

FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR  
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL  
ORIENTADORA PROFESSORA DOUTORA  
ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

**O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DA MULHER ENCARCERADA:  
PROPOSTAS DE COEXISTÊNCIA**

LEANDRO SOUSA BESSA  
Matrícula 0424451/6

Fortaleza  
Agosto - 2007

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LEANDRO SOUSA BESSA

**O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DA MULHER ENCARCERADA:  
PROPOSTAS DE COEXISTÊNCIA**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Constitucional, sob a orientação de conteúdo e metodológica da professora Ana Maria D'Ávila Lopes.

Fortaleza – Ceará  
2007

## AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Ana Maria D'Ávila Lopes, pela solicitude, comprometimento e afabilidade com que acompanhou o desenvolvimento de toda a pesquisa.

A meus pais, Bessa e Lucimeire, pelo apoio incansável e orientação esmerada, desde meus primeiros passos, na luta pela solidificação de meus princípios éticos.

A meus irmãos, Mário José Bessa e Victor Bessa (*in memoriam*), pelo companheirismo de todas as formas demonstrado, mesmo que às vezes sem palavras.

A todos os meus tios, em especial, a Dayse Maria Bessa Rodrigues (*in memoriam*) e Francisco José Loyola Rodrigues, que cultivaram em mim o prazer pela leitura e a ampliação de conhecimentos como alicerces indispensáveis para a construção de um mundo mais justo.

A Livia Lessa, pelo carinho com que me acompanhou na parte final da elaboração da pesquisa, contribuindo com a revisão dos textos e sugerindo idéias novas.

À Defensoria Pública-Geral do Estado do Ceará, pelo apoio dispensado, principalmente no custeio de todo o curso de Mestrado em Direito Constitucional da UNIFOR.

À Associação dos Defensores Públicos do Estado do Ceará (ADPEC), na pessoa de seu ex-presidente, Carlos Augusto Medeiros de Andrade, e da atual presidente, Francilene Gomes de Brito Bessa, que sempre me incentivaram nesta empreitada.

*“Todo homem é maior que seu erro”*  
(Mário Ottoboni)

## RESUMO

O sistema prisional brasileiro, neste início de século, dá sinais visíveis de estrangulamento. A prisão não cumpre suas finalidades: reprimir, prevenir e ressocializar. Várias tragédias já aconteceram e outras estão anunciadas. Neste ambiente no qual o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana parece não ter validade, muitos homens e mulheres se amontoam em cumprimento de reprimendas penais, ou aguardando julgamento. Quanto às mulheres, a situação é ainda mais preocupante em razão do histórico de descaso dos órgãos estatais, da sociedade e dos estudiosos da realidade carcerária, que, quando muito, voltam suas atenções ao sistema masculino. Nesse contexto, é urgente que se apontem mecanismos aptos a diminuir o grau de encarceramento pela aplicação de penalidades alternativas e respostas penais decorrentes da Justiça Restaurativa. Por outro lado, é necessário que a efetividade dos direitos fundamentais seja também garantida no sistema prisional, o que ocorrerá se: (1) for estimulada a participação da comunidade na execução da pena; (2) estiver estabelecida uma Defensoria Pública forte e eficiente, capaz de conceder um efetivo direito de acesso à justiça. Os direitos fundamentais são concretizações do princípio constitucional da dignidade humana, devendo ser garantidos a todo e qualquer ser humano, independentemente de características ou situações particulares nas quais se encontre.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Execução Penal; Pena Privativa de Liberdade; Sistema Prisional Feminino.

## ABSTRACT

The Brazilian prison system in the beginning of this century tends to a breakout point. The prisons are unable to reach their goals: deprive, prevent and re-socialize the inmates. Various strategies have already been tried and others are about to come out. In this environment in which the basic and fundamental principle of the dignity of the human being seems to have to value, and lots of men and women are stuck in prison doing their penal time or waiting for trial. Concerning the women the situation is even worse and preoccupying relating to the lack of attention and interest of the State Organs, the society and of those who study the inmates reality, that, once in a while turn their attention to the male prison situation, not the women's. In this context it's urgent to point out some mechanisms able to diminish the number of imprisonment by the applying of alternative penalties and penal responses that come from the Recovering Justice. On the other hand, it is necessary that the effectiveness of the fundamental rights can be guaranteed in the system of imprisonment, and what will happen if: (1<sup>st</sup>) One could stimulate the participation of the community in the execution of the sentence; (2<sup>nd</sup>) One should establish a strong and efficient Public Defensive, able to concede a effective right of access to justice. The fundamental rights are a accomplishment of the constitutional principle of human dignity that should be guaranteed to each and every independent human being, regardless of the private characteristics or situations in which one has got.

Key – words: Fundamental rights; penal execution; a freedom depriving sentence; women's imprisonment system.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>1. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO .....</b>	<b>14</b>
1.1 Pena e Execução Penal: Noções Gerais .....	14
1.1.1 Conceitos .....	14
1.1.2 Evolução Histórica da Execução Penal .....	17
1.1.3 A Pena Privativa de Liberdade .....	26
1.1.3.1 Finalidades .....	27
1.1.3.2 Efeitos Alcançados .....	38
1.1.3.3 Sistemas Penitenciários .....	49
1.2 O Sistema Prisional Brasileiro .....	55
1.2.1 Estrutura Geral .....	55
1.2.2 Condições Atuais .....	62
<b>2. NOÇÕES GERAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>70</b>
2.1 Conceito .....	70
2.2 Características e Pseudo-Characterísticas .....	76
2.3 Evolução Histórica .....	81
2.4 Classificação .....	91
2.4.1 A Teoria dos quatro <i>Status</i> de Jellinek e as Funções dos Direitos Fundamentais .....	91
2.4.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais .....	94
2.5 Interpretação .....	98
2.5.1 Colisão de Direitos Fundamentais .....	101
2.5.1.1 Âmbito de Proteção e Colisão Aparente .....	102
2.5.1.2 Colisão Autêntica .....	104
2.5.2 Elementos Solucionadores da Colisão de Direitos Fundamentais .....	107
2.5.2.1 Princípios da Unidade da Constituição e da Concordância Prática .....	109
2.5.2.1 Princípio da Proporcionalidade .....	110
2.5.2.2 Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana .....	114
<b>3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO E PROPOSTAS PARA SUA EFETIVIDADE .....</b>	<b>118</b>
3.1 Os Estabelecimentos Femininos: Especificidades .....	118
3.2 Principais Direitos Fundamentais da Mulher Encarcerada e Propostas de Aplicabilidade .....	125
3.2.1 Direitos à Integridade Física e Moral .....	126
3.2.2 Direito à Intimidade .....	129
3.2.3 Direito à Igualdade .....	132
3.2.4 Direito à Liberdade .....	140
3.2.5 Direito à Educação .....	146



3.2.6	Direito à Saúde .....	150
3.2.7	Direito ao Trabalho .....	153
3.2.8	Direitos Políticos .....	160
3.3	Propostas para a Coexistência do Sistema Prisional com os Direitos Fundamentais .....	165
3.3.1	Penas Alternativas .....	166
3.3.2	Justiça Restaurativa .....	173
3.3.3	Participação da Comunidade na Execução da Pena ....	178
3.3.3.1	Os Conselhos da Comunidade .....	178
3.3.3.2	A experiência da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) .....	180
3.3.4	O acesso à Justiça e a Atuação da Defensoria Pública	185
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>195</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>		<b>198</b>
<b>ÍNDICE ONOMÁSTICO .....</b>		<b>208</b>

## INTRODUÇÃO

O problema da segurança pública é, atualmente, tema central de todos os debates políticos no Brasil. Assustado com os crescentes índices de criminalidade – carregados de violência, no mais das vezes – o povo brasileiro clama por proteção das autoridades e exige a atuação do Poder Público no combate às organizações cada vez mais poderosas que titularizam as mais variadas e abomináveis práticas ilícitas. Os programas governamentais e os debates legislativos são recheados de manifestações a respeito desse tema.

Entretanto, como resposta estatal ao avanço da criminalidade, o que se vê são apenas manifestações sazonais do recrudescimento da repressão penal, em detrimento de políticas públicas aptas a atingir os focos do problema. Assim, em vez de investimentos maciços em educação, saúde, lazer e geração de empregos, o Estado – movido pelo clamor público incendiado pela mídia sensacionalista – prefere aumentar a severidade das penas e alargar o campo de incidência do Direito Penal, atacando princípios basilares da moderna Ciência Penal, relacionados ao garantismo, ao qual são caras as idéias de fragmentariedade e lesividade.

O aumento na severidade penal legislativa acaba, em última instância, desembocando no aumento do encarceramento, com conseqüências deletérias sobre o já falido sistema prisional brasileiro. Dessa maneira, o Estado olvida direitos fundamentais em dois momentos distintos: primeiro ao deixar à margem da sociedade a maioria da população, sem acesso aos bens e serviços públicos básicos, criando ambiente propício para o aumento da criminalidade; segundo, após o encarceramento (geralmente da população marginalizada, como se demonstrará amiúde), em um sistema prisional absolutamente precário, no qual a dignidade da pessoa humana é quase que totalmente desconsiderada, situação que se torna ainda mais crítica no caso das mulheres, para as quais não há qualquer política pública específica.

Diante de tão desoladora situação, resta debater alternativas a este sistema, bem como propostas para melhorá-lo a ponto de fazê-lo conviver com o respeito aos direitos fundamentais. É exatamente este o foco deste estudo: após mostrar as atuais condições do sistema carcerário brasileiro (com enfoque especial no feminino), são estabelecidas propostas de aplicação de medidas alternativas ao mesmo. Por outro lado, nas situações em que o encarceramento se mostre inexorável, a proposta é fazer com que ocorra com o máximo respeito possível aos direitos fundamentais, o que representa, no rescaldo, a preservação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Perseguindo sempre esse desiderato, inicia-se a pesquisa pela análise do sistema prisional brasileiro. Algumas questões propedêuticas são tocadas: considerações acerca da pena e da execução penal. Posteriormente, centra-se atenção na pena privativa de liberdade, surgida com pretensões humanitárias, em substituição aos suplícios, mas que se afastou sobremaneira dessas metas. As finalidades principais da pena privativa de liberdade – retribuição, prevenção, ressocialização e intimidação - são dissecadas, bem como verifica-se se estas vêm sendo atingidas. É nesse instante que se discorre sobre a propalada falência do sistema prisional.

Em seguida, direciona-se o foco para o sistema prisional brasileiro, com destaque inicial para sua atual estrutura, a forma como se manifesta o poder punitivo do Estado, mormente na sua fase legislativa e na execução das penas (regimes prisionais e principais benefícios legais). No item seguinte, apresenta-se uma radiografia das atuais condições do sistema carcerário, com enfoque na superpopulação carcerária, nas condições de salubridade e impossibilidade de ressocialização, no intuito de demonstrar a situação de distanciamento da efetividade dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo traz noções básicas sobre os direitos fundamentais, com a finalidade de melhor conhecer seus contornos doutrinários, como o primeiro passo rumo à exigência de sua efetividade no sistema prisional. Conceito, características, funções e classificação desses direitos são trazidos à baila, sem a pretensão, advirta-se, de estabelecer conceitos imutáveis e inflexíveis, visto que a

própria matéria sob exame rechaça qualquer tentativa nesse sentido. São estabelecidos pontos de partida essenciais à melhor compreensão do delicado tema da convivência dos direitos fundamentais com o sistema prisional brasileiro.

Em um segundo momento, procurando estabelecer parâmetros para a interpretação dos direitos fundamentais, analisa-se a estrutura dos mesmos, a indicar seu caráter principiológico, favorecedor de situações de colisão. É preciso, nessas situações, inicialmente, um estudo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cuja incorreta compreensão gera as chamadas colisões aparentes. De fato, é mister que se verifique qual a parcela da realidade que o constituinte elegeu como merecedora de proteção pelo texto constituinte. Este exame será suficiente para dissolver diversas dúvidas quanto à aplicação de direitos fundamentais, na medida em que impede que haja interferência indevida do âmbito de proteção de um direito no de outro, em razão da determinação dos limites claros de ambos.

Entretanto, nos casos em que os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais interpenetram-se, será o momento da ponderação entre os diversos valores albergados, de molde a afastar situações de real colisão. Na aplicação desta técnica interpretativa, é mister que haja parâmetros determinados a solver a perplexidade do intérprete diante de um intrincado caso de colisão de princípios. Efetivamente, na seqüência, o estudo apresenta alguns critérios pelos quais sejam fixadas decisões uniformes para casos similares de colisões de direitos fundamentais, a saber: princípios da unidade da constituição e da concordância prática; princípio da proporcionalidade (com a análise de seus subprincípios, a evitar excessos na atividade ponderativa) e, por fim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do qual os direitos fundamentais representam densificações.

Ressalte-se, por fim, que os parâmetros estabelecidos no desenvolver do estudo representam apenas propostas para a solução de colisões de direitos fundamentais. São balizas e caminhos que podem ser observados pelo aplicador do Direito para que mais se aproxime da concretização dos valores estabelecidos pelo poder constituinte originário. Podem ser utilizados isoladamente ou em conjunto, em um exercício de efetivação da justiça.

O terceiro capítulo inicia-se com um tópico destinado a esmiuçar as especificidades dos estabelecimentos prisionais femininos, em razão de expressa determinação constitucional ou legal em alguns casos, e, em outros, em decorrência das diferenças existentes entre homens e mulheres, a exigir tratamento diferenciado. Nesta seara, portanto, são verificados direitos fundamentais específicos à mulher presa, da mesma maneira que determinações legais especiais.

Em um segundo momento, analisam-se alguns dos principais direitos fundamentais que permanecem na titularidade do preso, apesar de sua situação de encarceramento (com enfoque especial na situação da mulher). A metodologia do desenvolvimento deste item obedece aos seguintes passos: definição geral dos direitos; especificação teórica e fática; formas de aplicação no âmbito do presídio feminino; propostas de maior efetividade.

Na ordem de apresentação, analisam-se: a) o direito à integridade física e moral (com foco na vedação à tortura); b) o direito à intimidade; c) o direito à igualdade; d) direito à liberdade (tripartido em: liberdade de expressão, liberdade de consciência e crença (e liberdade religiosa) e a liberdade de reunião); e) direito à educação; f) direito à saúde; g) direito ao trabalho; h) direitos políticos (com foco no direito ao voto);

Segue o terceiro capítulo com a exposição de diversas propostas para amenizar a situação atual do sistema carcerário brasileiro. De fato, a pena privativa de liberdade, apesar de sua decantada falência, não pôde ser substituída, em sua integralidade, por nenhuma nova forma de penalidade, funcionando como *ultima ratio* do sistema punitivo. Partindo sempre dessa constatação (comum à maioria dos doutrinadores, como estudado mais adiante) expõem-se alternativas pontuais ao encarceramento, ao lado de outras tendentes a fazê-lo conviver com o máximo respeito aos direitos fundamentais não atingidos pela sentença penal condenatória.

A primeira proposta apontada é a aplicação das penas alternativas, como uma forma de fugir à privação de liberdade, em situações em que esta representaria uma penalidade desproporcional ao delito praticado. Desta forma, fomentar a

utilização das penas restritivas de direitos representa uma alternativa à falência do sistema prisional, além de proporcionar condições muito mais favoráveis que a prisão no desiderato ressocializador, posto que faz com que o criminoso permaneça unido aos seus laços sociais. No caso das mulheres, a permanência junto aos filhos e demais familiares representa reforço considerável à tentativa de ressocialização, afastando-as do mundo do crime.

Há ainda que se destacar que as penas restritivas de direitos possuem custo bem menos elevado, o que representaria importante forma de economia aos cofres públicos. Lembre-se, que, embora este não seja o principal argumento a favor destas espécies punitivas, reforça a necessidade da proliferação de sua aplicação.

A segunda proposta consubstancia-se no estímulo à participação da comunidade na execução da pena, seja através dos Conselhos da Comunidade, previstos como órgãos da execução penal na Lei nº. 8.072/84 (Lei de Execução Penal), seja através de iniciativas da sociedade civil, como a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Dessa maneira, com o envolvimento da comunidade no procedimento de execução da pena, os condenados terão um contato maior com o meio externo, que, por seu turno, não será tão refratário ao indivíduo que deixar o cárcere. Tal situação ideal favoreceria sobremaneira a ressocialização, ao mesmo tempo que diminuiria sensivelmente os índices de reincidência.

A terceira proposta é o fortalecimento do ideal de Justiça Restaurativa, baseado na utilização de meios alternativos de solução dos conflitos, destacadamente a mediação e a conciliação, como alternativas à idéia nitidamente repressora do cárcere. Desse modo, com a participação na “mesa de diálogo” dos atores diretamente envolvidos na prática criminosa (autor, vítima e comunidade), os conflitos reais da comunidade podem ser solucionados a partir do diálogo orientado por um terceiro facilitador (mediação) ou diretor do acordo (conciliação). Destaque-se, por fim, que os procedimentos de Justiça Restaurativa buscam solucionar os pequenos delitos, indicadores de conflitos sociais em seu estado embrionário.

Por fim, como forma de garantir a observância dos direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional, afigura-se indispensável o acesso à justiça, possibilitado por uma Defensoria Pública forte e eficiente. Nesse momento crepuscular do estudo, analisa-se esta importante garantia de efetividade dos demais direitos fundamentais: o direito de acesso à justiça, dissecado em suas três facetas: (1) o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV); (2) os princípios do devido processo legal (art. 5º. LIV), contraditório e, ampla defesa (art. 5º. LV) e do juiz e do promotor naturais (art. 5º. XXXVII e LIII); (3) a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º. LXXIV), com destaque para esta última.

Ao final, espera-se ter alcançado os objetivos maiores da pesquisa: desenvolver uma visão panorâmica das condições atuais do sistema prisional brasileiro; estabelecer noções gerais dos direitos fundamentais e, como arremate, firmar propostas de melhoria do sistema carcerário, de forma a torná-lo um ambiente de respeito e efetividade dos direitos fundamentais, não apenas dos homens, para quem as políticas públicas têm sido majoritariamente dirigidas, mas, também, das mulheres, cujos direitos têm sido tradicionalmente esquecidos pelo Estado.

# 1. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

## 1.1 Pena e Execução Penal: Noções Gerais

Antes de se verificar a atual situação do sistema prisional brasileiro, é importante que se fixem determinados conceitos referentes à pena e sua execução, mormente no tocante à sua definição, natureza e história. Ademais, faz-se mister estudar de forma mais aprofundada a pena que logrou alcançar larga escala de aplicação, logo após seu surgimento, e que ainda em nossos dias é a principal penalidade aplicada aos infratores da lei penal: a pena privativa de liberdade.

### 1.1.1 Conceitos

A convivência do homem em sociedade pressupõe a valoração de certos bens e sua proteção. O grupo social, ao eleger as condutas aceitáveis, naturalmente reprovava as que lhe forem antípodas. Dessa forma, onde exista um grupamento humano, haverá a idéia (exposta ou não pelo grupo) de imposição de uma resposta apta a fazer cessar as condutas indesejáveis.

Com o surgimento do Estado, este passa a monopolizar a aplicação legítima dessas respostas. A previsão de penas representa, portanto, uma forma de ameaça de que se vale o Estado para impedir ou reprimir as condutas consideradas contrárias à existência e ao desenvolvimento da sociedade. É nessa ótica, portanto, que Greco (2006:519) entende a pena como uma consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal.

Jesus (2002:519), por seu turno, leciona: “Pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como



retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Há diversas teorias sobre as finalidades da pena. Não cabe, no âmbito deste estudo, esmiuçar cada uma delas. Pode-se, todavia, apontar três grandes grupos de teorias sobre este assunto: as teorias absolutas ou retributivas; as teorias relativas, utilitárias ou preventivas, e as teorias mistas ou ecléticas. A base do primeiro grupo de teorias é a aplicação de um castigo. A sanção destina-se, portanto, a restabelecer a ordem pública turbada pelo delito. A culpa do autor do delito deve ser compensada com a imposição de um outro mal, que é exatamente a pena.

Já as teorias relativas vêem a pena como uma forma de prevenir a prática de atos delitivos e não de reprimi-los. A previsão de um mal a ser aplicado a quem infringisse a lei penal teria o condão de inibir a prática de delitos. Estas teorias costumam-se bifurcar em prevenção geral (estabelecem que a pena estatui uma inibição genérica, dirigida a todos os indivíduos) e prevenção individual (a pena seria uma forma de aplacar no delinqüente a vontade de voltar a praticar delitos).

As teorias mistas ou ecléticas buscam realizar uma síntese entre o que há de mais destacado nas duas teorias anteriormente expostas. Assim, prevenção e retribuição são aspectos distintos de um mesmo fenômeno. Bitencourt (2006:120) resume que as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal.

No sistema brasileiro, a pena apresenta certos caracteres, dentre os quais destacam-se: a) o caráter personalíssimo, pois nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º. XLV, CF); b) submissão ao princípio da legalidade (art.5º. II, XXXIX, CF); c) proporcionalidade e individualização em relação ao crime praticado (art. 5º. XLVI); d) irretroatividade em prejuízo do réu (art. 5º. XL); e) limitação das penas (art. 5º. XLVII).

Quanto à execução penal, trata-se do momento no qual o Estado dá cumprimento ao estabelecido como pena na sentença condenatória. Assim, a primordial função da execução penal é efetivar o que o Estado-juiz estatuiu como reprimenda na decisão judicial que reconheceu a existência do crime e determinou sua autoria. Seria inócua a previsão da sanção criminal se não dispusesse o Estado de um aparelhamento apto a fazer cumprir as citadas decisões.

Atento a esta finalidade precípua da execução penal, o legislador brasileiro estabeleceu na Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), art. 1º, que um dos objetivos do processo executivo penal é exatamente efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal. O outro escopo apontado pela lei é promover a reintegração social do condenado.

Bastante discutida em nossa doutrina é a natureza jurídica da execução penal. Mirabete (2000:18) aponta, entretanto, o entendimento dominante:

Realmente, a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo, e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma outra parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução.

Ressalte-se que as finalidades atualmente apontadas para a execução das penas, bem como a natureza da execução penal, somente há poucas décadas lograram estabelecer-se. A história da efetivação das penas aplicadas mostra diversos avanços e retrocessos até que estas passassem a ser vistas como meios de tratamento do delinqüente, a fim de promover seu retorno ao convívio social. Os próximos itens mostram como se deu esta evolução histórica e se, realmente, os objetivos apontados pela lei vêm sendo atingidos.

### 1.1.2 Evolução histórica da execução penal

O direito de punir encontrou diversas formas de manifestação ao longo dos tempos, avançando desde formas primitivas de responder aos desrespeitos às convenções até a moderna e dita humanitária fase de tratamento do condenado com vistas à sua ressocialização. Importante destacar que não houve acontecimentos históricos determinados que possibilitassem a imediata passagem de uma fase à outra, podendo ser encontradas características de uma fase em épocas históricas de predomínio de outra.

Nos primórdios da civilização, a sociedade era quase plenamente regulada pela religião e pelos tabus estabelecidos por esta. A própria ordem política se confundia com a religiosa, não havendo, em regra, nítidos limites entre estas duas searas. Os líderes políticos, inclusive, representavam a figura dos deuses na Terra. A pena era aplicada, algumas vezes, como uma resposta a alguma infração aos ditames religiosos.

Por outro lado, a pena, em seus primórdios (antes, portanto, da formação do Estado), assumia aspectos vingativos, já que o homem era dominado pelos instintos, reagindo contra toda ação que ameaçasse ou pusesse em risco sua vida. Essa reação era quase sempre desproporcional à agressão sofrida. O ofendido vingava-se da forma que melhor entendesse. Dessa forma, não existiam limites na execução dessa pena. Conforme ensina Kosovski (2000:53), não há neste momento qualquer preocupação com a justiça. A vingança representa a descarga da tensão emocional. Esta é a denominada fase da vingança privada.

Nesta fase, o infrator deveria ser expulso do grupo (chamada “expulsão da paz”), passando a viver isolado, enfrentando as dificuldades inerentes à ausência do convívio com os seus semelhantes. Por ser um animal essencialmente político (conforme preconizou Aristóteles), o homem certamente não poderia enfrentar pena mais grave do que o isolamento, o que, invariavelmente, levá-lo-ia à morte. Sendo o agressor de um outro grupo social, o revide do grupo agredido assumia grandes proporções, o que acabava por gerar uma grande guerra entre os dois grupos.

A grande quantidade de guerras, geradas pela reação desproporcional do grupo ao mal cometido pelo infrator da ordem, acabava por provocar o enfraquecimento das tribos, culminando, muitas vezes, com a sua extinção. Sobre a importância desta fase aponta Bitencourt (2006:37):

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a *lei de talião*, determinando a reação proporcional ao mal praticado: *olho por olho, dente por dente*. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.

Interessante perceber que o Código de Hamurabi somente ficou conhecido pelas épocas que o sucederam em razão da severidade das penas decorrentes do princípio do talião, definido como a aplicação de penalidade idêntica ao mal causado pelo infrator. Popularizou-se esta regra pela lei geral “olho por olho, dente por dente”. Apesar de ainda bastante primitiva, esta fase já apresentava certo abandono da idéia de vingança arbitrária e desproporcionada. Por outro lado, o direito de punir passava a um poder central, não mais gravitando em torno da vindita individual dos tempos primitivos.

Nesta fase nascem formas incipientes de proporcionalidade na previsão e execução das penas. Ao lado do talião, outro instituto adotado pelo Código de Hamurabi, na Babilônia do século XVIII a.C. foi a composição. Por meio desta, o ofensor normalmente livrava-se da vingança por meio do pagamento em armas, gado, utensílios ou dinheiro ao ofendido. Estes bens, de acordo com Kosovski (2000:54), deveriam corresponder a uma espécie de ressarcimento pelo dano causado.

Entre os romanos é também possível vislumbrar a incidência dos institutos de talião e composição. Com efeito, a Lei das Doze Tábuas, do século V a.C., veicula no n. 11 da Tábua VII: “Se alguém fere alguém, que sofra a lei de Talião, salve se houver composição”.

Pode-se encontrar também entre os hebreus a manifestação de princípios do Talião. Na Bíblia há um típico exemplo da citada lei de Talião, em Levítico 24, 17; “Todo aquele que fere mortalmente um homem será morto”.

Na Idade Antiga, embora houvesse manifestações da lei de talião - como pôde ser observado - predominou uma outra forma de executar as penas, concretizando-se a fase da vingança divina. Apesar de mantida a essência vingativa das sanções, estas, neste período, passaram a derivar do caráter divino atribuído ao soberano, que era considerado representante direto dos deuses. O delito, então, passou a constituir uma ofensa direta a estes.

As punições, na Idade Antiga, eram aplicadas pelos sacerdotes, que funcionavam como prepostos da divindade. Acreditava-se que eram os deuses que estavam, na verdade, punindo. Quanto mais importante era o deus para a sociedade, maior era a resposta punitiva contra aqueles que ofendiam os dogmas que cercavam esta divindade. Sobre esta fase destaca Bitencourt (2006:36):

Esta fase, que se convencionou chamar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime (...) Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo.

Nesse período histórico, aplicavam-se castigos cruéis, desumanos e degradantes, com a finalidade declarada de purificar a alma do criminoso, mas que guardavam velado o escopo de intimidar. O criminoso estaria com a alma condenada, devendo, para alcançar a bem-aventurança, submeter-se aos cruéis suplícios aplicados pelos sacerdotes. Barbosa (1997:85) destaca as principais penas aplicadas:

Assim, tinha-se a *vivicrematio*, a *condemnatio ad bestias*, o empalamento, a asfixia por imersão, o enterramento vivo, a decapitação, a crucificação, o esquartejamento, a lapidação. Outras penas consistiam em mutilações: castração, o corte das mãos do ladrão. Outras, em castigos, como o açoite. Outras tantas, a irrisão: como a marca a fogo. E, ainda, as penas infamantes, como a maldição.

São legislações típicas desse período: o *Código de Manu*; os *Cinco Livros do Egito*; o *Livro das Cinco Penas*, na China; o *Pentateuco*, em Israel; e a *Avesta*, na Pérsia. Bitencourt (2006:36) aponta, inclusive, que esta era a legislação predominante entre os povos do Oriente Antigo. Cordeiro (2006:13) nota que também em Roma foram encontradas manifestações dessa fase de execução das penas.

Com a instalação da República em Roma e a conseqüente separação entre religião e Estado, este passou a ser o ente responsável pela execução das penas. Chegava ao fim, neste momento, o predomínio da vingança privada. Emergia, então, a vingança pública como forma de retorquir as condutas consideradas criminosas.

Nessa fase, o delito era considerado uma ofensa à sociedade e exigia uma punição a ser imposta por uma autoridade pública, representativa dos interesses da comunidade. Todavia, ainda predominava a preocupação com a defesa dos interesses do soberano e dos mais ricos e poderosos, havendo desigualdade na aplicação da punição, segundo a classe social. Além disso, observava-se grande desumanidade das penas (pena de morte, enforcamento, esquartejamento, estrangulação etc.) e sigilo do processo, tudo isto aliado a leis lacunosas e imperfeitas, que favoreciam o absolutismo monárquico, violando os direitos do ser humano.

Na Idade Média houve um retrocesso, posto que este também foi um período de forte domínio da religião. Por essa razão, o delito voltou a ser entendido como uma ofensa a Deus. Quanto às penas, conforme ensina Barros Leal (1996:34), “ainda bastante associadas ao talião (material e simbólico) e à compensação vinham a ser uma forma de aplacar-lhes a ira, bem como um recurso inibidor”. As penas mais cruéis eram aplicadas em nome dos deuses, tendo os sacerdotes novamente como juízes e executores das penalidades.

Com o início da Idade Moderna e o surgimento do Estado absolutista, ressurgiu com toda a força a finalidade intimidatória, que atingiu seu auge por meio dos suplícios. Estes eram verdadeiros espetáculos punitivos. A pena era executada

em praça pública, espectadora das inúmeras arbitrariedades do soberano, objetivando mostrar à sociedade as conseqüências da desobediência a ele. Foucault (2006:31), após conceituar o suplício como uma pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz, aponta seus delineamentos:

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 suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas...

Os suplícios demonstravam o poder exercido sobre o corpo do indivíduo, servindo para expressar o domínio que o soberano exercia sobre a sociedade, evidenciando a autoridade monárquica sobre os súditos. O poder de punir era confundido com o poder pessoal do soberano.

Foucault (2006:32) conclui que o suplício representava exatamente um ritual para a manifestação do poder que pune. Não se tratava apenas da exasperação de uma justiça que perdeu o controle, esquecendo seus princípios. Assim, arremata o filósofo, o suplício não restabelece a justiça, mas reativa o poder.

As páginas mais marcantes de um espetáculo de suplício são as iniciais da obra de Foucault (2006:9-10), em seu *Vigiar e Punir*. Neste clássico está narrado com detalhes o espetáculo dantesco da execução da pena contra Damiens, condenado em 1757 pelo crime de parricídio.

No Brasil, a mais famosa execução de pena por intermédio do suplício foi a morte de Tiradentes, o inconfidente mineiro que ousou sonhar com um Brasil independente. A inacreditável gravura do corpo do revolucionário trespassado por finas lanças de madeira ainda povoa o imaginário brasileiro e enche de horror os diálogos que se travam sobre o famoso esquartejamento.

Já na segunda metade do século XVIII, iniciaram-se os protestos contra os suplícios. O cenário de horror transformou-se em compaixão e o povo começou a verificar que não havia necessidade de se infligir tanto sofrimento para a execução das penas. O rito aplicado nos suplícios passou a ter um cunho negativo, vazio de sentido e assemelhado à ignomínia do próprio cometimento do crime, com o adicional de que era praticado friamente, sem remorsos. O ponto culminante desse momento histórico é indicado por Foucault (2006:16-17):

Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848.

Bitencourt (2006:48) verifica que os pensadores iluministas passaram a se insurgir contra os excessos existentes na legislação penal e na forma de executar as penas, propondo formas de evitar a previsão de penas que tinham a finalidade de atormentar um ser sensível: o homem. É nessa época que se encontram as raízes de importantes princípios que hoje representam direitos e garantias irretorquíveis do condenado: personalização, proporcionalidade, individualização e humanidade da pena.

É nessa quadra histórica que começa a sair de cena a punição aplicada sobre o corpo dos sentenciados. É à alma destes que se deve dirigir a aflição causada pela pena. O desaparecimento dos suplícios, entretanto, não significa o triunfo da proporcionalidade entre o crime e a punição. Esta última passou a ser infligida por meio de novas técnicas, que retiravam toda a carga de sofrimento físico que antecedia a morte. A pena era representada por uma morte sem dor, com o uso da guilhotina ou da forca. Apenar alguém passa a significar, nesse momento, a perda de um bem ou direito, que pode ser, porém, a própria vida do condenado.

Nesse contexto de progressiva humanização na execução das penas, a privação da liberdade passou a ser considerada a forma mais racional de legalizar a vingança contra o responsável pelo cometimento de um crime, conforme escreve



Cordeiro (2006:20). Ademais, as exigências do sistema industrial e do novo Estado burguês forçaram o sistema detentivo de execução das penalidades. Todo este contexto histórico e filosófico observado no século XIX favoreceu o surgimento da fase de humanização das penas. Dessa forma doutrina Foucault (2006:48):

A prática punitiva do século XIX procurará por o máximo de distância possível entre a pesquisa "serena" da verdade e a violência que não se pode eliminar inteiramente da punição. Será feito o possível para marcar a heterogeneidade que separa o crime que deve ser sancionado e o castigo imposto pelo poder público. Entre a verdade e a punição só deverá haver agora uma relação de consequência legítima. Que o poder que sanciona não se macule mais por um crime maior que o que ele quis castigar. Que fique inocente da pena que aflige.

A nova legislação criminal, a partir do século citado, caracterizou-se pela suavização das penas, pelo respeito aos direitos humanos, por uma codificação mais nítida, e uma considerável diminuição do arbítrio. A pena passa a representar uma represália da própria sociedade àquele que violou o pacto social.

O fundamento real do direito de punir foi o objeto de estudo de diversas Escolas Penais, cujos delineamentos gerais passam a ser expostos.

A primeira das escolas a tratar da humanidade da pena foi a Escola Clássica, do século XVIII. Bitencourt (2006:64-65) distingue dois grandes momentos desta escola: a) teórico-filosófico, de cunho utilitarista, que pretendia adotar penalidades fundadas na necessidade social. Seus principais representantes foram Beccaria, Filangieri e Romagnosi; b) ético-jurídico, de cunho jusnaturalista, enxergando a pena como uma exigência ética de retribuição. Seus expoentes máximos foram Francesco Carrara, Feuerbach e Pelegrino Rossi. A pena tinha um fim retributivo. Sua finalidade precípua seria castigar o delinqüente pelo crime cometido.

A Escola Positivista surge durante o transcorrer do século XIX, preconizando que o crime seria um fato humano e social, razão pela qual seria necessário investigar os motivos que levam o indivíduo a delinqüir. Destacou-se

nessa escola César Lombroso, com a formulação de sua Teoria do Criminoso Nato. Para este autor, certos homens já nascem criminosos. A criminalidade adviria de fatores biológicos. O indivíduo ao nascer com determinados sinais e anomalias anatômicas e funcionais estaria predisposto a delinquir. Podem ainda ser citados como importantes representantes desta Escola: Rafael Garofalo (1851-1934) e Enrico Ferri (1856-1929).

Figuras de grande relevo no período humanitário de execução das penas foram os pensadores chamados reformistas. Os três principais foram: Cesare de Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham.

O Marquês de Beccaria publicou sua obra principal *Dos Delitos e das Penas* em 1764. Nesta, o autor protesta contra as injustiças das leis penais, indicando uma série de reformas, a iniciar-se pela abolição da pena de morte e da tortura. Seu grande mérito foi reunir e sistematizar idéias já existentes e torná-las acessíveis ao grande público. Nesse diapasão, afirma Bitencourt (2004:33):

Em realidade, muitas das reformas sugeridas por Beccaria foram propostas por outros pensadores. O seu êxito deve-se ao fato de constituir o primeiro delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria, englobando importantes aspectos penológicos. Beccaria constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior.

Fundamentando-se na Teoria do Contrato Social, de inspiração rousseauiana, Beccaria defendia que as penas a serem impostas aos infratores deveriam ser proporcionais àquela parcela de liberdade cedida, quando os homens passaram a viver em sociedade. Atribuiu um sentido utilitarista à pena, visto que esta deveria produzir algum benefício. Ademais, esta deveria servir para prevenir o delito em relação à sociedade e não apenas funcionar como um castigo ao infrator. As idéias ressocializadoras da pena encontram em Beccaria um importante antecedente e muitos dos questionamentos formulados por este pensador permanecem sem resposta.

John Howard, por sua vez, em sua obra *The State of Prisons in England and Wales*, de 1777, concentrou seus estudos e ações sobre a pena que, à sua época, já alcançara papel preponderante entre as demais penalidades previstas: a pena privativa de liberdade. Por ter sentido diretamente os efeitos do encarceramento, ao enfrentar um período de clausura, Howard pôde doutrinar com conhecimento de causa. Defendia o papel reabilitador da prisão, que deveria contar com condições dignas para o ser humano, com destaque para o trabalho prisional, considerado por ele indispensável ao retorno do preso ao convívio social.

Howard teve o mérito de enxergar a necessidade de separação dos condenados de acordo com a sua situação individual, mormente entre os criminosos jovens e os reincidentes. Imaginou também a construção de estabelecimentos distintos para homens e mulheres. Também coube a este pensador inglês expor a necessidade do controle judicial sobre a administração dos presídios. Não é sem razão, portanto, que Bitencourt (2004:44) o caracteriza como o fundador do penitenciarismo: “Sua obra marca o início da luta interminável para alcançar a humanização das prisões e a reforma do delinqüente”.

Ainda nesse período, importa ressaltar as contribuições de Jeremy Bentham, autor da obra *Teoria das Penas e das Recompensas*, datada de 1811. Defendia o pensador inglês que a pena seria um mal individual, mas também um mal coletivo, visto que se tratava de um sofrimento imposto ao destinatário e à coletividade, sendo infligida em virtude de sua utilidade. Entendia que a pena de prisão seria o castigo suficiente imposto ao transgressor da ordem, afastando assim a pena de morte.

Bentham destacou-se também devido às suas criações práticas, dentre elas, a idealização do célebre *Panopticum*, estabelecimento presidiário que tinha forma circular, cujas celas seriam vigiadas pelo diretor, colocado no centro da construção (v. item 1.1.3.3). Sobre este autor, escreve Cordeiro (2006:24-25)

Jeremy Bentham foi o idealizador do panoptico, edifício cujo modelo arquitetônico possibilitava uma constante vigília do preso. Defendia o fim utilitarista e retributivo da pena, que devia não somente propiciar certo lucro

ao Estado, mas também prevenir delitos (prevenção geral) e buscar a correção do delinqüente (prevenção especial).

Vistos os caminhos percorridos pela execução criminal até culminar com a eleição da pena de prisão como a melhor forma de punir os que agiam em descompasso com as regras estabelecidas, passa-se, nos próximos itens, a estudá-la de forma mais detalhada, com foco, principalmente, nas suas finalidades e efeitos efetivamente alcançados, bem como nas formas que o homem engendrou na tentativa, até agora fracassada, de aplicá-la com êxito.

### **1.1.3 A Pena Privativa de Liberdade**

Nascida com pretensões humanitárias, a pena privativa de liberdade, paradoxalmente, enfrenta já há algum tempo fortes críticas exatamente por desconsiderar a humanidade daqueles que são submetidos aos seus rigores. Diante dos suplícios que a antecederam, certamente a pena de prisão representa algo bem menos doloroso, mas, conforme se demonstra alhures, ainda está bastante distante de ser uma resposta digna aos atos criminosos.

Da mesma forma que a execução das penas sofreu consideráveis modificações com o correr do tempo, a pena privativa de liberdade experimentou diversas mudanças de meta. Com efeito, durante sua evolução, a pena de prisão foi apresentada com diversas finalidades, que acabaram por se concentrar na tentativa de fazer com que esta penalidade finalmente alcançasse êxito no embate contra as condutas criminosas. Segundo García Ramírez (2003:143): “Las penas se proponen retribuir, intimidar, expiar, purificar, recuperar, contener o conciliar, o bien, mejor todavía, todo de una vez”.

Inspirada nas células de penitência da Igreja (daí a origem do termo penitenciária), a prisão passou a agregar outras funções além da expiação dos males causados pelo indivíduo. Atualmente, são apontadas quatro metas: repressão

ou retribuição; prevenção ou intimidação; ressocialização ou reinserção social e incapacitação.

### **1.3.1.1 Finalidades**

#### *a) Retribuição*

A pena de prisão sempre representou a imposição de um castigo àquele que ousou descumprir as regras estabelecidas pelo grupo social. A função retributiva da pena é melhor entendida quando se percebe o momento histórico em que o Estado tomou para si o monopólio de sua aplicação e execução.

