecimentos são insalubres, sem a mínima condição de abrigar seres humanos. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 364).

Para Greco (2011, p. 302, grifo próprio) há alguns fatores que exercem influência direta sobre a crise nas penitenciárias, havendo, portanto, principalmente a ausência de compromisso por parte do Estado,

o problema carcerário nunca ocupou, praticamente, a pauta de preocupações administrativas do governo. **O tema vem à tona, em geral, em situações de crises agudas, ou seja, quando há alguma rebelião, quando movimentos não governamentais trazem a público as mazelas existentes no cárcere**, enfim, não é uma preocupação constante dos governos a manutenção de sistemas carcerários que cumpram a finalidade para as quais foram construídos.

Neste sentido, percebe-se a falta de interesse estatal, vez que,

a causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes de forma que, mesmo velada, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade o comportamento

dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos. (GRECO, 2011, p. 302).

Outro fator de grande relevância é o controle ineficiente pelos poderes que haveriam de fiscalizar o sistema penitenciário, não abrangendo aqui somente o Executivo, mas em conjunto ao Ministério Público, o Judiciário e a Defensoria Pública (GRECO, 2011). Haveria então necessidade de averiguação dos motivos do não cumprimento da LEP, bem como dos direitos mínimos ignorados aos apenados (GRECO, 2011). Se o problema encontrado for orçamentário,

deveriam ser tomadas atitudes no sentido de mobilizar as Casas Legislativas competentes e destinarem as verbas necessárias. Poderá haver necessidade, inclusive, de se propor em Juízo uma ação de interdição do estabelecimento prisional objetivando ou o fechamento daquela unidade penitenciária que não possui as mínimas condições de abrigar um ser humano, ou sua reparação, a fim de que possa atender ao mínimo existencial do preso, sem ofensa à sua dignidade. (GRECO, 2011, p. 303).

A superlotação carcerária é outro fator extremamente relevante, não somente à integridade dos apenados, como também, dos funcionários do sistema penitenciário. Diante de tantas violações, o presídio é considerado um “barril de pólvora” pronto a explodir (GRECO, 2011).

Greco (2011, p. 305), condiciona outro fator determinante à superlotação carcerária:

[...] a falta de verba para a construção de novos presídios, bem como ao número excessivo de infrações penais cometidas pela população em geral. Não fosse a corrupção praticada pelos detentores do poder, os desvios de verbas, aliados a um Direito Penal máximo, cujo simbolismo é reconhecido por todos, esse seria um problema a menos na lista de ocupações do Estado.

Quanto à inobservância do princípio da legalidade no âmbito penitenciário, Greco (2011, p. 66) aponta, exemplificando a realidade encontrada no Brasil,

presos cumprem suas penas além do tempo que lhes fora imposto pelos decretos condenatórios; benefícios legais são postergados, sob o falso argumento de acúmulo de processos pela Justiça Penal; condenados são jogados em celas com outras pessoas sem que, para tanto, tenha sido levado a efeito o necessário processo de classificação, a fim de os separar de acordo com as infrações penais cometidas; os condenados às penas privativas de liberdade são colocados em celas superlotadas; enfim, o descaso com o princípio da legalidade, na fase da execução da pena, é evidente.

Quanto a não divisão de presos primários aos que já se encontram em grau

de reincidência,

o sistema penitenciário resente da falta de classificação dos presos que nele ingressam, pois se aglomeram delinquentes contumazes, muitas vezes pertencentes a grupos criminosos organizados, com condenados primários, que praticaram infrações penais de pequena importância. Essa mistura faz com que aquele que entrou pela primeira vez no sistema, ao sair, volte a delinquir, ou comece a praticar infrações penais graves, por influência dos presos que com ele conviveram durante certo período. (GRECO, 2011, p. 305).

Acabando por falhar com os que realmente a ele não querem mais voltar,

o sistema é falho com relação àqueles que, depois de condenados, procuram reintegrar-se à sociedade. Em muitas situações, aquele que praticou a infração penal foi criado em um ambiente promíscuo, ou extremamente miserável, não conseguindo exercer seus direitos básicos de cidadão, pois não teve acesso à moradia, à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, à alimentação, enfim, aos direitos mínimos, inerentes a todo ser humano. (GRECO, 2011, p. 305).