Com a formação dos Estados absolutos, estes passaram a se confundir com a própria figura do soberano. O descumprimento da lei representava um acinte direto contra este e, em última instância, à própria divindade (direito divino dos reis). A vingança do Estado, portanto, manifestava-se pela imposição da pena. De fato, como nota Bitencourt (2004:107), na proposição retribucionista está subentendido um fundo filosófico que pretende se aproximar do divino.

Dessa forma, em seus primeiros tempos, a pena de prisão funcionava como uma retribuição (resposta) do Estado àquele que descumpria a ordem jurídica. Cabia à mesma a ingente tarefa de realizar a justiça: compensação da culpa do criminoso com a imposição de um mal. A prisão é aqui considerada um fim em si mesma. Não tem outro escopo a não ser funcionar como consequência jurídica da ação criminosa.

Fundava-se a prisão, portanto, no livre arbítrio do indivíduo. A este são fornecidos os caminhos corretos pelo qual a sociedade deseja que ele trilhe. Se, entretanto, escolhe caminhos desviados, deve receber a punição (retribuição). O homem tem a capacidade de decidir entre o justo e o injusto e, caso decida por este, deve receber a repressão, a desaprovação da sociedade, expressa mediante isolamento do cárcere.

Mesmo após as idéias iluministas e as teses contratualistas, não restou esmaecida a meta retributiva da pena privativa de liberdade. De fato, o Estado e a sociedade passaram a ser vistos como resultado de um pacto. Aqueles que agissem contra as regras consensualmente formadas eram considerados descumpridores do acordo, indesejáveis, portanto. Sua culpa deveria ser expiada por intermédio da pena privativa de liberdade.

Conforme leciona Barros Leal (1995:18):

A prisão é, antes de tudo, um castigo. Está acima de quaisquer dúvidas que esta representa, na prática, muitíssimo mais do que a mera privação de liberdade, tendo em vista que o condenado perde, outrossim, num ambiente hostil, de tensões e promiscuidade moral, a segurança, a privacidade, a intimidade, a capacidade de autopromoção, a identidade social, subordinando-se, além do mais, a comandos autoritários, impostos não só pelo diretor, pelos agentes penitenciários, como também pelas lideranças formadas por outros presos, dominadores da massa carcerária.

Importantes pensadores foram ardorosos defensores do caráter retributivo da pena, dentre os quais se destacam Kant, Hegel, Karl Binding, Welzel e Maurach. Mesmo na antiga ética cristã, exposta no Antigo Testamento da Bíblia, podem ser verificadas apologias ao caráter repressivo da pena, como, por exemplo, a previsão da lei de talião.

O avançar das ciências humanas acabou por demonstrar que a utilização da pena privativa de liberdade, com fins eminentemente repressivos, desconsidera a dignidade do ser humano. A repressão pura e simples brutaliza e não faz retroceder os índices de criminalidade, demonstrando serem bem mais profundas as raízes do problema. Esse tema é discutido com mais vagar no item seguinte (1.1.3.2), referente aos efeitos efetivamente alcançados pela pena de prisão.

#### *b) Prevenção*

Com o intuito de evitar a prática de novos delitos, afirma-se que a pena privativa de liberdade tem finalidade preventiva ou intimidatória. Por meio da sanção

prevista na lei, o Estado procura intimidar o cidadão para que este não cometa infrações penais. Diante da possibilidade de ter de se submeter a um castigo cominado no preceito sancionatório do comando legal, o indivíduo é dissuadido de eventuais idéias direcionadas ao ilícito.

Sobre as condições históricas e filosóficas que facilitaram o surgimento do ideal preventivo da pena, escreve a professora da Universidade de Coimbra Rodrigues (2001:30-31):

A atribuição à pena desta *finalidade de prevenção* está associada à *secularização* do direito penal. Superada a legitimação teológica e metafísica do *ius puniendi*, a pena perdeu, em grande parte, a sua função de cunho retributivo. O direito de punir passa a justificar-se à luz da necessidade – uma “amarga necessidade”, como já foi dito – e a pena ganha uma finalidade não escatológica, mas, terrena, dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial).

De acordo com as teorias preventivas, a pena não tem a finalidade de retribuir o fato ilícito, mas de buscar evitar o seu cometimento. Conforme distingue Bitencourt (2004:121), de acordo com a idéia de retribuição, o castigo impõe-se somente porque o agente delinqüiu (*quia peccatum est*); conforme a idéia de prevenção, por seu turno, comina-se e aplica-se a pena para que o agente não pratique delitos ou não volte a delinqüir (*ut ne peccetur*).

A ameaça punitiva deve fazer surgir no indivíduo a convicção de que vai ser punido, da eficácia da punição a ser imposta. Dessa maneira, certamente refletirá acerca das vantagens e desvantagens do crime antes de cometê-lo. Será mais fácil que desista ao vislumbrar a certeza de aplicação da reposita penal pelos órgãos repressivos do Estado.

Para que tal ocorra, entretanto, não é suficiente a previsão da penalidade. O aparelho estatal deve ser dotado de estrutura para a efetivação de tal previsão. Caso contrário fortalece-se a sensação de impunidade, que funciona como indiscutível fator criminógeno. Com efeito, muito mais eficiente como elemento

dissuasório sobre o espírito do cidadão é a certeza da punição, ainda que esta seja leve, do que a previsão de penas severas, se estas não são efetivamente aplicadas.

Essa é uma idéia que desde o século XVIII, com a lição de Beccaria (2006:103), permanece válida: A certeza de um castigo moderado causará sempre maior impressão que o temor de um mal terrível, ao qual está aliada a esperança da impunidade. Partindo desse pressuposto e com o intuito de evitar a prática de novos crimes, o jusfilósofo italiano, em sua obra clássica *Dos Delitos e das Penas*, atribuía exclusiva finalidade preventiva à pena, devendo a lei, inclusive, direcionar a forma como deveriam ser previstas e aplicadas as penalidades:

A finalidade das penas é, portanto, apenas impedir que o acusado cometa novos crimes contra seus concidadãos e que outros façam igual. Dessa maneira, as penas e o modo como são aplicadas devem ser escolhidos de forma que, guardadas as proporções, causem uma impressão mais eficaz e durável na índole dos homens, e menos torturante no corpo do réu (BECCARIA, 2006:59).

Mesmo que não seja considerada a única finalidade da pena, como faz crer Beccaria, na assertiva acima, a prevenção é entendida por muitos autores como o mais constante escopo da penalidade, na prática. Corroborando com esta assertiva, García Ramírez (2003:144):

El fin intimidatorio es el mas constante en la doctrina y en la práctica de las penas. Se trata, como dijo hace siglos la Séptima Partida, de escarmentar para "ejemplo y apercibimiento". Así se habría sancionado en función de los otros, no del criminal: ni su hecho, ni su culpa ni su persona sustentan la pena individualizada; la reclama y la sostiene un supuesto externo y futuro; trasciende al autor y al hecho.

A função preventiva da pena divide-se em duas direções: a prevenção geral e a prevenção especial. Ambas têm a mesma finalidade já apontada. Diferenciam-se, entretanto, quanto ao destinatário da intimidação. De acordo com a primeira, a pena tem a finalidade de intimidar toda a sociedade para evitar que ocorram crimes.



Assim, com a cominação penal, prega-se uma espécie de aviso à sociedade, expondo quais condutas não serão toleradas, sob a conseqüência de se aplicar a pena. Trata-se de uma forma de coação psicológica. Bitencourt (2004:125) anota que a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos e aponta seus principais defensores: Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach.

A prevenção especial, por seu turno, dirige-se ao delinqüente em particular, para que este não reincida em práticas criminosas. São três as palavras que resumem esta concepção: intimidação, correção e inocuização. É nesse sentido a lição de Bitencourt (2004:132-133):

Retomando o exame dos fins perseguidos pela prevenção especial, lembramos que esta não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não em penas.

A pena privativa de liberdade não vem atingindo sua finalidade intimidatória, preventiva, nem do ponto de vista geral, nem especial. Ao reverso, o que se vê é uma grande quantidade de presídios superlotados de indivíduos que não se amedrontam diante da pena. Ademais, a sensação de impunidade reinante favorece o descrédito nas penalidades previstas. A incerteza da punição, de certa forma, fomenta o cometimento de crimes.

Demonstração inequívoca de que a pena não alcança efetivamente sua finalidade intimidatória, como percebe Barros Leal (1995:19), é que os índices de criminalidade nos países que adotam a pena de morte não são menores. Ao contrário, como já advertia Beccaria (2006:103-104) no século XVIII: “Os países e os tempos dos mais atrozes suplícios foram sempre aqueles das mais sanguinárias e desumanas ações, pois o mesmo espírito de crueldade que guiava as mãos do legislador regia também aquelas dos parricidas e dos capangas”.

c) *Reinserção social (Ressocialização)*

Ao lado dos fatores de repressão e intimidação, observa-se, desde o nascimento da pena de prisão, a sua finalidade ressocializadora. A idéia da penalidade como “tratamento” povoava os anseios dos pensadores do século XIX, como deixa entrever a afirmação de Hugo (2002:188), no prefácio de 1832 à sua obra *O Último dia de um condenado*: “Veremos o crime como uma doença, e essa doença terá seus médicos que substituirão seus juízes; seus hospitais que substituirão suas galés. A liberdade e a saúde se parecerão”.

Figueiredo (2003:58) elenca os fatores que possibilitaram a disseminação da idéia de ressocialização:

Sinteticamente, aponta Hassemer três fatores preponderantes que levaram a propagação da idéia de ressocialização. O primeiro deles liga-se à própria introdução da pena privativa de liberdade no elenco das sanções penais: com ela torna-se necessária a programação de algo que preenchesse o tempo do condenado, e nada mais natural que tal ocupação tencionasse a melhora do preso. O segundo fator resulta da orientação cada vez mais empírica da cultura jurídica do século XIX e da crença no domínio através da intervenção humana das alterações do mundo, nas quais se incluiria o comportamento desviante. Por último, a necessidade jusnaturalista de justificação da intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, que se legitimava na medida em que lhe aproveita.

Como a própria etimologia da palavra denuncia, ressocializar significa promover novamente a socialização do indivíduo. Sobre os diversos sinônimos que adquire a expressão e o projeto ressocializador, ensina García Ramírez (2003:145):

El proyecto recuperador, que se instala en la doctrina expiatoria – donde la pena es medicina del alma, como aseguró Sócrates en el *Gorgias* de Platón -, florece con plenitud en la doctrina de la readaptación bajo todos sus nombres y matices. Resocialización, recuperación, inserción, reeducación, repersonalización, rehabilitación, conforman una densa doctrina y obedecen, no obstante los cuestionamientos que se le dirigen – con

frecuencia explicables e justificados -, a la creencia en una "nueva oportunidad" que logra más y se conforman mejor a la idea de la perfectibilidad humana que su contraria: la doctrina de la eliminación, con su enorme carga de desesperanza.

Quando da execução da pena privativa de liberdade devem ser oferecidos ao indivíduo meios para que, ao retornar ao convívio social, possa estar "recuperado", ciente de seus deveres e cumpridor das regras estabelecidas. As unidades penais devem reproduzir as condições de residência e trabalho semelhantes às da sociedade, para que possa, dessa maneira, moldar os indivíduos para seu retorno à vida livre.

A um só tempo que pune o indivíduo pela prática do crime, a pena privativa de liberdade deve possibilitar a este um momento de reflexão sobre sua conduta, dentro de um ambiente de respeito à sua condição de ser humano dotado de todos os direitos não alcançados pela sentença penal condenatória.

É nessa perspectiva que a Lei de Execução Penal brasileira (Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984) estabelece como uma de suas finalidades, em seu artigo inaugural, promover a reinserção social do condenado. Com vistas a atingir esta meta, dispõe, em seu artigo 11, que os estabelecimentos prisionais devem ser dotados de estrutura suficiente para garantir aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Indubitável, ademais, a importância do papel ressocializador para a própria comunidade para a qual retornará o indivíduo após passar pelos cárceres. Sobre este assunto, com um argumento bastante pragmático, destaca Piedade Júnior (1995:39):

Um dia, esse condenado cumprirá a pena e voltará, recuperado ou não, para o nosso meio social, virá caminhar a nosso lado, no trem, no metrô, nas barcas, irá à praia conosco, nos encontrará nas estradas, nas praças ou nos becos escuros, e se ele não se encontrar ressocializado, com toda certeza, revoltado, mais cedo ou mais tarde, ele passará, de novo, a agredir a sociedade, e desta vez pode ser contra qualquer um de nós.

É importante, lembrar, entretanto, que este processo de ressocialização não deve ser imposto ao condenado, em frontal desrespeito à sua dignidade. Como bem lembra Mirabete (2000:23), a finalidade da Lei de Execução Penal não é impor ao condenado padrões de comportamento ou valores predominantes na sociedade. Os meios de reintegração social devem ser colocados à disposição do condenado, para que este possa optar por adotá-los.

Nas palavras de Bitencourt (2006:156), modernamente tem-se primado por um “tratamento ressocializador mínimo”, como uma faculdade que se oferece ao delinqüente para que este adira ao programa de forma espontânea. Afasta-se, destarte, o “tratamento ressocializador máximo”, que consistia na citada imersão forçada do preso em um sistema preconcebido.

Entendimento similar é o esposado por Rodrigues (2001:52), para quem o ideal de ressocialização deve ser antecedido por uma tentativa de não-dessocialização, no duplo sentido de não amputar o recluso dos direitos que sua qualidade de cidadão lhe assegura e, a um só tempo, reduzir ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica. Somente dessa maneira estará o Estado favorecendo uma real readaptação do indivíduo às regras aceitas como válidas pelo corpo social.

Por outro lado, é importante que se destaque que a execução penal com direcionamento ressocializador não é capaz de, isoladamente, promover a inclusão social. É preciso que existam políticas públicas eficientes neste sentido, bem como a participação da família, da escola, das igrejas etc. A humanização da execução, certamente, seria um importante fator de reinserção (ou mesmo de inserção) social de condenados, mas tem que funcionar em sintonia com outros elementos garantidores do acesso de uma maior parcela da população aos bens produzidos pela sociedade.

Diversas e acerbas críticas têm sido formuladas ao papel ressocializador da pena privativa de liberdade. Muitos questionamentos permanecem sem satisfatória resposta: Como socializar ou reinserir na sociedade alguém que já se encontrava excluído? Como é possível ensinar alguém a viver em sociedade

estando preso, se as regras do cárcere são diversas? Como compatibilizar os fins retributivo e regenerativo da pena?

Na verdade, a questão da ressocialização é mais um indicativo da falência da pena privativa de liberdade, da qual se ocupa mais amiúde nos itens seguintes. É por esta razão que Lemgruber (1999:153) vê distante o papel ressocializador:

O ex-presidiário volta à sociedade *marcado* por um estigma irreversível; *despreparado*, porque nada lhe foi ensinado durante seus dias ou anos de confinamento; *experiente*, porque o meio prisional forneceu-lhe subsídios para aprimorar suas *técnicas* e talvez, quem sabe, evitar a ação da justiça quando novamente infringir alguma regra; *revoltado*, porque sua detenção serviu para lhe mostrar que a lei protege, tão-somente, os mais abastados

Da mesma maneira noticia Espinosa (2004:158-159), ao citar a doutrina de autores mais críticos no tocante à reintegração social entendida como uma forma de tratamento para o retorno ao convívio social:

Para autores mais céticos, o conceito de tratamento (se é que alguma vez existiu) não tem existência real. Consiste em um vazio que permite o uso de modelos de base religiosa, militar ou pedagógica, ou ainda médica e psiquiátrica. Trata-se de um mito que, sob a aparência de amabilidade, preocupada com o futuro do sujeito, com sua reabilitação e ressocialização, serve para dissimular a real intenção de eliminar o condenado, quer uniformizando sua personalidade à do modelo social, quer neutralizando-o ou destruindo-o aos poucos.

Ocorre que, apesar de toda esta gama de fundadas críticas, a prisão continua sendo vista como um mal necessário, fator inexorável, *ultima ratio*, cujo substitutivo imediato, a gerar sua total extinção, ainda não foi engendrado pela mente humana. Nesse sentido entendem, apenas para citar alguns autores, Bitencourt (2006:130-131), Piedade Júnior (1995:90), Kuehne (1998:79) e Barros Leal (2005:37).

Por essa razão, Bitencourt (2006:156) prefere continuar apostando no papel ressocializador da pena, um objetivo que deve ser perseguido sempre e na

medida do possível, com a ajuda, inclusive, de outros campos do conhecimento. Rodrigues (2001:52-53) também acredita no que chama de “socialização” dos reclusos, desde que acompanhada de respeito à liberdade de consciência destes, realização positiva de seus direitos fundamentais e a obrigação constitucional de intervenção social do Estado.

Fortalecendo a crença no ideal reabilitador da pena, agrega-se o pensamento de Cordeiro (2006:30), cuja doutrina ganha em veemência ao proclamar:

Desistir do ideal reabilitador da pena de prisão significa desistir do próprio ser humano e não mais reconhecer sua infindável possibilidade de superação dos próprios limites. Abandonar o fim ressocializador da pena prisional importa em reconhecer o seu absoluto fracasso.

Se esta é uma tarefa possível, mormente diante do sistema prisional que se tem, é o que se analisa nos item seguintes.

#### *d) Incapacitação*

Barros Leal (1995:20) inclui a incapacitação como uma das finalidades da pena privativa de liberdade. Significa que a prisão é um meio de impedir que o condenado pratique novos delitos no meio livre. Esta finalidade está ínsita, inclusive, à prisão provisória, nas suas mais diversas formas<sup>1</sup>.

Parte-se do pressuposto de que o indivíduo que praticou um crime representa um perigo à sociedade, devendo, portanto, ser segregado para que não volte a delinquir. Esta, inclusive, foi erigida à categoria de única finalidade da pena pelo romancista russo Dostoiévski (2006:24) ao afirmar que os presídios “são locais voltados exclusivamente para o castigo, garantindo, em termos teóricos, que o criminoso, encarcerado, não cometa outros atentados à paz social”.

---

<sup>1</sup> No direito processual penal brasileiro, são formas de prisão provisória: a prisão em flagrante (Arts. 301 a 310, CPP), prisão preventiva (Arts. 311 a 316, CPP), prisão decorrente de sentença penal condenatória (art. 393, I, CPP), prisão decorrente de sentença de pronúncia (Arts. 282 e 408, §1º, CPP) e prisão temporária (Lei nº. 7.960/89).

O que se verifica nos dias atuais é que mesmo esta finalidade da pena não vem sendo alcançada a contento. Conforme anota Cordeiro (2006:26-27):

É de se notar que até mesmo o mencionado fim incapacitador da pena de prisão tem se mostrado ineficaz em seus propósitos, pois, mesmo no interior do cárcere, muitos criminosos dali têm comandado o tráfico de drogas, chacinas e crimes outros de altíssima gravidade, continuando a oferecer perigo à sociedade tanto intra como extramuros.

O recente noticiário brasileiro, principalmente no segundo semestre de 2006 e no primeiro de 2007, apareceu recheado de demonstrações inequívocas de que o fim incapacitador da pena de prisão é flagrantemente frustrado. De fato, criminosos organizados em facções espalham o terror pelas ruas das metrópoles brasileiras, transformando-as em verdadeiros campos de batalha e deixando reféns milhões de cidadãos, que, ao som de um toque de recolher emanado de dentro das penitenciárias, são obrigados a paralisar suas atividades, aterrorizados com a possibilidade de serem alvos de atentados criminosos.

Assim noticiou a Revista Veja, de 10 de janeiro de 2007 (Edição 1990, Ano 40, nº. 01, p.50), sobre a violência no Rio de Janeiro: “A rotina da cidade é frequentemente conturbada por tiroteios entre facções ou pelo confronto violento de policiais com bandidos. Como conseqüência, túneis que ligam áreas importantes são fechados e estradas de acesso ao Rio são bloqueadas”. Mais adiante, prossegue a reportagem (p. 61): “Na imagem que ilustra estas páginas, bombeiros retiram o corpo carbonizado de um dos passageiros de ônibus queimados vivos no Rio, na semana retrasada, a mando de traficantes”.

Do interior de nossos estabelecimentos prisionais abandonados, líderes do crime organizado, valendo-se até mesmo de funcionários do Estado, não menos esquecidos por este, espalham as ordens a serem cumpridas pelos criminosos que se encontram *extra* muros. Não há, para essa “elite” de criminosos, qualquer fio de incapacitação.

Mesmo os presos que não compõem o grupo de líderes do crime organizado vêm praticando crimes contra vítimas em liberdade, utilizando-se das falhas de segurança dos estabelecimentos prisionais, bem como da convivência de alguns funcionários. O método mais utilizado é a extorsão, através da figura conhecida como “seqüestro virtual”. A Revista Veja de 10 de janeiro de 2007 (Edição 1990, Ano 40, nº. 01) em reportagem intitulada “Terror pelo telefone” anunciou o golpe do falso seqüestro aplicado por bandidos de dentro dos presídios, que se valem de aparelhos celulares.

### **1.1.3.2 Efeitos Alcançados**

Depois de estudadas as finalidades que se agregaram à pena privativa de liberdade durante sua evolução, é importante verificar, depois de alguns séculos de predominância da prisão como pena, se esta vem alcançando as metas traçadas pela doutrina para prevenir e reprimir a criminalidade.

Por outro lado, é importante não olvidar a análise do grau de observância aos direitos fundamentais levado a efeito por esta forma de punir, o que significa questionar: a prisão é uma instituição capaz de atingir suas finalidades no mesmo passo que garante a dignidade daqueles que são submetidos a suas regras? Os elementos para uma profunda reflexão acerca desta indagação permearão todo este estudo, convertendo-se mesmo em seu cerne.

Foge ao alcance desta dissertação pormenorizar todos os efeitos efetivamente gerados pela privação da liberdade, mormente nos moldes em que esta é levada a termo na maior parte do mundo. Entretanto, mais adiante comentam-se os principais resultados alcançados pela pena privativa de liberdade, que representam verdadeiros obstáculos na busca para alcançar suas finalidades. Dito de outro modo, os efeitos alcançados pela pena de prisão são tão negativos que acabam por transformarem-se em entraves a que esta atinja suas metas. Esta constatação precede um consenso existente na doutrina: a pena de prisão fracassou, faliu, entrou em crise.



As críticas formuladas contra a pena de prisão podem ser agrupadas sob dois grandes vieses: um teórico, de ordem principiológica, que vê defeitos na própria natureza desta espécie punitiva; outro prático, decorrente da forma como, no plano fático, vem sendo aplicada a pena de prisão desde seu nascimento até nossos dias.

Como principais representantes teóricos do primeiro grupo de críticos, têm-se: Thompson (1991), Barros Leal (2001), Bitencourt (2004), Neuman (1997), Kuehne (1998), García Ramírez (2003) e Foucault (2006). Todos estes autores, em menor ou maior grau e à sua maneira, demonstram que a prisão é uma contradição em si; que suas finalidades são conflitantes e que jamais podem ser alcançadas todas ao mesmo tempo, principalmente quando se pretende, a um só tempo, punir e reeducar ou ressocializar. É exatamente esta a constatação de Cordeiro (2006:27):

Em outras palavras, não se pode educar (ou, no caso, reeducar) por meio da utilização de métodos repressivos e intimidatórios, o que seria antipedagógico. Portanto, os fins retributivo, intimidativo e ressocializador da pena prisional são incompatíveis entre si. E aqui reside o grande contrasenso da prisão...

A fim de possibilitar a repressão ao delito e garantir o fim retributivo da pena, são aplicados os mais diversos meios de disciplina e ordem. Estas medidas tornam-se ainda mais rígidas a fim de barrar fugas e rebeliões. Um modo de vida, portanto, é imposto aos presos, afastando-se a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade. Sem falar que, como adverte Dostoiévski (2006:192), “os grilhões valem como um estigma, uma desgraça, um fardo moral e físico”.

Como ensina Elias Neuman (1997:35): “En la cárcel se regula una forma impuesta de vida y esta circunstancia de por si, hace estéril la proposición del llamado tratamiento y retórica la llamada readaptación social del delincuente y su reinserción en el medio social”. Rodrigues (2001:38) comunga do mesmo sentimento ao asseverar que a ressocialização não pode calcar-se “em qualquer imposição coactiva de valores, a dar cobertura a um modelo médico de tratamento ou à

negação do direito à diferença”. Em última análise, a interiorização forçada de valores contraria flagrantemente a concepção de uma sociedade democrática.

Embora claros se afigurem os efeitos negativos desta tendência impositiva, não há nenhum indicativo de que esta arrefeça, visto que é diuturnamente alimentada pelos meios de comunicação de massa que, por meio do sensacionalismo e da exploração do terror, geram na sociedade um clamor pelo aumento da repressão, em detrimento da recuperação de presos, aos quais já se atribui a pecha definitiva de irrecuperáveis. Trata-se do que Karam (2005:164) chama nestes tempos pós-modernos de um significativo reforço do distorcido, dramático e demonizador discurso da repressão penal.

Por outro lado, diversos questionamentos levantados pela doutrina são suficientes a demonstrar que a prisão já nasceu fadada ao fracasso e por isso desde seus primórdios - como ensina Foucault (2006:195-196) - esteve atrelada à necessidade de sua reforma.

A primeira grande questão é: Como socializar ou reinserir na sociedade alguém que já se encontrava excluído? Como demonstra a história da pena de prisão, a ela somente chegaram as pessoas que, de alguma forma, já se encontravam à margem da sociedade. Não há, é verdade, uma relação necessária de causa e efeito entre pobreza e delinqüência. Entretanto, conforme anuncia Karam (2005:170): “Os Censos, periodicamente realizados pelo Ministério da Justiça, têm classificado como absolutamente pobres entre 90 e 95% dos internos no sistema penitenciário brasileiro”. O processo de inserção destes indivíduos passa por políticas de facilitação do acesso aos bens produzidos pela sociedade: alimentação, educação, saúde, segurança etc.

Alijados desde o início dos produtos sociais, estes indivíduos acabam levados à delinqüência e, freqüentando as prisões, não há como se esperar que retornem aptos, neste ambiente repressivo e sancionador, ao convívio de uma sociedade que desde o início não os tem como participantes de seu corpo.

A segunda grande questão que se impõe é: Como é possível ensinar alguém a viver em sociedade estando preso? Lemgruber (1999:149) entende ser “absolutamente contraditório esperar que alguém aprenda, de fato, a viver em liberdade, estando privado de liberdade”.

De fato, as regras que regem o cárcere diferem em muito das regras sociais. Tal constatação já faz parte do senso comum, principalmente após o sucesso do livro de Dráuzio Varela, *Estação Carandiru*, ainda mais popularizado pela tela de cinema. Rodrigues (2001:46) percebe esta contradição intrínseca e irredutível da pena de prisão:

[...] por um lado, a prisão produz um efeito de intimidação sobre o recluso, criando um estímulo de adaptação às regras de vida em sociedade; por outro lado, segrega o indivíduo de seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos “oficiais”.

A disparidade de ambientes é flagrante e foi captada por Goffman (1974:11), ao caracterizar a prisão como uma instituição total, definida como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada”.

Bitencourt (2004:166-168) aponta os principais efeitos da instituição total sobre os reclusos: transforma-os em seres passivos, visto que os tornam dependentes da instituição para o provimento de todas as suas necessidades (alimentação, vestuário etc.); mortifica o ego, ao despojar o detento de seu contato com a sociedade, afastando-o das funções que nesta ocupava (pai, filho, cônjuge, trabalhador etc.); viola e anula por completo a intimidade, tanto pela catalogação e registro de todos os seus dados, como pela vigilância implacável que sobre o mesmo se abate; promove a desculturação, ou seja, a perda da capacidade de assimilação das condutas exigidas pela sociedade.

Ao ingressar na prisão, o indivíduo se vê inteiramente destituído das concepções que até então possuía acerca de si mesmo. É retirado do recluso tudo aquilo que antes o identificava na sociedade. Até seu nome é substituído pelo número do artigo do crime que cometeu. Como percebeu Goffman (2005:24): “A barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo externo assinala a primeira mutilação do eu”.

A prisão, no mais das vezes, converte-se em uma “casa para mortos vivos”, como considerou Dostoievski (2006:17). É nesta perspectiva de desculturalização que se desenvolve o fenômeno chamado de prisonização, definido por Thompson (1991:95-96) como:

Prisonização corresponde à assimilação dos padrões vigentes na penitenciária, estabelecidos, precipuamente, pelos internos mais endurecidos, mais persistentes e menos propensos a melhoras. Adaptar-se à cadeia, destarte, significa, em regra, adquirir as qualificações e atitudes do criminoso habitual.

Assim, o indivíduo que ingressa em uma unidade prisional adota, em maior ou menor grau, o modo de pensar, os costumes e os hábitos da cultura geral da penitenciária. Forma-se, então, uma subcultura carcerária, formada de regras e valores totalmente diferentes (e muitas vezes contrapostos) aos vigentes no meio social. A adaptação do detento ao mundo carcerário depende da submissão a estas regras e as penalidades pelo seu descumprimento não raro culminam com a morte do desobediente. Este fenômeno é denominado por Goffman (2005:23) de “destreinamento”.

Portanto, mesmo que a prisão seja uma “jaula de ouro”, como afirma Bitencourt (2004:160), oferecendo as melhores condições possíveis e tenha foco real na ressocialização, esta não será alcançada a contento, pois é da própria natureza do isolamento e da exclusão impossibilitar o retorno normal do indivíduo ao convívio social. Do mesmo sentimento comunga Carvalho Filho (2002:68): “A condição de encarceramento pode até ser melhorada; mas, na essência, a prisão continuará a mesma, um atentado à condição humana”.

Concluindo o rol de críticas sobre a própria essência da prisão, veja-se o que, já no início do século XIX, afirmou Dostoiévski (2006:24) - que passara 4 anos de sua vida em uma prisão com trabalhos forçados na Sibéria - em sua obra *Recordações da Casa dos Mortos*:

Estou convencido de que o tão propalado regime de penitenciária oferece resultados falsos, decepcionantes, ilusórios. Esgota a capacidade humana, definha o espírito e, depois, apresenta aquele detento mumificado, como um modelo de regeneração. Na verdade, ao revoltar-se contra a sociedade, esse criminoso a rejeita abertamente, considerando-se absolutamente inocente. Ou então acredita que, como está cumprindo o castigo, já acertou suas contas com a sociedade.

Como se não bastassem os defeitos essenciais para o fracasso da prisão, agregam-se a eles questões de ordem prática, advindas da má aplicação fática dos instrumentos imaginados com a finalidade de reprimir e ressocializar: verifica-se, neste caso, o divórcio entre a teoria e a prática, que deságua em afronta direta e aberrante aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, embora verificada a contradição entre a repressão e a reeducação, esta seria alcançada de forma mais bem-sucedida se, pelo menos, houvesse efetividade das disposições previstas nas legislações de execução penal. As críticas nascidas deste matiz, portanto, não se baseiam na essência da pena de prisão, mas nas condições reais em que se desenvolve esta penalidade. O abismo existente entre as normas e a prática é exposto por Elias Neuman (1997:44), por meio de elucidativa metáfora:

Este tipo de normas son como los faros de un coche que ilumina la ruta pero no lo maneja. Principios meramente formales porque la realidad lo transgrede todo. Por así decirlo, las normas y su sentido estrellan su cabeza contra las paredes de la prisión. Y aunque duela el desvío y la impunidad de ese desvío, es preciso señalar que la realidad deslegitima a la ley y la descalifica.

Barros Leal (2001:58), valendo-se da experiência acumulada pela visita a dezenas de prisões nos mais diversos países, faz um retrato das más condições carcerárias, apontando que não se trata de peculiaridades de países periféricos, embora nestes a situação seja especialmente desumana<sup>2</sup>.

Diante de tão precárias condições encontradas nas prisões do mundo inteiro, é fácil verificar um total divórcio entre a teoria que preenche as normas de execução penal e a prática da execução da pena, a desfavorecer qualquer tentativa de fazer efetivas as metas traçadas para a pena privativa de liberdade. Como afirma Elias Neuman (1997:41), diante desta situação, “parece peculiarmente humanesco falar de tratamiento penitenciario”. Analisando as penitenciárias femininas, Espinosa (2004:163) concorda:

A norma e as funcionárias declaram a finalidade ressocializadora da pena de prisão, porém o jogo de práticas e papéis no cotidiano intramuros responde de forma contrária a esse discurso. Privilegia-se a conservação da ordem e da disciplina, mediante a aplicação de regras que despersonalizam e uniformizam.

Esta situação de descalabro é sobremaneira agravada pela desatenção dos nossos representantes políticos. Não há planos de governo direcionados a amenizar o problema carcerário, que somente se torna preocupação da sociedade quando explode alguma rebelião, com requintes de violência proporcionais à representada pelas condições desumanas enfrentadas pelos encarcerados.

Entretanto, com indisfarçável influência da mídia, fortalece-se na sociedade a idéia da necessidade de recrudescimento da repressão. É a aplicação de um pretensu remédio que, a médio prazo, converte-se em destruidor veneno, na medida em que favorece o surgimento de grupos criminosos arregimentadores da legião de presos descontentes, cada vez engrossada ante a situação desumana a que são submetidos os encarcerados. Foi exatamente assim que surgiu o Primeiro Comando da Capital (PCC), com o inicial e declarado objetivo de protestar por

---

<sup>2</sup> Ver, especialmente, o item 1.2.2 desta dissertação, no qual estão expostas, de forma detalhada, as condições atualmente encontradas nas prisões do Brasil.

melhores condições carcerárias e que se converteu em poderosa organização criminosa, com ramificações inclusive internacionais.

Realmente, o interesse da opinião pública em relação à dramática situação dos presos somente é despertado, conforme assevera Lemgruber (1999:19), quando ocorrem rebeliões, fugas espetaculares, greves de funcionários ou espancamento de presos veiculados pela mídia.

Concluindo esta gama de críticas, García Ramírez (2003:145-146) afirma que “La historia posterior de la prisión es un catálogo de buenas intenciones y gravísimas frustraciones, que pusieron en la mira el discurso del tratamiento y la idea misma de la readaptación”.

Não é sem razão, portanto, que este mesmo autor (2003:138) conclui ser exatamente o sistema penal “la región crítica de los derechos humanos. En él, nuestros derechos fundamentales quedan en el más grave riesgo”. As condições em que se encontram as prisões, em pleno século XXI, favorecem situações de escancarado desrespeito aos “nossos” direitos fundamentais, como bem asseverou García Ramírez nesta passagem.

De fato, quando há afronta a um direito fundamental de um encarcerado é o próprio sistema constitucional de direitos que restou afrontado. Em última análise, é a própria sociedade a vítima. Mais uma porta para o autoritarismo se abre quando este desrespeito não recebe a pronta e eficaz resposta da sociedade, seja através da denúncia, seja por meio do acesso aos órgãos criados para rechaçar o descumprimento da Constituição.

Como percebe Barros Leal (2001:53), é impossível falar de direitos humanos em ambientes tão hostis:

É inadmissível, sob todos os aspectos, o generalizado desprezo, sobretudo das elites, pela condição humana do recluso, obrigado a viver em completo isolamento ou na convivência promíscua de outras pessoas, sem a separação que se exige como condição prévia para a individualização da

execução da pena, em prisões superlotadas, num flagrante desrespeito às conquistas, duramente obtidas neste campo, no curso de séculos.

Com efeito, como mostrado em capítulo próprio, a afirmação histórica dos direitos humanos deu-se em condições extremamente desfavoráveis, com a oposição ferrenha da classe dominante econômica e politicamente. Qualquer forma de desrespeito a esses direitos representa sempre um retrocesso, mesmo que tal ocorra em desfavor daqueles que descumpriram o “pacto social” e por isso estão reclusos para a “expição” de seus crimes. Ressalte-se que a condição de encarcerado não afasta a sua dignidade, que nasce com o homem e o acompanha por toda sua existência.

Não há como se admitir – de acordo com a advertência de Rivera Beiras (2005:224) - a existência de “unos derechos para quienes viven en libertad y, otros, para quienes habitan como internos las instituciones penitenciarias”, pois assim estará nascendo, no seio de um Estado que se pretende democrático, um grupo de “ciudadanos de segunda categoria”, conforme conclui o professor da Universidade de Barcelona.

Se a execução penal por meio da prisão desenrola-se, como por várias vezes demonstradas neste estudo, em condições atentatórias à dignidade humana, já há argumentos suficientes para afastá-la como forma de prevenir e reprimir os delitos. Esta constatação é fortalecida em nossa ordem constitucional, que estabeleceu como um dos princípios basilares de nosso Estado Democrático de Direito justamente o respeito à dignidade humana.

Ainda que haja uma contraposição ou colisão desses direitos fundamentais com outros valores constitucionalmente protegidos, como a segurança pública, o produto da atividade ponderativa deve sempre aproximar-se da solução que implique a prevalência da dignidade humana.<sup>3</sup> Rodrigues (2001:35) doutrina uma síntese entre estes valores como exigência do moderno Estado:

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto, ver especialmente o item 2.5.2.3 deste estudo, que aponta o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como principal baliza para solucionar situações de colisão de valores constitucionais.



No tempo presente, a síntese deve fazer eco do Estado contemporâneo, de direito, democrático e social. Um Estado em que a defesa intransigente da dignidade da pessoa não se opõe a uma legitimação utilitarista da intervenção punitiva estadual, pois os critérios de utilidade aparecem em relação dialéctica com as garantias formais e materiais que intervêm na autolimitação do Estado. A opção unilateral pela dimensão garantística ou pela preventiva é hoje, por estas razões, impossível.

Essa situação de negação dos direitos humanos gera nos reclusos sentimentos de revolta, acabando por desembocar nas espetaculares rebeliões que, no início deste século, têm-se mostrado cada vez mais constantes e violentas, principalmente no Brasil. Tratando da execução penal na América Latina, manifesta-se Barros Leal (2004:48), apontando os principais direitos normalmente olvidados e o reflexo dessa situação:

Las violaciones de derechos (que incluyen: “el derecho a la vida y a la seguridad de la persona; el derecho a no ser torturado o maltratado; el derecho a la salud; el derecho al respeto de la dignidad humana; el derecho a un juicio justo; el derecho a la no discriminación de ningún tipo; el derecho a no ser sometido a esclavitud; el derecho a la libertad de conciencia y pensamiento; el derecho a la libertad de culto; el derecho al respeto de la vida familiar; el derecho al desarrollo personal”) están en la raíz de la mayoría de los motines que estallan con frecuencia en un universo donde la pena inflingida no es de muerte sino de dignidad y de vida.

Por outro lado, esse mundo particular criado atrás das grades favorece a formação de relações sociais bastante diversas das existentes no mundo exterior à prisão. Esse lugar, do qual não é possível, fugir prende o recluso a um contexto de comportamentos e usos bastante peculiar.

Forma-se, no ambiente prisional, uma linguagem própria e uma grande quantidade de signos bem diversos dos existentes na sociedade. Em romance de 1829, *O Último dia de um condenado*, Hugo (2002:44) tratou dessa linguagem diferenciada dos cárceres descrevendo-a como “uma língua ancorada na língua geral como uma excrescência repulsiva, como uma verruga”.

Da mesma maneira, constrói-se um rígido sistema social, dentro do qual a mobilidade vertical é bastante difícil, visto que, como informa Bitencourt (2004:169), as possibilidades que o indivíduo tem para selecionar seu papel são muito limitadas e condicionadas. Esse sistema, nascido da negligência que normalmente se observa em relação às prisões, por parte da sociedade e do Estado, influencia inevitavelmente quem nele ingressa. O que varia, neste caso, é o grau dessa influência.

Em todo caso, é fácil perceber como é difícil – dadas as condições atuais do sistema carcerário – que alguém retorne ressocializado ao convívio de seus semelhantes depois de passar anos imerso nesta nova ordem social, que possui suas próprias regras e formas de aplicação, no mais das vezes, diametralmente opostas às observadas pela sociedade livre.

Importante destacar, por fim, os diversos efeitos psicológicos gerados pela pena de prisão. Bitencourt (2004:195) constata que:

O ambiente penitenciário perturba ou impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental. Tal ambiente exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha.

Esmiuçando as espécies de patologias psicológicas encontradas nos ambientes prisionais, que visitou na década de 80, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, Rivera Beiras (2005:248) cita: claustrofobia, irritabilidade permanente, depressões diversas, sintomas alucinatorios, abandono dos hábitos de cuidado próprio e apatia. Destaque-se que estes transtornos são observados nas mais diversas formas de reclusão, desde o isolamento celular até nossas prisões fechadas atuais, principalmente se as mesmas apresentam o quadro abominável de desumanidade que vem se tornando regra nos cárceres de todo o mundo.

Assim, o que se pode alcançar, no máximo, é um arrefecimento desses efeitos psicológicos indesejáveis e nunca sua total desvinculação da segregação. Por esse motivo, cabe razão a Bitencourt (2004:199) quando conclui ser paradoxal falar em reabilitação do delinqüente em um meio tão traumático como o cárcere.