Segundo Rodrigues (2002) citado por Junqueira (2005, p. 89), ao relatar a mistura de sentimentos que envolvem:

somos presidiários, vivemos à mercê do imprevisto. Nos sentimos mal, sem esperanças e alternativas. Os minutos escoam, as horas passam. Parece que nada nos resta, no vazio desta situação. E redobra-se um velho desejo de evasão, de romper alguma coisa, quebrar a rotina, o ritmo que enerva, quase nos enlouquece, numa afronta desvairada do destino. Temos que nos habituar a encontrar dentro de nós mesmo o nosso mundo, formado por lembranças doces e amargas, todas muito distantes. São horas de solidão e meditação que têm me levado a descobrir até mesmo em uma lagartixa, que anda errante na parede para sobreviver, a variedade infinita do maravilhoso espetáculo da vida.

Tudo depende da vontade do condenado, conforme demonstra Mendes (2001) citado por Junqueira (2005, p. 90):

de um radicalismo pessimista, negativista, individualista e primitivamente violento, quis passar para o outro extremo, sem percorrer o caminho que leva de um extremo ao outro. A esperança de que o mundo podia e devia ser melhor do que havia sido a meus olhos tornou-se uma certeza. Investi tudo num otimismo puro, numa mudança radical de mim mesmo. De bandido-homicida-latrocida, quis ser cidadão honesto e até meio santo. Larguei maconha, cigarro, malandragem, contatos no meio criminal, até os amigos envolvidos no submundo aos poucos fui abandonando. Não havia mais afinidades. Dei uma virada total em minha existência.

Tal relato demonstra o já mencionado no subtítulo anterior: livre-arbítrio. Cada um decide – não seremos hipócritas, dependendo da situação encontrada na prisão e fora dela – como e o que fazer da situação em que se encontra. Neste sentido, há

quem consiga de fato, ingressar novamente em sociedade.

Greco (2011, p. 109, grifos originais) condiciona ao poder da mídia o desprezo para com os apenados,

os direitos dos presos passaram a ser tratados com repúdio. A expressão *direitos humanos* começou a ser entendida de forma equivocada; a mídia se encarregou de perverter o seu real significado. Assim, quando a população em geral ouve dizer que os *direitos humanos devem ser preservados*, automaticamente faz ligação entre direitos humanos e direitos dos presos e, conseqüentemente passa a questionar a sua necessidade.

Greco (2011, p. 183), faz uma breve reflexão quando expõe o apenado à mercê da sociedade que o julga como um todo:

o fato de ter praticado um crime não o torna pior que os demais. Se colocarmos a mão em nossa consciência, se puxarmos pela nossa memória, sem muito esforço, concluiremos que também somos criminosos. Mesmo que as escalas sejam diferentes, ou seja, mesmo que alguns pratiquem crimes graves, e outros, não tanto assim, no final das contas, todos somos criminosos. Quem nunca praticou um crime que atire a primeira pedra! Desde os menores, até as figuras mais reconhecidas no meio social, todos, sem exceção, em algum momento de suas vidas, já cometeram crimes. Nem por isso devem ser tratados como animais, como se, com a prática de um crime, tivessem perdido sua dignidade.

Poucos tem essa concepção. Poucos concordam. Muitos acreditam que é mais fácil acusar, do que olhar sua própria imagem refletida no espelho. Isso não vem de hoje, vem desde sempre.

De acordo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao total hoje no Brasil se encontram 711.463 presos, levando em conta os presos em regime domiciliar (ANEXO A). Com estas, novas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais, de King's College, de Londres (2014, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Além da CPI Carcerária (2009), surge o Mutirão Carcerário (2012), promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e conduzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Esta iniciativa reúne juizes que percorrem os estados, realizando diversas visitas aos estabelecimentos prisionais brasileiros desde 2008, visando proteger e garantir o devido processo legal – realizando revisão das prisões de presos definitivos e provisórios, bem como progressão de regime e até mesmo, a liberdade quando extinto o tempo estabelecido na sentença – e a

inspeção dos presídios, evitando irregularidades e garantir o cumprimento da LEP. Assim como a CPI Carcerária demonstrou, de norte a sul e de leste a oeste, as situações são as piores possíveis, violações a LEP e à dignidade humana, precariedade nas instalações, celas insalubres, material e higiene e até contato com a luz solar (2015, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Façamos um breve resumo das regiões encontradas com alguns destaques, mas maior ênfase será destinada a situação encontrada no Rio Grande do Sul.

O Acre detém o título de maior unidade federativa com maior percentual de sua população presa, uma a cada 200 habitantes. Já na região Amazonas, a maioria de sua população carcerária, sequer foi julgada. Há presídios em fundos de escolas; prédios improvisados como prisão, celas sem chuveiro, e finais de semana e à noite, os apenados ficam à mercê da sorte, já que os agentes penitenciários os trancam e levam as chaves para suas casas. Grades soltas, infiltrações, má conservação, risco de desmoronamento, assim se encontram a maioria dos presídios. Durante as inspeções ainda foram encontrados adolescentes entre presos adultos, não sendo particularidade somente de uma região, revelando a tamanha afronta à legislação que proíbe o encarceramento de jovens em presídios comuns. Há quem tolere o uso de drogas e álcool para “manutenção da paz” (MUTIRÃO CARCERÁRIO, 2012).

Em Roraima, alguns funcionários públicos presos, como policiais militares e civis, gozam de uma série de regalias, como suíte, ar-condicionado, televisão e frigobar. Já nas demais, presos reclamam de mosquitos atraídos pela rede de esgoto precária, além de infiltrações, umidade e sistema elétrico e de esgotamento sanitário, danificados (MUTIRÃO CARCERÁRIO, 2012).

Em Pernambuco há uma situação bem peculiar. Ali, encontram em poder dos detentos as chaves das celas e, eles que controlam a circulação das pessoas entre os recintos. Criou-se a figura do “chaveiro”, ele é um preso, geralmente condenado ou acusado de prática de homicídio, que impõe ordem e disciplina no pavilhão e recebe um salário mínimo do Estado pelo serviço. É ele que desempenha a função de venda de drogas, e recebe do Estado por isso. A presença do Estado aqui se resume aos setores administrativos (MUTIRÃO CARCERÁRIO, 2012).

O Rio Grande do Sul, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), possui a totalidade de 27.336 apenados, cumprindo pena em estabelecimentos penitenciários ao longo de todo seu território. Sendo que a totalidade de vagas disponíveis nestes estabelecimentos é de 21.063, ou seja, há maior quantidade de detidos do comportado pelo sistema (2014, <<http://www.cnj.jus.br>>).

De acordo com a CPI Carcerária (2009), o Presídio Central Masculino de Porto Alegre, sendo de regime fechado, abriga 4.235 detentos. A capacidade total seria de 1.565 vagas, chegando, portanto a superlotação alcançar o percentual de 200%.

A ociosidade e a falta de perspectiva no estabelecimento são generalizadas, uma vez que apenas 100 presos estudam e 400 trabalham em atividades sem qualquer expressão econômica, as quais não oferecem qualquer oportunidade num mercado cada vez mais exigente. [...]. A assistência à saúde não é prioridade da Unidade. Apenas um médico cuida dos internos, dos quais 123 estão infetados pela Aids e 56 pela tuberculose. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 169).

A capacidade real das celas são para 4, 6 e 8 presos. Mas encontram-se reclusos 20, 25 e 30 homens, respectivamente.

Apelidada de ‘masmorra’, a parte superior do presídio é o pior lugar visto pela CPI. Em buracos de 1 metro por 1,5 metro, dormindo em camas de cimento, os presos convivem em sujeira, mofo e mal cheiro insuportável. Paredes quebradas e celas sem portas, privadas imundas (a água só é liberada uma vez por dia), sacos e roupas pendurados por todo lado [...] uma visão dantesca, grotesca, surreal, absurda e desumana. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 170, grifo original).

Nessa “masmorra” habitam cerca de 300 apenados, possuindo as seguintes facções na cadeia: “Os manos”, “Abertos”, “Unidos pela Paz”, “Os sem facção” e o “Primeiro Comando da Capital” (BRASIL, CPI Carcerária, 2009).

Uma vez por semana há uma reunião entre o PM, chefe de segurança da cadeia, e os líderes e representantes da facção. Segundo os policiais, essas reuniões com as lideranças das organizações são uma forma de manter a paz no presídio. Há concessões em troca da suspensão de rebeliões. (BRASIL, CPI Carcerária, 2009, p. 172).