De qualquer sorte, a par de todas as críticas acima alinhadas, tanto no tocante à própria natureza da pena de prisão, quanto à forma como esta vem sendo aplicada em nossa realidade, vários autores concordam que a mente humana ainda não foi capaz de engendrar mecanismos substitutivos capazes de levar à total extinção da pena privativa de liberdade.

De fato, essa penalidade continua sendo vista como necessária em algumas situações extremas, embora deva conviver, como se demonstra no capítulo 3, com formas alternativas de sanções. A prisão deve ser vista como *ultima ratio* do sistema e, mesmo nestes casos, proporcionando condições mínimas de respeito à dignidade humana. Como ensina Lemgruber (1999:161): “Enquanto não for possível nos livrarmos desse equívoco histórico que é a pena de prisão, não podemos, simplesmente, ficar de braços cruzados”. Assim, enquanto não se vislumbra a extinção dessa penalidade em um futuro próximo, urge que se proponham soluções para que sua aplicação se torne o menos perniciosa possível.

### **1.1.3.3 Sistemas Penitenciários**

Surgida com apoio em pretensões ditas humanitárias, em substituição aos suplícios aplicados nos séculos anteriores, a pena de prisão passou a ser a principal penalidade aplicada aos infratores da lei a partir do século XIX. Não cabe nos objetivos deste estudo explorar como se deu a evolução histórica desta penalidade em seus detalhes.

Todavia é importante que sejam visualizados os principais sistemas de execução da pena privativa de liberdade que se desenvolveram no correr dos tempos, com as suas características mais marcantes, mormente para exercitar uma

comparação com as modernas formas de encarcerar, sempre com a ótica voltada para a observância dos direitos fundamentais. O desenvolvimento das técnicas de encarceramento atravessou, destarte, a experiência de três grandes sistemas penitenciários principais: o pênsvânico, o auburniano e o progressivo.

Conforme noticia Bitencourt (2004:59), em 1776 surge a primeira prisão norte-americana, a *Walnut Street Jail*, e foi exatamente neste estabelecimento que se inaugurou 14 anos mais tarde o sistema pensilvânico (ou filadélfico) de cumprimento da privação de liberdade. Barros Leal (2001:35) aponta suas principais características:

Consistia num regime de isolamento, em cela individual, nua, de tamanho reduzido, nos três turnos, sem atividades laborais, sem visitas (exceto v.g. do capelão, do diretor ou de membros da Pensylvania Prison Society, entidade que assistia os presos), em que se perseguia o arrependimento com base na leitura da Bíblia, como nos penitenciários da Igreja.

O sistema pensilvânico - também denominado celular ou de confinamento solitário – sofreu, em sua constituição, forte influência dos religiosos *quakers*, que buscavam a redenção do homem pela conversão e leitura da Bíblia. Suas notas principais, portanto, são: o isolamento e a religião imposta. A aplicação desse sistema reduziu drasticamente as preocupações com vigilância, segurança interna e rebeliões, mas gerou devastadores efeitos negativos na personalidade dos reclusos.

O isolamento, de fato, converteu-se em uma tortura bem pior que a física, por representar total alijamento do preso da sociedade. Este perdia o contato com seus familiares e com todo o mundo exterior. O enclausurado era privado, inclusive, do contato com os demais reclusos, posto que todos cumpriam a obrigação de silêncio durante o dia. O isolamento, conforme vaticina Foucault (2006:200), assegurava “o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele”.

É fácil perceber a inaptidão deste sistema de devolver cidadãos recuperados (ressocializados) ao convívio social. Ao desligá-los de qualquer contato com a sociedade, o sistema pensilvânico providenciava, ao contrário, indivíduos anti-

sociáveis. De fato, esse sistema não possuía mesmo pretensões reformadoras, como ensina Foucault (2006:201), mas tinha o intuito declarado de “forçar uma relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro”.

Enrico Ferri considera este sistema estúpido, desumano e inutilmente dispendioso e, citado por Bitencourt (2004:65), arremata:

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)... A Psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama *loucura* penitenciária, assim como a clínica médica conhece a *tuberculose das prisões*.

Desse modo, mesmo a finalidade de garantir o arrependimento do preso por meio do silêncio, oração e meditação, não fora alcançada pelo sistema de isolamento. No mesmo passo, como nota Cordeiro (2006:34), esta forma de encarcerar “tornou-se inviável em uma sociedade em plena expansão, não sendo capaz de atender às novas necessidades surgidas em virtude do aumento crescente da criminalidade”.

Com a necessidade de superar as limitações e inconvenientes do regime de isolamento celular, uma nova forma de cumprimento da pena de prisão passou a ser imaginada. Esta nova experiência aconteceu na prisão de Auburn, em Nova Iorque, no ano de 1816, e daí nasceu a inspiração para a denominação deste novo sistema: o auburniano, também conhecido como *silent sistem*.

Se o isolamento é a principal nota do sistema filadélfico, o ponto marcante do sistema auburniano é o silêncio. Neste modelo, os presos deveriam ficar recolhidos em isolamento celular somente durante a noite, visto que durante o dia deveriam realizar tarefas laborativas e refeições em conjunto, mas sem qualquer possibilidade de comunicação entre si (silêncio absoluto). Somente era possível a chamada “comunicação vertical”, como chama Foucault (2006:200) o contato verbal dos presos com os guardas, que deveria ocorrer somente em situações

excepcionais, com permissão destes e em voz baixa. Havia uma rígida disciplina preestabelecida de horários e tarefas, cujo descumprimento ensejava a aplicação de severos castigos corporais. Ainda hoje se verificam importantes reflexos desse sistema nos estabelecimentos prisionais.

Outro importante elemento do sistema auburniano é o trabalho. Este era obrigatório, muito mais em razão da necessidade crescente de mão-de-obra que se observava neste período histórico do que por pretensões humanitárias ou reabilitadoras. Este sistema, portanto, era inspirado em motivações econômicas, enquanto o filadélfico nascia de inspirações místicas e religiosas, como leciona Bitencourt (2004:80).

Na prática, não são profundas as diferenças entre os sistemas filadélfico e auburniano, apesar da polêmica que se instalou no século XIX sobre as vantagens e inconvenientes de aplicação de uma ou outra forma, predominando o primeiro na Europa e o segundo nos Estados Unidos.

Ambos representaram, à sua maneira, graves formas de desrespeitar a dignidade humana, além de não conseguirem atingir suas finalidades declaradas, a saber, ensinar princípios cristãos como forma de expiação da culpa (filadélfico) ou utilizar-se da dedicação ao trabalho como forma de retribuir o mal causado à sociedade (auburniano). Seus efeitos reais foram auscultados por Carvalho Filho (2002:26): “os dois modelos não ofereciam estímulo aos detentos, limitados a obedecer à rotina de comportamento e trabalho imposta pela administração do presídio e a aguardar o tempo passar”.

O declínio desses sistemas de privação de liberdade (filadélfico e auburniano) coincide com o apogeu da prisão como pena, à mesma medida em que se introduziu nesta a nota da progressividade. No início do século XX, na Espanha, já era possível vislumbrar a aplicação de um terceiro sistema penitenciário: o progressivo. Somente após a Primeira Guerra Mundial, entretanto, este logrou se estabelecer como preponderante, especialmente na Europa. Bitencourt (2004: 83) aponta seus contornos:

A essência desse regime consiste 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 do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que esse regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

Este é o sistema aplicado, com uma ou outra variação, nas legislações de execução penal mais avançadas no mundo, com um nítido destaque para a intenção ressocializadora. Antes de alcançar a especialização que demonstra hoje, entretanto, fundado que está em estudos das mais diversas áreas do conhecimento, o sistema progressivo foi imaginado das mais diversas formas, pela mente criadora de diversos doutrinadores, dentre os quais se destacaram Montesinos y Molina (1796-1862), Alexander Maconochie (1787-1860) e Walter Crofton.

O sistema progressivo de Montesinos y Molina, na Espanha, tinha como foco o tratamento humanitário, advogando a função reeducativa da pena, sendo dividido em três fases, segundo informa Barros Leal (2001:37): a) dos ferros, em que os presos executavam serviços internos, embora subjugados a correntes; b) do trabalho, em que podiam escolher a oficina na qual executariam suas tarefas laborativas, com capacitação profissional; c) da liberdade intermediária, com direito a trabalho extramuros e visitas de familiares.

Já o sistema preconizado por Alexander Maconochie foi implantado no presídio de Norfolk, Austrália, no ano de 1840 e baseava-se em três estágios: total isolamento na primeira etapa, com trabalho durante o dia, como no modelo pensilvânico; na segunda etapa, submissão a isolamento noturno, com trabalho conjunto e em silêncio, durante o dia, nos moldes do modelo auburniano, e no terceiro estágio havia o livramento condicional, obtido, como prêmio, com o *ticket of leave*, com submissão a determinadas condições ou regras. No regime preconizado por Maconochie, não havia a aplicação de castigos corporais ou severidade na execução da pena, conforme escreve Cordeiro (2006:38).

Entre 1854 e 1864, na Irlanda, Walter Crofton aperfeiçoou o sistema progressivo de Alexander Maconochie, com a diferença de que, entre as fases segunda e terceira, foi incluída uma intermediária, caracterizada pela transferência do recluso para prisões agrícolas, semi-abertas, com regime mais brando que o fechado, com permissão de diálogo e no qual se observaria a possibilidade de concessão do *ticket of leave*. Esse sistema foi o adotado, com algumas alterações, pelo Código Penal brasileiro de 1940, bem como pela Lei de Execução Penal, de 1984 e, ainda hoje, o nosso sistema penitenciário utiliza-se de alguns de seus preceitos básicos.

Ainda no tocante à execução da pena privativa de liberdade, é imprescindível que se destaque - apesar de não representar um autêntico sistema penitenciário - o modelo panótico de prisão, imaginado por Jeremy Bentham e que ocupa todos os estudos penitenciários importantes, mercê de sua engenhosidade e difusão. Dentre os autores que se ocuparam de descrever a estrutura desse modelo, destaca-se Foucault (2006:165-166):

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada em largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas tem duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado [...] Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia.

Esse sistema arquitetônico é perfeito para uma vigilância total. Da torre central, o vigia pode ver todos os reclusos sem ser visto por nenhum deles. O número de motins e rebeliões é praticamente zero, mas esta proeza é conseguida à custa do desrespeito flagrante à intimidade e à vida privada dos encarcerados.



## **1.2O Sistema Prisional Brasileiro**

### **1.2.1 Estrutura Geral**

Distinguem-se no sistema punitivo brasileiro três espécies de penalidades: as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a pena de multa. Atenção especial será destinada, neste tópico, à exposição sintética de como funciona o sistema prisional brasileiro, bem como a forma como se dá o cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil, com base no que estabelece o Código Penal (CP), o Código de Processo Penal (CPP), a Lei de Execução Penal (LEP) e a aplicação destes diplomas por nossos julgadores.

De acordo com o que determina o art. 33 do CP, a pena privativa de liberdade pode assumir a forma de reclusão ou detenção, bem como pode ser cumprida em três regimes prisionais: fechado, semi-aberto e aberto, cada qual com regras próprias e estabelecimentos adequados.

O regime fechado inicial é destinado ao condenado a pena superior a 8 (oito) anos de reclusão e deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciária), sujeitando-se o recluso a trabalho interno no período diurno, de acordo com as suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena, além de isolamento durante o repouso noturno. O trabalho externo somente é admitido em serviços ou obras públicas, acompanhado das cautelas necessárias contra fuga (art.34, §3º, CP e art. 36 da LEP).

O regime inicial semi-aberto abriga, em regra, o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito). O reeducando fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Admite-se o trabalho externo, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art.33, §2º e 35 do CP).

A prisão semi-aberta é o meio-termo entre a prisão fechada – servida de aparatos físicos ou materiais que lhes garantem segurança máxima em favor da disciplina e contra as fugas – e a prisão aberta – despida de aparato semelhante, baseada no senso de responsabilidade dos presos. É uma transição entre o regime fechado e o regime de quase liberdade. Funda-se o regime semi-aberto no senso de responsabilidade do condenado, que o leva a cumprir sua pena, trabalhar e não buscar a fuga, como condições necessárias para avançar ainda mais na busca da total liberdade.

Já o regime inicial aberto destina-se, em regra, ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos (art.33, §3º). Fundamenta-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado que deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (por isso chamada de prisão albergue).

O conjunto arquitetônico a abrigar reeducandos em regime aberto é a Casa do Albergado, devendo situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, bem como contar com espaços destinados a palestras e cursos (Arts. 94 e 95 da LEP).

Ressalte-se que, conforme determinam o art 33, §2º do CP brasileiro e o art. 112 da LEP, as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado. Assim, desde que preenchidos requisitos de ordem objetiva (fração de um sexto da pena) e subjetiva (ostentação de bom comportamento carcerário), o reeducando poderá ser transferido para regime prisional mais brando, como etapa sucessiva em direção à total liberdade.

Da mesma forma, pode haver a regressão do regime prisional, conforme o art. 118 da LEP, desde que o condenado pratique fato definido como crime doloso ou falta grave; ou sofra condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Regride ainda o

reeducando do regime aberto para qualquer dos mais rigorosos se, além das hipóteses já citadas, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta (§ 1º do art. 118, LEP).

Há que se discorrer, ademais, sobre os regimes prisionais mais gravosos, engendrados das exigências repressivas que crescem na sociedade à mesma proporção que a criminalidade e a violência tomam conta da sociedade. Como destaca Rodrigues (2001:32), vive-se um período histórico em que “os níveis de politização e dramatização são extraordinariamente elevados”, o que acaba gerando a “conversão do delinqüente em um inimigo” e fortalecendo “o reclamo por um arsenal de meios efectivos contra o crime e de repressão à violência”.

É nesta direção, portanto, que os legisladores, pressionados pela opinião pública embriagada pela mídia sensacionalista, estabeleceram formas mais rigorosas de cumprimento da pena privativa de liberdade, elaborando verdadeiras aberrações jurídicas, atentatórias aos direitos fundamentais: o regime integralmente fechado e o regime disciplinar diferenciado (RDD).

O regime integralmente fechado chegou a ser previsto pela Lei 8.072/90 para os crimes elencados no art. 1º deste diploma legal, bem como aos crimes equiparados a hediondos, citados pelo art. 5º, XLIII, exceto o crime de tortura, para o qual legislação específica (Lei nº 9.455/97) estabeleceu o regime inicialmente fechado. Assim - ainda de acordo com a chamada Lei de Crimes Hediondos (LCH) - fechava-se a possibilidade de progressão de regime para os crimes nela descritos e os a estes equiparados (Art. 2º, §1º, LCH).

Esta disposição, que constituía um óbice à progressão, por muito tempo permaneceu considerada constitucional por entendimento do Supremo Tribunal Federal. Esta mesma Corte, entretanto, em março de 2006, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 82959-7/SP, decidiu, por maioria apertada (6 x 5), pela sua inconstitucionalidade, por afronta direta ao princípio da individualização da pena. Embora tal decisão tenha ocorrido em sede de controle difuso, tratou-se de importante precedente, integralmente recebido pelas seguintes decisões do STF e STJ a respeito da matéria.

Em razão destas reiteradas decisões afastando o óbice à progressão de regime, os condenados por crime hediondo ou equiparado estavam progredindo de regime com o cumprimento de um sexto da pena, como determina, genericamente, o art. 112 da LEP. Diante da flagrante inconstitucionalidade da LCH ao vedar a progressão de regime, apressou-se o Congresso Nacional em aprovar nova lei albergando a possibilidade de progressão de regime para os crimes hediondos, mas exigindo como requisito objetivo o tempo de cumprimento de dois quintos da pena para os criminosos primários e três quintos para os reincidentes.

Esta lei que alterou a LCH, a saber, Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, revogou a disposição que estabelecia o regime integralmente fechado, prevendo a necessidade, para os praticantes de crimes hediondos ou equiparados, de iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado. Entretanto, repise-se, tal ocorreu por estarem estes criminosos conseguindo a progressão de regime com um sexto da pena, por força de decisão do STF. Não representou, de forma alguma, uma manifestação contrária ao movimento de agravamento das penalidades, mas uma reação a um abrandamento surgido da citada interpretação jurisprudencial.

Na seqüência histórica do recrudescimento da repressão em detrimento da ressocialização, como mais um grande marco do movimento de “lei e ordem” que costuma, sazonalmente, acometer de forma arrebatadora o Brasil, estabeleceu-se a previsão do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por intermédio da Lei nº 10.792, de 1.12.2003, que alterou o art. 52 da LEP.

São hipóteses de aplicação do RDD: 1) como sanção disciplinar, em decorrência da prática de falta grave consistente em crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou da disciplina interna (LEP, Art. 52, caput). Trata-se de manifestação do poder sancionatório do Estado, com a finalidade de manter o controle sobre o estabelecimento penal. Instrumento adequado a casos de motins violentos, em cujo contexto, acontecem crimes dolosos graves; 2) para os condenados ou presos provisórios que apresentem alto risco para a ordem ou segurança do estabelecimento penal ou a sociedade (art. 52, §1º). Trata-se de medida de caráter cautelar, a fim de evitar a concretização de um risco iminente.

Questiona-se a constitucionalidade por afrontar o princípio da presunção de inocência, mormente em relação aos presos provisórios. 3) para os condenados ou presos provisórios sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (Art. 52, § 2º, LEP). Reação estatal contra formas específicas de criminalidade. Tem como objetivo dificultar a atuação das organizações criminosas, reconhecidamente infiltradas no aparelho estatal e com grande rede de comunicação dos integrantes presos com o mundo exterior, chegando estes a comandar as ações dos criminosos que estão fora.

As severas medidas às quais poderão ser submetidos os presos em regime disciplinar diferenciado são, de acordo com os incisos do art. 52 da LEP: I) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II) recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

A maioria da doutrina penitenciária considera inconstitucional a previsão de um regime disciplinar diferenciado, nos moldes descritos. Questiona-se a constitucionalidade desses dispositivos, por atentar, principalmente, contra os direitos fundamentais previstos no art. 5º, II (legalidade), III (não submissão a tratamento desumano ou degradante), XLVI (princípio da individualização da pena), XLVII, “e”(proibição da imposição de pena cruel) e XLIX (direito dos presos à integridade física e moral),LXI (vedação da prisão administrativa), dentre outros. Moreira (2004:106) sobre o assunto conclui:

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade serem tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, da CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Da mesma forma entende o *Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça*, que no Parecer exarado em 10 de agosto de 2004, transcrito por Moreira (2004:127-128), propugnou pela inconstitucionalidade da previsão do RDD, chamando-o, ainda, ao final, de “Regime Disciplinar da Desesperança”. Na passagem conclusiva desta manifestação do CNPCP, lê-se:

Diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei n. 10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, prevista nos instrumentos citados. Ademais, a falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação.

Destaque-se que não somente estão encarcerados aqueles indivíduos que devem cumprir uma pena privativa de liberdade. Há ainda os que estão recolhidos ao cárcere em caráter provisório, pois aguardam o desenrolar da ação penal, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Estes presos estão recolhidos à prisão, normalmente, em caráter cautelar, seja para facilitar as investigações, seja para garantia da ordem pública ou econômica, para assegurar a aplicação da lei penal ou garantir a lisura da instrução criminal.

O estabelecimento destinado a recolher os presos provisórios é a cadeia pública. O art. 103 da LEP exige que cada comarca tenha, pelo menos, uma cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Sobre os benefícios que podem alcançar o condenado, tornando-o mais próximo da total liberdade, destaca-se o livramento condicional, previsto nos arts. 83 a 90 do CP, bem como nos arts. 131 a 146 da LEP, que poderá ser concedido pelo juiz da execução presentes determinados requisitos objetivos e subjetivos. São

requisitos objetivos (art. 83, CP): a) pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos; b) cumprimento de parte da pena: mais de um terço para não reincidente em crime doloso; mais de metade para reincidente; mais de dois terços para condenado por crime hediondo ou equiparado; vedação do livramento condicional ao reincidente específico em crime hediondo. c) reparação do dano causado pelo delito, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo.

Os requisitos subjetivos (Art. 83, CP) são: a) ter bons antecedentes para receber o benefício com mais de um terço de cumprimento de pena, desde que não reincidente; b) comportamento satisfatório durante a execução da pena. A prova deste requisito geralmente é feita mediante atestado de conduta carcerária, parecer da Comissão Técnica de Classificação ou Exame Criminológico; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; e) demonstração de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (ausência de periculosidade): somente para aqueles que cometeram crime doloso com violência ou grave ameaça.

Concedido o livramento condicional, de acordo com o estabelecido pelo art. 132 da LEP, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o condenado, a saber: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho; b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste. Outras condições podem ser facultativamente apostas, desde que compatíveis com o cumprimento da pena e afinadas com o respeito à dignidade do reeducando.

Estas são as condições gerais nas quais devem ser cumpridas as penas privativas de liberdade no Brasil. Dentro deste quadro legislativo, passa-se a observar, nos itens seguintes, como vem ocorrendo este cumprimento na prática (com destaque para o sistema prisional feminino) para que, ao final do estudo, sejam construídas propostas como alternativas viáveis para amenizar a grave crise atravessada pelo sistema carcerário brasileiro.

### 1.2.2 Condições Atuais

Sempre com a perspectiva do respeito aos direitos fundamentais, é preciso que seja elaborada uma sucinta descrição da forma atual do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil. Os graus de respeito aos direitos fundamentais e de efetividade das finalidades previstas para a pena de prisão devem ser expostos a fim de que se determine a necessidade ou não de manutenção da atual forma de aprisionar. Será que nossas prisões, da forma como se apresentam hoje, são aptas a cumprir suas finalidades ao mesmo tempo em que garantem o respeito à dignidade humana dos que se submetem aos seus rigores?

O mero exame perfunctório de dados do Ministério da Justiça do Brasil já é capaz de garantir uma resposta negativa a este questionamento. A leitura das opiniões de doutrinadores, que alicerçam suas idéias na observação empírica destes estabelecimentos brasileiros para cumprimento de penas, somente reforça as impressões colhidas dos noticiários da mídia, quando veiculam as péssimas condições de nossos cárceres.

Um dos doutrinadores brasileiros com maior acúmulo dessas experiências é Barros Leal (2003:29) que vislumbra, neste tocante, um sério hiato entre a realidade brasileira e a de outros países, decorrente, em sua opinião, da ausência histórica, entre nós, de políticas públicas federais e estaduais destinadas à melhoria das condições do sistema prisional, aliada “com o acumplicamento autovitimizante da comunidade, alheia às condições do preso, geralmente pobre, analfabeto ou semi-analfabeto”.

Os problemas carcerários não são elementos exclusivos da realidade brasileira, mas adquirem aqui contornos alarmantes, mercê do reflexo do subdesenvolvimento econômico - a fornecer uma imensa massa de desempregados e subempregados que se tornam recrutas fáceis das organizações criminosas, principalmente quando ainda jovens - e das ineficientes políticas de segurança pública - a tornar inócuas as tentativas de procurar corrigir todos os males com a



repressão e o recrudescimento das penalidades, que já se mostraram inaptas para tanto.

Diante de um quadro tão desolador, a quantidade de problemas na aplicação da pena privativa de liberdade avoluma-se, tornando o ambiente carcerário um fornecedor perfeito de homens cada vez mais habilitados a delinqüir. Assim, a prisão acaba por gerar um efeito que deveria, na verdade, combater. Para cumprir a finalidade desta dissertação, estes pontos críticos do sistema prisional brasileiro foram reunidos em três grandes grupos: a superpopulação carcerária, as condições de salubridade e a impossibilidade de ressocialização.

Sendo uma constante nos países latino-americanos a conjugação do subdesenvolvimento econômico com as ineficientes políticas de segurança pública, não é de se admirar que os efeitos sejam os mesmos. García Ramírez (2003:146), estudando o mesmo problema, anota que:

En América Latina se han llevado con desmesura las cifras de la población penitenciaria. De 26 países examinados por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, prácticamente todos – es decir, 25 – mostraban sobrepoblación penitenciaria; de ellos, en 20 había niveles de sobrepoblación crítica por encima de 120 por ciento.

A verificação da superpopulação carcerária no Brasil emerge de simples análise dos números fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça do Brasil. No ano de 2003, segundo noticiam Ribeiro e Batitucci (2003:83), em análise aos dados citados, o Brasil administrava um dos dez maiores sistemas penitenciários do mundo, com um índice de encarceramento de 146,05 pessoas encarceradas por grupo de 100.000 habitantes, média superior à de Colômbia e México, por exemplo.

Como uma peculiaridade brasileira, entretanto, o sistema prisional é de responsabilidade dos Estados-membros, não havendo uma autoridade penitenciária centralizadora. À União cabe a construção de penitenciárias de segurança máxima, para situações de encarceramento exigíveis para assegurar a manutenção da ordem pública ou a segurança do preso, segundo dispõe o art. 86, §1º da LEP.

Dessa forma, há flagrantes discrepâncias entre os números referentes à população carcerária, de acordo com o Estado da federação. Em São Paulo, por exemplo, em 2003, o número de presos representava 40% de toda a população carcerária brasileira, com um grau de aprisionamento de 287/100.000 habitantes, superior à de quase todos os países do globo. Ao mesmo passo, o Rio Grande do Norte apresentava uma taxa de aprisionamento de apenas 42 presos por grupo de 100.000 habitantes.

Com taxas de aprisionamento tão altas era de se esperar que o total de vagas nos estabelecimentos prisionais brasileiros não fosse suficiente para abrigar com dignidade todos os presos. Ainda de acordo com dados do DEPEN de 2003, o Brasil apresentava déficit total de 62.490 vagas, visto que sua população carcerária alcançava 248.685 presos para uma oferta de vagas de 186.478.

No último censo penitenciário levado a efeito pelo DEPEN, a situação agravou-se de forma alarmante. A população do sistema penitenciário brasileiro passou a ser, em dezembro de 2005, de 296.919 presos que, somados aos recolhidos em delegacias de polícia (64.483), resultam em uma população prisional total de 361.402 presos. Enquanto o número de encarcerados dava um inacreditável salto de 112.717 presos a mais, o número de vagas cresceu em apenas 19.869. Ressalte-se que este fosso se abriu em apenas dois anos (2003-2005).

Se levada em consideração a enorme quantidade de mandados de prisão a serem cumpridos pelas autoridades policiais<sup>4</sup>, restará fortalecida a noção de que o problema ora enfrentado não tem qualquer perspectiva próxima de solução. Fernandes (2000:165), após lançar o mesmo alerta, aponta que, só em 1994, o Ministério da Justiça estimava em 275.000 o número de mandados de prisão aguardando cumprimento, o que representava, à época, um número maior do que o de pessoas aprisionadas no Brasil.

---

<sup>4</sup> Na edição de 20 de abril de 2007 do Jornal O POVO (Ano LXXX, nº 26.275), consta informação de que há atualmente, somente no Estado do Ceará, um total de cinquenta mil mandados de prisão aguardando cumprimento, segundo dados da Delegacia de Capturas do Estado do Ceará.

O Estado, ao promover esse perverso amontoamento de presos em celas, acaba por olvidar-lhes sua condição de seres humanos e sua indissociável dignidade, na medida em que se abstém de tratá-los como sujeitos de direitos para lançá-los na vala comum de objetos, fazendo incidir toda a carga do poder e da repressão sobre o corpo e o espírito dos encarcerados. Além dessa importante consequência, Barros Leal (2004:42) acrescenta:

Los informes ponen al corriente que la sobrepoblación (Brasil y México en los primeros lugares) es el más serio de los problemas, puesto que provoca hacinamiento (181% en Brasil, 145% en República Dominicana, 146% en Honduras, 162% en Bolivia, son alrededor de 20 países en América Latina con población igual o superior al nivel considerado crítico: 120%), promiscuidad, tensiones, ociosidad, además de estorbar funciones y servicios básicos como trabajo, educación, recreación, salud, alimentación, asistencia jurídica y seguridad.

Como causas principais desse grave problema, Barros Leal (2003:43-44) cita: a) a lentidão judiciária, que possibilita a permanência de muitos encarcerados aguardando julgamento; b) o uso excessivo da privação da liberdade como penalidade, mesmo em casos em que esta se demonstrou inútil e maléfica, a saber, como sanção aos crimes de potencial ofensivo de mediano a baixo; c) a fixação de penas longas, sem possibilidade de fiança, liberdade provisória e progressão de regime; d) a insuficiência de estabelecimentos prisionais (crescimento de vagas inferior ao de reclusos); e) a resistência dos juízes quanto à aplicação de penas alternativas à prisão.

A estas causas podem ser acrescidas mais duas: a negligência do Estado e da sociedade com o sistema penitenciário e a falta de assistência jurídica integral e gratuita aos encarcerados. Sobre a primeira causa já há, neste estudo, posicionamento em local oportuno, denunciando a forma demagógica e casuística com que é enfrentada essa questão por nossos representantes políticos, sempre levados por uma opinião pública preconceituosa e manipulada pelos meios de comunicação de massa.

Quanto à falta de assistência jurídica, trata-se de importante lacuna a impedir que, a curto prazo, alivie-se a situação calamitosa de superpopulação nos

estabelecimentos prisionais. Este importante serviço somente é prestado de forma emergencial e pontual, tomando a forma dos famigerados “mutirões”, que apenas têm efeito pirotécnico, ao reunir grande quantidade de profissionais habilitados para atendimentos de duração curta, incapazes de gerar, por óbvio, soluções duradouras. A falta de acesso real à justiça nos estabelecimentos prisionais acaba por gerar uma massa de “esquecidos” pelo Estado, cujo aparelho judicial combatido sequer consegue responder de forma satisfatória às demandas mais singelas.

A efetivação de uma Defensoria Pública forte, com profissionais qualificados, em número suficiente para um atendimento constante à nossa população carcerária seria uma medida impactante positiva para a redução do número de encarcerados em todo o Brasil. O acompanhamento diuturno da situação de cada preso por um profissional habilitado, vinculado a uma instituição estatal comprometida com o acesso à justiça dos hipossuficientes representa, de resto, um avanço de fácil realização prática, com incremento, inclusive, nos níveis de legitimidade deste Estado.

Não bastasse a situação de superpopulação carcerária, nossos estabelecimentos prisionais apresentam-se, ainda, com graves problemas de salubridade. Assim, além de submeter-se ao contato forçado com uma quantidade de presos bem superior ao previsto para a sua cela, o recluso brasileiro enfrenta condições calamitosas de sobrevivência neste ambiente superpovoado.

Sobre este assunto, a obra de Barros Leal (2001:58), *Prisão: crepúsculo de uma era* representa uma referência nacional. Segue na íntegra a descrição que este penitenciário - membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e da Academia Brasileira de Direito Criminal - construiu sobre as condições de salubridade citadas:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade, carentes de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas, onde a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas improvisadas dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos;

prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam as suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes como método de obter confissões; prisões onde se conservam as surdas, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, onde os presos são recolhidos por tempo indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde os detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos, continuam presos por esquecimento do juiz; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos – que deveriam se submeter a uma observação científica – são transferidos em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.

Em razão das condições precárias dos nossos estabelecimentos prisionais, o Brasil sempre figurou de forma depreciativa nos diversos relatórios exarados por comissões internacionais de direitos humanos. No último relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovado em 29 de setembro de 1997, no 97º período ordinário de sessões, o capítulo IV trata especificamente das “Condições de reclusão e tratamento no sistema penitenciário brasileiro”. Segundo aponta o relatório no tópico relativo a higiene e saúde: “A Comissão teve a oportunidade de constatar as condições higiênicas precárias e deficientes em que vivem os presos e a falta de atendimento médico e tratamento psicológico adequados a que estão submetidos”.

O terceiro grande problema do sistema carcerário brasileiro a ser destacado é a falha da finalidade ressocializadora da pena de prisão. Como já amplamente exposto nos itens 1.1.3.1, “c” e 1.1.3.2 desta pesquisa, há dificuldades essenciais para a sua efetiva realização, bem como outras que advêm das más condições de nossos estabelecimentos prisionais.

O fracasso da ressocialização opera-se, por outro lado, pela combinação dos dois pontos críticos supra apontados. Com efeito, diante de prisões superlotadas, em condições de total insalubridade e de desrespeito aos direitos fundamentais, não há como se esperar que os egressos desse sistema retornem recuperados ao convívio social. É uma contradição que este perverso sistema não trate os presos como seres humanos e, ao mesmo tempo, pretenda exigir que estes, ao deixarem o cárcere, comportem-se como tais.

Embora a Lei de Execução Penal brasileira estabeleça como uma de suas finalidades a reinserção social do condenado e, durante todo o seu texto, delineie uma série de elementos para a consecução desses objetivos, o que se verifica no Brasil, já há várias décadas, é a ocorrência de efeitos diametralmente opostos, a saber, alarmantes índices de reincidência e nascimento de poderosas organizações criminosas comandadas de dentro dos estabelecimentos prisionais.

Há uma variação muito grande nos índices de reincidência apresentados pelos órgãos oficiais e meios de comunicação. Os números variam entre 75 e 85% de pessoas que voltam a cometer crimes mesmo após passarem por um período de encarceramento<sup>5</sup>. Apesar de não haver dados estatísticos confiáveis, é fácil a constatação de que estes índices são bastante elevados. Nesse sentido já se posicionaram, dentre outros autores, Cordeiro (2006:28) e Bitencourt (2004:161-164).

A prisão brasileira, portanto, tem invertido suas finalidades, visto que, ao invés de reeducar o criminoso para que este não volte a delinqüir, tem funcionado como um fator criminógeno de primeira magnitude. Apontando este entendimento sedimentado na doutrina, Bitencourt (2004:157-158):

Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinqüência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações. Os exemplos que demonstram os efeitos criminógenos da prisão são lembrados frequentemente.

A segunda prova patente de que os cárceres brasileiros não ressocializam é a existência de verdadeiras organizações criminosas no interior dos presídios, com

---

<sup>5</sup> Ressalte-se que o conceito técnico de reincidência é fornecido pelo art. 63 do Código Penal, que estabelece: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Nas estatísticas sobre reincidência apresentadas, contudo, não se toma este conceito por base. Assim, entende-se por reincidência a simples reiteração na prática criminosa, sem qualquer análise quanto a eventual condenação em relação ao primeiro crime.

alto poder de recrutamento e ramificações, inclusive, no Poder Público. Abandonados pelo Estado em prisões infectas e superpopulosas, sem condições de trabalho, estudo e acompanhamento psicológico, nem de eficientes assistências social e jurídica – pilares para a ressocialização – o preso brasileiro torna-se o indivíduo perfeito para integrar grandes redes criminosas.

Os presídios acabam tornando-se verdadeiros quartéis-generais dos chefes do tráfico e do crime organizado, que dirigem ações criminosas executadas dentro e – principalmente – fora dos estabelecimentos, onde estes cumprem pena, espalhando o terror nas grandes cidades, e, em casos extremos, paralisando a atividade econômica destas ao emitir verdadeiros “toques de recolher” que, se desobedecidos, acionam atos de vandalismo e violência de grandes proporções.

Sobre este verdadeiro autogoverno instalado nas prisões – não só brasileiras – instalado no vácuo do Poder Público, denuncia Barros Leal (2004:44):

Tan vergonzoso como las condiciones infrahumanas de la cárceles atiborradas, que constituyen una sobrecena para sus moradores, es el autogobierno [...] o sea, el dominio de prisiones por grupos de internos, jefes del crimen organizado, estafadores poderosos, que ejercen la autoridad y dictan sus propias pautas no escritas de comportamiento, aplican sanciones, deciden quién debe morir o vivir, al mismo tiempo que venden productos y servicios (alimentos, licores, armas protección, etc.) y comandan la extorsión, el narcotráfico y el mercado del sexo.

Diante de tão distorcida situação, afigura-se clara a dificuldade de uma tarefa que tenha por finalidade fazer conviver - em harmonia e em um mesmo ambiente - o sistema prisional brasileiro e o respeito aos direitos fundamentais daqueles que se submetem aos seus rigores. Esta meta é ainda mais complicada nos estabelecimentos prisionais femininos, que guardam certas peculiaridades, estudadas no tópico seguinte, como anteparo necessário para a elaboração, no capítulo derradeiro, de propostas direcionadas a atingir a ingente meta acima delineada.

## **2. NOÇÕES GERAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais ocupam lugar central no desenvolvimento dos atuais estudos constitucionais. De fato, com o crescimento do grau de complexidade das relações sociais, bem como com as modificações da concepção do Estado, que passou de absoluto a liberal, depois a social e, por fim, a democrático, houve um natural crescimento dos direitos fundamentais, tanto em quantidade quanto em importância e, principalmente, em efetividade.

Como consequência deste desenvolvimento, novos problemas foram surgindo em relação à efetivação e determinação da correta aplicação de cada um desses direitos, visto que, dada a grande quantidade de interesses protegidos pela ordem constitucional, eles acabam por entrar em conflito entre si e mesmo com outros bens constitucionalmente assegurados.

A fim de que seja melhor compreendido o tema proposto, bem como no intuito de identificar as possibilidades de convivência entre esses direitos e o atual sistema prisional no Brasil, é preciso que sejam fixadas algumas noções gerais de direitos fundamentais, mormente quanto ao seu conceito, características, evolução histórica, funções, classificação e interpretação. É fato que não há neste capítulo a pretensão de estabelecer conceitos imutáveis e inflexíveis, haja vista que a própria matéria sob exame rechaça qualquer tentativa nesse sentido. São estabelecidos somente pontos de partida essenciais à melhor compreensão do complexo tema ora estudado.

### **2.1 Conceito**

O primeiro grande problema que se desenha no estudo dos direitos fundamentais é a sua grande imprecisão conceitual. Expressões como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos”, “direitos civis”, “liberdades



públicas” e várias outras aparecem na doutrina erradamente apontadas como sinônimos.

No Brasil, esta confusão terminológica pode dificultar, por exemplo, o entendimento do texto constitucional, que ora se refere a direitos humanos, ora a direitos e garantias fundamentais, ou, em outras ocasiões, trata de direitos e liberdades constitucionais. Importante registrar, contudo, que avanços foram observados na direção de um consenso sobre estas definições, mas ainda não se chegou a um patamar de entendimento satisfatório.

Inarredável, portanto, um esforço teórico com o objetivo de estabelecer os contornos dos direitos fundamentais, a fim de que se possa melhor trabalhar com sua previsão, efeitos e aplicabilidade em nossa ordem constitucional.

A confusão mais recorrente opera-se entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. É notável que estas expressões sejam utilizadas indistintamente como sinônimos. Entretanto, em uma rápida e já assente distinção, noticiada por D'Ávila Lopes (2001:41), podem ser diferenciados na medida em que os primeiros são princípios supranacionais, pré-positivos, que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todas as épocas históricas, enquanto os segundos seriam aqueles estabelecidos como importantes por determinada ordem jurídica, positivados por opção de determinado Estado.

Canotilho (1993:517), que prefere a denominação “direitos do homem” em vez de direitos humanos, leciona que:

*Direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Também nesse sentido é a doutrina de Pérez Luño (2005:33):

En todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la de nominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales

A diferenciação levada a efeito pelos juristas ibéricos apontados já deixa antever que os direitos fundamentais, em sua maioria, são também direitos humanos, na medida em que normalmente aos homens se dirigem e é essencialmente para a proteção e desenvolvimento destes, sendo imperativo que haja sua positivação pelos Estados. Assim coloca Sarlet (2004:39-40):

[...] a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, de sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que esta lhe atribui, visto que, do contrário, lhes falta a necessária cogência. [...] Em suma, reputa-se acertada a idéia de que os direitos humanos, enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais [...] não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade...

Advirta-se, portanto, que esta afirmação não quer significar que o elenco dos direitos humanos será sempre coincidente com os direitos fundamentais. O verdadeiro sentido da interligação entre as duas expressões é percebido também por Sarlet (2004:38):

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado [...] de um direito constitucional internacional.

Outra expressão encontrada, ainda, na doutrina, é “direitos humanos fundamentais”, proposta por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Esta nova nomenclatura, entretanto, não tem o condão de afastar a necessária distinção entre as expressões em comento. Serve, ao reverso, para demonstrar a raiz comum entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, qual seja, a fundamentalidade em sentido material, “ligada à essencialidade do direito para a implementação da dignidade humana”, na doutrina de Pereira (2006:77).

De fato, poderemos encontrar o ponto de convergência entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, segundo a doutrina exposta, no fato de ambos protegerem valores e responderem a necessidades do ser humano, seja na esfera supra-positiva (direitos humanos), seja debaixo de uma ordem constitucional positivada (direitos fundamentais).

Calcada nesta raiz comum de fundamentalidade, costuma-se apontar na doutrina uma situação ideal no tocante à relação direitos humanos/direitos fundamentais. Veja-se, neste particular, o entendimento de D'Ávila Lopes (2001:43):

O ideal, talvez, seria uma identificação entre os direitos humanos, internacionalmente regulados, e os direitos fundamentais, constitucionalmente positivados em cada Estado, de forma que estes últimos fossem o conjunto de normas de um ordenamento jurídico positivo fundado na defesa da dignidade do homem, dos valores da liberdade e da igualdade, representando, assim, as normas materiais básicas de todo ordenamento.