De acordo com o Mutirão Carcerário (2012, p. 169, grifo original), o Estado criou uma espécie de ‘monstro’ ao permitir a atuação das organizações criminosas. Assim que o condenado entra no presídio,

é forçado a trabalhar para a organização a qual está ‘filiação’ e, em troca, recebe o que o Estado não fornece, como segurança e complemento alimentar. A insegurança criada dentro da prisão – laboratório do crime – atravessa muros e torna-se pública.

A crítica vem de monta. O presídio acaba por se tornar ‘laboratórios de facções criminosas’, com a ajuda do Estado que acreditava em uma falsa harmonia do sistema, conforme constatou o Mutirão do CNJ.

A estratégia falha, hoje obriga os novos detentos, ao ingressarem nos presídios do Rio Grande do Sul, a filiar-se a uma das organizações criminosas e a trabalhar para ela, mesmo após o cumprimento de sua pena. Estando vinculado ao mundo do crime, sempre (MUTIRÃO CARCERÁRIO, 2012).

Além de manterem o “controle” do Presídio Central, estas facções controlam muitos dos presídios havidos no Rio Grande do Sul, e em troca à “filiação” recebem alimentação, segurança, drogas, além de ajuda para sua família e outros benefícios que não são proporcionados pelo Estado (MUTIRÃO CARCERÁRIO, 2012). O que gerou como resultado: insegurança, medo e repulsa perante a sociedade. O preso não é bem visto, há preconceitos, o que faz com que não consiga inserção no mercado de trabalho e na sociedade, e que indiretamente o faz delinquir novamente, como se fosse, um ciclo vicioso, mas na realidade, é a própria necessidade que assim o faz.

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) se manifestou em 30 de dezembro de 2013, solicitando ao governo brasileiro medidas imediatas visando à solução da situação do Presídio Central de Porto Alegre (PCPA). Fora solicitada pelas entidades integrantes do Fórum da Questão Penitenciária, onde fazem partes diversas instituições do Estado, dentre elas, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS); Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS); Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção do Rio Grande do Sul (OAB/RS); Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (ADPERGS) e Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (AMPRS), dentre outros (2014, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Além de graves violações aos direitos humanos e à integridade humana, a superlotação, insalubridade, violência e a detenção de controle das galerias ser da presença de facções criminosas (2014, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Pode-se dizer que a situação do Presídio Central, diante da gravidade e da grande violação de direitos encontradas, tomou proporções mundiais de forma que, Órgãos mundiais de proteção aos direitos humanos estão se manifestando e pedindo providências ao governo brasileiro.

Considera de suma importância tal concepção feita por Oliveira (2002) citado por Bitencourt (2011, p. 131) ao afirmar com precisão,

chegamos ao século XXI sem que nenhum País possa mostrar, com clareza, que conseguiu resolver as agruras da execução penal, com a prisão ou sem prisão, porque o que faz a pessoa se recuperar é tomar consciência do seu significado na sociedade e isso a inoperante política em matéria de resposta penal não conseguiu e não consegue sedimentar. É verdade que, aqui ou ali, pode-se encontrar uma outra experiência bem-sucedida. Contudo, no conjunto mundial, o panorama geral é ruim, daí se concluir que qualquer estabelecimento penal, de bom nível, representa apenas uma ilha de graça num mar de desgraça.

Diante do caos estabelecido no sistema prisional e da realidade encontrada, foi feito início do mês de outubro do presente ano, uma pesquisa pelo Datafolha, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o qual reúne especialistas em violência urbana no país. Tal pesquisa demonstra o alto grau de desprezo que a sociedade atribui ao apenado. Intitulada de “Bandido bom é bandido morto”, foram ouvidas 1.307 pessoas em 84 cidades que possuem mais de 100 mil habitantes, o que revelou que 50% disseram concordar, 45% discordam e o restante não sabia ou não concordava nem discordava (ANEXO B).

Com isso, afirmamos o que já sabíamos: não há proteção de direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, quando se trata do apenado, porque a própria sociedade assim o quer, porque não vêem no apenado uma possibilidade de continuar sua vida, ao acabar de cumprir sua pena e ser. Conforme demonstramos, ele está rotulado, o “rótulo” o perseguirá para sempre: ex-presidiário.

5 CONCLUSÃO

O objetivo de investigação que desencadeou a presente monografia considerando que sendo o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, questiona-se: tem este Estado observado os direitos humanos e fundamentais dos apenados visando cumprir o caráter ressocializador da pena? Tal resposta não é fácil e atinge vários ramos do Direito, assim como, conhecimentos afins: filosofia, sociologia, teologia, economia, antropologia, dentre outros.

Mesmo tentando manter-se estritamente no mundo jurídico, foi necessário abarcar vários ramos do Direito – Direitos Humanos, Direito Internacional, Direito Constitucional, Código Penal e Lei de Execuções Penais – envoltos em uma valiosa experiência, dado o tamanho de sua proporção, que deve ser considerada exitosa.

Iniciou-se esta jornada tratando-se de Direitos Humanos. De maneira ampla, porém objetiva, procurou-se demonstrar o conflito existente entre doutrinadores voltados a sua fundamentação, alguns alegando ser direitos naturais do homem; outros os considerando apenas ideais da sociedade; e há quem ainda entenda que somente entram no grau de exigibilidade após sua devida positivação. Situou-se ainda, neste emblema, o conflito existente, bem como a necessidade de complementação entre as correntes: jusnaturalista e positivista.

Dentro deste contexto, narrou-se desde os fatos e marcos históricos relevantes, para não dizer, a luta da sociedade para o reconhecimento de seus direitos, destacando-se quatro principais pontos históricos, o Iluminismo – com sua razão, fé na ciência e o espírito crítico; a Revolução Francesa – com seus ideais a igualdade, a fraternidade e a liberdade, que juntamente, passam a representar os fundamentos dos direitos humanos originais; a Revolução Industrial – da forma que eclodiu o crescimento das indústrias aumentou significadamente a luta por direitos humanos; e, com o término da Segunda Guerra Mundial – a partir das atrocidades cometidas, nasce juntamente a necessidade de uma organização que visasse a proteção dos direitos humanos, qual seja a Organização das Nações Unidas. Demonstrou-se, portanto, que a concepção na seara de direitos humanos não limita-se, ela acaba por incorporar à sua proteção, em vista da necessidade pretendida, novos direitos.

Esta incorporação recebeu o nome de gerações de direitos. Analisando-as, tornou-se relevante demonstrar a conseqüente necessidade adquirida pelo homem em busca do reconhecimento dos mesmos; onde com sua concretização com a

positivação em ordenamentos, eles passam a possuir caráter fundamental, sendo exigíveis, portanto, ao Estado.

Ainda, nesta premissa, analisou-se a importância de um dos maiores princípios constitucionais fundamentais de nosso Estado brasileiro, como também considerado um dos principais fundamentos dos direitos humanos, o da dignidade da pessoa humana. Aqui, possuindo duas finalidades: pela amplitude de sua proteção – em todos os âmbitos, internacional, regional ou nacional; e, em virtude da dignidade ser uma das principais violações sofrida pelos apenados.

Demonstrou-se, para tanto, de forma sucinta, a transformação dos princípios gerais do direito em nível de princípios constitucionais, dada a sua extrema importância em um ordenamento, precisamente, o maior ordenamento jurídico existente, a Constituição Federal.

Seguindo o contexto, partiu-se então do pressuposto que somos todos, detentores de direitos e garantias, sendo observado na figura do apenado uma maior discrepância e falta de isonomia no que tange falar em direitos e garantias.

Diante do abordado, procurou-se demonstrar as garantias mínimas presentes nas diversas legislações voltadas a preservação do direito do apenado. Neste, objetivou de primeiro momento, a análise da origem e evolução da pena, desde o período da Antiguidade à chegada Modernidade. Fora demonstrado desde as penas aflitivas, onde a característica predominante fora o corpo pagar pelos delitos ao surgimento dos castigos físicos, das mutilações, dos terríveis suplícios em praça pública até a pena-prisão, hoje adentrada nas legislações como privativa de liberdade.

Passou a abordagem para as garantias internacionais, desde os principais documentos reconhecidos – a nível internacional – de direitos humanos fazendo um comparativo histórico, bem como a introdução de artigos/cláusulas nestes, que visavam regular o cumprimento de pena e o processo dos infratores.