Apesar de serem facilmente perceptíveis os esforços doutrinários na tentativa de fixar traços distintivos entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, conforme verificado, é também assente que não há sucesso nestas empreitadas, visto que perduram as dificuldades conceituais. Dessa maneira, de acordo com Branco (2002:115):

De fato, o catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à

homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. A própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.

Para atender a uma necessidade de maior delimitação, há um conceito mais simples e restrito, também de Hesse (1998:225), que considera direitos fundamentais aqueles que o Direito vigente desta forma qualifica. Destaca-se, neste particular, a importância da posituação desses direitos, como uma forma de melhor identificá-los e distingui-los dos demais. Não se olvide, ademais, que esta previsão, por parte do Estado, tem importante função pedagógica para a comunidade, na medida em que funcionam como verdadeiros paradigmas éticos, que ganham reforço na sua tarefa de impor-se à vida coletiva.

No entanto, esta visão dos direitos fundamentais, como aqueles reconhecidos por determinado Estado como importantes, não está isenta de críticas, posto que destaca apenas a fundamentalidade formal desta gama de direitos. De fato, este é o entendimento geralmente esposado por correntes positivistas, que, no mais das vezes, não aceitam a existência de um Direito fora dos limites da organização política estatal. Argumenta-se, em sentido contrário, que há o perigo de imposição, por previsão constitucional, de determinados privilégios para certas classes com a falsa denominação de direitos fundamentais.

Após apontar este perigo do apego ao critério formal e na busca de um outro fundamento para a vigência desses direitos, defende Comparato (2004:58-59):

Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional, sob a denominação de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos [...] Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida no seio da comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal ou em documentos normativos internacionais.

Louvável, sem dúvida, a contribuição do doutrinador paulista. Entretanto, é de se reconhecer que uma das notas distintivas entre os direitos humanos e os fundamentais é exatamente a carga de eficácia que acompanha estes últimos, protegidos por uma extensa gama de garantias positivadas e dirigidas a assegurar sua aplicação. Apontar como fundamento dos direitos fundamentais a “consciência ética coletiva” é estabelecer critério bastante difuso, sem evitar o surgimento, da mesma forma, de grupos que se auto-intitulem legítimos intérpretes dessa “consciência”, prontos a imporem seus interesses em detrimento do coletivo. A história da humanidade está pontuada de exemplos nesta direção.

Por esta razão, não há que se olvidar a importância do elemento formal para a conceituação dos direitos fundamentais. De fato, estes direitos são assim considerados também por receberem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. Exsurge deste raciocínio a importância da fundamentalidade formal, que, conforme ensina Canotilho (1993:499), assinala quatro dimensões relevantes:

(1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais, estão submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288º/ *d* e *e*); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. Afloramento desta idéia no art 18º/1 da CRP).

No Direito brasileiro, da mesma maneira, a demonstrar a nota de fundamentalidade formal destes direitos, tem-se a já mencionada proteção concedida pela Constituição, que impede qualquer deliberação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Como verificado na exposição supra, a dificuldade de conceituação nesta matéria nasce dos pontos de partida contrapostos adotados pelos doutrinadores:

uns, a priorizar o elemento formal para a definição dos direitos fundamentais; outros, a buscar um fundamento material que lhes sirva de base para elaborar o conceito.

Fixada a dificuldade de precisar conceitos nesta matéria, este estudo parte de um entendimento que agregue a importância do elemento formal, mas que admita a necessidade de um conteúdo a servir de fundamento ao conceito desta gama de direitos. Compreende-se, destarte, os direitos fundamentais, na esteira do que ensina D'Ávila Lopes (2001:35), como os princípios positivados por determinada ordem jurídica vigente e reconhecidos pelos membros daquela comunidade, como densificações do princípio fundamental da dignidade humana e cuja efetividade garante a legitimidade do Estado.

Esta definição, além de agregar elementos que bem se amoldam aos objetivos deste estudo, ressalta o critério democrático de escolha dos direitos fundamentais, bem como a idéia fundamental de que sua previsão e observância por um determinado Estado fortalece a legitimidade deste. De fato, o Estado cumprirá suas finalidades somente se garantir a todos os indivíduos o total respeito à sua dignidade humana.

## **2.2 Características e Pseudo-Characterísticas**

Não menos árida é a discussão acerca das características dos direitos fundamentais. Como é cediço, apontá-las significa delimitar a sua essência. É o mesmo que estabelecer suas notas distintivas, de forma que, em retirando-as, estar-se-á desnaturando o instituto. Não se tratam de meros atributos, ou seja, aspectos que, em determinadas circunstâncias, podem se apresentar como fundamentais, mas que não passam de acidentes, não participando do âmago do objeto a ser conceituado.

Esta dificuldade é filha daquela primeira, qual seja, a de conceituar os direitos fundamentais. A imprecisão que grassa nesta seara contribui decisivamente para que alguns aspectos meramente acidentais dos direitos fundamentais logrem

aparecer como elementos de sua natureza. Urge, portanto, que sejam citadas estas características, com uma rápida justificação e demonstração de existência, sempre com o intuito de melhor individualizar os direitos fundamentais, de modo a evitar confusão com outros.

Por outro lado, a fim de amainar a dissensão doutrinária neste tocante, é mister que sejam lembrados alguns atributos dos direitos fundamentais que, embora possam surgir em determinadas circunstâncias, não logram atingir o grau de fundamentalidade exigível para que mereçam ser consideradas verdadeiras características. Lembre-se, por oportuno, que esta exposição que se inicia não tem a pretensão de definitividade, em respeito à inolvidável lição de Karl Popper sobre a maneira de evolução do conhecimento científico, em torno de conjecturas e refutações.

Primeiramente há que se destacar a característica da **constitucionalização** dos direitos fundamentais. Como amplamente discutido em tópico anterior, é exatamente esta nota que possibilita uma distinção entre os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos”. Estes últimos representariam direitos não positivados por nenhuma ordem jurídica específica, mas (fiéis à sua índole jusnaturalista) seriam aspirações de respeito ao ser humano. Já os direitos fundamentais poderiam ser conceituados como aqueles previstos por determinada ordem jurídica estatal, sendo, por esta razão, garantidos e limitados no espaço e no tempo.

Acrescente-se, ainda, o fato de que esta positivação não ocorre por qualquer via ou em qualquer documento legislativo do Estado. É essencial que os direitos, para adquirirem fundamentalidade formal, constem da lei maior de um Estado. É dessa maneira que estes direitos passam a ter modificação dificultada, ou mesmo impossibilitada (em algumas situações), impondo observância a todos os particulares e órgãos estatais.

Outra característica dos direitos fundamentais é a **vinculação dos poderes públicos**. Com efeito, os poderes (funções) estatais devem pautar sua atuação pela observância desses direitos. De fato, toda a doutrina constitucionalista

caracteriza tais poderes como essencialmente limitados, por terem sido engendrados a partir de um poder superior, ilimitado e inicial: o poder constituinte originário. É no momento de atuação desse poder, fundado na soberania popular, que são estabelecidos os direitos fundamentais como basilares da ordem jurídica. Assim, os poderes públicos devem total observância a esta gama de direitos, que não pode sofrer qualquer restrição em seu conteúdo ou limites pela atuação dos poderes constituídos.

Como manifestação expressa dessa característica em nosso direito constitucional pátrio, tem-se a previsão do art. 60, §4º, IV da CF, que estabelece a inatacabilidade dos direitos e garantias individuais. Embora a literalidade do dispositivo constitucional aponte para apenas uma das espécies dos direitos fundamentais, é forte a corrente doutrinária que concede uma interpretação extensiva desse dispositivo para abranger as outras espécies. Em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Sarlet (2004:392-397), após desconstruir os argumentos de uma interpretação meramente literal, conclui:

Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do Art. 60, § 4º, inc. IV, da CF não nos parece a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne de nossa ordem constitucional. [...] Constituindo os direitos sociais (assim como os direitos políticos) valores basilares de um Estado Social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das “cláusulas pétreas”.

Os direitos fundamentais têm, ainda, **aplicabilidade imediata**. No direito constitucional brasileiro, a confirmar esta assertiva, o § 1º do Art. 5º da Constituição brasileira: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Dessa forma o poder constituinte originário retirou da dependência do legislador infraconstitucional a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a fim de evitar que as normas que os garantem quedem como letra morta, por conseqüência imediata da inércia do legislador. Nesse particular, explicita-se o caráter preceptivo (e não programático) das normas que veiculam direitos fundamentais.



Destaque-se, ademais, a **historicidade** dos direitos fundamentais, visto que possuem valia distinta de acordo com a época ou o lugar que são previstos. Essa característica denuncia que os direitos fundamentais não nascem todos de uma vez, conforme instrui Bobbio (1992:06):

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

De fato, conforme as palavras de D'Ávila Lopes (2001:37), “os direitos fundamentais são históricos não apenas por serem normas criadas pela sociedade que regulam, mas por refletirem a concepção de dignidade humana que essa sociedade possui”. É nesta perspectiva que Bobbio (1992:19) entende não existirem direitos fundamentais por natureza. O que é fundamental em uma época histórica e numa determinada civilização não é necessariamente fundamental em outras épocas ou em outras culturas.

Os direitos fundamentais são dotados das características da **inalienabilidade e indisponibilidade**. Assim, o seu titular não pode deles dispor. A preterição de um direito fundamental será sempre reprovável, ainda que o seu titular consinta com a violação deste. A proteção, portanto, independe da vontade do titular, haja vista que os direitos fundamentais - conforme demonstra-se adiante mais amiúde – são fundados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Delinea-se, neste momento, a mais importante característica dos direitos fundamentais - pelo menos para os objetivos deste estudo. Trata-se de sua **função dignificadora**. Efetivamente, seu principal objetivo é resguardar a dignidade da pessoa humana, na medida em que representam, verdadeiramente, concretizações e densificações desse princípio fundamental, mormente na ordem constitucional brasileira.

Não se olvide, por fim, que os direitos fundamentais representam mesmo elementos **legitimadores da ordem estatal**, dado que esta surge e mantém-se desde que garanta a previsão e observância desses valores fundamentais.

A par destas características até aqui apontadas, costumam surgir na doutrina outras que, na verdade, melhor poderiam ser intituladas pseudo-características, por não carregarem a citada nota da essencialidade.

É comum, por exemplo, a atribuição do caráter **universal** aos direitos fundamentais, na medida em que estes seriam usufruíveis por todo e qualquer ser humano como decorrência dessa condição. Esse entendimento carrega o mérito de garantir proteção abrangente aos seres humanos, principalmente perante o Estado.

Entretanto, não se pode esquecer que existem direitos fundamentais que, mercê de sua especificidade - por direcionados a determinado grupo de indivíduos - fogem a esta definição. Como exemplo de um direito individual específico pode ser citado o direito das presidiárias de manterem-se com seus filhos no período de amamentação, previsto no art. 5º, L, da Constituição Federal do Brasil. Por outro lado, é de se lembrar, ainda, no direito constitucional pátrio, os direitos políticos, somente usufruíveis por uma parcela da população, excluindo-se de seu exercício, por exemplo, os estrangeiros, ainda que domiciliados no país.

Muitos autores, ademais, notam caráter **absoluto** nos direitos fundamentais. Tal idéia tem sua gênese na constatação de que estes se situam no topo da hierarquia jurídica, não tolerando qualquer restrição. De fato, os direitos fundamentais têm prevalência sobre os demais, por serem elementos basilares do Estado Democrático de Direito, todavia, podem encontrar limitações no embate com outros valores constitucionais ou mesmo entre si, conforme demonstra-se no desenrolar deste estudo. Desse modo, não há que se falar em direitos intocáveis e incontrastáveis.

Por fim é oportuno destacar, por outro lado, que, a partir da análise da característica da vinculação dos poderes públicos, alguns autores chegam a

destacar o ***caráter de oposição ao Estado***, como mais uma característica de todos os direitos fundamentais. No entanto, esta é uma nota essencial apenas aos direitos de primeira geração (dimensão), que nasceram a partir da concepção individualista da sociedade, em oposição à doutrina do Estado Absoluto. Bonavides (1996:517) esclarece:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Fixadas as características dos direitos fundamentais, importante afigura-se, neste momento, precisar como se deu a evolução histórica da previsão e aplicabilidade desses direitos.

### **2.3 Evolução Histórica**

Há um consenso na doutrina sobre o marco histórico a partir do qual se pode falar em direitos fundamentais: o surgimento do Estado constitucional moderno. Assim entendem, a título ilustrativo, Sarlet (2004:42), Comparato (2004:52) e D'Ávila Lopes (2001:46) que, indo ainda mais longe, reforça a demonstração da historicidade desta gama de direitos:

Os direitos fundamentais, definidos como normas principiológicas defensoras da dignidade humana que fundamentam e legitimam o sistema jurídico de cada Estado, tiveram sua aparição com o surgimento do Estado Constitucional, no século XIX, como conseqüência da própria evolução da humanidade. A historicidade, característica essencial dos direitos fundamentais evidencia que estes não são resultados de *um* acontecimento histórico determinado, mas de todo um processo...

Tão certo como o momento histórico de surgimento dos direitos fundamentais é a constatação de que suas raízes remontam a períodos muito anteriores, visto que não foi de forma abrupta que eles lograram se estabelecer. Sua estrutura e grau de exigibilidade encontram antecedentes muitos séculos antes das primeiras previsões nas Cartas Constitucionais. De fato, as matérias a partir das quais se constroem os direitos fundamentais, a saber, as idéias de liberdade, igualdade e dignidade, formaram-se já nas civilizações da Idade Antiga.

É buscando a origem dessas idéias que se pode falar, portanto, em uma pré-história ou proto-história dos direitos fundamentais, que se estende até o século XVI da Era cristã. A definição do momento histórico inicial desta fase, entretanto, divide os doutrinadores. Comparato (2004:40), por exemplo, aponta o período entre os séculos XI e X a.C. quando da instituição do reino unificado de Israel, por representar o primeiro momento de notável limitação institucional do poder de governo. Esta experiência limitativa somente se repetiria, prossegue o professor paulista, no século VI a.C. com a criação das principais instituições democráticas em Atenas e prosseguiu com a fundação da República romana.

Sarlet (2004:44), por sua vez, aponta as raízes dos valores dignidade, liberdade e igualdade na doutrina estoíca greco-romana e no cristianismo:

Do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoíca greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos perante Deus).

A democracia de Atenas forneceu elementos importantes para a futura afirmação dos direitos fundamentais. A idéia de preeminência da lei e a ativa participação dos cidadãos no deslinde das questões mais importantes da sociedade da época são os dois pontos principais dessa contribuição grega<sup>6</sup>. O respeito que os gregos devotavam a estes dois elementos era quase religioso. Não há dúvida de

---

<sup>6</sup> É certo que esta participação excluía a maioria da população, formada por escravos, estrangeiros e mulheres. Entretanto, o que se quer destacar é que, nesta civilização, houve uma preocupação com a necessidade de participação política do povo, mesmo que de uma parcela reduzida deste.

que, por outro lado, representam importantes elementos de limitação ao poder do Estado e uma previsão, embora incipiente, de que os cidadãos possuíam determinados direitos, dentre os quais prepondera o de participar ativa e diretamente da vida política.

Também o período histórico da Idade Média foi fértil em contribuições para o desenvolvimento das idéias basilares do conceito de direitos fundamentais. Há autores, inclusive, que defendem ter sido neste período que começou o seu processo de positivação. Nesse sentido, Pérez Luño (2005:113-114):

La historia del proceso de positivación de los derechos fundamentales comienza en la Edad Media. Es en esta época cuando nos encontramos con los primeros documentos jurídicos en los que, aunque de forma fragmentaria y con significación equívoca, aparecen recogidos ciertos derechos fundamentales.

Nesse período histórico, é importante destacar a contribuição de Santo Tomás de Aquino, predecessora das doutrinas jusnaturalistas que, a partir do século XVI, forneceram o impulso necessário para que se vislumbrassem direitos inatos à natureza humana.

A doutrina tomista, apesar de ainda apresentar marcante caráter cosmo-teológico, antecedeu o jusnaturalismo racionalista na defesa da igualdade dos homens (embora fosse perante Deus), além de garantir lugar de destaque para a dignidade humana, incorporando-a à doutrina jusnaturalista .

Foi também na Idade Média que surgiram os primeiros escritos insurgindo-se contra uma nova ordem centrada no autoritarismo. De fato, este foi um período que se iniciou com o avanço da idéia de unificação sob a autoridade de um chefe. O poder, no período medieval, foi pensado como dominação. Com efeito, as condições históricas todas apontavam para um amálgama profundo entre o mundo da política e o da religião. É impossível pensar nesta era histórica sem correlacionar estas duas áreas. O incontrastável poder temporal da Igreja era mais um elemento a

fortalecer a idéia de autoridade única, perfeitamente amoldada à figura do Pai (Criador de tudo e de todos).

A insurgência contra o autoritarismo observado na Alta Idade Média, entretanto, serviu como uma importante fonte de inspiração para o pensamento político moderno, nascido da oposição à centralização do poder. Goyard-Fabre (2003:90) menciona alguns pensadores da época que se esforçaram por explicar, com todas as condições desfavoráveis, o quanto era danoso o autoritarismo.

Marsílio de Pádua, por exemplo, em sua obra *Defensor Pacis*, do século XIV, denuncia a intromissão do poder eclesiástico na comunidade civil. Ademais, defende que a fonte da autoridade do príncipe é encontrada na universalidade dos cidadãos ou na maioria deles. É por delegação dos cidadãos, portanto, que o príncipe é dotado de autoridade. Contrapunha-se, portanto, à idéia de que o poder do príncipe nascia da vontade divina, auscultada pela Igreja.

Ao lado desse importante pressuposto das doutrinas democráticas (o colocar no povo a fonte da soberania), Marsílio de Pádua tinha uma concepção de liberdade que foi posteriormente bem desenvolvida pelos pensadores modernos (especialmente por Rousseau e Kant): a liberdade como autonomia. Para ele, essencial para a liberdade de um Estado era que ele fosse regido por leis elaboradas por seus próprios cidadãos. Com efeito, se um Estado fosse guiado pelas leis de outro, ou mesmo por determinações emanadas de instâncias transcendentais, não podia ser considerado um Estado livre.

Estes representam, portanto, os primeiros movimentos do Humanismo. Trata-se, conforme ensina D'Ávila Lopes (2001:49), de uma nova visão, caracterizada pela exaltação do indivíduo e pela reivindicação da liberdade, diametralmente oposta, portanto, à idéia totalizadora da doutrina escolástica e do mundo medieval.

De fato, a idéia da liberdade é bastante cara para a construção e afirmação histórica dos direitos fundamentais. Sobre o assunto, ensina Comparato (2004:45):

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado no final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo.

Ressalte-se que se está falando, ainda, da pré-história dos direitos fundamentais. Estes estão, neste momento, como visto, em sua fase “embrionária”, somente se desenvolvendo para adquirir forma plena após serem alimentados por mais alguns acontecimentos históricos, que, de tão importantes, acabaram por delimitar o início do que se convencionou chamar Idade Moderna.

A Reforma Protestante, na esteira das doutrinas questionadoras da autoridade da Igreja, estabelece uma nova forma de ver o religioso e o temporal, ao contrariar dogmas antes inatacáveis, reforçando o papel do individualismo e destacando a importância da intervenção humana na história.

Na seara econômica, o capitalismo nascente clama por argumentos ideológicos para sua auto-afirmação. O mundo torna-se um pouco menor com as grandes navegações e as descobertas científicas. O culto à razão estabelece-se em detrimento do enfraquecimento da idéia de autoridade. É exatamente neste momento que D’Ávila Lopes (2001:51) identifica os antecedentes da teoria dos direitos do homem.

Acompanhando o desenvolvimento da humanidade, idéias diferentes vão surgindo para explicar os novos fenômenos sociais. Os dois primeiros séculos da Idade Moderna, entretanto, tiveram como marca o recrudescimento do autoritarismo e da concentração de poderes, embalado pelas teorias absolutistas formuladas, principalmente, por Jean Bodin e Thomas Hobbes. À burguesia serviu plenamente este Estado fundado em um contrato social, para fazer face ao poder político do clero e da nobreza, ainda aferrados nas estruturas feudais.

A partir do século XVII, entretanto, ao passo que não mais interessou aos interesses burgueses a manutenção deste absolutismo de Estado, foram surgindo novas idéias contrapondo-se a este. De acordo com Sarlet (2004:46), John Locke foi o grande representante desse período, pois, sem abrir mão da tese contratualista, foi o primeiro a reconhecer, nos direitos naturais e inalienáveis do homem, uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder. O Estado somente seria legítimo na medida em que garantisse a defesa dos direitos à liberdade, à vida e, principalmente, à propriedade. Sobre esta doutrina, resume Sarmento (2003:378), em comparativo com o modelo hobbesiano de Estado:

No campo oposto, Locke defendia a “liberdade dos modernos”, preocupando-se, sobretudo, com a proteção dos direitos individuais em face de Estado. No modelo de contrato social que formulou, os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em Hobbes e Rousseau. Eles retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificava até mesmo o exercício do direito de resistência.

Foi exatamente na Inglaterra de John Locke, no século XVII, que surgiram as primeiras declarações de direitos contempladoras deste renovado momento histórico de resistência ao autoritarismo: *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689. Todos estes documentos significaram, segundo Sarlet (2004:50), a evolução das liberdades corporativas e estamentais medievais para liberdades genéricas, usufruíveis e exigíveis pela totalidade dos cidadãos ingleses. Todavia, este ainda não foi o momento de surgimento efetivo dos direitos fundamentais, posto que não vinculavam o Parlamento.

O século XVIII, chamado o Século das Luzes, foi marcado pela busca humana por sua “maioridade”, conforme ensinava Kant. Neste século, as tradições e os dogmas religiosos perderam espaço para a busca do conhecimento por meio da razão. O princípio de tolerância religiosa, recomendado por Locke e Spinoza, acompanhado do questionamento ao direito divino dos reis, enfraqueceu a tese do absolutismo de Estado. Estava completo o ciclo histórico que possibilitou o surgimento dos primeiros documentos veiculadores de direitos aos quais cabe a classificação de fundamentais.



Sarmiento (2003:380) nota que as idéias dos pensadores iluministas permearam dois grandes eventos do final do século XVIII, que foram decisivos para a consolidação e juridicização dos direitos do homem: a Revolução Francesa e o movimento pela Independência norte-americana. Para Comparato (2004:49) foi neste século XVIII que se escreveu o “registro de nascimento dos direitos humanos na História”, com o art. I da Declaração do Bom Povo da Virgínia, tornada pública em 16 de junho de 1776. Este documento, realmente, representou o reconhecimento solene de que todos os homens são, por sua natureza, igualmente livres e independentes e possuidores de direitos inatos inatacáveis.

É fácil notar a carga jusnaturalista que impregna os textos das primeiras declarações de direitos humanos. Com efeito, estes documentos enunciam direitos inerentes à condição humana e, portanto, anteriores e superiores à lei escrita e ao próprio pacto social, como deixa clara a Declaração de 1776, já aludida. Como bem aponta D’Ávila Lopes (2001:55), estas declarações concebem os direitos humanos como direitos naturais para, só posteriormente, discutir seu caráter jurídico. São apenas, conforme adverte Peces-Barba (1993:334), “*argumentos morales, banderas de lucha y de resistência*”.

Da mesma natureza foi a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, exarada pelos revolucionários franceses em 1789. Apesar de incorporada ao texto da Constituição francesa de 1791, não perdeu sua característica fundamental, a saber, a natureza de mera carta de princípios, servindo, geralmente como norte interpretativo e de fonte inspiradora para os legisladores, mas ainda sem a característica básica de vinculação dos poderes públicos (v. item 1.2). Acresça-se, ainda, o fato de que a Declaração de 1789 foi incorporada apenas no preâmbulo da Constituição Francesa de 1791, não assumindo, assim, a carga de normatividade suficiente para que pudesse ser considerada uma hipótese de positivação.

Ponto de vista diverso deste é o esposado por Sarmiento (2003:380) e Sarlet (2004:50), para quem a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração Francesa disputam a paternidade dos direitos fundamentais. O jurista gaúcho não olvida a profunda inspiração jusnaturalista destas declarações, mas

vislumbra nestas o mérito de, pela primeira vez, acolherem e positivarem os direitos naturais como fundamentais constitucionais, inclusive reconhecendo-se-lhes supremacia normativa e eficácia vinculatória ante os poderes públicos, mormente após a incorporação da Declaração Francesa ao texto constitucional de 1791.

Estava inaugurada, portanto, a fase de positivação dos direitos fundamentais, que atinge seu apogeu com a Escola da Exegese e a defesa do fetichismo legal. Como bem observa Sarmiento (2003:384), a doutrina jusnaturalista enfrenta sua derrocada à medida que os direitos, antes considerados inatos e transcendentais, foram acolhidos pela ordem jurídico-positiva. Emerge neste momento o positivismo jurídico, identificando o Direito à lei escrita.

A positivação dos direitos fundamentais, ainda que pela constitucionalização destes, entretanto, não demonstrou a suficiente propagação, de modo a alcançar a totalidade dos cidadãos, assegurando a todos o respeito à sua dignidade humana. O que se observava, ao contrário, era um perverso movimento de exclusão, devido ao formalismo excessivo da proposta.

Contra esta situação insurgiram-se os ideais socialistas, na primeira metade do século XIX, que culminaram em documentos iniciadores do movimento pela necessária incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais nas constituições: o Manifesto Comunista, de (1848) e a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918).

Trata-se da fase conhecida como generalização dos direitos fundamentais. A importância desta fase é sintetizada por D'Ávila Lopes (2001:59):

O processo de generalização pretendeu, nesse contexto, superar a separação entre as declarações que proclamavam a igualdade e uma realidade que a negava, propondo a unificação da realidade e da formalidade, por meio de uma verdadeira extensão dos direitos já reconhecidos para todos.

Logicamente que esta fase não se estabeleceu sem lutas, visto que os direitos fundamentais sociais são essencialmente contrários aos interesses da classe social dominante. Somente quando o momento histórico garantiu força suficiente aos trabalhadores para forçar uma composição com a burguesia é que a classe laborativa conseguiu escrever seus direitos nas cartas constitucionais, exigindo, ademais, a intervenção do Estado para garantir a sua aplicabilidade.

Discorrendo sobre este período histórico, explica Pérez Luño (2005:122):

A lo largo del siglo XIX el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico a medida que avanza el proceso de industrialización, y al adquirir conciencia de clase reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa. El Manifiesto Comunista de 1848 puede considerarse un hito fundamental en este proceso, y representa un aldabonazo anunciador del comienzo de una nueva etapa.

A fase seguinte de desenvolvimento dos direitos fundamentais inaugurou-se após a Segunda Guerra Mundial e representou a universalização ou internacionalização desses direitos. Tratando da influência da História sobre a emergência desta nova idéia, discorre Comparato (2004:56):

Ao emergir da 2ª. Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal dos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.

O documento inaugural da fase de universalização dos direitos fundamentais foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Sobre a estrutura desta importante declaração, informa Pérez Luño (2005:79):

La Declaración consta de 30 artículos de muy diversa significación. Los dos primeros y los tres últimos son de carácter general y se aplican a todos los demás derechos que figuran en la Declaración. La mayor parte de ésta se halla dedicada a dos amplias categorías de derechos: los personales, civiles e políticos (arts. 3 al 21), que cogen la herencia iusnaturalista y liberal de la defensa de la persona frente a los abusos del poder; y los económicos, sociales y culturales (art. 22 a 27), fruto de la reivindicaciones surgidas a lo largo del XIX encaminadas al logro de una condiciones que hicieran posible el disfrute efectivo y pleno de la libertad y la igualdad.

A partir desse marco histórico, os direitos fundamentais passaram a ser uma preocupação de praticamente todos os Estados, ultrapassando as barreiras filosóficas ou doutrinárias para se estabelecer como uma meta a ser alcançada. È exatamente neste diapasão que se expressa Annan (1999:8-9) – Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em introdução a uma obra interpretativa da Declaração:

Desde a sua adoção, a declaração serve como modelo para instituições nacionais, leis, políticas e práticas de governo que protegem os direitos humanos. Tem instrumentos para promover inúmeros pontos de referência a tribunais nacionais, parlamentos, governos, advogados, e organizações não governamentais. Muitos desses instrumentos tornaram-se parte do direito internacional comum, unindo assim todos os Estados, quer sejam ou não signatários de convenções multilaterais de direitos humanos. Assim, o que começou como uma proclamação, não exatamente de união, de direitos humanos e liberdade tem, pelo menos em certos aspectos, adquirido, por meio de práticas de Estado, o *status* de lei universal.

Esse processo de universalização ainda se encontra em curso e enfrenta acirradas resistências do poder econômico e financeiro, ávido, como sempre, por mais progresso e acumulação de capital, em detrimento do meio ambiente e, principalmente, do respeito aos direitos fundamentais.

Ao passo que se observa a universalização dos direitos fundamentais, pode-se verificar um processo de especificação. Em um primeiro momento este processo se realizou em relação aos próprios direitos: o direito de liberdade, por exemplo, apresentou concretizações, a saber, liberdade de consciência, liberdade de reunião, liberdade de manifestação do pensamento. Em um momento posterior, verificou-se a especificação dos titulares dos direitos, podendo contatar-se uma gama de direitos da mulher, da criança, dos deficientes físicos etc.

É nessa perspectiva de especificação dos direitos fundamentais que se desenvolve este trabalho. Nosso sistema constitucional e legal construiu um sistema de direitos fundamentais da mulher, bem como um grupo de direitos dos presos. Um terceiro grupo de direitos fundamentais, embora ainda incipiente, pode ser formado a partir da combinação desses dois grupos maiores, como também de regras próprias: os direitos fundamentais da mulher presa. É exatamente deste rol de direitos fundamentais que o terceiro capítulo se ocupa.

## **2.4 Classificação**

### **2.4.1 A Teoria dos quatro *status* de Jellinek e as Funções dos Direitos Fundamentais**

Uma tradicional classificação dos direitos fundamentais surgiu em razão das variadas funções que eles desempenhavam na ordem jurídica. Jellinek, no final do século XIX, sistematizou uma classificação tendo por base esta disparidade de funções, que ainda carrega firme a marca da atualidade.

A construção doutrinária de Jellinek consiste na distinção de quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar perante o Estado. A primeira relação é a de subordinação ao Estado, sendo o indivíduo detentor de deveres. Esta corresponde ao chamado *status* passivo. O particular, nestas condições, aparece em situação de sujeição às regras estabelecidas pelo Estado, inclusive suportando as sanções também previstas para o caso de descumprimento dessas determinações.

A segunda estabelece-se em razão do reconhecimento do valor da pessoa humana, o que leva à redução do poder estatal diante desta. Há uma limitação deste poder do Estado na sua atuação perante os indivíduos. Este é o *status* negativo. Trata-se do reconhecimento de direitos individuais oponíveis, inclusive, ao Estado, representando, portanto, limites à atuação deste.

O terceiro *status* surge da constatação de que, em determinadas situações, o Estado precisa intervir para garantir um direito fundamental, por intermédio de uma atuação positiva. Por essa razão, este é denominado *status* positivo.

A quarta relação envolve uma atuação do indivíduo, que desfruta de uma competência para influir sobre a vontade estatal. Esta só se torna possível com a atuação dos cidadãos. O direito de voto é um clássico exemplo. Trata-se, neste caso, do *status* ativo.

Esta teoria foi fundamental para que se pudesse conhecer melhor a estrutura e o conteúdo dos direitos fundamentais. De fato, sua moderna classificação encontra inspiração na teoria de Jellinek. Conforme pontua Sarlet (2004:169) a citada classificação, na medida em que foi sofrendo reparos e críticas, manteve-se viva mediante um contínuo processo de redescobertas pela teoria constitucional. Hoje os doutrinadores consentem em distinguir três grandes grupos de direitos fundamentais: a) de defesa; b) a prestação e c) de participação, que correspondem, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo da tradicional teoria de Jellinek.

Passa-se a uma rápida análise das principais características de cada grupo ou classe de direitos fundamentais, a iniciar pelos de defesa. Sobre estes, resume Branco (2002:140):

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

Esses direitos, claramente inspirados no *status* negativo de Jellinek, referem-se principalmente às liberdades individuais e, na Constituição brasileira são

encontrados em larga escala no art. 5º. Na maioria das vezes, portanto, são veiculados por normas de elevada densidade normativa, o que possibilita aplicabilidade imediata, a prescindir da atuação legislativa.

Os direitos fundamentais a prestações positivas do Estado são geralmente identificados com os direitos sociais. Existem para assegurar uma atuação positiva do Estado a fim de suprir necessidades básicas dos indivíduos. São direitos de promoção. Possuem baixa densidade normativa por se subordinarem à atuação do legislador para sua aplicabilidade e por dependerem muito da orientação política e das prioridades do Estado em determinado momento histórico, da disponibilidade econômica e, principalmente, da vontade política do grupo que está à frente do governo do Estado.

Geralmente, os direitos a prestações sociais têm sua aplicabilidade subordinada à chamada “reserva do possível”. Isto significa que o Estado promoverá aqueles que estejam dentro de suas prioridades e possibilidades, visto que, no mais das vezes, não dispõe de condições materiais de promover todos ao mesmo tempo e em sua integralidade. É verdade que há determinadas situações históricas que tornam a capacidade de investimento de certo Estado muito reduzida, o que o impossibilita de dar aplicabilidade a todas as prestações positivas previstas. Não menos verdade, entretanto, é que a “reserva do possível” é lançada como argumento para maquiar inversões de prioridades, sempre em prejuízo da população.

Como é fácil verificar, os direitos a prestações positivas do Estado correspondem ao *status* positivo da teoria de Jellinek. Estes direitos ainda suportam uma divisão em dois grupos: direitos fundamentais a prestações jurídicas, e, direitos fundamentais a prestações materiais.

Os direitos fundamentais a prestações jurídicas são direitos dos indivíduos perante o Estado a fim de que este elabore determinada previsão normativa ou realize certos atos jurídicos. Nossa Constituição, inclusive, prevê instrumentos aptos a garantir a aplicabilidade desta espécie de direitos, a saber, a

ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Também as garantias institucionais têm esta natureza.

Exemplo claro é o comando do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Trata-se do direito de acesso gratuito dos carentes à justiça, que depende da previsão de constituição de Defensorias Públicas fortes e aptas a abarcar a demanda deste acesso, que no Brasil é imensurável.

Os direitos fundamentais a prestações materiais, por sua vez, têm por objeto uma utilidade concreta, representada por um bem ou serviço. Por corresponderem aos direitos sociais por excelência, são denominados direitos à prestação em sentido estrito. São direitos do indivíduo perante o Estado no sentido de que este lhe forneça determinadas prestações materiais, segundo Farias (1996:89). Receberam importância acentuada na Constituição de 1988 por merecer um capítulo próprio dentro do título referente aos direitos e garantias fundamentais. Sua aplicabilidade, entretanto, tem sido historicamente negada sob o argumento do princípio da reserva do possível, já citado.

Os direitos fundamentais de participação visam sempre à garantia da participação da vontade do cidadão nas decisões que concernem aos rumos a serem tomados pelo Estado. A formação da vontade deste deve contar com a participação de todos os cidadãos, seja de forma direta ou indireta, como preconiza, inclusive, nosso texto constitucional em seu art. 1º. Parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Podem ser agrupados sob a epígrafe de direitos políticos, correspondendo, assim, ao último *status* da Teoria de Jellinek (ativo).

#### **2.4.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais**

Clássica é a classificação dos direitos fundamentais tomando por baliza a época histórica de seu aparecimento. Em razão desse ponto de partida, a doutrina



tradicional costuma aludir às gerações de direitos fundamentais, para destacar a sucessão cronológica do surgimento desses direitos, que acompanharam a evolução do Estado Constitucional, conforme se detalha adiante.

Os doutrinadores modernos, entretanto, preferem o termo “dimensões” de direitos fundamentais, para destacar a característica de cumulatividade e vedação do retrocesso que acompanha esta gama de direitos. Com efeito, não houve, efetivamente, uma superação de uma fase de direitos fundamentais por outra, com a supressão dos direitos da fase precedente. O que há é uma acumulação de direitos fundamentais, diferindo apenas por seu conteúdo e estrutura. Sobre o assunto, manifesta-se Sarlet (2004: 53):

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

Os direitos de primeira dimensão surgem em contraposição ao autoritarismo, marca peculiar do Estado Absoluto. O pensamento liberal-burguês do século XVIII, neste momento, insurgia-se contra o “Leviatã” que ele mesmo engendrara séculos antes para enfraquecer o poder da Igreja e da nobreza de então. O nascimento do Estado Liberal, portanto, coincidiu com a afirmação dos direitos fundamentais de primeira geração, ou direitos de liberdade. Trata-se de um Estado não-intervencionista, mero expectador das atividades econômicas do capitalismo comercial nascente.

Demarcou-se, assim, uma zona de não interferência do Estado na vida dos cidadãos, com a previsão de direitos de liberdade, de defesa. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, conforme lembra Bonavides (1996:517). Fazendo uma analogia com a teoria dos quatro *status* de Jellinek (v. subitem anterior), tem-se que estes direitos corresponderiam ao *status negativus*. D’Ávila Lopes (2001:63) esclarece quais direitos estariam enquadrados como de primeira dimensão ou geração:

Compreendem os direitos individuais ou civis e políticos, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança, a liberdade de consciência e de expressão. Por outro lado, na segunda metade do século XIX, fazem sua aparição os direitos de caráter coletivo e os relativos à participação política do cidadão. Abrange esta categoria o direito de reunião, de greve, de associação, o sufrágio universal e o direito à criação de partidos políticos.

O Estado Liberal, entretanto, revelou-se extremamente excludente. De fato, apenas a classe burguesa auferiu vantagens com a quase total abstenção do Estado da vida social. O processo de industrialização acentuado formou uma extensa massa de miseráveis, cuja força de trabalho era explorada para sustentar o vertiginoso crescimento industrial. Começou a ficar muito claro que não era suficiente a consagração formal da igualdade e da liberdade para garantir o acesso efetivo de todos aos direitos fundamentais.

Estava formado o campo propício para a propagação das primeiras idéias socialistas, que denunciavam esta exclusão brutal em benefício de uma pequena minoria. Surgiram, portanto, ainda no século XIX, movimentos revolucionários, encabeçados pela massa trabalhadora, fortes o suficiente para levar a burguesia a tentar uma composição. É neste momento que surge o Estado Social e, em seu bojo, a previsão dos direitos fundamentais de segunda dimensão, ou direitos de igualdade. Todavia, somente em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, é que um número significativo de constituições os prevê em seus textos.

São os direitos sociais, culturais e econômicos, a exigirem a efetiva participação do Estado para sua prestação. O Estado absenteísta da formulação tipicamente liberal não tinha condições (e foi imaginado para não ter) de garantir o acesso a estes direitos, que correspondem ao *status positivus* da construção doutrinária de Jellinek, pois colocam ao Estado obrigações prestacionais de caráter material e jurídico.

São comumente citados como de segunda dimensão os direitos: ao trabalho, à educação, à moradia, à saúde, à cultura e ao lazer.

A terceira dimensão de direitos fundamentais começou a se formar a partir da constatação das grandes desigualdades existentes entre os diversos Estados, visto que poucos deles lograram alcançar grande desenvolvimento econômico e social, enquanto outros permaneciam afundados na miséria. Possuem como característica mais marcante, destarte, ter como destinatários determinados grupos humanos (família, povo, nação), afastando-se da idéia de titularidade única do indivíduo – implicação universal ou transindividual, como prefere Sarlet (2004:57).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade. A doutrina costuma apontar como exemplos os direitos: à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, de comunicação, ao patrimônio histórico e cultural.

Já começa a se sedimentar na doutrina a aceitação de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, como resultado do processo acelerado de globalização - também de direitos - observado nas últimas décadas. Sarlet (2004:59) atribui originalidade nesta elaboração a Bonavides (1996), que enumera como de quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Com toda a autoridade doutrinária que lhe é inerente, Bonavides (2006), inclusive, em artigo para o Jornal Folha de São Paulo, preconizava o surgimento de um direito da quinta dimensão ou geração, a saber, a paz. Assim ensina o constitucionalista cearense:

Em suma: dantes, a paz tida por direito fundamental nas regiões teóricas; doravante, porém, a paz erguida à categoria de direito positivo. Ontem, um conceito filosófico, hoje, um conceito jurídico. E tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas Constituições (BONAVIDES, 2006, p.01).

Desse modo, como uma decorrência da historicidade dos direitos fundamentais, novos direitos surgirão com o evoluir das relações sociais. De fato,

determinados conceitos, que antes apenas habitavam a seara filosófica, passam a ser estabelecidos como direitos, ganhando, dessa forma, contornos jurídicos.