Neste contexto internacional, ainda realizou-se abordagens sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos; Carta Internacional de Direitos Humanos. Sobre a temática do apenado, ressaltam-se as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes; demais Pactos, Convenções, Resoluções e Congressos.

Quanto às garantias regionais, foram feitas considerações pertinentes sobre a Organização dos Estados Americanos, bem como a Declaração Americana dos

Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Comissão e a Corte, com breves demonstrações quanto ao seu funcionamento, atribuições e ofícios.

Quanto ao âmbito nacional, fez-se um retrospecto de todas as Constituições brasileiras, a maneira que previam e regulamentavam os direitos dos apenados, até chegar à atual, demonstrando os principais artigos e incisos que visam garantir os direitos ao apenado. Ao passar para a legislação infraconstitucional, maior ênfase fora direcionada a Lei de Execuções Penais, por trazer em seu texto expressamente direitos voltados ao apenado, à sua situação diante da privação de sua liberdade e as suas garantias.

Após tais considerações, buscou-se demonstrar a realidade dos presídios brasileiros. Tal demonstração ocorreu, através de documentos investigativos realizados pelo Estado brasileiro, por deputados e juízes, com os chamados, CPI Carcerária e o Mutirão Carcerário, respectivamente. Fazendo-se de essencial importância os relatos pessoais de ex-detentos e dados estatísticos.

Pretendeu-se demonstrar inicialmente, as origens dos principais sistemas penitenciários, quais sejam o chamado Pensilvânico, Filadélfico ou celular – que consistiu-se basicamente no isolamento completo e silêncio total do recluso; o Auburniano – além do isolamento e do silêncio, introduziu-se o trabalho nos presídios, o que não fora bem visto com bons olhos à sociedade da época; o progressista, atual regente do sistema brasileiro – onde o recluso acaba por progredir de regime de acordo com premissas anteriormente pré-definidas; dentre outros relevantes. Apontou-se a crise neste sistema aplicado, justamente pelo fato deste, não condizer com a realidade encontrada, no sentido que a readaptação a conviver novamente em sociedade, do apenado, verte somente em função da progressão e não de um trabalho aprofundado, aqui com demais campos – medicina, psicologia, sociologia – do merecimento de tal concessão.

Apontou-se de maneira crítica aspectos sobre a ressocialização, as correntes de pensamentos existentes, umas creditando valores a reeducação do apenado para conseguir conviver novamente em sociedade, e outros, afirmando que tal ressocialização não existe e nunca virá a existir, embasando seus estudos em que a pena de prisão tem somente uma única alternativa, qual seja o castigo. Finalmente após, enfatizamos as principais violações de direitos humanos e fundamentais as quais os apenados se submetem para sobreviver – não seremos hipócritas em afirmar “todas as violações”, pois somente quem passa por tal situação tem o direito

de assim afirmar.

Abordou-se, pode-se dizer de forma incipiente tal assunto complexo – que além de envolver diferentes ramos do Direito instiga a pensar no próximo – sendo extremamente necessário para a concepção pretendida, não havendo outra forma senão a passagem por tal percurso. Desta forma, para apresentar tal resposta ao problema central, fora necessário abordagens por diversas premissas, sejam elas, históricas, de vida, de estatística, de números. Fora necessário a leitura de alguns depoimentos verídicos, entrevistas de hoje, ex-apenados, para absorver um pouco deste mundo à parte, chamado sistema carcerário.

Pode-se então, diante do questionamento inicial, enfatizar que o Estado não consegue cumprir com o objetivo ressocializador da pena. Tal resposta, ainda que extremamente complexa envolta à realidade do sistema penitenciário, pode ainda ser canalizada para alguns vieses: desde a omissão estatal, as políticas no âmbito de segurança pública ineficientes e a crença da sociedade de que “bandido bom é bandido morto”, ou seja, o preconceito social acaba por estigmatizar o preso. O julgamento acaba por alcançar além das celas da prisão, ecoando para sempre.

Diante dos dados estatísticos, a sociedade demonstra seu desinteresse quanto aos direitos inerentes ao preso, bem como a sua ratificação quanto toda a sua insatisfação quando verificada a falha do objetivo ressocializador da pena. Uma vez condenado pela justiça já basta, a sociedade dificilmente irá esquecer. Poucos procuram encontrar meios de defender seus direitos, sendo que na maioria das vezes os envolvidos têm um ente seu – pai, irmão, filho, cônjuge – preso a este “sistema”. Poucos querem ou brigam pelo reconhecimento de seus direitos, ao contrário: expressam querer a pena de morte, ou pior, expressam dizer que “bandido bom é bandido morto”. Como se isto resolveria, os problemas já encontrados – que não são poucos.

A falta de assistência, tanto moral, como médica e hospitalar, encontrada em vários presídios brasileiros é desumana. A falta de alimentação, de vestimenta, de salubridade, de higiene, de intimidade e tantas outras violações é vergonhosa. Isto tudo dentro de um Estado que se diz Democrático de Direito.

O Estado acaba por arcar com suas próprias consequências. De todas as violações cometidas aos apenados, há o retorno. As facções criminosas no Rio Grande do Sul, já ocupam lugar que anteriormente era do Estado. Eles manipulam todo o crime organizado, hoje em dia, de dentro da penitenciária, o que ecoa redundante.

Sem contar, a corrupção dentro deste “sistema”. Não somente de drogas, armas, sexo, que se consiga imaginar. Mas a corrupção existente pelas próprias autoridades públicas, relacionadas a verbas não empregadas, com destinação a melhorias nos estabelecimentos prisionais; além da concessão de determinados benefícios a presos, digamos, “diferentes” no sistema.

Quanto ao quadro de soluções apontadas para a resolução de tais problemas, paira a dúvida. Pois não há certezas. Há estudos de todas as formas e modos de visão diferentes quanto ao sistema penitenciário. O que não se tem dúvida é que: necessita de reforma urgente.

Uma das soluções, encontrada ao longo do trabalho, seria com relação à falta de incentivo e modos de inserção de políticas públicas eficientes voltadas à educação. A inclusão social dos menos favorecidos na sociedade, por meio do trabalho, de uma profissão, bastaria se trabalhada e moldada neste pensamento desde adolescência. Poderia ser aqui considerada, a ação do Estado.

Talvez a solução seja penas alternativas que não a privação de liberdade, esta deixadas somente aos crimes de maior repúdio ou gravidade. Ou, a privatização dos presídios, seria uma saída, assim o Estado condiciona para alguém de maneira regulamentada tais prerrogativas omissas de sua parte. Ou, o investimento na construção e implementação de segurança eficiente nestes complexos prisionais, complexos que garantam à integridade física do preso e não a realidade encontrada, com salários aos seus agentes penitenciários justos, com salubridade, com meios de manter condições de habitação mínimas aos apenados e aos agentes que neste ambiente laboram.

Outra alternativa pesquisada, seria a construção não de grandes complexos prisionais, mas sim de presídios menores, que ficariam responsáveis por criminosos de determinada região somente, não havendo a mistura de presidiários de “cidade grande” com os de “cidade pequena”, o que na verdade funciona somente como uma escola da delinquência, havendo um melhor controle.

Hoje, enquanto não há solução, o que nos resta? A utópica ideia de que um dia as coisas serão diferentes. Que haverá o dia em que o mundo ideal se encontre e seja condizente com a realidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia – 1776*. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

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

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão parlamentar de inquérito do sistema carcerário*. Brasília, DF: Edições Câmara, 2009. Disponível em: <bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5>. Acesso em: 09 nov. 2014.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília, DF: Presidência da República, 1984.

_____. Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história*. Brasília, DF: Jurídica, 1998.

CNJ. *CNJ divulga dados sobre a nova população carcerária brasileira*. jun. 2014. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulgados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. *Liminar da OEA pede ao governo brasileiro solução para o caos no Presídio Central de Porto Alegre*. jan. 2014. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27304-liminar-da-oea-pede-ao-governo-brasileiro-solucao-para-o-caos-no-presidio-central-de-porto-alegre>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. *Mutirão Carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, 1 ago. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/1>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

ELIAS, C.; CARDIA N. (Coord). Direitos Humanos e a Violência Institucional. In:_____. *Segurança & Cidadania: promovendo a prevenção da violência e a transparência no campo da segurança pública*. São Paulo. Disponível em: <http://www.segurancaecidadania.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=59&Itemid=182>. Acesso em: 02 nov. 2014.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Teoría de los Derechos Humanos*. Salamanca: San Esteban, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Pilares para a fundamentação dos direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