## 2.5 Interpretação

A Constituição brasileira, conforme assevera Sarlet (2004:75), apresenta três características: caráter analítico, pluralismo e forte cunho programático ou dirigente. Estes caracteres são percebidos de forma ainda mais marcante no título constitucional referente aos direitos fundamentais.

De fato, o caráter analítico é patente: o Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) contém dezessete artigos, uma série de parágrafos e, só no artigo 5º, setenta e oito incisos, sem se olvidar a existência de uma cláusula aberta que permite a consagração de direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (Art. 5º, §2º, CF).

O momento histórico praticamente exigiu que houvesse uma maior prolixidade na previsão dos direitos fundamentais. De fato, o Brasil acabava de sair de um período de exceção, ditatorial, com intensa repressão e a presença marcante do Estado como um dos principais algozes dos direitos dos cidadãos. Sobre o assunto, informa Sarlet (2004:75):

Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.

A atuação restritiva do Estado povoava a preocupação dos legisladores constituintes, o que acabou fomentando uma clara intenção de defesa ante o

precedente período histórico, cujas notas principais foram o autoritarismo e o atentado aos direitos fundamentais.

Quanto ao pluralismo, este nasce do caráter compromissário da Constituição de 1988, que albergou posições e reivindicações muitas vezes dissonantes, fruto das pressões políticas exercidas, que buscavam acomodação no processo constituinte. Assim é que, na Constituição, principalmente no título dos direitos fundamentais, podem ser pinçados diversos direitos de cunho social ao lado de direitos de liberdade e políticos. Pereira (2006:222), após apontar que é uma característica das ordens constitucionais contemporâneas ostentar substratos éticos complexos, arremata:

O constitucionalismo brasileiro é um paradigma deste modelo. Erigida num contexto de disputa entre forças políticas antitéticas, a Carta de 1988 materializa um compromisso entre a ideologia liberal e as exigências do Estado Social, entre os que buscavam construir um Estado democrático e os que se esforçavam para manter privilégios, entre o progresso e o atraso. Por isso, o fenômeno dos conflitos normativos é algo bastante corriqueiro em nossa realidade jurídica.

Diante da demonstrada prolixidade e da necessidade de abrigar o pluralismo de uma sociedade ávida pelo exercício democrático, após 20 anos de ditadura, é normal que a Constituição assumira feição programática e dirigente, estabelecendo diversos programas para posterior integração de sua eficácia por parte dos poderes constituídos.

Embora esta programaticidade encontre-se seriamente mitigada pela disposição do §1º do art. 5º da Constituição, garantidor da aplicabilidade imediata das normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, pode-se notar, principalmente nas normas de caráter social (direitos a prestações materiais do Estado), forte cunho programático. O legislador constituinte, portanto, delegou para o debate democrático infraconstitucional a tarefa de integração de eficácia desses direitos.

Em parte por estas características de nossa Constituição e, de outra banda, em razão do próprio conceito e estrutura dos direitos fundamentais, afigura-

se claro que a interpretação destes não deve ser pautada pelos mesmos elementos que norteiam a interpretação de simples regras. De fato, os direitos fundamentais são veiculados por normas com estrutura de princípios, o que por si só já estabelece a necessidade de um novo esforço interpretativo do ponto de vista formal.

O órgão destinado a definir o alcance e aplicação dos direitos fundamentais deve atinar para esta estrutura principiológica, partindo, necessariamente, dos seguintes pressupostos, na esteira da doutrina de Alexy (1993:81-115): a) os princípios são mandados de otimização, enquanto as regras são enunciados de “tudo ou nada”; b) os princípios não contêm, contrariamente às regras, comandos definitivos, mas *prima facie*; c) as colisões entre princípios são resolvidas de forma diversa, com recurso à ponderação de valores e ao princípio da proporcionalidade; d) os princípios, em regra, têm conteúdo abstrato e aplicabilidade não imediata, em contraposição ao conteúdo concreto e aplicabilidade imediata das regras.

Por outro lado, a busca do alcance do sentido destes princípios deve obedecer a um determinado norte interpretativo material, representado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que os direitos fundamentais, em nossa ordem, são densificações e decorrências imediatas deste princípio basilar do nosso Estado Democrático de Direito.

Conforme adverte Pérez Luño (2005:316), os direitos fundamentais “señalan el horizonte de metas socio-políticas a alcanzar, al tiempo que establecen la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, o entre sí”. Os cânones interpretativos, portanto, devem ser diversos, conforme conclui o mestre espanhol (2005:291):

La actividad hermenéutica y el método para la reconstrucción del sistema jurídico se hallan estrechamente vinculados a la propia naturaleza de las fuentes del derecho sobre las que operan. Por ello, ya no es adecuado para una interpretación actual del sistema de los derechos fundamentales el planteamiento positivista, cifrado en una actitud mecánica basada en conclusiones silogísticas, sino que se hace necesaria una mayor participación del intérprete en la elaboración y desarrollo de su *status*.

Infere-se dos conceitos até então expostos que o olhar hermenêutico dirigido aos direitos fundamentais deve ser diverso daquele normalmente usado para a interpretação de regras.

Vislumbra-se já, portanto, como uma exigência para a correta interpretação do sistema de direitos fundamentais, a formação de um órgão atento a estes pressupostos, especializado na tarefa de definir a aplicação destas normas de estrutura tão diferenciada, a merecer uma atenção também específica e fundamentalmente diversa da destinada à interpretação das demais normas jurídicas, mormente aquelas com estrutura de regras.

### **2.5.1 Colisão de Direitos Fundamentais**

Conforme demonstrado anteriormente, os direitos fundamentais são bastante heterogêneos. Ademais, seu conteúdo é, na maioria das vezes, aberto e variável e somente pode ser aferido quando do deslinde de um caso concreto ou quando estes direitos estão em relação entre si, ou mesmo com outros valores protegidos pela Constituição.

Some-se a estas características o caráter compromissário de nossa Constituição e restará inevitável a existência de embate entre direitos fundamentais. É neste rumo que segue a doutrina de Pereira (2006:222-223): “Assim sendo, a pluralidade ética e a positivação de amplos catálogos de direitos fazem com que o fenômeno das antinomias jurídicas, que é inerente a todas as dimensões do ordenamento, torne-se especialmente comum no plano constitucional”.

Surge, então, a problemática da colisão de direitos fundamentais, que vem ocupando boa parte da doutrina moderna, ávida por desenvolver soluções a tais conflitos, que representam grandes problemas na prática, remetendo o intérprete a operações bem mais complexas que a simples subsunção, tradicionalmente utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras.

Adverta-se que as considerações seguintes referem-se às situações de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito. Pereira (2006:229-230), com o fito de conceituá-las, adota lição de Robert Alexy que, na conferência *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais* (proferida no Rio de Janeiro em 11.12.1998), estabeleceu que estas surgem sempre que o exercício ou a realização de um direito fundamental de um dado titular produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular. Neste caso, pode tratar-se de direitos fundamentais idênticos ou de direitos fundamentais diversos.

### **2.5.1.1 Âmbito de Proteção e Colisão Aparente**

Diante de uma situação de dúvida quanto à aplicabilidade de direitos fundamentais em aparente conflito, o primeiro passo rumo à solução deve ser a fixação do que se convencionou chamar “âmbito de proteção do direito fundamental”. Trata-se da parcela da realidade que o constituinte definiu como objeto da proteção da garantia fundamental.

E ainda, perante uma aparente situação de conflito, é necessário, pois, fixar o bem jurídico protegido pela norma e os limites estabelecidos pelo constituinte aos direitos fundamentais colidentes, para que se tenha uma noção mais clara do âmbito de proteção.

Há situações que podem ludibriar o intérprete à primeira vista. Com efeito, uma interpretação meramente literal da norma de direito fundamental pode fazer crer protegida uma certa situação, que, na verdade, foge ao real âmbito de proteção desste direito. Este é o exato caso lembrado por Mendes (2002:280) ao citar Wolfgang Rüdner, no qual as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental no qual se pretende buscar abrigo.

Surge, então, o complexo problema de se precisar o âmbito de proteção de cada direito fundamental. Há diversas correntes que procuram alcançar tal



desiderato. Conforme noticia Branco (2002:188), a Teoria Liberal dos direitos fundamentais, por exemplo, pretende sempre assegurar, no desempenho deste mister, a proteção do indivíduo perante o Estado. Os direitos fundamentais, portanto, devem abranger sempre esta proteção.

Ainda de acordo com Branco (2202:188), para a Teoria dos Valores, os direitos fundamentais estão sempre dirigidos à realização dos valores protegidos pela Constituição. Há, ainda, o recurso à verificação da função social do direito fundamental. Na medida em que este possa exercer a citada função, estará utilizando-se de uma parcela de sua previsão; em outras palavras, não terá fugido de seu âmbito de proteção.

Apesar de todo o esforço para se fixar o âmbito de atuação dos direitos fundamentais, isto não representa uma tarefa fácil, primeiramente porque estes direitos apresentam-se em formas diversas, conforme já demonstrado, assim como apresentam conteúdo bastante aberto. Mendes (2002:212) expõe esta dificuldade:

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em conflito com eventual *restrição* a esse direito.

Importante se faz o estudo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais porque, muitas vezes, determinadas situações, que à primeira vista caracterizariam um conflito de direitos fundamentais, não o são verdadeiramente, posto que o que se observa no caso é uma simples mensuração incorreta do âmbito de proteção. Ocorre o que a doutrina chama de colisão aparente. De fato, a colisão não ocorre, mas uma simples aparência de conflito de normas veiculadoras de direitos fundamentais, que pode ser simplesmente sanado ao se fixarem os âmbitos de proteção de ambos, a fim de que não mais se interpenetrem.

Exemplo clássico é a divulgação de idéias com forte componente racista, no qual se vislumbra um conflito aparente entre a liberdade de expressão e o

princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No caso, não há colisão, visto que a liberdade de expressão não abrange a atuação tendente a causar prejuízos à ordem constitucional, fundada que é no princípio da dignidade da pessoa humana. Em outra perspectiva, admitir-se entendimento contrário corresponderia a possibilitar atuação que transborda o âmbito de proteção da liberdade de expressão.

### **2.5.1.2 Colisão Autêntica**

Casos há, entretanto, em que se verifica frontal colisão entre direitos fundamentais diversos, mesmo após superada a verificação dos respectivos âmbitos de proteção. Acontece quando um direito fundamental interfere diretamente no âmbito de proteção de outro. Conforme já anotado, estas situações apresentam-se em razão, principalmente, do caráter heterogêneo de que se revestem estes direitos, bem como em razão do seu conteúdo aberto e mutável, a exigir, em muitas ocasiões, o surgimento de uma situação concreta para firmar sua previsão.

Os tipos de colisão de direitos são bem mais numerosos do que pode parecer à primeira vista. A seguir, enumeram-se os mais recorrentes e aponta-se aquele que é o foco do estudo em tela.

Há colisões de direitos em sentido estrito e em sentido amplo. Estas últimas decorrem do embate de um direito fundamental com outros valores constitucionalmente protegidos. Por exemplo, o conflito entre liberdades individuais e a incolumidade da saúde pública, surgido de campanhas de vacinação obrigatória.

Já as colisões em sentido estrito produzem uma maior ramificação. Segundo a doutrina de Mendes (2002:281-282), dividem-se, inicialmente, em colisões entre direitos fundamentais idênticos e colisões entre direitos fundamentais diferentes. Dentre os primeiros, podem-se pinçar: a) colisão de direitos fundamentais de defesa, quando dois indivíduos ou grupos reivindicam o mesmo direito de liberdade (reunião na mesma praça pública, por exemplo); b) colisão de direito fundamental de defesa com direito de proteção; c) colisão dos caracteres negativo e

positivo de um mesmo direito (liberdade religiosa, por exemplo, que gera o direito a não ter religião); d) colisão entre o aspecto jurídico e o fático de um determinado direito (colisão comum no direito de igualdade).

Vislumbra-se, nos variados tipos de colisão de direitos fundamentais, uma premissa constante: os conflitos que surgem entre estes direitos devem ser solucionados com as mesmas ferramentas utilizadas para resolver os conflitos entre princípios. Isto porque as normas que veiculam direitos fundamentais assumem os delineamentos próprios de princípios, na medida em que apresentam todas as características destes, notáveis principalmente ao serem comparadas com aquelas que enunciam regras. Esta constatação é comungada por Pereira (2006:223-224).

De fato, o que se observa é que, por diversas vezes, um conflito aciona, a um só tempo, a incidência de dois direitos fundamentais que competem entre si ao postular soluções diametralmente opostas para o seu deslinde. Devidamente superada a fase de observância dos âmbitos de proteção dos direitos envolvidos, resta a constatação de que se formou uma autêntica colisão de direitos fundamentais.

Neste caso, portanto, não cabe a operação que se costuma lançar mão para a aplicação das regras. Como visto, a mera exclusão é, no mais das vezes, insuficiente na aplicação dos direitos fundamentais, mormente em razão do constante estado de tensão existente entre eles. Por essa razão, o problema não se resolve com a simples análise de validade, pela qual uma regra é afastada para que se aplique integralmente uma outra, seguindo-se critérios rigidamente definidos pela hermenêutica tradicional, a saber, hierárquico, cronológico ou da especificidade.

A colisão de direitos fundamentais, por serem estes veiculados por normas principiológicas, conforme já aludido, exige a observância de outros processos para a solução dos conflitos. Este novo caminho é esclarecido por Branco (2002:182):

No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro. Os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios.

Semelhante é o entendimento de Alexy (1993:89):

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.

Isto ocorre porque os princípios são “mandados de otimização”, por enunciarem determinações para que um determinado bem jurídico seja protegido na máxima medida que as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto possam permitir ou determinar. Destarte, é possível – e mesmo aconselhável - que haja uma aplicação de princípios em diferentes graus, de acordo com a situação acionadora destes. Deve haver um sopesamento dos interesses envolvidos no caso controvertido, a fim de que seja fixado qual princípio deve ter prevalência sobre aquele outro que se põe em oposição aos seus preceitos.

É preciso que sejam previstos, portanto, determinados elementos solucionadores de conflitos, a fornecer critérios mais seguros (sem pretenderem-se definitivos) de solução de casos de intrincadas colisões de direitos fundamentais, enfraquecendo a possibilidade de análises puramente subjetivas e atentatórias ao princípio da segurança jurídica, frutos da análise açodada e, muitas vezes, movidas pelos preconceitos ou mesmo suscetibilidades dos aplicadores do Direito.

Para fugir dessa prática hermenêutica nefasta, é mister que sejam trilhados caminhos claros e seguros, construídos com base em muito estudo e

experiência por todos aqueles que se debruçam sobre o complexo tema da colisão de direitos fundamentais.

## 2.5.2 Elementos Solucionadores da Colisão de Direitos Fundamentais

Diante de situações de colisão de direitos fundamentais, os intérpretes, sem poderem recorrer às técnicas tradicionais de hermenêutica, valem-se de um raciocínio que a doutrina convencionou denominar *ponderação*. Trata-se de uma técnica para a solução dos chamados *hard cases*, nos quais a mera subsunção é insuficiente. Isto porque estes problemas envolvem confronto de interesses ou valores albergados por normas constitucionais de mesma hierarquia e grau de generalidade. Desse modo, conforme salienta Alexy (1993:90): “En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cual de los intereses, *abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto*” (grifo original).

Pereira (2006:261) fornece importante conceito:

O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.

A ponderação é técnica indeclinável, em virtude da complexidade de nossa sociedade e da própria Constituição. Logicamente que não pode este instrumento ser desvirtuado a ponto de tornar-se ferramenta para uma interpretação totalmente dependente da subjetividade do intérprete. É por esta razão que se estabelecem parâmetros dentro dos quais deve funcionar a ponderação. A exposição destes ocupará os subitens que se seguem.

Com efeito, a ponderação, desde que observados os parâmetros citados, aparece como técnica destinada a garantir uma certa uniformidade das decisões, como também alguma previsibilidade das conseqüências advindas de conflitos de direitos, visto que devem ser os mesmos os critérios utilizados, como tática para fugir da subjetividade.

Esclarecendo a função primordial desta técnica, afirma Barcellos (2003:57):

O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

São três as fases da ponderação. Primeiramente, o aplicador identifica as normas veiculadoras de direitos fundamentais que estão em conflito. Depois, passa a examinar a situação fática e sua repercussão sobre as normas conflitantes. Na última fase, que é a da decisão, deve haver uma apreciação conjunta dos diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, com o desiderato de atribuir “pesos” aos diferentes elementos em colisão, determinando quais devem prevalecer e em que intensidade. É o que se chama de sopesamento.

É importante lembrar, por último, que os parâmetros apresentados não são rígidos e imutáveis, mas apenas balizas, elementos norteadores de uma interpretação. Correta, portanto, a sentença de Barcellos (2003:117):

A construção de parâmetros pela doutrina, a partir de um discurso racional, público e amplamente justificado, está apenas iniciando e exigirá ainda considerável estudo e reflexão, mas é um dos poucos meios capazes de explicar, justificar e controlar a ponderação. E ele carrega em si uma vantagem adicional: trata-se de uma forma de controle puramente persuasivo – a consistência da argumentação é que provará sua eficácia – e não coercitivo, permitindo amplo espaço de determinação ao Poder Judiciário.

Assim, calcadas em argumentação científica é que estas ferramentas buscarão se estabelecer como eficientes, sempre com o escopo de evitar situações de colisão insolúvel dentro do ordenamento constitucional.

### **2.5.2.1 Princípios da Unidade da Constituição e da Concordância Prática**

Como primeiro elemento a ser utilizado como parâmetro pelo intérprete para a solução do problema da colisão de direitos fundamentais, tem-se a indeclinável necessidade de observância do princípio da unidade da Constituição.

Este princípio requer a contemplação da Constituição como um todo. Dessa forma, não podem existir normas conflitantes no texto constitucional, posto que este é um sistema coerente e harmônico, incompatível com a idéia de antinomias no seu interior. Nesse diapasão preconiza Hesse (1983:41):

La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución ... obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

Destarte, quando houver colisão de direitos, deve o intérprete harmonizar sua decisão com o sistema constitucional, visto de forma geral, como um todo. Não se deve pinçar os dois direitos fundamentais em conflito e visualizá-los isoladamente, mas em consonância com o conjunto, do qual são parte inseparável. No exercício interpretativo, inclusive, outros valores constitucionais podem servir de parâmetro para fortalecer a decisão adequada, que sempre se aproximará da visualização da Constituição como um sistema.

Como consectário lógico do princípio acima delineado, há o princípio da concordância prática. Farias (1996:98) traça seus contornos: “De acordo com o

princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados [...] por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos”.

Lembre-se, ainda, que a exigência de máxima efetividade do direito fundamental deve ser entendida dentro da análise do âmbito de proteção deste, conforme já estudado, a fim de que a aplicação do direito não desborde dos limites imanentes a este.

A correta utilização desses dois princípios torna mais difícil a ocorrência de casos de colisão de direitos fundamentais de solução impossível. Permanecendo o imbróglio jurídico, entretanto, ainda resta ao intérprete o recurso ao princípio da proporcionalidade para nortear sua decisão.

### **2.5.2.2 Princípio da Proporcionalidade**

Importância destacada na solução de colisão de direitos fundamentais possui o princípio da proporcionalidade. Tal construção doutrinária, surgida na Alemanha e Suíça, logrou alcançar local de destaque nos ordenamentos jurídicos positivos de diversos países, muitas vezes aparecendo de forma expressa no texto constitucional de vários deles.

No Brasil, embora não haja disposição expressa sobre a matéria, verifica-se crescente aplicação de seus postulados, aparecendo o princípio da proporcionalidade como uma norma difusa no texto da Constituição, derivado que é do próprio conceito de Estado de Direito.

Bonavides (1996:357), apresentando a lição de Pierre Müller, cita dois conceitos para citado princípio. Em uma perspectiva ampla, enxerga-o como uma exigência fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. De forma mais estrita, entende-o como a necessidade de se presumir a existência de relação adequada entre os fins determinados e os meios



utilizados. Em ambas as acepções, destaca-se a importância que o princípio da proporcionalidade assume para a solução de conflitos, no desempenho do mister interpretativo, na medida em que surge como uma regra hermenêutica.

Segue Bonavides (1996:397) enaltecendo o princípio da proporcionalidade, na mesma medida em que esclarece suas mais relevantes funções:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

A relevância do princípio da proporcionalidade pode ser melhor aferida com a análise dos três níveis de seu conteúdo, que a doutrina chama subprincípios. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação* (aptidão ou pertinência) é um meio empregado para vedar o arbítrio, o que se faz da ponderação entre o meio empregado e o fim que se deve atingir. Assim, sob o prisma da adequação, em uma colisão de direitos fundamentais, deve prevalecer aquele que se demonstre mais pertinente para atingir o fim, tendo como baliza a realização do interesse público, segundo ensina Ulrich Zimmerli, citado por Santos (2001:363). Pereira (2006:324) prefere a denominação de subprincípio da idoneidade, esclarecendo em seguida:

Esse princípio, também conhecido como subprincípio da adequação, exige que *toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo*. É imperioso assim, que a restrição ao direito atenda a dois requisitos: *em primeiro lugar* que vise a atingir um fim constitucionalmente legítimo; e *em segundo lugar*, que consubstancie um meio instrumentalmente adequado à obtenção desse fim.

O subprincípio da *necessidade* impõe que a medida não exceda os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo almejado. Deve-se lançar mão do menor esforço possível ou buscar o resultado menos gravoso dentre os renunciados. Diante de várias medidas igualmente válidas perante o ordenamento constitucional, deve-se optar por aquela menos lesiva aos direitos dos envolvidos. Por essa razão, Xavier Philippe *apud* Bonavides (1996) define este subprincípio com a máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. Bonavides (1996:361) define-o:

Em outras palavras – conforme o comentário de Maunz/During – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“das Prinzip der Wahl dês mildesten Mittels).

Na perspectiva do presente estudo, tem-se que este subprincípio é fundamental para o intérprete quando este se coloca diante de uma colisão de direitos, pois servirá de norte para a aplicação da solução que cause o menor gravame possível aos envolvidos no caso concreto. Assim, vislumbrando-se duas soluções para a situação conflituosa, escolhe-se aquela que se mostre necessária, exigível para o caso e sem a qual restariam lesados, de forma inaceitável, interesses do cidadão.

O *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* também é denominado razoabilidade (para alguns doutrinadores, de forma imprópria), exigibilidade ou de justa medida. Este subprincípio exige que haja uma ponderação da relação entre os danos causados por determinada medida e os resultados obtidos. Fere-se o mesmo quando da aplicação de medida excessiva, injustificável.

Tendo em vista tais características, Mendes (2002:251) define a sua função: “A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um ‘controle de sintonia fina’, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.

Georg Ress *apud* Bonavides (1996:387) defende a relevância deste subprincípio para a ponderação de interesses na resolução de colisões de direitos. Santos (2001:365), por sua vez, debruçando-se sobre o mesmo tema, expressa-se da seguinte maneira:

Portanto, no caso concreto, a ponderação entre dois direitos fundamentais atingidos pela medida legal restritiva, se justifica pelos objetivos maiores pretendidos pela Constituição, consistindo assim em um exame da proporcionalidade no sentido estrito.

É fácil perceber que o subprincípio em análise representa de fato a estrutura lógica do raciocínio ponderativo, conforme anota Pereira (2006:346):

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que a ele antagoniza e que serve de fundamento à restrição. Em outras palavras, é preciso determinar se o atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensa os prejuízos que desta advêm para os direitos fundamentais. A partir dessa análise, será possível estabelecer uma *relação de precedência* entre os princípios em jogo, a fim de determinar qual deles será aplicado no caso concreto, atuando como *premissa maior* na fundamentação da decisão judicial. Nesse sentido, adota-se aqui a tese de que a estrutura argumentativa da proporcionalidade “encerra o núcleo da ponderação”.

A simples análise dos subprincípios da proporcionalidade é suficiente para elevar este princípio ao patamar de grande ferramenta para a solução de colisão de direitos fundamentais. Esta constatação resta fortalecida com a doutrina de Bonavides (1996:359), segundo a qual o princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional por via dos direitos fundamentais, na medida em que é nesta seara que ele ganha extrema importância e coloca-se no mesmo nível de prestígio e difusão dos princípios cardeais da Constituição, como o da igualdade.

Ademais, ainda de acordo com o citado mestre (1996:360), o princípio da proporcionalidade, além de ser essencial da Constituição, representa mesmo um eficiente instrumento de interpretação, na medida em que aparece como forte aliado

de uma hermenêutica afastada do formalismo puro. Assim se expressa Bonavides (1996:395):

[...] princípio cuja vocação se move, sobretudo, no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels).

Conclui-se, destarte, que, na análise da colisão de direitos, é imprescindível o recurso à proporcionalidade como forma de suavizar a aplicação pura e direta das normas constitucionais, sempre tendo em mente os valores envolvidos e a melhor maneira de otimizar sua aplicação, balizando a interpretação pela efetivação do interesse público, no mesmo momento em que se impede sacrifício aos direitos do indivíduo.

### **2.5.2.3 Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana**

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, traz, em seu art. 1º, o fundamento jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O legislador constituinte brasileiro, atento a esta disposição, fez constar na Constituição brasileira de 1988 aludido princípio entre aqueles determinados como fundamentais para a conformação do Estado Democrático de Direito a ser moldado no Brasil (art. 1º, III da CF/88).

Somente desta sentença já é possível inferir o quão importante é a análise da dignidade da pessoa humana. Para que não reste qualquer dúvida, basta que se leia o que Maritain (1947:10), em obra clássica, vaticinou sobre este princípio: “Sabemos que um traço essencial de uma civilização digna desse nome é a noção e o respeito da dignidade da pessoa humana”.

Não há como afastar a incidência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como elemento balizador de qualquer interpretação constitucional, máxime quando envolvidos direitos fundamentais.

Conforme preconiza Farias (1996:50), há uma grande dificuldade de se precisar o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de seu caráter semântico e estruturalmente aberto. Ingente tarefa é reduzi-lo a uma forma abstrata e genérica. Por esta razão, parte da doutrina entende desnecessário conceitua-lo, visto que se trata de uma idéia imanente à natureza humana. Sua principal característica é que ele assegura um mínimo de respeito ao homem pelo simples fato de ser homem, visto que todos são iguais em dignidade.

Somente no caso concreto podem ser delineados os contornos da dignidade da pessoa humana de forma mais nítida e, ainda assim, por uma perspectiva negativa. Com efeito, somente quando ela é atacada se pode vislumbrar de forma mais clara sua existência. Isto ocorre quando o homem passa a ser desconsiderado como sujeito de direitos. Assim, quando se delineia uma situação de redução do homem a um objeto, estar-se-á diante de flagrante afronta à sua dignidade enquanto ser humano.

Partindo desta constatação é possível enumerar algumas situações nas quais há atentado à dignidade da pessoa humana, com vistas à fixação de seu conteúdo. Neste tocante, doutrina Sarlet (2004a:118), em opúsculo dedicado especificamente ao tema:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forme objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Toda a atividade estatal deve desenrolar-se com total respeito à dignidade da pessoa humana. Esta constatação vale tanto para uma perspectiva

negativa como positiva. Em outras palavras, cabe aos órgãos estatais abster-se de interferir na esfera individual, bem como usar de todo o seu aparato para evitar que terceiros, mesmo que no uso de sua liberdade, afrontem a dignidade de qualquer dos cidadãos.

Diante de tão amplo campo de abrangência, torna-se fácil perceber que o princípio em estudo é a fonte de onde promanam todos os direitos fundamentais. Ou, em outra perspectiva, estes últimos representam verdadeiras concretizações da exigência de respeito à dignidade da pessoa humana. De fato, um indivíduo que tem para si reconhecidos e aplicados todos os direitos fundamentais, está sendo respeitado em sua dignidade. Sobre o assunto Farias (1996:395) é categórico:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o *extenso rol de direitos e garantias fundamentais* consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (Art. 1º, III).

Por todos os motivos já expostos, destarte, é fácil perceber que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana funciona como poderosa arma na complexa tarefa de resolver colisões de direitos fundamentais. Se estes representam desdobramentos, concretizações e exigências daquele, é natural que, em uma eventual interpretação, a dignidade da pessoa humana seja o ponto de apoio e a finalidade a ser alcançada.

Sempre tendo em mente o respeito a este princípio fundamental, o intérprete estará apto a se orientar para a ponderação solucionadora de colisões. Concorde Sarlet (2004a:120-121):

De outra banda, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna.

Barcellos (2002:146) comunga de opinião idêntica:

Como se sabe, os princípios constitucionais – e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana – manifestam as decisões fundamentais do constituinte, que deverão vincular o intérprete em geral e o Poder Público em particular. [...] Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.

Ressalte-se, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser enxergado como absoluto, ou regra axiomática que deve prevalecer em todas as circunstâncias. Na verdade, trata-se de mais um parâmetro a ser utilizado no exercício de ponderação, dotado de grande autoridade, mercê, principalmente, de seu *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (no específico caso brasileiro). Por esta razão deve sempre ser considerado para a solução de colisão de direitos fundamentais, como valor-guia destes (SARLET, 2004a:120).

O Estado, dessa maneira, deve atuar, principalmente por meio da função jurisdicional, sempre tendo como meta o respeito à dignidade humana, seja cuidando para não atentar contra esta, seja possibilitando que sua observância seja efetiva, utilizando-se de todos os meios disponíveis para esta atuação positiva.

Tendo esta constatação como guia, será possível, doravante, estudar alguns dos principais direitos fundamentais aplicáveis à mulher encarcerada, buscando sempre verificar em que medida o atual sistema prisional os tem olvidado, ao mesmo passo em que se propõem novas alternativas para garantir o máximo de efetividade desses direitos.

### **3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO E PROPOSTAS PARA SUA EFETIVIDADE**

Após séculos de lutas e avanços, a mulher logrou alcançar posições na sociedade antes totalmente destinadas aos homens. Ainda há muito a avançar nesse sentido, mas está cada vez mais próxima uma desejada situação de total igualdade entre homens e mulheres.

Esta situação de tratamento igualitário nos diversos setores sociais, entretanto, não pode olvidar as diferenças fisiológicas e psicológicas entre homens e mulheres. Na execução das penas privativas de liberdade, portanto, critérios diferenciados devem ser adotados em relação às mulheres em respeito a estas diferenças. Lemgruber (1999:96) é enfática: “Ser mulher presa implica um série de dificuldades adicionais nem sempre detectadas em prisões masculinas com a mesma intensidade”.

É nesta perspectiva, portanto, que surgem as especificidades dos estabelecimentos femininos, analisadas mais amiúde a seguir. Após examinado este espaço de cumprimento de penas para mulheres, será possível avaliar em que grau vêm sendo observados os direitos fundamentais das encarceradas, bem como alinhar algumas propostas de melhoria destes estabelecimentos, sempre com o desiderato de imaginar prisões nas quais seja respeitada, sempre quanto possível, a dignidade humana. Da mesma maneira, soluções outras que apontem para a total ineficiência dessa forma de cumprimento de pena são apontadas, desde que atinjam este nosso escopo maior.

#### **3.1 Os Estabelecimentos Femininos: Especificidades**

Mirabete (2000:232), após reafirmar a igualdade entre homens e mulheres, elenca as razões do tratamento penitenciário diferenciado:



Entretanto, comum é a afirmação de que a fraqueza física e a superior afetividade da mulher explicam as atenuações que lhe são concedidas no regime de penas. A Ciência Penitenciária tem sustentado sempre que as prisões de mulheres devem ser separadas daquelas destinadas aos homens, pois a presença daqueles exacerba o sentimento genésico dos sentenciados, aumentando-lhes o martírio da forçada abstinência.

A colocação de homens e mulheres em um mesmo estabelecimento, além de afrontar as citadas diferenças entre os sexos, estimulava absurda promiscuidade, que acabava por reverberar com mais violência sobre as mulheres, que, por serem fisicamente mais frágeis, eram submetidas aos arroubos sexuais masculinos, que não raro expressavam-se por meio de graves atentados à liberdade sexual das mulheres.

Nesse sentido, as *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso da Organização das Nações Unidas (ONU)* estabelecem a necessidade de separação no item 8.a. Da mesma forma, as *Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil*, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, inspirada na Carta da ONU, determinou, de forma peremptória, no art. 7º, §1º: “As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios”.

Em nossa ordem jurídica, da mesma forma, a Constituição Federal de 1988 elencou tal princípio no inciso XLVIII de seu art. 5º: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Esta proposição, aliás, é posterior ao estatuído na Lei de Execução Penal, de 1984. Este estatuto legal, em seu art. 82, §1º, dispõe: “A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”.

Lembre-se que a Lei de Execução Penal (LEP) admite, inclusive, que estabelecimentos masculinos e femininos ocupem o mesmo conjunto arquitetônico, desde que devidamente isolados (art. 82, §2º). Assim, funciona, por exemplo, no Estado do Ceará, onde o Instituto Penal Paulo Sarasate (IPPS) – penitenciária masculina - encontra-se no mesmo conjunto arquitetônico do Instituto Penal

Feminino Desa. Auri Moura Costa (IPFDAMC), separados por pouco mais de vinte metros.

Esta atenção às diferenças de sexo no cumprimento das penas representa manifestação do princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no art. 5º, XLVI, da Lei Fundamental brasileira. Este princípio é objeto de exame mais acurado no item seguinte, quando se analisa o rol dos principais direitos fundamentais da mulher encarcerada.

A primeira grande e fundamental diferença entre homens e mulheres é a possibilidade que estas últimas têm de gerar outros seres humanos. São elas dotadas deste sublime dom natural da maternidade. Em respeito a esta condição e atentos à necessidade de proteção da criança, por outro lado, nossa Constituição estabelece em seu art. 5º, L, que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Alexandre de Moraes anota que esta é uma previsão inovadora em termos de direitos fundamentais (2002:338).

De fato, ao mesmo tempo em que impede o desrespeito à dignidade humana da presa, este princípio, ao garantir a permanência do filho em aleitamento junto da mãe, garante à criança, em seus primeiros meses de vida, o recebimento do leite materno diretamente, ao abrigo do carinho e da proteção que só sua mãe pode proporcionar.

Estas disposições constitucionais específicas receberam de Ramidoff (2005:116) a denominação de “feminino constitucional”. Este promotor paranaense, mais adiante, verberou sobre sua importância:

Proposições afirmativas que evidenciem o conteúdo fundamental de tais direitos individuais das mulheres que se encontram privadas de suas liberdades, por certo, é uma importante mutação que não se restringe ao mero âmbito conceitual, mas, sobretudo, proporcionam maior reflexão, quando, não, uma séria e profunda mutação nos processos políticos de formação do jurídico.

A Lei de Execução Penal, procurando dar efetividade a essas exigências constitucionais estabeleceu em seu art. 83, §2º: “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. Mais adiante, em dispositivo mais amplo, a LEP, por meio de seu artigo 89, reza: “Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa”. Dessa forma, a lei busca também evitar que a pena aplicada à mulher passe de sua pessoa para atingir também seu filho em idade lactante.

A estrutura das penitenciárias femininas, portanto, é diferenciada da masculina neste particular. A construção de berçários e creches deve, por sua vez, guardar separação em relação aos locais destinados a alojar as demais presas. Tal situação se justifica em razão da necessidade de tratamento diferenciado às encarceradas que acabaram de gerar um filho, tanto em atenção às carências individuais destas, quanto das crianças que com elas devem permanecer enquanto estiverem em fase de aleitamento.

No Estado do Ceará, esta exigência é plenamente atendida, visto que a creche do Instituto Penal Feminino encontra-se fora do complexo destinado às celas das demais detentas e à administração do estabelecimento. Neste local, as recentes mães recebem tratamento diferenciado em atenção à sua condição, desfrutando de um espaço que, se não é ainda o ideal, garante, pelo menos, condições satisfatórias de salubridade e acomodação destas e de seus filhos.

Outro ponto que merece atenção especial nos estabelecimentos penais femininos é relacionado à assistência prestada à detenta. Com efeito, a Lei de Execução Penal prevê, em seu art. 10, que a assistência ao preso é dever do Estado e tem por finalidade prevenir o crime e orientar o retorno do encarcerado à sociedade. Esta assistência será, de acordo com o art. 11 da LEP, material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Melhor exposição sobre as assistências à saúde, jurídica, educacional e religiosa constará nos itens que tratam do direito à saúde (3.2.6), à educação (3.2.5), assistência jurídica (3.3.4) e liberdade religiosa (3.2.4).

A assistência material corresponde ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, conforme exige o art. 12 da LEP. Já o art. 13 determina que o estabelecimento prisional conterà instalações e serviços que atendam aos presos em suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração. Sendo as necessidades pessoais femininas bem diversas das masculinas, os estabelecimentos femininos deverão contar com estrutura diferenciada no tocante à assistência material, mormente quanto ao fornecimento de produtos e serviços básicos relacionados à higiene.

A assistência à saúde é melhor tratada em capítulo específico, quando da análise do direito à saúde. Destaque-se, no azo, que a assistência médica destinada às mulheres deve ser diferenciada nos estabelecimentos prisionais femininos em razão das diferenças fisiológicas destas em relação aos homens. Por razões óbvias, portanto, é necessário que a estrutura do serviço médico destes locais seja provida de instalações diferenciadas, mormente para a prevenção e o tratamento das enfermidades tipicamente femininas como o câncer de mama e as relacionadas ao aparelho reprodutor feminino.

Com efeito, as assistências material, religiosa e educacional não trazem grandes notas distintivas de aplicação entre estabelecimentos prisionais masculinos e femininos. O avanço real (não apenas formal ou legal) das conquistas femininas, em todos os campos sociais, favorece o tratamento igualitário a ser dispensado pelo Estado na custódia de homens e mulheres. A estas, portanto, devem ser garantidas as mesmas condições que aos homens são destinadas.

Um pouco diferente é a situação quando se trata de assistência social, que, por sua vez, tem a finalidade de amparar o preso e sua família, constituindo o elo entre ambos, na medida em que favorece a comunicação e o contato do preso com seus entes mais queridos. Por outro lado, funciona o assistente social como importante instrumento de favorecimento à ressocialização do recluso, visto que promove a orientação deste na fase final de cumprimento de pena.

Nos estabelecimentos femininos há uma especificidade em relação à assistência social derivada da condição de mãe que acompanha a maioria das presas. Em razão desta peculiaridade, o grande foco do serviço social dos presídios femininos é a assistência aos filhos das reeducandas, normalmente deixados à própria sorte quando da reclusão de suas genitoras. Sobre as específicas dificuldades do serviço social em uma penitenciária feminina, Lemgruber (1999:38), que nos anos 70 realizou ampla pesquisa no Presídio Feminino Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, descreve:

Em relação às necessidades objetivas das internas, o Serviço Social pouco pode realizar, pois não conta com recursos próprios. O mais grave problema com que se defrontam as duas assistentes sociais do Talavera Bruce está relacionado à localização de crianças desaparecidas após a condenação das mães.

Lemgruber (1999) fala de duas assistentes sociais para uma população carcerária de 180 presas. Esta situação é muito mais grave no Estado do Ceará, onde há apenas uma assistente social no Instituto Penal Feminino Desa. Auri Moura Costa, que abriga em torno de 240 presas.

Ainda neste particular, Espinosa (2004:153) observa situação diferenciada em relação à mulher presidiária, a exigir uma atuação mais eficiente do serviço social nos estabelecimentos prisionais femininos:

Interessa-nos destacar que o estigma que normalmente cerca a mulher se origina não só do exterior, mas, igualmente do próprio interior da reclusa, que não aceita a prisão e pretende proteger os que ama, afastando-os, possivelmente para justificar a rejeição que o cárcere provoca.

De fato, a mulher sofre um processo de dupla estigmatização, visto que, criada por uma cultura machista, que lhe reserva os papéis de manutenção e guarda de filhos, a mulher criminosa acaba recebendo mais severa reprovação social, bem como manifesta mais elevada penitência interior, que acaba reverberando em seus

entes familiares queridos. Todas estas circunstâncias clamam, portanto, por um serviço de assistência social especializado.

Mais uma peculiaridade dos estabelecimentos prisionais femininos que não pode escapar à apreciação é a constituição do grupo de servidores penitenciários. De fato, o item 30.3 das *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da ONU* prescreve que a direção destes estabelecimentos deve ser confiada a uma mulher, bem como o corpo de agentes penitenciários deve ser constituído de mulheres. Da mesma forma, as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos no Brasil*, estatuídas pelo Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias, do Ministério da Justiça, estabelece em seu art. 52: “No estabelecimento prisional para mulher, o responsável pela vigilância e custódia será do sexo feminino”.

As razões para esta diferenciação são captadas por Miotto (1992:134):

Uma mulher na direção terá a sensibilidade e compreensão para melhor adaptar o regulamento à condição feminina com suas particularidades e naturais exigências, e igualmente elaborar ou reelaborar a agenda diária. Uma mulher na direção há de saber melhor o que à luz dos princípios, das normas gerais e das leis, é mais acertado para a agenda diária, a fim de haver uma ordem interna e uma disciplina, uma quotidiana vivência (ou convivência) mais adequadas à condição feminina, à dignidade humana das presas, que são primordialmente pessoas, sujeitos de direitos, de deveres e de responsabilidade.