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

GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turim: Giappichelli, 1990

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. São Paulo: Santuário, 1997.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Dos direitos humanos do preso*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Humanismo latino e estado no Brasil. In: MEZZARROBA, Orides (Org). *Direitos humanos e humanismo: uma necessária integração*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 319-335.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa construção do saber jurídico e função política do

direito. In: AGOSTINHO, L. O. V. de.; HERRERA, L. H. M (Org). *A dignidade da pessoa humana no estado constitucional*. São Paulo: Boreal, 2011. p. 25-40.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. mai. 2002. Washington, EUA. Disponível em: <<http://www.oas.org/csh/portuguese/doccon&tracarta%20da%20oea.asp>>. Acesso em: 24 out. 2015.

PAGNAN, Rogério. Metade do país acha que 'bandido bom é bandido morto', aponta pesquisa. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml>>. Acesso em: 31 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROLIM, Marcos. Quem estamos prendendo. *Marcos Rolim Direitos Humanos e Segurança Pública Consultoria*, 26 abr. 2014. Disponível em: <http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=918&Itemid=3>. Acesso em: 31 out. 2015.

RUBIO, David Sánchez. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Robson dos. Afinal, o que são direitos humanos? *DHnet*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh/robson.htm#mundo>. Acesso em: 19 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *O Constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 223-246.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Haroldo Caetano da. *Ensaio sobre a pena de prisão*. Curitiba: Jaruá, 2009

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. *Uma breve história dos direitos humanos*. Los Angeles, USA. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/magna-carta.html>>. Acesso em: 24 out. 2015.

ANEXO A – Ilustração**Gráfico 1 – Número de pessoas presas x número de vagas**

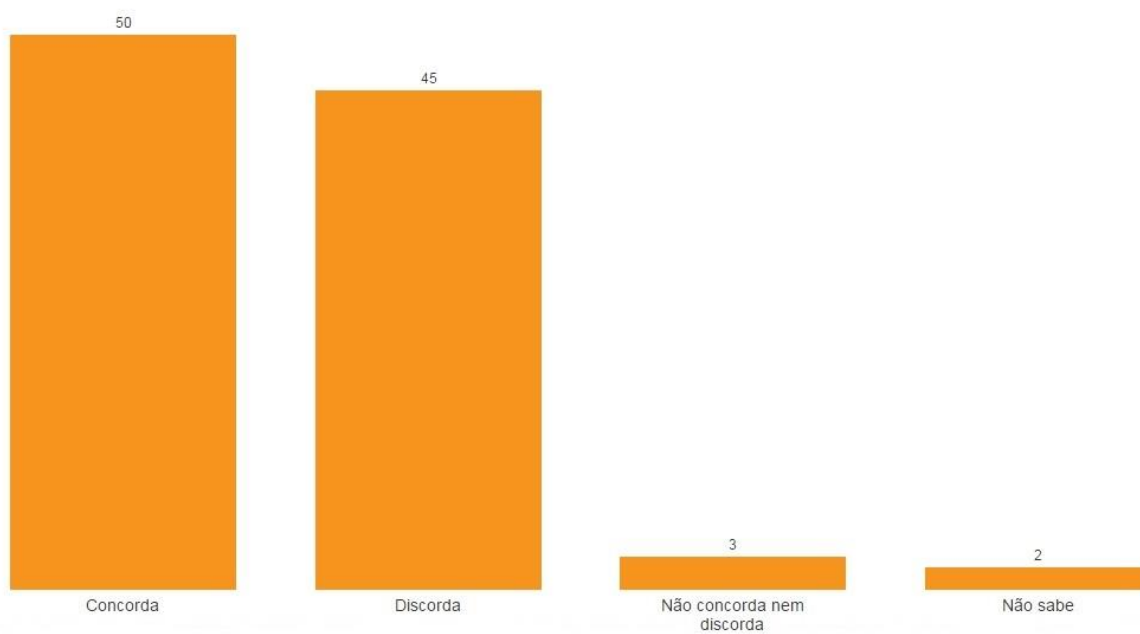
Fonte: <<http://www.cnj.jus.br>>

ANEXO B – Ilustração

Gráfico 2 – Pesquisa

“BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO”

Geral, em %

Fonte: <<http://www1.folha.uol.com.br>>