Por fim, é preciso que haja nas diferentes unidades da federação brasileira - ainda em atenção à exigência constitucional de estabelecimentos prisionais distintos em razão do sexo do encarcerado - locais próprios ao cumprimento de penas para mulheres nos diversos regimes prisionais (fechado, semi-aberto e aberto). O que se observa como regra em todo o Brasil é que, para estas, apenas há estabelecimentos para cumprimento de pena em regime fechado, inexistindo locais adequados aos regimes semi-aberto e aberto. O assunto é melhor dissecado quando do estudo do direito à igualdade, em item próprio (3.2.3).

### **3.2 Principais Direitos Fundamentais da Mulher Encarcerada e Propostas de Aplicabilidade**

Não há nenhuma dúvida de que a aplicação de uma pena (mormente a prisão) traz ínsita a necessidade de restrição de determinados direitos daquele que a mereceu, como uma forma de dar cumprimento às finalidades estabelecidas para a resposta penal do Estado ao cometimento de infrações. Assim, com o intuito de promover, a um só tempo, a retribuição (repressão), prevenção (especial e geral), intimidação e ressocialização (reeducação)<sup>8</sup>, o Estado retira do indivíduo uma parcela de seus direitos, normalmente relacionados com a liberdade.

Entretanto, a maioria dos direitos fundamentais – concretizações ou densificações do princípio fundamental da dignidade humana<sup>9</sup> – permanece na titularidade do encarcerado. Foi com esta visão que o legislador de 1984 estabeleceu no art. 3º da Lei de Execução Penal (LEP): “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Em nossa realidade prisional, contudo, o que se verifica é um sedimentado histórico de desrespeito aos direitos fundamentais que permanecem na titularidade do homem preso. Este, diante de nossa realidade carcerária, converte-se, assim, em um mero objeto sobre o qual recai o poder punitivo estatal, sendo desprezados praticamente todos os seus outros direitos fundamentais.

Nesse momento, portanto, passa-se a apreciar os principais direitos fundamentais, tanto em importância, quanto por serem os mais flagrantemente desrespeitados pelo Estado, quando da aplicação da pena privativa de liberdade. A meta é, ao final, apresentar propostas para que o ambiente prisional não se torne, como advertem Fragozo; Catão e Sussekind (1980) um “território no qual as normas constitucionais não tenham validade”.

---

<sup>8</sup> Sobre o assunto, ver capítulo 1, itens 1.1.3.1 e 1.1.3.2

<sup>9</sup> Sobre o assunto, ver capítulo 2, item 2.4.2.3

### 3.2.1 Direitos à Integridade Física e Moral

O principal tema previsto constitucionalmente com relação à proteção da integridade física e moral dos indivíduos é a vedação veemente à tortura e qualquer outro tratamento desumano ou degradante. Nesse sentido dispõe o inciso III do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Este dispositivo constitucional buscou inspiração no art. 5º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, que está assim redigido: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Este importante direito fundamental permanece sob a titularidade do indivíduo, mesmo depois que este é submetido a uma pena privativa de liberdade. Desse modo, o Estado, ao aplicar tal penalidade, não se transforma em titular da disponibilidade sobre a integridade física e moral do preso, posto que a Constituição protege, indistintamente, todos os indivíduos, brasileiros e estrangeiros, em qualquer circunstância.

A acepção da palavra *tortura* foi delineada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), como verdadeiro guia a orientar as diversas ordens jurídicas nacionais que, com a mesma veemência, condenam qualquer forma de tratamento desumano ou degradante. Com efeito, define a ONU no art. 1º da *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, adotada pela Resolução nº 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa, com o fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões, de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido, de intimidar ou coagir essa pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por funcionário público ou qualquer outra pessoa no exercício de função pública, ou por sua instigação, ou com seu



consentimento e aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Da mesma maneira, o inciso XLIII do art. 5º da Constituição, pretendendo dar tratamento austero aos praticantes desse delito, equiparou-o a crime hediondo, localizando-o dentre os mais graves crimes de nossa sociedade, com a aplicação de severo tratamento penal e processual penal. Assim dispõe o citado inciso: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a **prática da tortura**, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (grifo nosso).

Apesar de tratar-se de uma norma de eficácia limitada, a exigir legislação infraconstitucional para que ganhe eficácia imediata e aplicabilidade plena, tal previsão já mostra o posicionamento intransigente do legislador constituinte para com atos de tortura. A lei ordinária disciplinadora desse dispositivo constitucional foi exatamente a de nº 8.072/90 de 25 de julho de 1990, chamada de Lei dos Crimes Hediondos. Por meio desta, ficaram vedados aos praticantes dos crimes nela elencados os seguintes benefícios: anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória<sup>10</sup>, progressão de regime<sup>11</sup>. Por outro lado, as penas dos crimes nela indicados foram aumentadas.

Posteriormente, em 7 de abril de 1997, foi editada lei específica para tipificação e repressão ao crime de tortura. Recebendo da doutrina o nome de Lei de Tortura, a Lei nº 9.455/97 estabeleceu as diversas formas como pode se apresentar este abominável delito.

---

<sup>10</sup> A Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, modificando o regime da Lei de Crimes Hediondos, não mais veda a concessão de liberdade provisória para os praticantes desses delitos.

<sup>11</sup> A Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, modificando o regime da Lei de Crimes Hediondos, não mais veda a concessão progressão de regime, subordinando a concessão deste aos seguintes requisitos: cumprimento de dois quintos da pena, para criminosos primários, e três quintos da pena para criminosos reincidentes. Ver capítulo 1, item 1.2.1 (estrutura geral do sistema prisional brasileiro).

Para cada uma dessas modalidades, os doutrinadores atribuíram um epíteto: a) *tortura-persecutória ou tortura prova* (art. 1º, I, a - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa); b) *tortura-crime ou tortura-para-a-prática-de-crime* (art. 1º, I, b - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental para provocar ação ou omissão de natureza criminosa) c) *tortura-racismo ou tortura-discriminatória* (art.1º, I, c - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental em razão de discriminação racial ou religiosa); d) *tortura-castigo* (art. 1º, II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo).

A Lei 9.455/97 estabelece também norma específica relacionada à repressão de crimes de tortura praticados contra pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade. Assim dispõe o § 1º do art. 1º deste diploma legal: “Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”. Ademais, estabelece como causa de aumento de pena (de um sexto a um terço) o fato de ter sido o crime cometido por agente público (art. 1º, §4º, I).

Não é vã esta preocupação do nosso legislador – tanto constituinte quanto infraconstitucional – em dar tratamento específico à repressão à tortura. Infelizmente, ainda é uma prática constante no Brasil a utilização de tortura como instrumento para a consecução dos mais diversos fins, com destaque para a tortura-persecutória e a tortura-castigo, normalmente levadas a efeito contra as pessoas sob custódia do Estado, seja em caráter provisório, seja para cumprimento de pena privativa de liberdade.

Neste sentido, o relatório anual de direitos humanos da ONU (publicado em 11 de janeiro de 2007) denunciou o Brasil como país onde ainda vigoram as mais variadas formas de tortura. Sobre o assunto, noticiou o Jornal O POVO, na

data de 12 de janeiro de 2007, na página 2 (Ano LXXX, Edição nº 26.179): “No subitem tortura, presente no relatório, mais uma vez a polícia brasileira foi alvo de críticas da ONU”.

Importante salientar, igualmente, que a vedação à tortura é apenas a mais visível face do direito à integridade física e moral. Desse modo, qualquer manifestação desproporcional do rigor disciplinar que caracteriza nossas instituições prisionais, conforme já discutido, que represente atentado à integridade física ou moral dos encarcerados, deve ser rechaçada por atentatória a este direito fundamental. Assim, a aplicação de castigos violentos, despropositados, vexatórios, indignos ou desproporcionais à falta cometida pelo preso – bastante comuns em nosso sistema prisional – é flagrantemente contrária à preservação desta faceta da dignidade humana.

Por fim, tomando por base as condições dos nossos estabelecimentos prisionais<sup>12</sup>, mormente no tocante à superlotação e condições sanitárias, não há como escapar à constatação de que estes representam claro atentado à vedação constitucional do tratamento degradante (art. 5º, III, CF/88), entendido como aquele aviltante, humilhante, restritivo da dignidade.

### **3.2.2 Direito à Intimidade**

A previsão constitucional basilar deste direito fundamental encontra-se no art. 5º, X, da nossa Carta Magna, que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Também no âmbito internacional, está reconhecida a proteção a este direito, pela previsão do art. 12 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a seguinte redação:

---

<sup>12</sup> Sobre o assunto, ver item 1.2.2.

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Os estudos relacionados com este direito constitucional tendem a destacar sua faceta destinada a proteger os indivíduos da interferência indevida da mídia que, sob o escudo da liberdade de expressão e informação, cada dia invade mais a esfera íntima da pessoa, portanto, somente quando se estabelece uma rota de colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, é que este ganha o relevo devido. Neste momento surgem as vozes contrárias à intromissão ilícita na vida privada.

No entanto, este direito fundamental tem contornos muito mais amplos e deve ser invocado em qualquer situação de intromissão indevida de terceiros a um espaço individual da pessoa, mesmo quando praticada pelo Estado. Este espaço abrange não só as relações de trato íntimo do indivíduo, mas também os relacionamentos familiares, de amizade e sociais.

Este é um dos direitos mais atingidos pela aplicação da pena privativa de liberdade. Com efeito, o encarcerado, ao precisar ser submetido a constante vigilância para o bem da disciplina prisional, bem como com o intuito de evitar fugas, sofre interferência direta em seu direito de intimidade. Ressalte-se que esta interferência, quando mantida dentro de critérios de proporcionalidade, mostra-se necessária para que a pena possa cumprir suas finalidades, para a manutenção da ordem social turbada pela ação criminosa do indivíduo agora encarcerado.

Entretanto, saliente-se que a aplicação da pena de prisão não tem o condão de afastar por completo a incidência do direito à intimidade. Este permanece incólume na parcela não atingida pela já citada necessidade de manutenção da disciplina prisional. Assim, a intromissão na esfera individual do preso deve ser somente aquela necessária e suficiente para garantir a finalidade da pena. Qualquer atuação que ultrapasse este intuito será atentatória a este direito fundamental e como tal deve ser veementemente repudiada.

Como exemplos de práticas condenáveis nesta seara, podem-se citar excessos na utilização de câmeras para vigilância dos reclusos. Logicamente que estas são necessárias para que haja um controle da situação do presídio, visando, inclusive, a proteção do próprio preso contra agressão perpetrada por outros presos ou, principalmente, por agentes do Estado encarregados de sua custódia. Entretanto, o local de colocação e a quantidade destes instrumentos de vigilância não devem ir além do necessário para o atingimento desta finalidade.

De fato, o preso deve contar com um espaço de atuação individual que não sofra qualquer interferência, mesmo que com intuito de vigilância. Neste espaço podem ser incluídas as visitas de familiares, íntimas, ou do procurador judicial do apenado.

Da mesma forma, pode ser considerada atentatória a este direito fundamental a superexposição midiática da pessoa reclusa, principalmente quando esta vem impregnada de caráter ridicularizador da figura do preso. É fato que a veiculação de notícia relacionada à prática de crimes ou mesmo das condições em que são cumpridas as penas de prisão no Brasil é importante do ponto de vista informativo e mesmo com a finalidade de melhoria da realidade. Todavia, quando esta exposição carrega também o intuito de execrar publicamente o criminoso ou expô-lo ao ridículo, acaba representando grave violação do direito à intimidade deste. Sem esquecer que este criminoso deverá receber a punição prevista em lei para o delito cometido, não sendo necessária qualquer sanção adicional, representada pela execração pública. No mesmo passo, tal forma de agir dos meios de comunicação representa inquestionável atentado ao direito à imagem da pessoa, encartado no inciso X do art. 5º. da Constituição Federal de 1988.

Em estabelecimentos femininos este direito deve ser apreciado de forma ainda mais cuidadosa visto que, conforme já aludido, a mulher encarcerada incorpora papéis sociais diversos, geralmente relacionados à sua condição de mãe. Seu espaço de intimidade torna-se, portanto, mais amplo, na medida em que deve incluir o contato mais fraterno e livre de interferências com seus filhos. Do mesmo modo, a mulher tem culturalmente uma conduta mais recatada, sendo mais

suscetível à interferência em sua vida privada. Sua intimidade é, por essa razão, mais “sensível” a indevidas investidas.

É imprescindível, portanto, que os locais de encarceramento da mulher contem com estrutura adequada à proteção de tão particular condição de intimidade. Os locais de convívio com os filhos, maridos e companheiros das encarceradas devem caracterizar-se pela discricção e ausência de agentes de disciplina prisional, a fim de possibilitar às presas o desejado contato com seus entes queridos, em atenção ao seu direito de intimidade e proteção à vida privada, elementos indispensáveis para um cumprimento de pena digno.

Ainda atentos à especial condição da mulher no tocante à proteção de sua intimidade, apontam-se, para eloquentemente condenar, as vistorias feitas nestas detentas quando estas precisam deslocar-se para audiências, hospital ou para visita íntima aos seus companheiros também reclusos. É fato que esta vistoria é necessária em virtude da conhecida incidência de transporte de drogas, armas e celulares para o interior dos presídios, entretanto, é importante verificar a forma como ela é realizada, a fim de que não o seja de forma desproporcional, a ponto de representar atentado à intimidade dos presos.

No tocante às mulheres, há relatos de que tal ocorre de maneira extremamente vexatória, visto que invade desnecessariamente a sua esfera mais íntima, por meio de métodos que vão desde a retirada de toda a roupa da detenta até a colocação de instrumentos em sua vagina. Há, neste particular, invasão indevida ao direito de intimidade sob o pretenso argumento de combate a práticas ilícitas, normalmente transporte de drogas.

### **3.2.3 Direito à Igualdade**

Na ordem jurídica brasileira, o direito à igualdade é o primeiro enunciado constante do artigo que abre o elenco dos direitos individuais e coletivos, no título constitucional destinado aos direitos fundamentais (Título II). Assim dispõe o art. 5º:

“Todos **são iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (grifo nosso).

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em vários momentos também trata de albergar este direito fundamental, demonstrando a enorme preocupação, no âmbito internacional, com a igualdade entre as pessoas dos mais diversos Estados, aqui tratados todos como “homens do mundo”, e não de uma pátria específica. Assim, em seu artigo inaugural, reza: “Todos os homens nascem livres e iguais, em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

No mesmo sentido, a primeira parte do art. 2º: “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” Semelhante ao enunciado no artigo 5º, *caput* de nossa Constituição, é o art. 7º da Carta da ONU: “Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Avulta de todas estas disposições legislativas a necessidade de afastar quaisquer formas de discriminação injustificada. Logo, todos os indivíduos devem ter tratamento idêntico pela lei, de acordo com critérios preestabelecidos pelo ordenamento, sem que haja preferências infundadas em benefício de uns e em detrimento de outros, colocados na mesma situação jurídica. Isto porque há situações em que o tratamento desigual é necessário exatamente para observar as peculiaridades das situações desiguais. É dessa forma que se manifesta a equidade: tratamento desigual, de situações desiguais, na medida de suas desigualdades.

Todos os esforços da República Federativa do Brasil devem ser direcionados à consecução desta igualdade, pois, conforme estabelece a Lei Fundamental em seu art. 3º, IV, um de seus objetivos fundamentais é exatamente “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Sobre a forma legítima de estabelecimento de tratamento desigual ensina Moraes (1998:92-93):

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

As circunstâncias ou condições de caráter pessoal do indivíduo não podem ser utilizadas para, por si só, anular ou relativizar esse direito fundamental. Por esse motivo diz-se que este representa uma condição indispensável para o exercício regular de outros direitos. Em outros termos, não há como garantir a observância dos demais direitos fundamentais se faltar a base representada pelo direito à igualdade de tratamento.

Os contornos jurídicos e a verdadeira finalidade do princípio da igualdade em nossa ordem constitucional foram expostos em julgado do STF, cujo teor é o seguinte:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua



formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (Pleno – MI nº 58/DF – rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 abr. 1991, p.4.580).

Estabelecidas as formas de manifestação do direito à igualdade, é mister que se fixem as condições em que este se apresenta no ambiente prisional. Desse modo, tem-se por legítimo o tratamento desigual dos presos em determinadas situações, como decorrência de sua condição de cumpridores de uma reprimenda penal. Entretanto, não pode esta condição ser alegada para que haja discriminação superior à condizente com a finalidade da pena.

O fato de um indivíduo estar preso não implica que deverá, em todas as circunstâncias, receber tratamento diferenciado, mormente quando tal implique em desconsiderar sua dignidade humana. Isto porque o âmbito de proteção<sup>13</sup> deste direito fundamental alcança a vedação a discriminações de qualquer natureza. Desse modo, desde que estas sejam infundadas, despropositadas ou desproporcionais, devem ser rechaçadas por atentatórias aos limites imanentes a este direito.

Além da impossibilidade de haver discriminações dos presos em relação aos indivíduos não presos, há que se destacar, ademais, a impossibilidade de tratamento desigual entre os presos. Dessa forma, não pode haver favorecimentos (ou restrições) a certo grupo de presos em razão de sua condição social ou mesmo por razões de nacionalidade, raça, cor, religião etc.

Esta exigência não é desatendida com o estabelecimento de tratamento diferenciado para os presos como decorrência do princípio de individualização da pena. Nesta hipótese, o tratamento é diferenciado por exigência deste outro princípio constitucional, com o intuito de, atentando-se para condições peculiares de cada

---

<sup>13</sup> Sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ou limites imanentes, ver capítulo 2, item 2.5.1.1.

indivíduo, aplicar-se medidas mais adequadas à sua reeducação e reinserção social. Assim é que se afigura possível, por exemplo, um tratamento diferenciado em razão da idade ou da personalidade de cada preso.

Um outro momento de manifestação do princípio da igualdade pode ser observado no inciso I do art. 5º da Constituição Federal: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O legislador constituinte, dessa maneira, coaduna-se com o reconhecimento dos direitos à igualdade da mulher em relação ao homem, procurando estabelecer paridade de tratamento a todos os seres humanos, independentemente de seu sexo, superando, portanto, séculos de discriminação às mulheres.

Por outro lado, não quer significar este dispositivo constitucional que homens e mulheres receberão tratamento igualitário em todas as situações. Este somente será exigível se houver igualdade de condições materiais entre os dois sexos, no caso concreto. Se, ao contrário, houver situação de desnível, o tratamento deverá ser desigual com a finalidade de aplainar as desigualdades materialmente existentes. Jamais poderá haver, contudo, tratamento diferenciado com o intuito de estabelecer privilégios injustificados em benefício de um sexo e em prejuízo do outro. Sobre a ausência de discriminação de sexo, diz Lucas Verdú (1984:336):

Anticipemos que aquella armonización es *posible*, aunque difícil; *necesaria*, aunque no rápida, porque no depende exclusivamente de un *fiat!* Legislativo; *deseable*, aunque algunos – incluidas bastantes mujeres – no la quieran. En definitiva, es perfectamente *democrática* ateniéndose al principio mayoritario, pues las mujeres son algo mas que la mitad de los ciudadanos, lo cual no significa que la mayoría femenina esté legitimada para imponer una dictadura o predominio sobre los varones como respuesta a su largo periodo de sometimiento.

Infelizmente, no sistema prisional brasileiro, ainda são muitas as manifestações discriminatórias em relação à mulher. Não bastasse a sobrecarga com o estigma que a acompanha de forma ainda mais violenta<sup>14</sup>, a mulher presa tem de conviver com um sistema de bases nitidamente machistas, em cujo interior

---

<sup>14</sup> Sobre a dupla estigmatização que acompanha a mulher presa, ver item 3.1 deste estudo.

somente sobrevivem seres embrutecidos, aptos a viver em um ambiente de repressão e violência.

Conforme observado no Estado do Ceará, a primeira e mais visível manifestação da discriminação em relação às mulheres no sistema prisional é a inexistência de estabelecimento apropriado a receber mulheres que alcançaram o regime semi-aberto de cumprimento de pena. Assim, as presas demonstram aptidão para alcançar o regime de semi-liberdade, preenchendo todos os requisitos legais para tanto, mas são obrigadas a permanecer recolhidas no estabelecimento destinado às reeducandas, em regime fechado.

Na prática, o que ocorre é que o juízo da execução criminal reconhece o regime semi-aberto para a reeducanda, mas esta permanece sob os rigores do regime fechado, em evidente afronta ao princípio da individualização da pena e, escancaradamente, ao direito de igualdade. Isto porque, para os homens, há em nosso Estado a Colônia Agropastoril do Amanari (com toda a estrutura pertinente), para onde são recambiados aqueles que estão em regime semi-aberto. Desse modo, nossas mulheres estão sendo penalizadas pela omissão do Estado em prover estabelecimento adequado para abrigar mulheres em regime semi-aberto.

Sobre a evidente ilegalidade desta situação já decidiram reiteradas vezes o STF e o STJ:

STF: Regime de cumprimento de pena: concedido o regime inicial semi-aberto, não é dado impor a permanência do condenado, em regime fechado, à espera de vaga em estabelecimento adequado àquele menos severo que lhe foi deferido na sentença: informada a existência de vaga para o regime semi-aberto, concede-se parcialmente o *habeas corpus* para que, uma vez preso, seja o paciente imediatamente encaminhado ao estabelecimento adequado à sua aplicação (HC 76.930-9-SP, DJU de 26-8-99, p.2).

STJ: RHC. Regime prisional semi-aberto. Falta de vaga em estabelecimento próprio. 1 – A imposição ao condenado de regime prisional mais grave, diverso daquele que lhe foi imposto pela sentença, sob o fundamento de falta de vaga em estabelecimento adequado, configura constrangimento ilegal. 2 – Precedentes do STJ, RHC nº2.443/SP e RHC 1.731/SP. 3 – Ordem concedida” (RSTJ 88/2983).

Enquanto não construída a citada unidade prisional, a solução que se aponta como mais consentânea com os direitos fundamentais é a concessão do direito a estas reeducandas de permanecerem em prisão domiciliar, com a obrigação de recolhimento aos finais de semana a uma seção do presídio feminino - especialmente destinada para este fim - onde seriam ministrados cursos relacionados ao objetivo ressocializador da pena. Assim estaria momentaneamente afastada esta evidente discriminação - perpetrada pelo Estado - em relação às mulheres presas, que recebem tratamento mais gravoso que os homens no cumprimento de sua pena.

Da mesma forma, o que se verifica como regra no Brasil é a inexistência de estabelecimentos adequados a abrigar mulheres sujeitas a medidas de segurança, aplicadas, normalmente, quando estas representam perigo à sociedade, mas que são inimputáveis em razão de desenvolvimento mental prejudicado.

No Estado do Ceará, por exemplo, há o Instituto Psiquiátrico Gov. Stênio Gomes para abrigar os homens sujeitos à medida de segurança. Já as mulheres na mesma situação, quando não ficam juntas daquelas que estão em regime fechado (com infável tratamento inadequado à sua condição), são deslocadas para a rede pública de atendimento de pessoas com patologias mentais, sob escolta.

Ambas as soluções são ilegais: a primeira, por submeter à reclusão pessoas que, na verdade, merecem tratamento médico adequado, em um ambiente aparelhado para tanto; a segunda, por imiscuir pessoas perigosas ao convívio social (e por isso submetidas a medida de segurança) em hospitais que abrigam doentes não perigosos, além de forçar o deslocamento de escolta especializada para impedir novas ações criminosas ou fuga.

Uma outra manifestação do caráter discriminatório do sistema prisional dá-se quando da realização de visitas íntimas entre companheiros presos. No Estado do Ceará, funciona da seguinte forma: o preso (homem) preenche um formulário com o serviço social do estabelecimento prisional em que se encontra, requerendo a visita íntima de sua companheira que está no Instituto Penal Feminino. Este "requerimento" é enviado ao Serviço Social deste último estabelecimento, que

comunica seu teor à presa e preenche formulário semelhante. Posteriormente, a Direção do presídio (ou o defensor público nele atuante) solicita ao juiz a autorização da visita íntima: concedida esta, a mulher é encaminhada, sob escolta, para o “pernoite” com seu companheiro.

Ocorre que não é dado à mulher o direito igual de, dirigindo-se ao Serviço Social do Penal Feminino, requerer a visita íntima de seu companheiro. Em síntese: somente o homem pode iniciar este procedimento de visita íntima, valendo-se do Serviço Social do presídio masculino, sendo vedado à mulher que o faça. E o que pode ser ainda pior, somente a mulher se sujeita ao constrangimento de submeter-se à vistoria<sup>15</sup> e de ser levada escoltada para a visita íntima, a realizar-se no estabelecimento prisional masculino.

Conforme já demonstrado, não cabe mais em nossa atual ordem constitucional esta forma flagrante de discriminação. Urge que o direito à visita íntima do preso seja exercido de igual forma pela mulher, sem que o impeça qualquer argumentação apoiada em razões de segurança ou qualquer outra. O Estado tem obrigação de garantir a estrutura necessária para que à mulher seja dado o mesmo direito, em obediência ao direito de igualdade, exatamente porque este conta com muito maior “peso”<sup>16</sup> que meras conveniências administrativas.

De fato, segundo Lucas Verdú (1984:340), ainda há muitas regras sociais que excluem o gênero feminino com tanta ou mais eficácia que as regras jurídicas. De acordo com o constitucionalista espanhol (1984:340):

Existe un conjunto de elementos, que ya citamos, los cuales limitan eficazmente las disponibilidades femeninas. No son siempre prohibiciones jurídicas. Son usos sociales, impedimentos ancestrales, imposiciones ideológicas y religiosas que contribuyen a configurar el condicionamiento del llamado sexo débil. Estas limitaciones comienzan a operar en la vida cotidiana donde se desenvuelve gran parte del desarrollo de la persona.

---

<sup>15</sup> Sobre os excessos realizados nas vistorias, em evidente afronta ao direito à intimidade, ver item 3.2.2.

<sup>16</sup> Sobre a ponderação de bens na interpretação, ver item 2.5.2.

A luta pela igualdade, destarte, não pode se resumir a uma luta por avanços jurídicos somente (estes, inclusive, têm ocorrido de forma satisfatória), mas com foco nas imposições sociais enraizadas em nossa cultura.

### **3.2.4 Direito à Liberdade**

Este é o direito com âmbito de proteção mais invadido com a aplicação da pena. De fato, a pena de prisão foi pensada exatamente como uma forma de privar a liberdade como retribuição estatal à prática de um delito. Cerceando este direito do indivíduo, o Estado, a princípio, buscava incutir (primeiramente por meio da religião), os valores dominantes na sociedade. Era exatamente esta a linha mestra de atuação do modelo penitenciário pensilvânico, conforme já analisado<sup>17</sup>. Mesmo com a evolução ao sistema progressivo, hoje predominante, a restrição à liberdade permanece como ponto fundamental.

Todavia, o direito à liberdade manifesta-se de muitas maneiras, não se restringindo ao mero direito de livre locomoção. Este, realmente, fica tolhido praticamente em sua integralidade, visto que o preso é submetido às regras estabelecidas pelo sistema prisional, do qual recebe o necessário para seu sustento, enquanto impedido de livremente locomover-se. Esta forma de privar a liberdade já foi veementemente combatida por infantilizar o indivíduo, tornando-o dependente e inapto a prover a própria subsistência quando colocado de volta ao convívio social<sup>18</sup>.

Em nossa ordem constitucional, podem-se verificar várias manifestações do direito à liberdade, que empresta sua natureza a diversos direitos fundamentais. Reiterando o propósito de expor apenas os principais contornos daqueles direitos mais relevantes para nosso objeto de estudo, destacam-se três: a liberdade de expressão, liberdade de consciência e crença (e liberdade religiosa) e a liberdade de reunião.

---

<sup>17</sup> Ver item 1.1.3.3

<sup>18</sup> Sobre o processo de infantilização do preso e a prisionização, ver item 1.1.3.2.

Sobre a liberdade de expressão (ou de pensamento) reza o art. 5º em seu inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Na ordem internacional, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 19, preceitua: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão: este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Segundo ensina Miranda (1993:399-400), trata-se de um nítido direito individual, decorrente da liberdade de pensamento e representando mesmo uma garantia desta. Ademais, este direito fundamental representa um dos pilares da sociedade democrática, cuja existência pressupõe o pluralismo de idéias. Efetivamente, a História mostra que a primeira providência dos regimes autoritários é, de alguma forma, restringir o direito de livre manifestação do pensamento dos cidadãos, como forma de imposição de um pensamento único.

Este direito fundamental não é tolhido em sua plenitude com a aplicação da pena privativa de liberdade. Aos presos deve ser garantido o direito de livremente exercitar seu pensamento, o que não se limita ao direito de falar o que se pensa, mas também o de ouvir, assistir e ler. O direito de falar abrange, inclusive, o de formular denúncias acerca da situação carcerária, bem como o de sugerir mudanças. O direito de assistir justifica a negativa do preso em presenciar filmes ou espetáculos que não considere importante, sem que isto possa importar em aplicação de penalidades.

Já o direito de ler, ao mesmo tempo em que limita a atuação do Estado, que deve estar impossibilitado de impedir este exercício, impõe a atuação positiva deste, na medida em que exige que forneça aos presos o material necessário (livros, revistas, jornais) para o efetivo exercício desse direito. Com efeito, verifica-se, neste particular, uma aproximação ao direito à informação, que também deve ser mantido, apesar da pena de prisão, já que assegurado a todos, com base no art. 5º, XIV, da Constituição.

No tocante à liberdade religiosa, esta vem encartada em dois incisos do art. 5º de nossa Constituição, a saber: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” e “VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Como paradigma de extensão desse direito fundamental, dispõe a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da Organização das Nações Unidas (ONU), através de seu artigo 18: “Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

De acordo com a doutrina de Ribeiro (2002:37), a liberdade religiosa abrange a liberdade de crença (o direito de escolher em que se acredita) e a liberdade de culto (exteriorização da liberdade religiosa, direito de cultuar sua religião pelos rituais próprios). Silva (1995:241) trata, ainda, de uma terceira manifestação: a liberdade de organização religiosa, que indica os qualificativos da personalidade jurídica das igrejas. Para que haja liberdade religiosa, é imprescindível que seja prevista a liberdade de consciência, ou seja, a possibilidade de acreditar ou não.

Atento ao caráter duplo desse direito fundamental, ensina Hesse (1998:298-299):

Como *direitos subjetivos*, eles garantem a liberdade de confessar uma fé ou uma ideologia, individual ou comunitariamente, ou também, de recusar ou de calar sobre ambas [...] Como elemento fundamental da ordem objetiva, democrática e estatal-jurídica, a liberdade de fé, confissão e culto fundamenta a neutralidade religiosa e ideológica do Estado. Como pressuposto de um processo político livre e como base da estatalidade jurídica atual.



Esse direito fundamental representa, portanto, um dos pilares de sustentação de um estado constitucional democrático, visto que assegura aos seus administrados a possibilidade de livremente adotar as crenças e professar os cultos que lhe aprouverem, como também o direito de em nada crer. Representou um avanço da formação do Estado moderno, em sua fase de emancipação em relação ao poder da Igreja, o que redundou no Estado laico, desvinculado dos dogmas religiosos.

No âmbito do sistema prisional, há que ser respeitada esta liberdade religiosa em sua integralidade, posto que não alcançada pela pena privativa de liberdade. Assim, os cultos religiosos nestes estabelecimentos não devem ser de presença obrigatória, nem deve haver aplicação de sanções de qualquer natureza para aqueles que não concordarem em participar dos cultos promovidos pela Direção do estabelecimento prisional.

Por outro lado, a par deste dever de não interferência na escolha da crença de cada indivíduo, ao Estado cabe criar condições para materializar a realização de cultos das mais diversas religiões professadas pelos internos, como forma de garantir a aplicabilidade da liberdade de religião, mormente na faceta referente à liberdade de culto.

Assim, o legislador constituinte, com vistas a promover esta prestação material do Estado, e ademais, atento à dificuldade de exercício da liberdade religiosa no interior de entidades de internação coletiva, estabeleceu no art. 5º, VII: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Esta norma, apesar de sua natureza eminentemente programática, tem o condão de fomentar a prestação de assistência religiosa nestes estabelecimentos (dentre os quais se enquadram o presídio e a penitenciária), pelas mais diversas religiões. Não há nesta disposição qualquer afronta à laicização do Estado brasileiro, visto que, neste inciso constitucional, está previsto um direito individual e não uma imposição estatal.

Na realidade, de nada adiantaria garantir a liberdade religiosa sem que o preso tivesse condições de se congregar com os demais praticantes de seu credo,

através do ritual próprio de sua religião. Mais uma vez exige-se do Estado uma atuação positiva, a par da simples abstenção. Destarte, não cabe ao Estado somente abster-se de embaraçar a liberdade religiosa, mas também prover o estabelecimento de condições de abrigar os cultos das mais diversas religiões, sem privilégio de umas em detrimento de outras. Nesse sentido, determina a LEP em seu art. 24 e parágrafos:

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Observados os elementos necessários à verificação da liberdade religiosa, passa-se à análise da liberdade de reunião. A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º, “XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. Na mesma linha - e com o mesmo intuito - é a previsão da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu artigo 20: “I - Todo homem tem direito à liberdade de associação pacífica; II – Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.

Trata-se, como já percebera Hesse (1998:313), de uma manifestação coletiva de liberdade de expressão, representada pela associação eventual de pessoas com o intuito de trocar idéias e expor opiniões, defender interesses ou fazer reivindicações. Decorre da liberdade de manifestação do pensamento que deve permear um Estado Democrático, moldado para conviver com o contraste de idéias e opiniões. Demonstrando a imbricação entre liberdade de reunião e de manifestação, afirma Miranda (1993:427):

No conceito de reunião entra o de manifestação: está é uma *reunião qualificada* – qualificada não tanto pela forma (concentração, comício, desfile, cortejo, passeata) quanto pela sua função de expressão de idéias, crenças, opiniões, posições políticas ou sociais, permanente ou conjunturais.

Mesmo no âmbito de um estabelecimento prisional, este direito fundamental deve encontrar aplicabilidade. Com efeito, apesar do poder disciplinar, que recai sobre os presos como uma forma de manter a ordem interna e evitar as fugas, deve ser assegurado aos internos o direito de comunicação entre eles, embora o exercício deste direito não seja tão amplo como o verificado extra muros.

Dessa forma, não basta, por exemplo, o “prévio aviso à autoridade competente” para que a reunião se realize. É mister que esta aconteça dentro de um período compatível com as atividades normais do estabelecimento prisional, mas com tempo e liberdade suficientes para que haja manifestações lícitas do pensamento dos encarcerados, mesmo que estas representem reivindicações por melhores condições de sobrevivência no cárcere.

Ao impedir ou dificultar o exercício desse direito fundamental dos presos, o Estado abre um espaço a ser ocupado por organizações como o Primeiro Comando da Capital (PCC), que surgem com o intuito declarado de congregar opiniões dos presos na luta por melhores condições de vida na prisão, e acabam transformando-se em poderosas organizações criminosas, com ramificações entranhadas, inclusive no Poder Público.

Diante desse quadro, estas organizações criminosas encontram o ambiente perfeito para a arregimentação de novos adeptos: um sistema prisional falido, que não dá outras alternativas de vida àqueles que a seus rigores são submetidos. No vácuo deixado pelo Estado, emergem manifestações de autotutela, contrapostas à ordem legítima estabelecida.

### 3.2.5 Direito à Educação

Esse direito fundamental, considerado pela doutrina um direito de segunda dimensão ou geração<sup>19</sup>, encontra receptividade na Constituição Federal brasileira em seu art. 6º, assim redigido: “ São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ademais, a demonstrar o caráter de direito social, exigindo uma efetiva prestação material do Estado para garantir sua aplicabilidade, a educação mereceu seção à parte no texto constitucional (Seção I do Capítulo III do Título VIII), na qual está estatuído o dever do Estado de garantir sua observância. Assim, os artigos 205 a 214 do texto constitucional são dedicados aos delineamentos do direito dos indivíduos à educação e à forma como o Estado deverá desincumbir-se do dever de prestá-la. O artigo inaugural desta seção, o art. 205, está assim construído: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Assim dispondo, a nossa ordem constitucional alberga como fundamental um direito já encartado na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), que em seu art. 26 dispõe:

- I - Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
- II – A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais [...]

---

<sup>19</sup> V. item 2.4.2 deste estudo, sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

Ambos os textos legislativos apontados deixam perceber a tríplice finalidade da educação, explícita na Constituição brasileira: o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo desta para a cidadania e sua qualificação para o trabalho. Dessa maneira, o âmbito de proteção desse direito fundamental é bem mais amplo do que a mera instrução. Sobre o assunto, manifesta-se Piaget (1973:40):

A educação como direito de todos, portanto, não se limita em assegurar a possibilidade da leitura, do escrito e do cálculo. A rigor, deve garantir a todos o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondem ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual.

Diante de tão amplo campo de incidência, resulta claro que a educação é um dos pilares de sustentação do Estado, na medida em que (desde que efetivada) garante que este será gerido por um povo dotado de conhecimentos de seus direitos e deveres. Dessa forma, evita-se, como adverte Chalita (2001:105), que o povo fique à mercê de uma classe dominante, sem instrumentos para compreender quais são suas prerrogativas e quais as do Estado.

Em última análise, o acesso à educação representa uma das formas de realização do ideal democrático, como ensina Linhares (2004:155). De fato, somente garantindo igualdade de acesso ao conhecimento, o Estado dá aos cidadãos a possibilidade de participar conscientemente do processo de formação da vontade estatal. Em outros termos, somente um povo educado para a cidadania pode apear-se das influências e artifícios da classe dominante. Apenas por meio da educação pode haver efetiva participação política. Idêntico é o entendimento de Gomes (2005:93-94):

A construção e vivência da democracia pressupõe a possibilidade de efetiva participação de todas as pessoas em prol dos *valores* que compõem o *conteúdo do ideário democrático*. Isso somente se torna possível se a educação estiver ao alcance de todos. Em tal regime assume-se que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição” (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Isso pressupõe que o *povo* seja suficientemente *esclarecido* a respeito de seu papel político ativo, de sua capacidade para atuar seja por meio dos representantes que lhe compete eleger, seja diretamente, nos casos

previstos no texto constitucional (CF/88, art. 14, I, II e III). Tal esclarecimento é fruto da educação. (grifos no original).

Por fim, saliente-se que o direito à educação, ao abrir espaço para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano, representa importante instrumento de respeito ao princípio fundamental da dignidade humana, encartado no art. 1º da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. A existência deste, portanto, está condicionada à efetivação desse direito fundamental e sua extensão a todas as pessoas, sem distinções de qualquer natureza.

Quanto ao direito à educação da população encarcerada, elencam-se três principais motivos para que o Estado dispense atenção especial a este tema: a) o caráter de fundamentalidade do direito à educação, como densificação do princípio da dignidade humana (tratado no parágrafo anterior); b) o fato de que a população prisional é formada, em sua esmagadora maioria, por pessoas já alijadas do processo de inclusão social (conforme já discutido alhures)<sup>20</sup>; c) a finalidade reeducadora da pena de prisão

Em primeiro lugar, não é possível, sob nenhum pretexto, afastar dos presos o direito de acesso aos meios de desenvolvimento de sua personalidade. Como já discutido, a pena privativa de liberdade não retira do preso a sua dignidade enquanto ser humano. Assim, todas as emanações deste princípio fundamental - não alcançadas pela sentença - devem ser mantidas intactas. Destarte, educar os reclusos permanece como um direito destes e como um dever do Estado.

Em segundo lugar, o fato de ser a população carcerária formada em sua maioria por pessoas colocadas à margem da sociedade já constitui fator fundamental a exigir do Estado atenção diferenciada. Com efeito, se cabe a este, por exigência constitucional, promover e incentivar a educação de todos, logicamente através de atuação interventiva (positiva, prestacional), seu foco deverá ser as camadas populacionais mais distantes do acesso a esse direito.

---

<sup>20</sup> Sobre o assunto v. item 1.1.3.2, que trata dos efeitos efetivamente alcançados pela pena de prisão.

É visando aos excluídos da comunidade que o Estado deve concentrar esforços, com o desiderato de reduzir o fosso entre estes e as camadas favorecidas, às quais já são facultados (como fruto do poder econômico) todos os acessos aos bens culturais e educacionais. Aos presos, com muito mais razão, deve ser direcionada uma política educacional diferenciada, em razão do duplo alijamento de que são vítimas: o social, anteriormente à prisão, e o decorrente do seu isolamento, como conseqüência da aplicação da sanção.

Por fim, urge que a educação seja tratada com seriedade no ambiente prisional em razão da própria finalidade ressocializadora inerente à pena de prisão<sup>21</sup>. Sem repetir a discussão sobre a possibilidade ou não de ressocialização<sup>22</sup>, esta é, indiscutivelmente, uma meta da execução penal, como, aliás, deixa explícito o art. 1º da Lei de Execução Penal. Desse modo, atendendo ao sentido emprestado ao termo ressocializar (incutir os valores consensualmente adotados pelo grupo social), é importante que o Estado construa um ambiente de transmissão desses ideais no interior do estabelecimento prisional.

Assim agindo, ao cumprir uma obrigação imposta pela Constituição, o Estado, ao mesmo tempo, garante o acesso a um direito fundamental importante para o desenvolvimento do preso enquanto ser dotado de dignidade humana.

Como fato em nosso sistema prisional, o que tem feito o Estado, infelizmente, quando muito, é apenas dotar os estabelecimentos de escolas destinadas a fornecer a chamada educação formal, restringindo-se a ensinar operações elementares do conhecimento (ler, escrever e fazer alguns cálculos matemáticos), sem qualquer preocupação com a formação e aperfeiçoamento da cidadania dos indivíduos, nem com o desenvolvimento de atividades destinadas à sua qualificação técnico-profissional.

Dessa forma, o Estado, ao mesmo passo em que desrespeita a dignidade humana, agrava a situação de uma população já carente e compromete a função

---

<sup>21</sup> Sobre a finalidade ressocializadora da pena de prisão, ver item 1.1.3.1, “c”.

<sup>22</sup> Tema amplamente discutido nos itens 1.1.3.1 e 1.1.3.2.

reeducadora da pena de prisão. Em resumo, fracassa quanto ao tríplice fundamento apontado como base do direito à educação no sistema prisional.

### 3.2.6 Direito à Saúde

O direito à saúde, da mesma forma que o direito à educação, é um dos direitos de segunda dimensão ou geração<sup>23</sup>, e está previsto também no já citado art. 6º da Constituição Federal brasileira. Este direito fundamental, da mesma maneira, recebeu tratamento especial do constituinte brasileiro de 1988, que lhe dedicou seção específica no texto constitucional (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Os artigos 196 a 200 da Constituição compõem a forma como o Estado tratará as ações garantidoras da saúde da população brasileira.

Por representar autêntico direito social, o direito à saúde também carrega a exigência de prestações positivas do Estado para sua efetivação. Assim, conforme o art. 196 da CF/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

No plano internacional, no mesmo diapasão, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), que em seu art. 25, primeira parte, determina:

I - Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

---

<sup>23</sup> V. item 2.4.2 deste estudo, sobre as dimensões dos direitos fundamentais.



O ponto comum da disposição internacional e de nossa ordem interna é a preocupação com a manutenção de uma vida saudável, seja a partir de medidas preventivas, seja pela adoção de medidas curativas. O fato é que ambas visam à preservação da vida humana e da integridade física e mental das pessoas. Em outras palavras, o direito à saúde está diretamente conectado com o direito a estes dois últimos bens. Indiscutível, portanto, sua fundamentalidade material (no sentido adotado para este estudo, de ligação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana).

Da mesma forma que o direito à educação, o direito à saúde reveste-se de dupla conformação, como característica de seu âmbito de proteção. Nesse sentido, em estudo específico sobre este direito fundamental, Sarlet (2002:92) assevera:

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão, mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

No tocante à dimensão defensiva do direito à saúde, há que se destacar, igualmente, a vedação ao Estado de retroceder na proteção a este direito fundamental. Em outros termos, não pode haver elaboração legislativa tendente a desconstituir direitos e garantias já formulados em proteção à saúde dos indivíduos. Trata-se do que a doutrina chama de vedação de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

A faceta prestacional do direito à saúde, por seu turno, apresenta maiores dificuldades para sua aplicabilidade, posto que submetida à apreciação da limitação fática da “reserva do possível” e da limitação jurídica da “reserva parlamentar em matéria orçamentária” que, segundo Sarlet (2002:98), significa a competência dos

legisladores democraticamente eleitos de estabelecer as prioridades na condução das políticas públicas. Desse modo, embora haja um direito fundamental do indivíduo à atuação positiva do Estado no fornecimento de condições aptas a garantir sua saúde, tal agir estatal está, no mais das vezes<sup>24</sup>, vinculado às possibilidades fáticas e jurídicas de implementação desse direito.

Ressalte-se, ainda, que o direito à saúde é extensivo a todos os homens, brasileiros e estrangeiros, não havendo qualquer possibilidade de discriminação em sua aplicabilidade. Sobre este assunto assevera Sarlet (2002:91):

No caso específico da saúde, como, de resto, ocorre com uma série de outros direitos fundamentais, parece elementar que, por sua direta ligação com o próprio direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, que, por sua natureza, são direitos de todos (e de qualquer um), nos encontramos também diante de um direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não.

No âmbito do sistema prisional, portanto, há que se garantir sua observância da mesma maneira. Apenados com restrição a parcelas de sua liberdade, os encarcerados merecem respeito à sua vida e integridade física e corporal, o que representa, em última análise, respeito ao seu direito fundamental à saúde. Sempre tendo-se em mente que tal deve ocorrer com atenção às duas categorias que se fundem neste direito: a defensiva e a prestacional.

Portanto, o preso deve estar protegido contra ingerências indevidas de particulares e principalmente do Estado em sua saúde, bem como, a um só tempo, ser alvo de políticas públicas aptas a impedir a incidência de doenças no ambiente carcerário e capazes de curar as enfermidades que eventualmente acometam os habitantes desses estabelecimentos.

---

<sup>24</sup> Há na doutrina e jurisprudência, conforme anota Sarlet (2002:99), entendimento segundo o qual nas hipóteses em que há necessidade de prestações de cunho emergencial, no qual haja grave perigo a bens essenciais do paciente (vida, integridade ou dignidade humana), surge para este um direito subjetivo de receber a assistência estatal. O particular pode, então, acionar o Judiciário para fazer valer este direito, cuja fundamentalidade formal e material está sobejamente demonstrada.

Como já amplamente verificado, as atuais condições de nosso sistema prisional representam gritante afronta ao direito à saúde<sup>25</sup>. Convertidos em verdadeiros depósitos humanos, nossas casas de custódia (provisórias e penitenciárias) são hospedeiros perfeitos à proliferação de uma gama considerável de patologias, dentre as quais destaca-se a incurável AIDS, sem falar em outras doenças sexualmente transmissíveis. Por outro lado, os serviços de assistência médica desses estabelecimentos são precários e inaptos para dizimar tão graves patologias.

Em resumo, o Estado, neste particular, não impede a proliferação de doenças, nem combate as existentes, em evidente descumprimento ao direito fundamental à saúde dos encarcerados, tanto em sua faceta defensiva, como em seu caráter prestacional.

### **3.2.7 Direito ao Trabalho**

Representando importante conquista da humanidade após séculos de lutas da classe trabalhadora contra o poder econômico, o direito ao trabalho logrou estabelecer-se na maioria dos textos constitucionais contemporâneos. No tocante aos delineamentos conceituais desse direito fundamental, expõe Holanda (1996:15):

O direito ao trabalho é o primeiro de todos os direitos do homem trabalhador. É a faculdade que possui cada homem de exercer uma atividade na qual possa ser útil à sua família, à sociedade, e, por conseguinte, a si próprio, e que, mediante uma justa remuneração, lhe possa proporcionar subsistência, liberdade, auto-afirmação e dignidade.

O direito ao trabalho também encontra previsão no rol dos direitos sociais elencados pela Constituição Federal, em seu art. 6º. A própria forma de exposição desse direito no texto constitucional demonstra a intenção do legislador de destacá-lo. Nesse sentido ensinam Steinmetz e Oliveira (2007:57): “Quanto ao direito

---

<sup>25</sup> Sobre as condições dos cárceres brasileiros, ver especialmente o item 1.2.2 deste estudo.

fundamental ao trabalho, é nítido o destaque a ele dispensado pelo constituinte, porquanto foi o único dos direitos sociais a receber explicitações abaixo do título dos direitos fundamentais, ainda que de forma parcial”.

De fato, os demais direitos fundamentais enunciados no art. 6º receberam tratamento somente quando o legislador constituinte expôs os elementos da ordem social<sup>26</sup>. Em relação ao direito ao trabalho, preferiu explicitar suas concretizações logo após a enunciação dos direitos sociais.

Ademais, conforme lembra Holanda (1996:12), o direito ao trabalho representa verdadeiro alicerce do Estado brasileiro, posto que a Constituição, ao dispor sobre os princípios fundamentais deste, enumerou no art. 1º, IV, o valor social do trabalho. Assim, toda a atividade estatal e dos particulares deve orientar-se pela consideração da importância do valor do trabalho. Por outro lado, como uma das bases da ordem econômica do Estado brasileiro, encontra-se exatamente a valorização do trabalho humano (art. 170, caput).

Por fim, também a dar sustentação à ordem social brasileira, como seu fundamento maior, está o primado do trabalho. Neste sentido dispõe o art. 193 da Constituição Federal: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Portanto, ao garantir o direito ao trabalho, o Estado brasileiro estará aproximando-se de um ideal de garantir o bem-estar dos homens e a justiça social. De fato, são exatamente estes os objetivos de um Estado: dar aplicabilidade aos direitos fundamentais como forma de, em última análise, possibilitar uma convivência fundada no respeito à dignidade humana.

Desse modo, a demonstrar que o direito ao trabalho representa também uma densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, Alvarenga (2005:15) vale-se da lição de Maurício Godinho Delgado:

---

<sup>26</sup> Não se olvide, contudo, que esta escolha do legislador constituinte não quer significar que os demais direitos não tratados no título referente aos direitos fundamentais não se revistam dessa qualidade. O que se pretendeu foi apenas explicitar a preferência do legislador em tratar do direito ao trabalho em primeiro plano, logo após o enunciado referente aos direitos sociais.

O ilustre mestre MAURÍCIO GODINHO DELGADO, ao tratar dos princípios constitucionais do trabalho, nos ensina que a CF, de forma sábia, percebeu que a valorização do trabalho é um importante veículo de valorização do próprio ser humano, tendo em vista que é pelo trabalho que uma soma de indivíduos mantém-se e afirma-se na desigual sociedade capitalista

Efetivamente, em uma sociedade extremamente desigual como a brasileira, cabe ao Estado realizar prestações materiais como forma de garantir à maior parte possível<sup>27</sup> dos indivíduos o acesso a uma posto de trabalho, facilitando assim que estes possam participar da distribuição dos bens produzidos pela sociedade. Em assim sendo, o Estado estará garantindo a todos uma vida digna. É nesse sentido que se pode notar a conectividade existente entre o direito ao trabalho e a dignidade humana.

Para Ledur (1998:167), o direito ao trabalho, portanto, representa condição *sine qua non* para que a maioria dos indivíduos possa exercer o direito fundamental que está, para este autor, no princípio de todos: o direito à própria vida. Resumindo as noções por último expendidas, assevera Alvarenga (2005:26):

O Estado precisa estar voltado para assumir medidas políticas, dirigidas à busca do pleno emprego e para a redistribuição do rendimento no país, pois só assim a intangibilidade da vida humana será respeitada, e a efetivação do princípio jurídico constitucional fundamental da dignidade humana no direito do trabalho ganhará respaldo no seio da sociedade.

O direito ao trabalho no âmbito prisional assume características bastante peculiares. Da mesma forma que os demais direitos fundamentais, não sendo limitado pela sentença penal condenatória, mantém-se como direito de reclusos, e reclusas, com a característica adicional de exigir uma intervenção estatal mais acentuada, com vistas a prover os estabelecimentos de locais adequados a abrigar o contingente populacional prisional.

Podem ser indicadas três principais finalidades primordiais do trabalho prisional: evitar o ócio, fortalecer a ressocialização e diminuir o tempo da pena

---

<sup>27</sup> Sobre a “reserva do possível”, ver comentários expendidos no item 2.4.1.

privativa de liberdade. Não se deve encarar o trabalho prisional como uma forma de tornar mais severa a pena. É nesse diapasão que doutrina Mirabete (2000:87):

O trabalho prisional não constitui, portanto, *per se*, uma agravação da pena, nem deve ser doloroso ou mortificante, mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social para prover a readaptação do preso, prepará-lo para uma profissão, inculcar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade.

A primeira grande meta do trabalho prisional, portanto, está ligada à necessidade de ocupar a mente e o corpo dos presos com atividades edificantes, evitando que estes, em um ambiente de isolamento de seus laços sociais, envolvam-se na elaboração de novas empreitadas criminosas, que fatalmente surgem em um ambiente repleto de pessoas reclusas exatamente por envolvimento em atos ilícitos.

Por outro lado, esta ocupação dos presos não deve ter apenas esta finalidade, desvinculada do objetivo ressocializador da pena. O trabalho prisional deve ser, tanto quanto possível, útil à formação moral e profissional do preso, com vistas a fornecer-lhe oportunidades lícitas de sobrevivência quando este vier a deixar o cárcere. Atividades que não representem aprimoramento profissional e que não encontram receptividade no mercado de trabalho devem ser evitadas. É exatamente esta a razão do art. 32 da Lei de Execução Penal (LEP): “Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal, e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado”.

Por fim, tem-se que o trabalho prisional funciona como importante fator de redução da pena privativa de liberdade. Tal ocorre através do instituto da remição, previsto no art. 126 da LEP; “O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo da execução da pena”. Desse modo, a cada três dias de trabalho será abatido um dia da pena privativa de liberdade, conforme o § 1º deste mesmo artigo legal. O legislador oferece um estímulo ao preso para que este abrevie o período de encarceramento, ao mesmo tempo em que desenvolve uma atividade útil para seu retorno à vida em sociedade.

Correlato a este direito ao trabalho como forma de abatimento da pena, há a obrigação do Estado de prover os estabelecimentos de ambientes de trabalho para todos os presos que demonstrem interesse em realizar atividades laborativas. Se o Estado se omite neste tocante, há, inclusive, posicionamentos doutrinários no sentido de possibilitar a remição mesmo se o preso não trabalhar de fato, desde que demonstre efetivo interesse em fazê-lo. Neste diapasão é o ensinamento de Mirabete (2000:434):

Afirma-se, por isso, que não se desincumbindo o Estado de seu dever de atribuir trabalho ao condenado, poderá este beneficiar-se com a remição mesmo sem o desempenho da atividade. Não cabendo ao sentenciado a responsabilidade por estar ocioso, não pode ser privado do benefício por falha da administração.

Outra peculiaridade importante relacionada ao trabalho prisional é que este é, a um só tempo, considerado um direito e um dever do preso. Expressa neste sentido é a LEP em seu art. 28, que inaugura o capítulo referente ao trabalho: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Mais incisivo ainda é o art. 31: “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”.

Ademais, a recusa injustificada ao trabalho por parte do preso é considerada pela LEP falta grave, nos termos do art. 50, VI da LEP, sujeitando-o às sanções do art. 53, III e IV, a saber, suspensão ou restrição de direitos (inclusive a remição já concedida) ou isolamento na própria cela. A forma assumida pelo dever de trabalhar acaba prejudicando o próprio direito ao trabalho, segundo Espinosa (2004:102-103):

É possível interpretar a LEP sob o ponto de vista garantista e afirmar que o exposto na norma infraconstitucional não pode se opor à Constituição Federal nem aos tratados de direitos humanos, que reconhecem o trabalho como um direito de todo cidadão, mas também como dever social. Acreditamos que o descumprimento do dever do trabalho ocasiona não a imposição de uma sanção legal, mas simplesmente uma sanção moral.

Desse modo, acredita-se, na esteira da doutrina da jurista peruana, que o direito ao trabalho resta indevidamente maculado quando a este é oposto um dever ao trabalho que transcende a esfera de dever moral para alcançar o *status* de dever jurídico, com a imposição de sanções legais para o seu descumprimento.

Do mesmo modo, a obrigatoriedade do trabalho prisional, conforme percebe João Leal (2004:125), é inadmissível do ponto de vista do direito penal democrático, visto que o preso, desde que não cause problemas à disciplina, tem o direito de optar por uma forma comportamental divergente daquela ditada pelos padrões ou paradigmas dominantes.

Nosso posicionamento, entretanto, é minoritário, visto que, conforme aponta João Leal (2004:123), a maioria da doutrina considera legítimas as normas da LEP que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho do preso, por enfatizarem a responsabilidade pessoal deste de assumir seu posto na sociedade e contribuir com sua força de trabalho ao desenvolvimento de seu grupo social. A sanção jurídica, portanto, seria o preço a pagar pela opção do preso de cumprir sua pena de forma diversa daquela prevista nas leis.

Outro elemento a tornar restrito o direito ao trabalho no âmbito prisional é a sua não submissão ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, LEP), o que significa que esta atividade laboral desenvolve-se a descoberto da proteção assegurada aos trabalhadores “em liberdade”. Em crítica a este posicionamento adotado pelo legislador brasileiro, Espinosa (2004:103-104) adverte:

[...] nada justifica a restrição do exercício dos demais direitos trabalhistas adotados a Constituição Federal, porquanto se trata de atividade que deveria ser desenvolvida sob condições semelhantes às da vida em liberdade, e que não é limitada na sentença de condenação, razão pela qual deveria ser limitada em seu reconhecimento de direito passível de ser integrado e protegido pelo corpo normativo das leis trabalhistas.



Estabelece-se, neste particular, inolvidável paradoxo: a legislação que aponta como uma de suas finalidades primordiais a reintegração social do recluso, ao mesmo passo estabelece tratamento injustificadamente diferenciado quanto ao direito ao trabalho realizado no ambiente carcerário daquele exercido na sociedade extramuros. Como reinserir na sociedade alguém que enfrentará regras trabalhistas no mercado de trabalho diversas das que se submeteu quando de seu encarceramento? Eis um questionamento a desafiar as atuais políticas de trabalho penitenciário.

A efetividade do direito ao trabalho nos estabelecimentos prisionais femininos enfrenta uma dificuldade adicional relevante. Embora em nosso sistema prisional homens e mulheres desenvolvam atividades igualmente precárias, a situação feminina é mais grave, visto que, se “na liberdade” a estas mulheres são destinadas preferentemente tarefas domésticas, às quais não é dado o devido valor, no ambiente prisional, estas são obrigadas a desenvolver as mesmas atividades de mínima relevância social.

Conforme anota Espinosa (2004:135), os programas de trabalho nos estabelecimentos prisionais femininos fomentam e privilegiam atividades domésticas e industriais “próprias do sexo” (tecer, bordar, cozinhar, cuidar da aparência e fazer confeitaria). Segundo arremata a jurista peruana supra (2004:167), resumem-se à imposição de modelos conservadores de feminilidade ou de mulher tradicional. Esta realidade, de acordo com a crítica de Lemgruber (1999:146), “não lhes permite disputar melhores colocações no mercado de trabalho ao reencontrar a liberdade”. Destarte, como resultado dessa distorção, a finalidade ressocializadora da pena fica completamente olvidada.

Submetidas a trabalhos desvalorizados, as mulheres presas recebem remuneração ínfima pelos trabalhos prestados, o que torna ainda mais penosa sua situação no cárcere. A maioria dessas mulheres, conforme constata Lemgruber (1999:140), como únicas provedoras de sua família, são obrigadas a realizar diversos trabalhos simultaneamente, como único meio de auferir quantias que satisfaçam suas próprias necessidades e as de seus filhos, ainda mais prementes e inadiáveis.

Assim, o trabalho prisional, que deveria funcionar como elemento de valorização do ser humano, como etapa indispensável de sua reintegração à sociedade, acaba, nestas condições, servindo a desfazer no recluso a idéia de prêmio pela atividade laborativa desenvolvida.

### **3.2.8 Direitos Políticos**

Na clássica lição de Pimenta Bueno (1958:458), direitos políticos são “as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”.

Os direitos políticos são também direitos da primeira dimensão<sup>28</sup>, nascidos em oposição ao Estado e estreitamente vinculados à liberdade, mormente em sua faceta positiva (liberdade como autonomia), entendida como o direito do povo de obedecer somente às leis por este mesmo prescritas, nos passos da doutrina de Rousseau (s/d:34). Nessa ótica, livre seria somente aquele povo submetido às leis nascidas de seu próprio seio, de sua vontade. Em outras palavras, como adverte o Nobel da Paz (1980) Esquivel (1999:271): “Para lograr los objetivos, el pueblo debe dejar de se espectador y assumirse como protagonista de su propia vida y de su propia historia”.

Tal doutrina surgiu em oposição ao absolutismo de Estado, no qual a vontade do soberano era a única fonte de legitimidade da lei. Os direitos seriam concessões do rei aos súditos, encarados como um “rebanho” a ser guiado por seu “pastor”, o príncipe. Estes direitos fundamentais lograram alcançar previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU). Assim dispõe o artigo 22 desta carta de direitos humanos:

---

<sup>28</sup> Sobre as dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais, ver item 2.4.2.

I – Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou através de seus representantes livremente escolhidos; II – Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país; III – A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

A Constituição Federal brasileira, já no parágrafo único de seu primeiro artigo, enuncia: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A forma de exercício desse poder é esmiuçada principalmente no capítulo referente aos direitos políticos, inaugurado com o art. 14, que impõe: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”.

De fato, o legislador constituinte destinou os dois últimos capítulos do título referente aos direitos fundamentais ao tratamento dos direitos políticos (capítulo IV – arts. 14 a 16) e da forma de constituição e organização dos partidos políticos (capítulo V – art. 17). Correspondendo, na classificação de Jellinek, ao *status* ativo do cidadão perante o Estado, os direitos políticos representam manifestações da atuação do indivíduo na formação da vontade estatal<sup>29</sup>. Abrangendo esta característica, nossa Constituição estabelece, nos artigos citados, a forma de aquisição e exercício dos direitos políticos, como também as vedações e impedimentos nesta seara.

Como normas impeditivas do exercício dos direitos políticos têm-se, em nossa ordem constitucional, como importante para nosso foco de estudo, o estabelecido no art. 15, III, da CF/88, que determina a suspensão destes no caso de condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Destarte, aqueles indivíduos definitivamente condenados pela justiça penal terão seus direitos políticos suspensos, enquanto se submetem à pena aplicada. Assim, como manifestação mais visível desta restrição, não pode votar ou serem votados, estando excluídos do processo de formação da vontade estatal, seja diretamente, seja na escolha de representantes.

---

<sup>29</sup> Sobre a teoria dos quatro *status* dos direitos fundamentais, de Jellinek, ver item 2.4.1

Restringindo o foco ao direito ao sufrágio do preso, é preciso fazer, a princípio, importante distinção: o direito ao sufrágio do preso provisório<sup>30</sup> e este mesmo direito do preso condenado com sentença transitada em julgado. Quanto a este último, ante a expressa vedação constitucional já apontada, resta discutir acerca da harmonia desta vedação com o sistema constitucional, mormente com os princípios relacionados à participação política. Em outras palavras: será salutar à democracia e ao respeito à dignidade do preso condenado retirar o direito deste ao voto?

Como primeiro argumento a fortalecer uma resposta negativa a este questionamento aponta-se inegável fato: qualquer forma de exclusão da participação política representa manifestação de exclusão social. Os indivíduos cerceados em seu direito de manifestar sua vontade para a formação das leis, seja direta ou indiretamente, acabam por ser relegados a uma classe inferior de cidadãos, inaptos a contribuírem com sua voz para ditar as regras que regerão as suas vidas. Em outros termos: estão excluídos social e politicamente.

Esta situação, no caso dos presos, toma características mais marcantes ante a decantada finalidade ressocializadora da pena. Com efeito, se o objetivo maior da execução penal é garantir a reintegração do condenado à sociedade, não é excluindo-o da participação política que tal intento será alcançado. Como esperar que um indivíduo, cerceado em seu direito de manifestação, sinta-se parte da sociedade cujas regras foram formadas sem a sua participação? Como considerar representado politicamente um indivíduo que não escolheu, através do voto, aqueles que considera qualificados a defender seus interesses nas Casas Legislativas?

Nesse sentido é a lição de Cordeiro (2006:290), para quem: “Não pode haver inclusão social sem garantia da efetiva participação do cidadão no processo democrático com o direito de escolher os seus representantes e de ser ouvido sobre as definições das questões políticas e sociais”. Realmente, uma sociedade

---

<sup>30</sup> Lembrando que são espécies de prisão provisória no direito processual penal brasileiro: a) decorrente de flagrante delito (art. 301 e 302 do CPP); b) decorrente de preventiva (arts. 311 a 316 do CPP); c) decorrente de sentença de pronúncia (art. 408, §1º, CPP); d) decorrente de sentença condenatória recorrível (art. 393, I, CPP); e) decorrente de prisão temporária (art. 1º, Lei nº 7.060/90).

democrática pressupõe-se baseada na não-discriminação e na inclusão social, mormente no tocante ao exercício do direito ao sufrágio, como uma forma de aproximar-se o máximo possível do ideal de sufrágio universal. Tanto mais legítimo será o Estado, quanto fundado na vontade da maior parcela possível de seus cidadãos.

A par desta flagrante afronta à ressocialização representada pela suspensão de direitos políticos dos condenados, manifesta-se de forma perversa uma outra consequência: o histórico abandono do sistema prisional mantém-se incólume diante da ausência de vozes no debate democrático tendentes a lutar por melhores condições. Sem serem ouvidas no debate formador da vontade estatal, as reivindicações dos presos não sensibilizam os representantes políticos, que acabam desviando sua atenção dos problemas do sistema carcerário, movidos pela “massa votante” ludibriada pelos reclamos das doutrinas de “lei e ordem”.

Os políticos somente se comprometerão com o sistema penitenciário quando este for constituído por indivíduos capazes, com seu voto, de eleger seus próprios representantes. Enquanto os encarcerados não detiverem o voto como instrumento de pressão e resistência, ninguém olhará por eles. Por que não aproveitar o momento democrático das eleições para ouvir o que tem a dizer a massa carcerária, cujos demais direitos fundamentais já são tão olvidados?

Atento a estes dois importantes argumentos favoráveis ao sufrágio do preso (ainda que definitivamente condenado), Rodrigo Puggina *apud* Ferreira (2006:303):

Há dois objetivos importantes que poderiam ser alcançados com o voto do preso: o direito de cidadania, com a integração harmônica do presidiário à sociedade, e, num outro objetivo, atrair a atenção das autoridades para a crise ( mais do que notória) pela qual passa nosso sistema penitenciário, pois, com certeza, se os presidiários votassem, haveria muito mais políticos interessados no problema carcerário. O caos do sistema penitenciário nacional tem várias causas, mas uma delas é crucial: preso não vota.

Procurando viabilizar o direito ao voto dos presos, tramitam no Congresso Nacional duas Propostas de Emenda Constitucional: a PEC 22/2002, de autoria do senador Mozarildo Cavalcanti e da senadora Emília Fernandes, e a PEC 65, de 2003, de autoria do senador Pedro Simon e outros. Ambas tratam da revogação do citado inciso III do art. 15 da Constituição, retirando-se do texto constitucional, destarte, a suspensão dos direitos políticos dos condenados e, ao mesmo tempo, elencando estes entre os inalistáveis, apontados no art. 14, §4º da CF/88. Assim, aos presos condenados por sentença definitiva estaria garantida a capacidade eleitoral ativa, embora retirada deles a capacidade eleitoral passiva. Em outros termos: poderiam votar, mas não serem votados.

Quanto ao preso provisório, as limitações ao exercício de seu direito ao voto não advêm de previsões legislativas, posto que nestas não há vedação expressa a este direito. Protegidos pelo manto da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), até que sentença condenatória irrecorrível venha a desconstituí-la, os presos provisórios mantêm incólumes seus direitos políticos. São argumentos de ordem administrativa e burocrática as barreiras ao livre exercício desse direito, normalmente relacionados a problemas com o domicílio e inscrição eleitorais dos presos e das dificuldades procedimentais para levar as urnas até os locais de prisão provisória, considerados impróprios como locais de votação.

Tais argumentos, se levantados por determinado Estado, representam verdadeiro atestado de incompetência, posto que soam como uma admissão de sua fragilidade em garantir a observância de um direito fundamental, opondo a este barreiras meramente procedimentais e burocráticas. Por outro lado, estas restrições indevidas representam verdadeira antecipação dos efeitos da condenação criminal definitiva, visto que somente neste momento estará o preso impedido de votar, por determinação constitucional expressa. Sobre o assunto, acrescenta Laertes de Macedo Torrens *apud* Ferreira (2006:309-310):

Contudo, contrariando dispositivos constitucionais, vem sendo sistematicamente negado o exercício dos direitos políticos ao cidadão preso provisoriamente, devidamente habilitado como eleitor. O impedimento ao exercício pleno da cidadania ao preso provisório constitui em aplicação de pena antecipada de suspensão de direitos, em flagrante desrespeito ao

princípio da presunção de inocência inscrito na Constituição Federal. A desconsideração aos direitos políticos do encarcerado provisoriamente exerce influência negativa na terapêutica penal que se quer impor, na medida em que no futuro, não se poderá exigir daquele injustiçado comportamento de acordo com a lei.

Em síntese, atentos à distinção inicialmente levantada, tem-se que o direito de sufrágio do preso provisório deve ganhar aplicabilidade fática, por não alcançado pela situação de privação temporária de liberdade, não podendo ceder ante a argumentos meramente administrativos, por ser um direito fundamental do indivíduo previsto na Constituição Federal. Para tanto, a legislação eleitoral referente a questões de inscrição e domicílio eleitoral deve ser flexibilizada neste particular.

Quanto aos presos condenados definitivamente, perante vedação constitucional expressa ao exercício dos direitos políticos, resta a insurgência contra esta disposição, por atentatória à idéia de ressocialização dos presos, bem como aos princípios do sufrágio universal e de soberania popular, que não admitem restrições injustificadas ao exercício da participação política.

### **3.3 Propostas para a Coexistência do Sistema Prisional com os Direitos Fundamentais**

Após verificadas as condições atuais dos estabelecimentos prisionais brasileiros, com destaque para os femininos, como também com o embasamento teórico necessário em matéria de direitos fundamentais, principalmente com o estudo de alguns dos mais importantes, passa-se a esmiuçar algumas propostas com o desiderato de amenizar o grave problema carcerário brasileiro.

Com efeito, urge que novas formas de aplicação da pena sejam efetivadas, de molde a possibilitar uma convivência harmônica entre o sistema carcerário e o respeito aos direitos fundamentais. No mesmo passo, a curto prazo, é importante que sejam efetivadas as disposições legais já existentes para uma

execução penal afinada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Reitere-se que, apesar de reconhecida a falência da pena de prisão e a incapacidade desta de gerar os efeitos para os quais foi engendrada<sup>31</sup>, ainda não foi elaborada uma forma de execução da pena que a substitua totalmente. Em outros termos, as propostas apontadas neste estudo servem para apontar formas de substituição parcial da pena privativa de liberdade, que permanecerá sendo aplicada como *ultima ratio*, para os casos de crimes mais graves, para os quais a segregação se mostre necessária. E mesmo nestes últimos casos, procurar-se-á elencar meios de tornar esta penalidade mais afinada com o respeito aos direitos fundamentais daqueles que se submetem aos seus rigores.

### 3.3.1 Penas Alternativas

Após séculos de demonstrada incapacidade da pena de prisão cumprir as promessas verberadas com seu nascimento e aperfeiçoadas com seu desenvolvimento, novas alternativas de sanções penais que fugiam ao encarceramento foram imaginadas. De fato, como coloca Andreucci (1981:296): “Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII”. Sobre estas novas formas, noticia Bitencourt (2004:293):

Com a preocupação de diminuir a privação de liberdade ou, ao menos, transformá-la em simples *restrição*, surge, além da multa, a suspensão condicional, o livramento condicional, o arresto de fim de semana, o trabalho em proveito da comunidade, interdições para o exercício de determinadas atividades, proibições de exercício de certos direitos etc...

Sob a denominação de “penas alternativas”, entretanto, seguindo a doutrina de Jobim (1996:13) e Barbosa (1997:85-87), trata-se especificamente das penas restritivas de direitos, que no direito brasileiro, estão expostas nos artigos 43 a

---

<sup>31</sup> Especificamente sobre o assunto, v. item 1.1.3.2.



48 do Código Penal. Tais medidas têm o desiderato principal de dar solução mais humana ao grave problema da pena de prisão, afastando a sua aplicação das situações criminosas menos ofensivas ou das que atentem contra bens de nossa sociedade considerados menos importantes. Assim ensina Barros Leal (2000:26):

Por outro lado – em resposta à falência do sistema prisional e consolidando a percepção de que o cárcere deve ser visto como *ultima ratio*, um mal necessário que cumpre restringir-se apenas aos crimes graves, aos crimes violentos – estão as chamadas penas alternativas ou penas substitutivas, indubitavelmente muito menos onerosas, muito mais humanas, capazes de garantirem a reintegração do condenado, na medida em que não o afastam do trabalho, da família e do grupo social a que pertence.

Importante destacar, ademais, o princípio da proporcionalidade na aplicação das penas. Dessa forma, para os crimes de potencial ofensivo reduzido, não é proporcional aplicar-se a restrição da liberdade. A relação lesividade/punição deve ser, portanto, equilibrada, como forma de inculcar nos indivíduos a escala de valores adotada pela sociedade da qual estes participam, fazendo-os entender a importância de que se reveste cada bem. Se para toda e qualquer espécie delitiva for aplicada a mesma penalidade – privação da liberdade – faltarão elementos para se precisar quando se estará cometendo um crime grave, cuja resposta social representada pela pena busca reprimir e prevenir.

Outra importante vantagem da aplicação das penas restritivas de direitos é evitar o indesejável contato entre criminosos de periculosidade diversa, conforme adverte Barbosa (1997:91):

Visa-se, também, evitar o contubérnio de criminosos primários, sem maior intimidade na seara do crime, com os famanazes delinquentes por tendência, ou habituais, que a prolongada estada ou permanência nos presídios, no regime fechado, contribuiu para embotar, ou acentuar o embotamento de toda e qualquer sensibilidade mais apurada.

Aponta-se, doutra banda, a grande vantagem na relação custo/benefício das penalidades alternativas. Os números relacionados ao custo de um preso por

mês no Brasil são muito variáveis<sup>32</sup>, entretanto, há um consenso de que este valor é muito elevado, como informa Jobim (1996:13), em artigo da época em que era Ministro da Justiça. Sobre o assunto, inclusive, insurge-se Lemgruber (1996:19), asseverando que “o contribuinte paga muito caro por uma punição absolutamente ineficaz” já que a prisão representa uma “punição que, além de não recuperar o infrator, só contribui para torná-lo pior”. Já a aplicação de penas restritivas de direitos demanda do Estado, quando muito (no caso da prestação de serviços à comunidade), um papel fiscalizatório do cumprimento das exigências estabelecidas.

Destaque-se, por oportuno, que o fator custo/benefício não deve ser o preponderante nesta discussão, mas a aplicação de formas de punir consentâneas com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Neste particular, como já analisado, as penas restritivas de direitos representam formas muito mais afinadas com este princípio fundamental, além de cumprirem importante função social, conforme demonstrado quando do estudo específico de cada uma dessas medidas previstas no direito brasileiro.

Por fim, são costumeiramente apontados como benefícios da aplicação destas penalidades: reduzir a superlotação dos presídios, favorecer a ressocialização do infrator, ao impedir que o mesmo adentre num presídio e sofra a estigmatização dele decorrente, e diminuir os índices de reincidência.

As penas alternativas ou restritivas de direito estão delineadas nos artigos 43 a 48 do Código Penal Brasileiro, que sofreram importantes alterações pela edição da Lei nº9.714, de 25 de novembro de 1998, com a ampliação de seu rol e alterações relacionadas às suas condições de cumprimento. O legislador brasileiro adotou um sistema de cominação de penas bem flexível neste particular, sem alterar a estrutura geral do Código Penal.

O juiz, quando da aplicação da pena, tomará por base a pena privativa de liberdade cominada no preceito penal secundário e, após estabelecer a pena definitiva, substituirá a mesma pela restritiva de direitos. Evita-se, dessa forma, a

---

<sup>32</sup> Cordeiro (2006:162) aponta, por exemplo, que a média nacional de gastos era de R\$ 800,00 mensais por preso, em 2001.

previsão casuística de penas restritivas de direitos. Por essa razão, o artigo 43, no qual está o elenco destas (prestação pecuniária, perda de bens e valores, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas) estabelece que são substitutivas.

Os requisitos necessários para que ocorra tal substituição estão enumerados no art. 44 do Código Penal e são cumulativos. O primeiro requisito, de ordem objetiva, é que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, em se tratado de crime culposo. O segundo requisito (art. 44, II, CP) é a não reincidência em crime doloso. O terceiro requisito (art. 44, III, CP), de natureza subjetiva, possibilita a substituição desde que “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. Neste último requisito é necessário que o julgador emita um juízo de valor acerca da suficiência da pena alternativa, analisando se a substituição atende aos anseios da comunidade e do condenado. Esta valoração deve ser fundamentada para que seja possível seu controle.

A primeira pena restritiva de direitos é a prestação pecuniária, prevista no art. 45 do Código Penal: “consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos”. Esse montante deverá ser fixado pelo juiz, de acordo com a reprovação do delito e a considerar a capacidade econômica do condenado e a extensão do prejuízo causado à vítima ou seus herdeiros. Havendo aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de qualquer outra natureza, conforme art.45, §2º do Código Penal<sup>33</sup>.

A perda de bens e valores é a segunda pena alternativa, esmiuçada pelo art. 45, §3º, CP. Trata-se da decretação de perda de bens móveis, imóveis ou de valores do condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a

---

<sup>33</sup> Exemplos mais comuns dessas prestações alternativas são: doação de cestas básicas a pessoas carentes, em entidades públicas ou privadas e o oferecimento de mão-de-obra.

legislação especial. Seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou terceiro, devido à prática do crime. Destaque-se que esta penalidade deverá incidir sobre o patrimônio lícito do condenado.

A terceira pena alternativa prevista é a interdição temporária de direitos, regulada pelo art.47 do CP e que pode se manifestar de quatro formas distintas: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

No art. 48 do CP está disposta a pena restritiva da limitação de fim de semana, que consiste na obrigação ao condenado de permanecer, aos finais de semana, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Esta penalidade encontra similar na Espanha (arresto de fim de semana), em Portugal (pena por vias livres) e na Alemanha (prisão por tempo livre).

Esta penalidade, que representa verdadeira restrição à liberdade, deveria ter agregada a veiculação de cursos e palestras ou a realização de atividades educativas para os apenados, com a nítida finalidade ressocializadora. A ausência de estabelecimentos adequados no Brasil para tal finalidade acaba por tornar rara a aplicação desta penalidade. Dessa forma, perde-se grande oportunidade de - nos momentos de descanso do apenado, sem prejudicar suas atividades laborais – punir e ao mesmo tempo educar.

Por último, a pena restritiva de direitos, mais aplicada na prática: a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, prevista no art.46 do Código Penal, aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade. O § 2º do citado artigo estabelece a forma de cumprimento: “A prestação de serviços a comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”.

Estas tarefas, prestadas de forma gratuita, serão atribuídas em conformidade com as aptidões do condenado e devem ser cumpridas à razão de uma hora por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (§3º do art.46 do CP). Neste particular, destaca-se a meta ressocializadora da pena, visto que deve ser aplicada de modo a não representar um entrave à atividade laboral do reeducando, bem como respeitando suas aptidões, a fim de que não represente um “peso” excessivo, cumprida de forma penosa e com insatisfação elevada.

Cabe ao juiz da Execução Criminal (e não ao da condenação), conforme o art.149 da Lei de Execução Penal (LEP): designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, no qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horários em que deverá cumprir a pena; alterar a forma de execução, a fim de ajustá-las às modificações ocorridas na jornada de trabalho. A entidade beneficiada com a prestação de serviços deverá encaminhar ao juiz da execução relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicar acerca de ausência ou falta disciplinar. (Art. 150 da LEP).

Esta pena restritiva de direitos, entretanto, não deve ser encarada como um emprego fornecido pelo Estado ao apenado. Assim, deve ser mantido também seu caráter repressivo, ao lado de seu caráter de reforço dos laços sociais. Com o mesmo entendimento, Bitencourt (2004:317):

A prestação de serviços à comunidade é um ônus que se impõe ao condenado como consequência jurídico-penal da violação da norma jurídica. Não é um emprego, tampouco um privilégio, apesar da existência de milhares de desempregados [...] O fato de dever ser cumprida enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram seu sentido retributivo. Ao mesmo tempo, o condenado ao realizar essa atividade comunitária, sente-se útil ao perceber que está emprestando uma parcela de contribuição e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade, pelo trabalho realizado.

Sancionado com uma pena de prestação de serviços à comunidade, o indivíduo mantém incólumes seus laços afetivos e o contato com os valores que regem a sociedade. Diferentes são os efeitos da aplicação da pena privativa de liberdade que, como analisado, favorece a “desculturalização” ou prisionização, provoca a desorganização da personalidade do indivíduo ao entrar em contato com um ambiente promíscuo e degradante da prisão, impedindo o processo de ressocialização.

Saliente-se que a aplicação dessa forma de penalidade favorece da mesma forma a sociedade, visto que a comunidade é beneficiada com a execução de trabalhos úteis, sendo reduzidos os gastos efetuados com a manutenção de presos nos cárceres, além de diminuir os índices de reincidência. Por isso, é necessário que haja a conscientização da comunidade acerca da importância de incentivar a aplicação das penas alternativas, evitando, assim, os efeitos deletérios do encarceramento.

Por fim, é importante que sejam seguidas as orientações de Larrauri (2005:83-84):

En cualquier caso creo que hay dos cuestiones que deberíamos reafirmar: las penas alternativas a la prisión deben ser creíbles pero no pueden pretender tener la misma carga aflictiva que la prisión porque no se dirigen al mismo tipo de delitos ni al mismo tipo de personas; por ello una primera discusión debiera ser cómo articular un sistema de penas alternativas razonable sin perder de vista en que tipos de destinatarios se está pensando; en segundo lugar y para finalizar entiendo que debemos seguir debatiendo como conseguir que las penas alternativas sean más aplicadas.

Advertir-se, todavia, que a aplicação de penas alternativas não pode ser encarada como uma panacéia. Desvinculada das outras propostas a seguir analisadas e aplicada de forma incorreta e descompromissada, será apenas um mero simulacro de solução. É indispensável, portanto, como ensina Barros Leal (2000:28), que haja, em relação às penas alternativas: uma fiscalização efetiva da sua execução; um processo de alerta e conscientização da sociedade sobre a sua efetividade, convidando-a, assim, a abraçar esta forma de punir; um movimento com

o desiderato de despertar o interesse dos aplicadores do Direito. Por fim, urge que se impeça que a doutrina de “lei e ordem” intente aumentar a pena mínima de alguns delitos com a finalidade de tirá-los do campo de incidência das penas alternativas.

### 3.3.2 Justiça Restaurativa

Atentando-se para a necessidade de fornecer alternativas à idéia repressora, frustrada em seus principais objetivos, a doutrina da Justiça Restaurativa surge como importante elemento de respeito à dignidade do criminoso, bem como da vítima do ato ilícito. Damásio Jesus (2007:01) destaca seu conceito:

Dá-se o nome de *Justiça Restaurativa* ao sistema no qual, em face da prática de uma infração penal, crime ou contravenção, autor, vítima e, em alguns casos, outras pessoas da comunidade envolvidas no fato atuam na solução das questões dele oriundas, com o auxílio de moderadores (professores, assistentes sociais, psicólogos etc.), sem a participação direta de Juízes de Direito e Promotores de Justiça. Diante da prática de um crime, reúnem-se autor, vítima, familiares e representantes da comunidade, com o objetivo de encontrar uma forma de solucionar o conflito, de modo a satisfazer pessoal e socialmente a vítima e impedir que o infrator vá para o cárcere.

Pinto (2007:01) apresenta seu contributo à tentativa de fixar o conceito:

A *Justiça Restaurativa* tem sido, assim, definida como uma forma alternativa e diferente do sistema tradicional de Justiça Criminal, abordando a questão criminal a partir da perspectiva de que o crime é uma violação nas relações entre as pessoas, e que, por causar um mal à vítima, à comunidade e ao próprio autor do delito, todos esses protagonistas devem se envolver num processo de restauração de um trauma individual e social.

Deve-se destacar que o crime é uma violação das regras existentes na sociedade, representando um abalo nas relações entre o criminoso, a vítima e a comunidade na qual estão inseridos. Em determinadas situações, principalmente

naquelas surgidas de conflitos locais de interesses, não cabe à Justiça simplesmente estabelecer o culpado pela infração penal e aplicar a penalidade correspondente; mas dar oportunidade para que as pessoas envolvidas dialoguem e cheguem a um acordo. Estes serão os atores principais do processo, cabendo ao Estado o papel de mediador deste diálogo, garantindo a isegoria (direito igual de manifestação) aos envolvidos, que encontrarão por si as soluções para o conflito surgido.

A partir da construção do acordo, o Estado, a um só tempo, busca mostrar ao infrator que está agindo contra o que exige a comunidade e garante à vítima a oportunidade de ver ressarcido o dano causado pela ação criminosa. Da mesma maneira, ao envolver outras pessoas da comunidade ferida pela atitude criminosa de um membro, incutem-se no infrator os valores que regem o grupamento social. Como saldo desse momento de diálogo, resta a solução real do conflito estabelecido entre criminoso e vítima, bem como a sedimentação dos valores dominantes e caros à sociedade. Sobre o assunto, manifesta-se Larrauri (2005:80):

Finalmente además de la discusión teórica respecto de la importancia de los *procesos normativos* en el cumplimiento del derecho, puede observarse como en efecto los procesos de *justicia restauradora* sitúan el acento en dos aspectos relacionados: i) la mayor legitimidad de este proceso y la relación entre legitimidad y cumplimiento del derecho; ii) el mayor cambio en la conciencia de la persona que observa el daño producido, se responsabiliza, se disculpa y con ello eventualmente presenta mejores oportunidades de no reincidir.

Geralmente, os procedimentos de Justiça Restaurativa buscam solucionar os pequenos delitos, indicadores de conflitos sociais em seu estado embrionário. Tal constatação destaca o seu caráter nitidamente comunitário, a impedir que sejam adotadas soluções repressivas tradicionais, que somente fermentariam ainda mais os conflitos existentes, funcionando, ao contrário, como um caldo de cultura para o surgimento de novos atos ilícitos. Como adverte Brancher (2007:01), a questão central é saber quem foi prejudicado pela infração. Ao contrário da Justiça Tradicional, que se ocupa predominantemente da violação da norma de conduta em



si, a Justiça Restaurativa ocupa-se das conseqüências e danos produzidos pela infração.

Destarte, a Justiça Restaurativa tem seu foco no futuro, na medida em que busca restaurar ou reconstruir os relacionamentos abalados pela prática criminosa, ao invés de procurar simplesmente castigar o indivíduo por um ato passado. No Brasil, ainda há a cultura da Justiça Retributiva, por meio da qual os conflitos são solucionados pela imposição unilateral de punições por parte do Estado, sem qualquer participação propositiva da vítima ou da comunidade atingida pelo ato ilícito.

O sistema penal restaurativo reconhece a importância dos indivíduos envolvidos no processo, posto que estes são convocados a solucionar o conflito real (e não apenas o aparente), através da exposição, na “mesa de negociações”, das necessidades emocionais, psicológicas e patrimoniais dos envolvidos, na busca do retorno da paz social. É nesse sentido que assevera Brancher (2007:01):

Enfatiza o reconhecimento e a reparação das conseqüências, humanizando e trazendo para o campo da afetividade relações atingidas pela infração, de forma a gerar maior coesão social na resolução do problema e maior compromisso na responsabilização do infrator e no seu projeto de ajustar socialmente seus comportamentos futuros.

O sistema penal brasileiro, tradicionalmente retributivo, baseado na fixação de conceitos como “culpa”, “condenação”, “acusação” e “prisão”, nos últimos anos, vem sofrendo influências marcantes do método restaurativo, no qual estes conceitos desaparecem, dando lugar à solução pacífica dos conflitos, com o envolvimento das pessoas diretamente interessadas. Com efeito, a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), embora não represente a implantação integral da Justiça Restaurativa, já trata de alguns elementos caros a este método de resolução de contendas.

O primeiro desses elementos é a base principiológica, exposta no art. 62 da Lei 9.099/95, ao rezar que: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á

pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Destarte, ao afastar-se do formalismo próprio do sistema penal retributivo (repressivo), esta lei foca sua atuação na resolução do conflito real, sem apego ao sistema de nulidades do Código de Processo Penal, aferrado na observância da forma (muitas vezes em detrimento da verdade real). Por outro lado, ao buscar a reparação dos danos sofridos pela vítima, esta lei transforma em protagonista o indivíduo lesado pela prática criminosa.

Ressalte-se, ademais, que um dos “nortes” desta legislação é exatamente afastar a aplicação de pena privativa de liberdade. Ao abranger apenas as infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>34</sup>, o legislador preocupou-se em incutir proporcionalidade na resposta penal estatal ao ilícito penal cometido, afastando a privação de liberdade nestas hipóteses, por ser excessivamente gravosa e incapaz de atingir as finalidades da pena. No lugar da prisão, foram imaginados outros institutos mais eficazes, mormente no tocante às finalidades ressocializadora e preventiva, bem como proporcionais ao mal causado pelo delito. São eles: a composição civil dos danos e a transação penal.

A composição dos danos civis é um acordo realizado entre o autor do crime e a vítima, perante a autoridade judicial, que o homologará. Após este ato, o termo de acordo celebrado funcionará como título a ser executado no juízo cível competente<sup>35</sup>. Dessa forma, o juiz funciona como mediador no acordo a ser celebrado, pelo qual o autor do crime compromete-se a ressarcir os danos civis causados à vítima, livrando-se, dessa forma, do desgaste de ter de submeter-se ao processo penal, como também da aplicação de pena privativa de liberdade.

Não havendo a composição dos danos civis, abre-se a possibilidade de transação penal, dessa feita proposta pelo representante do Ministério Público, que sugerirá a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Esta proposta fica sujeita à anuência do autor da infração penal que, concordando, não estará

---

<sup>34</sup> Determina o art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação dada pela Lei 11.313/2006: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

<sup>35</sup> Sobre a composição dos danos civis, ver arts. 72 a 74 da Lei 9.099/95

reconhecendo sua culpabilidade, mas somente dando azo ao encerramento do processo, sem que haja registros para efeitos de reincidência, nem aplicação de pena privativa de liberdade.

Embora não seja um exemplo acabado de aplicação da Justiça Restaurativa em nosso ordenamento jurídico, a Lei 9.099/95 já representa importante passo para a aplicação desse método, na medida em que alberga vários de seus princípios: diálogo entre as partes; busca da inclusão social; desestímulo à violência e a sentimentos de ressentimento e vingança; respeito aos direitos e opiniões da vítima; estímulo à solução pacífica dos conflitos e à convivência harmônica na comunidade.

Sobre as vantagens da aplicação da Justiça Restaurativa em nosso ordenamento, ensina Marques (2005:17):

Através da Justiça Restaurativa, ao contrário, para o réu – ao reparar os danos que causou e, se necessário, prestar serviços à comunidade – é dada a possibilidade de não ser visto mais como tal, mas ser reintegrado ao convívio comunitário. Já para aqueles que foram prejudicados por um incidente, é oferecida a oportunidade de expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano de reparação de danos. Quanto às chamadas “partes secundárias” desse processo (familiares, vizinhos, membros da comunidade, entre outros), cabe apoiar e facilitar a realização do plano de restauração dos danos.

Por fim, cumpre asseverar que a aplicação dos métodos de Justiça Restaurativa não pode representar tentativa desenfreada de deslegalização ou de afastamento total do Estado da prestação jurisdicional. Logicamente que não há, neste caso, a tentativa de “terceirizar” a jurisdição, deixando à comunidade a tarefa de resolver, sozinha, todos os conflitos surgidos em seu seio. Trata-se, portanto, de um modelo complementar de política criminal, que deve caminhar *pari passu* com as demais formas de solucionar conflitos, atuando nos casos de crimes de potencial ofensivo reduzido.

### **3.3.3 Participação da Comunidade na Execução da Pena**

#### **3.3.3.1 Os Conselhos da Comunidade**

A criação de Conselhos da Comunidade passa, necessariamente, como adverte Mirabete (2000:227), pela conscientização da missão que cabe à comunidade na tarefa de “assistir aquele que, transgredindo a lei penal, está resgatando o débito criado com a prática do crime muitas vezes em condições materiais bem abaixo de suas necessidades, comuns a todas as pessoas”. E, em última análise, trata-se de um esforço do legislador no sentido de chamar a comunidade à responsabilidade de defender a observância dos direitos fundamentais, mesmo que os titulares destes sejam infratores da ordem jurídica.

Com este espírito, a Lei de Execução Penal (LEP) prevê o Conselho da Comunidade como órgão da execução penal em seu art. 61, VII da LEP. Sua composição está estabelecida pelo art. 80 da LEP: um representante da associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

As incumbências dos Conselhos da Comunidade estão ligadas ao acompanhamento da execução da pena privativa de liberdade (art. 81 da LEP), a saber: visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca; entrevistar presos; apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário, e ainda, diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhorar a assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Dessa forma, há uma interação da comunidade com a correta execução das penas, fortalecendo entre os membros desta o sentimento de respeito dos direitos fundamentais do preso não alcançados pela sentença penal condenatória.

Por outro lado, o contato entre os reeducandos e a sociedade favorece a reintegração dos primeiros, ao tomarem contato com os valores sociais vigentes extramuros. Tal relação é imprescindível para que se efetive o processo de reintegração social. Impede-se, desse modo, que se estabeleça o fenômeno da prisionização, visto que o relacionamento efetivo entre a comunidade e os apenados permite a introjeção nestes (de forma consentida) das regras e valores da sociedade, em detrimento da cultura especificamente carcerária, de efeitos nitidamente danosos à personalidade dos presos<sup>36</sup>.

Ademais, os Conselhos da Comunidade devem representar o canal de manifestação da sociedade civil na implementação das políticas penais e penitenciárias, assumindo, assim, uma função política, de articulação das forças locais e defesa de direitos e não meramente assistencial. Nesse tocante seria fundamental o papel da mídia na divulgação das atividades dos Conselhos e de sua importância não só para a melhoria do sistema prisional, mas, em última análise, à própria política de segurança pública<sup>37</sup>.

Outra forma de fortalecer a atuação dos Conselhos seria a parceria com as universidades, o que fomentaria um intercâmbio de informações entre a academia (principalmente nos estudos penitenciários) e a atuação prática dos Conselhos. Destarte, a universidade daria a seus alunos a oportunidade de conhecer de forma crítica e contextualizada a realidade prisional e os Conselhos receberiam o apoio científico necessário à propositura de melhorias ao sistema.

Importante salientar que a atuação dos Conselhos da Comunidade não pode assumir uma postura meramente assistencialista e paternalista, mas funcionar como instrumento de acompanhamento do preso em seu processo de reinserção social, sempre considerando-o titular de direitos fundamentais a serem observados pelo Estado e pelos demais membros da sociedade.

---

<sup>36</sup> Sobre o fenômeno da prisionização e seus efeitos sobre a personalidade do recluso, v. item 1.1.3.2

<sup>37</sup> De fato, ao favorecerem a ressocialização dos reclusos, os Conselhos da Comunidade, em última análise, contribuem para a diminuição dos índices de reincidência criminal, com óbvios reflexos na melhoria dos indicadores de segurança pública.

### **3.3.3.2 A Experiência da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC)**

Como segunda proposta de contribuição da comunidade na execução da pena, verifica-se a experiência de uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, denominada Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, mais conhecida por sua sigla: APAC. Esta entidade é filiada à Confraternidade Carcerária Internacional (Prision Fellowship International –PFI), órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários. Sua finalidade é dedicar-se à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, utilizando para isso um método de valorização humana.

A APAC foi criada em 1972, pelo advogado Mário Ottoboni e um grupo de amigos cristãos, na cidade de São José dos Campos – SP, como uma ONG. Posteriormente, em 1983, o juiz da Vara de Execução desta cidade exortou esta entidade a organizar-se formalmente, com o intuito de funcionar como órgão auxiliar da Justiça, com personalidade jurídica própria e com o desiderato de gerir o Presídio Humaitá, então desativado por ser insalubre e inseguro. Aceitando o desafio, a APAC, com o apoio da comunidade e sem contar com a Polícia Civil e Militar, instaurou sua primeira experiência como administradora de um presídio, visto que se ocupava anteriormente apenas com métodos de recuperação de presos, nas unidades prisionais convencionais.

Neste sistema, a APAC administra a penitenciária e seu corpo de funcionários é formado pelos próprios presos e por voluntários, não havendo a figura do policial ou do carcereiro. O método “apaqueano” de recuperação de presos também é aplicado no regime fechado, em estabelecimentos administrados pela Polícia. Nesse caso, o trabalho é desenvolvido nos pavilhões de penitenciárias, denominados Pavilhões da APAC, competindo à direção do presídio estabelecer critérios para selecionar presos de boa conduta que desejam ser recuperados pela APAC. Além disso, a APAC fiscaliza o cumprimento das obrigações impostas aos sentenciados em liberdade condicional, penas alternativas e sursis, fazendo-o em local apropriado, por ela administrado e construído com a ajuda da sociedade.

Como informa Cordeiro (2006:176), o preso que desejar ingressar no programa de recuperação da APAC direciona o seu requerimento à autoridade judiciária (instruído com informações da Associação) que poderá deferir o benefício, após a oitiva do Ministério Público, ficando o preso em observação para se aquilatar se o mesmo se adapta ao regime “apaqueano”.

Segundo ensina o idealizador deste método, Ottoboni (2001:30): “O Método cuida em primeiro lugar da valorização humana da pessoa que errou e que, segregada ou não, cumpre pena privativa de liberdade”. Sua filosofia, conforme expõe o autor supra (2001:45), consiste em “Matar o criminoso e salvar o homem”. Busca-se, assim, exaltar a figura humana e resgatar a auto-estima do homem criminoso, por meio da transmissão de noções de bons costumes, do estímulo ao diálogo, ao interesse pelo trabalho e ao respeito aos voluntários, às autoridades e às normas disciplinares.

A metodologia “apaqueana”, conforme explica Ottoboni (2001:64), apóia-se em doze elementos fundamentais, sendo indispensável a observação de todos eles para a obtenção de resultados satisfatórios: a participação da comunidade, “recuperando ajudando recuperando”, o trabalho, a religião, assistência jurídica, assistência à saúde, valorização humana, a família, o voluntariado e o curso para sua formação, Centro de Reintegração Social, o mérito e a Jornada de Libertação com Cristo. Por outro lado, existem dois elementos de ordem subjetiva, que são a confiança e o amor incondicional.

Barros Leal (1996a:32) dá seu testemunho sobre a importância do trabalho desenvolvido pela APAC:

Como órgão auxiliar da Justiça, esta ilha de excelência, sob a supervisão do Juízo das Execuções Criminais, não se propõe, pois, apenas a dar cumprimento à pena, vista em sua função meramente punitiva, mas humanizá-la, enfatizar seu sentido pedagógico, terapêutico, esclarecendo que é seu objeto prioritário recuperar o condenado, não importa o crime que haja cometido. Rechaçando, portanto, a figura do irrecuperável (a seu ver, não existiria o tipo e sim aquele condenado que não teve acesso a um

tratamento condizente), dá uma surpreendente lição de fé na potencialidade do ser humano.

No tocante à participação da comunidade, esta ocorre também com o curso de formação do voluntariado. Pessoas da comunidade recebem treinamento adequado, ficando cientes da seriedade da proposta. O trabalho é desenvolvido gratuitamente, como demonstração de apoio ao recuperando e, em última análise, como uma forma de contribuir para amenizar o problema da segurança pública da cidade.

Como nota Piedade Júnior (1996:40) este é um dos segredos do sucesso da experiência “apaquena”, visto que a comunidade, confiando no método, investe no processo de ressocialização do reeducando, tanto em seu momento de reclusão (“adotando” os reclusos e fornecendo-lhes assistência material) quanto no instante em que ele retorna à sociedade livre, na medida em que promove a sua inclusão no mercado de trabalho, tudo sob orientação da APAC.

Este método também estimula a ajuda recíproca entre os presos, resgatando práticas de respeito e solidariedade. Sobre esta convivência, expõe Barros Leal (1996a:32):

Na prisão sob a responsabilidade da APAC, o preso, chamado de recuperando, uma vez em estágio superior, cuida de outro recuperando em diferentes momentos, como por exemplo: escolta para depoimento em juízo, atendimento médico ou odontológico, casamento ou velório; limpeza; encaminhamento de correspondência; atendimento no corredor do presídio; e serviços burocráticos na prisão e nas delegacias.

Quanto ao trabalho, este tem regras próprias, dependendo do regime de cumprimento de pena. Assim, no regime fechado, o trabalho tem nítida finalidade terapêutica; no regime semi-aberto, tem por finalidade a profissionalização e, no regime aberto, o recuperando trabalha durante o dia, ficando recolhido na APAC à noite, domingos e feriados.



Os reeducandos sob os cuidados da APAC recebem efetivas assistências material, psicológica, médica, odontológica, jurídica, educacional (compreendendo a instrução escolar e formação profissional) e religiosa durante o cumprimento da pena. Destaque-se que a participação da comunidade no provimento dessas formas de assistência é fundamental. São os voluntários que dão sustentáculo a esta preocupação da APAC em garantir o respeito aos direitos fundamentais do preso, como etapa fundamental do seu retorno ao convívio social.

Ottoboni (2001:29-30) faz questão de destacar que o método “apaqueano” funda-se principalmente na evangelização, que é utilizada como principal instrumento para a recuperação pretendida, respeitada a liberdade de culto.

Merece destaque a imprescindibilidade do envolvimento da família do recuperando no processo de transformação deste. A APAC, portanto, acompanha o preso e também sua família, compreendendo, como adverte Otoboni (2001:86) que esta é um fator determinante da criminalidade. Por outro lado, é uma família coesa que estimulará o preso em seu processo de recuperação, funcionando como importante aliada para o sucesso do método.

Desde sua instauração, o “método apaqueano” logrou difundir-se em todo o país, embora que ainda de forma tímida. Em 1996 eram 130 unidades, em 12 estados brasileiros, como informa Barros Leal (1996a:34), com resultados exitosos, conforme narra Piedade Júnior (1996:38): apenas 4% de reincidência, contra 85% do sistema convencional; 9% de sentimento de revolta contra o sistema ou contra a sociedade, contra 88% nas prisões comuns; 8,9% de desmotivados para a vida contra 90% dos presos do sistema convencional; 0% de desejos suicidas nas prisões da APAC, contra 48% nutrido desejo de suicídio no sistema tradicional; apenas 3,8% não têm qualquer projeto de vida nas prisões “apaqueanas”, enquanto o percentual é de 94% na prisão tradicional. De fato, algumas experiências foram até mesmo reconhecidas internacionalmente como paradigmas. A Anistia Internacional, inclusive, apontou o presídio de Bragança Paulista, gerenciado pela APAC, como modelo a ser seguido, como noticia Cordeiro (2006:176).

Estes números favoráveis do método “apaqueano” somente reforçam o entendimento de que a execução penal deverá acontecer em simbiose com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo. Muito mais que possível, este amálgama demonstra-se indispensável em um Estado que pretenda considerar-se legítimo<sup>38</sup>. Efetivamente, o recrudescimento da repressão fracassou em sua proposta de inibir as práticas criminosas e, mais ainda, na reinserção do criminoso à sociedade.

A filosofia da APAC, como informa Piedade Júnior (1996:49), já foi implantada, em outros países: na Escócia, no Reino Unido, na Colômbia, no Equador e na Coréia do Sul. Representantes de 25 países, entre eles EUA, Austrália, Rússia e Canadá, reuniram-se em 1994, no presídio de Humaitá, para conhecer o método.

É lamentável que o Brasil ainda não invista com seriedade nesta importante alternativa de amenizar os efeitos do cárcere sobre os reclusos. O Estado brasileiro, conforme critica Cordeiro (2006:179) “... não tem demonstrado qualquer interesse em estimular tais iniciativas de incontestável sucesso, em que os custos ao erário são mínimos...”. Desse modo, no Brasil, não se estimula a participação da comunidade por meio dessas entidades sem fins lucrativos. Ao contrário, nossos representantes políticos e a grande mídia são muito mais sensíveis à entrega da execução da pena à iniciativa privada, em uma proposta nitidamente afinada com a doutrina do Estado mínimo, que já se mostrou contraditória à observância dos direitos humanos, destacadamente os sociais.

Da mesma maneira conclui Cordeiro (2006:185), para quem a experiência “apaqueana” representa um dos melhores exemplos de como o Estado e a sociedade podem propiciar aos presos uma execução penal respeitosa dos direitos e da dignidade humana.

Por último, é necessário advertir, da mesma forma que se fez em relação às penas alternativas, que não há propostas perfeitas, prontas e auto-suficientes.

---

<sup>38</sup> Como já mencionado oportunamente (item 2.2), o respeito aos direitos fundamentais representa elemento de legitimação da ordem estatal.

Destarte, a experiência “apaqueana” está longe da perfeição, tendo sido, inclusive, objeto de críticas em algumas experiências, principalmente no que diz respeito à gestão dos recursos públicos destinados. Entretanto, em sua proposta afinada com o respeito à dignidade do ser humano preso, a APAC consolida-se como uma alternativa ao sistema carcerário falido tal qual se apresenta hoje.

### **3.3.4 O Acesso à Justiça e a Atuação da Defensoria Pública**

Após serem traçadas as linhas gerais definidoras dos direitos fundamentais (no segundo capítulo deste estudo), bem como delineadas algumas propostas para a efetivação dos principais direitos aplicáveis ao sistema prisional brasileiro, com enfoque específico na situação das mulheres; destaca-se, neste momento, o direito de acesso à justiça que, a um só tempo, é um direito fundamental e uma garantia dos demais direitos fundamentais.

De fato, conforme menciona Canotilho (1993:520), as garantias traduzem-se no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, como igualmente no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. Dessa maneira, o acesso à justiça representa um “direito a ter direitos”, nas palavras de Rocha (2004:33). Somente dotando o arcabouço constitucional de garantias, o legislador constituinte poderá facilitar a efetividade dos demais direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, que quedarão como letra morta, caso inexistentes meios aptos de fazê-los valer. É nesse compasso que doutrina Pastore (2004:159): “Assim, como uma das armas mais importantes na busca da efetivação de todos os direitos fundamentais está o acesso à justiça, e é nesse sentido que os Estados têm buscado fornecer aos seus indivíduos mecanismos específicos para a sua reivindicação e exercício”.

Da mesma maneira, não basta a mera previsão de que os indivíduos de determinado Estado terão acesso à justiça. É preciso que este Estado conceda os instrumentos necessários para que este acesso seja pleno e eficaz. Assim, o

indivíduo (independente de sua condição social, econômica, de nacionalidade, ou qualquer outra) que tiver algum direito fundamental olvidado deve ter a possibilidade concreta de acionar os poderes públicos para reconstituir a lesão sofrida, com eficiência e celeridade. A previsão formal desacompanhada de instituições fortes, capazes de concretizá-la, manter-se-á como figura retórica apenas. Este é o entendimento de Cappelletti e Garth (1998:11-12):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Cumpra, portanto, inicialmente, definir o acesso à justiça e identificar seus elementos conformadores. Em uma acepção restrita, confunde-se com o acesso aos tribunais, representando o direito a recorrer ao Judiciário para a solução das contendas jurídicas surgidas. Segundo Pastore (2004:161), esgota-se este conceito restrito na oportunidade de alguém participar, em sua defesa própria, de um procedimento judicial. É o que Canotilho (1993:652-653) denomina “direito de acesso aos tribunais”. Nessa perspectiva, possui duas finalidades básicas, conforme explicam Cappelletti e Garth (1998:08): “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados individual e socialmente justos”.

Em sua conotação ampla, o acesso à justiça significa o direito às condições de existência objetiva da justiça, representada pela possibilidade de participação no processo político, econômico e social. Nas palavras de Pastore (2004:161):

Nesta perspectiva, a acepção jurídica do termo “acesso à justiça” engloba um largo conteúdo: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais e aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete não apenas garantir

a eficiência do ordenamento jurídico, mas, inclusive, proporcionar a realização da justiça aos indivíduos.

A Constituição Federal do Brasil alberga o acesso à justiça em três partes bem definidas, ao estabelecer: 1) o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV); 2) os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e do juiz e do promotor naturais (art. 5º, XXXVII e LIII); 3) a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV).

O princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional está estampado no 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Destarte, o Poder Judiciário não poderá se furtar à apreciação de quaisquer situações que representem lesão (ou ameaça de lesão) a direito. Os indivíduos têm, portanto, direito público subjetivo a acionar este Poder para ver reparado seu direito violado, bem como a defender-se de eventuais demandas, propostas por outros particulares ou pelo Estado. Em outros termos, estão albergados o direito de ação e o de defesa.

O princípio do devido processo legal está insculpido no art. 5º, LIV, da CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo seus corolários os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no 5º, LIV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Estes princípios asseguram proteção aos indivíduos, principalmente, contra arbitrariedades do Estado ou das parcelas economicamente dominantes da sociedade, ao estabelecer que toda forma de privação de liberdade ou de bens deve submeter-se à chancela de instituições públicas destinadas à defesa desses valores. Da mesma forma, garantem que as partes em litígio coloquem-se em pé de igualdade, tanto de manifestação, quanto de oportunidades, no momento em que defendem seus interesses, em juízo ou em procedimentos administrativos.

Quanto ao princípio do juiz e do promotor naturais, emerge de peremptórias disposições constitucionais, a saber, art. 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e art. 5º, LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. De fato, não basta o acesso à justiça (como uma imposição genérica), mas o acesso a juízos competentes e previamente determinados para decidir sobre certas contendas. Busca-se com estas disposições evitar o arbítrio judicial, garantindo a imparcialidade do Judiciário e a segurança dos indivíduos.

Por derradeiro, a ocupar lugar central neste item do estudo, tem-se o direito a assistência jurídica integral e gratuita, garantida aos hipossuficientes, conforme reza o art. 5º, LXXIV, da Constituição: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Note-se, na esteira da doutrina de Pastore (2004:174), que este direito é amplo, não se limitando à defesa judicial, mas se referindo a todo e qualquer ato do interessado que possa vir a ter conseqüências jurídicas.

À Defensoria Pública cabe prestar tal assistência, conforme determina o art. 134 da nossa Lei Maior, *in verbis*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Como pode ser observado a assistência jurídica prestada por esta instituição manifesta-se em três grandes áreas, de acordo com a doutrina de Martins (2005:29): (1) funções tutelares clássicas; (2) funções extrajudiciais; (3) funções supraindividuais.

No primeiro grupo de atribuições, está a atuação da Defensoria Pública no contencioso judicial, tutelando os interesses individuais dos hipossuficientes. Trata-se, neste particular, de garantir o acesso ao Judiciário. Destarte, avulta a importância da Defensoria Pública de promover uma defesa técnica apta a albergar os direitos fundamentais olvidados àqueles que demonstrem insuficiência de recursos.

Entretanto, como adverte Rocha (2004:31), a defesa técnica é apenas mais uma das muitas possibilidades e prerrogativas do defensor público

viabilizadoras da efetividade do acesso à Justiça ao necessitado. Neste passo, surge o segundo grupo de atribuições, relacionado à atuação extrajudicial do defensor público, que se subdivide em três funções: (1) a orientação jurídica; (2) a mediação e a conciliação; (3) atuação em órgãos administrativos e fiscalizadores (defesa dos hipossuficientes no âmbito administrativo).

A orientação jurídica surge como importante instrumento de informar à população brasileira - em sua maioria desprovida de acesso aos bens culturais e de informação – sobre a existência e forma de defesa de seus direitos, garantidos pela ordem jurídica. Não se olvide que o primeiro passo para a eficácia dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua titularidade. Somente a partir daí o indivíduo terá condições de posicionar-se na defesa dos desrespeitos perpetrados. Sobre a forma e importância da orientação jurídica assevera Martins (2005:29):

Nessa função, cabe ao defensor sentar-se frente a frente com o seu defendido e, tratando-lhe como um igual, explicar-lhe qual a situação jurídica e de que meios dispõe para efetivar seus direitos ou evitar que ocorra qualquer lesão aos que já possui. Trata-se do maior de todos os papéis históricos da Defensoria Pública, qual seja, dar voz *a quem historicamente não possui*, servindo de ponte para o acesso à Justiça, e, por conseguinte, atuando como um fator de transformação social.

Ainda tratando do segundo grupo de atribuições do defensor público, destaca-se a promoção extrajudicial da solução dos conflitos de interesses, com a utilização da mediação e da conciliação. Assim, o defensor público colocar-se-á como um terceiro cuja tarefa será mediar o diálogo entre as partes (no caso da mediação) ou propor e orientar um acordo de vontades entre estas (conciliação), sempre com a idéia de solucionar o conflito real, afastando, por meio do diálogo e dos esclarecimentos jurídicos, as animosidades entre os envolvidos no conflito.

Com efeito, como adverte Moraes Mello (1995:24-25), o maior número de conflitos instaura-se em razão do completo desconhecimento da lei. Verifica, ainda, que, após os esclarecimentos prestados pelo defensor público, as partes, no mais das vezes, engendram uma solução amigável para o conflito, evitando o embate nos tribunais.

O terceiro grupo de atribuições do defensor público relaciona-se às funções supraindividuais que, na doutrina de Martins (2005:32), “devem ser praticadas em prol de grupos que possuam considerável parcela de hipossuficientes, ainda que não sejam a maioria, em virtude da imperatividade dos princípios constitucionais da solidariedade e do acesso à justiça”. Como reconhecimento dessa possibilidade de atuação da Defensoria Pública na defesa de interesses coletivo e difusos, nosso ordenamento jurídico passou a prever a possibilidade de interposição de ação civil pública pelo defensor público, através da Lei 11.448/07 que modificou o art. 5º da Lei nº 7.347/85, atualmente com a seguinte redação: “Têm legitimidade ativa para propor a ação principal e a ação cautelar: II - a Defensoria Pública.

Verificados os conceitos básicos relacionados ao acesso à justiça, bem como a forma de atuação da Defensoria Pública na tarefa de garantir a efetividade deste direito/garantia, mormente na sua faceta relacionada à assistência jurídica, passa-se a analisar como esta instituição poderia funcionar como instrumento de amenização dos problemas do nosso sistema carcerário.

Como já aludido anteriormente<sup>39</sup>, nossos estabelecimentos prisionais estão habitados, em sua esmagadora maioria, por pessoas egressas das camadas menos favorecidas da sociedade. Alguns autores, como Kuehne (2006:282), chegam a estimar em 95% o número de presos pobres no Brasil, o que demonstra a necessidade inafastável de atuação da Defensoria Pública nestes estabelecimentos como forma de garantir o acesso à justiça aos encarcerados.

A presença desta importante instituição não poderá, contudo, ser apenas “cosmética”, gerando mera aparência de prestação do serviço, sem, no entanto, efetivar as disposições constitucionais e legais impositivas do real acesso à justiça. É necessário que a Defensoria esteja presente com número suficiente de profissionais qualificados, bem remunerados e com estrutura robusta para a garantia deste direito. Isto porque, como visto, os defensores públicos, também no ambiente prisional, devem estar aptos a garantir a assistência jurídica **integral** e gratuita aos

---

<sup>39</sup> Ver item 1.1.3.2 deste estudo.



hipossuficientes, manifestada, da mesma forma, por meio das funções tutelares clássicas, extrajudiciais e metaindividuais.

Desempenhando suas funções tutelares clássicas, o defensor público precisa requerer os benefícios legais previstos: livramento condicional, progressão de regime, indulto condicional, comutação de pena, extinção de pena, trabalho externo, saídas temporárias e todos os demais relacionados com o sistema progressivo da execução da pena. É este profissional que providenciará o acesso dos encarcerados ao Judiciário para que usufruam destes benefícios, em sua maioria relacionados com o retorno à liberdade. De fato, a realidade atual não é diferente da narrada por Fragozo; Catão e Sussekind (1980:98), que, na década de 80 relataram:

A grande maioria da população carcerária não possui advogado particular e fica esquecida nos estabelecimentos penitenciários. Muitos poderiam obter livramento condicional, já que cumpriam os requisitos legais; outros poderiam ter o caso reexaminado através de revisão criminal, com grandes possibilidades de êxito; outros, ainda, foram condenados com base em processos que apresentavam vícios de diversas origens que poderiam ser nulificados por meio de *habeas corpus*. Em suma, se atendida de maneira conveniente, boa parte da população carcerária poderia estar em liberdade.

Também necessária é a atuação do defensor público na verificação da legalidade da execução da pena. É este profissional que observará se a privação da liberdade está ocorrendo de forma consentânea com os ditames constitucionais e legais, denunciando situações abusivas e desviantes, assim como promovendo as ações judiciais de responsabilização do Estado ou de seus agentes, como forma de inibir os episódios de desrespeito aos direitos fundamentais e, a um só tempo, promover a reparação de eventuais danos.

É imprescindível, portanto, que os estabelecimentos prisionais contem com profissionais independentes, sem vinculações de qualquer ordem com a direção do estabelecimento (mormente empregatícias, como nos casos de terceirização ou privatização de presídios), nem com os governantes, a fim de que possuam a

isenção necessária para efetuar as denúncias citadas e movimentar a máquina judicial para albergar os direitos fundamentais dos encarcerados.

Nos estabelecimentos femininos, há necessidade, ademais, de uma estrutura de apoio jurídico especializada. Efetivamente, a par do apoio jurídico relacionado à prisão, há uma carência significativa na seara do Direito de Família, principalmente concernente à pensão alimentícia dos filhos menores das reeducandas. A estrutura de apoio jurídico nos estabelecimentos prisionais femininos, portanto, não deve se restringir ao acompanhamento dos processos criminais das reeducandas, sendo essencial que disponha de profissionais especializados também nas demandas do Direito de Família, com atuação direta nas varas especializadas nesta matéria.

Quanto às funções extrajudiciais, destaque-se a importante atuação dos defensores públicos do sistema prisional na orientação jurídica dos presos, informando-os do andamento dos processos (quando presos provisórios) ou da gama de benefícios a que faz jus o reeducando (condenado). Com efeito, um dos principais fatores de angústia do preso é exatamente a indefinição de sua situação prisional e processual. A ausência de assistência jurídica faz nascer no preso a idéia alternativa de recorrer a meios de autodefesa, conforme asseveram Fragoso; Catão e Sussekind (1980:102).

Realmente, a privação de liberdade torna-se ainda mais penosa e desumana para o indivíduo quando aliada ao total alheamento dos direitos de que este dispõe, bem como das suas perspectivas concretas de deixar o cárcere. Ao defensor público, portanto, cabe a tarefa de amenizar esta angústia com o atendimento individualizado dos presos, que, sabedores de que contarão com o apoio jurídico quando necessário, passarão a cumprir sem sobressaltos a pena que lhe foi imposta.

Por outro lado, ainda com o enfoque na atuação extrajudicial do defensor público, este profissional, por tomar parte em primeiro lugar dos conflitos de determinada comunidade, pode funcionar como importante instrumento de aplicação

da Justiça Restaurativa<sup>40</sup>. Realmente, desde que providenciada a capilarização (descentralização) da Defensoria Pública, esta instituição poderá desenvolver sua vocação à solução extrajudicial dos conflitos, através da mediação e da conciliação.

O contato direto do defensor público com a comunidade torna muito mais fácil para o Estado inserir-se em determinadas localidades com um histórico de abandono e que já criaram seus próprios meios de solucionar seus problemas de acesso aos bens que deveriam ser públicos e universais. Somente por intermédio de uma instituição que chegue a estes locais para ouvir as pessoas (e não para impor decisões) é que o Estado poderá atingir algum grau de aceitação de suas regras. Alcançando sucesso nesta empreitada, a Defensoria Pública funcionará como importante catalisador da inclusão social, com efeitos benéficos e imediatos na amenização do problema da insegurança pública, no qual está imbricada a complexa situação prisional.

Por fim, relacionada à tutela metaindividual, verifica-se importantíssima a atuação do defensor público na impetração de ações civis públicas, com o objetivo de proteger interesses difusos ou coletivos, na forma do art. 1º, IV, da Lei 7.347/85. No Estado do Ceará, inclusive, tramita ação civil pública promovida pela Defensoria Pública de Tianguá-CE, para a desativação da Cadeia Pública local em razão das péssimas condições de salubridade e segurança apresentadas, em prejuízo flagrante dos direitos fundamentais dos presos.

Da mesma maneira, outras ações de idêntica natureza podem ser propostas para obrigar o Estado, por exemplo, a dotar o sistema prisional de estabelecimentos aptos a receber mulheres que se encontrem em regime semi-aberto ou estejam sujeitas a medida de segurança<sup>41</sup>.

Sobre a importância da presença do defensor público no sistema prisional, resume Barros Leal (2001:17):

---

<sup>40</sup> Sobre as noções de Justiça Restaurativa, ver item 3.3.2 deste estudo.

<sup>41</sup> Como já aludido no item 3.2.3 deste estudo, o Estado do Ceará, por exemplo, não possui estabelecimento adequado para receber mulheres que estejam em regime semi-aberto, sendo estas obrigadas a permanecer sob os rigores do regime fechado. Da mesma forma, inexistente local adequado a receber mulheres apenas que apresentem distúrbios mentais.

É imprescindível ter em conta a relevância da presença do defensor público nas unidades penais, onde a grande maioria é hipossuficiente de recursos. É ele, por conseguinte, o instrumento assecuratório da garantia dos direitos da grande massa miserável de encarcerados, de sua assistência jurídica integral e gratuita em todos os graus de jurisdição, de seu acesso à justiça, de sua ampla defesa, da concretização, enfim, dos princípios do contraditório, do devido processo legal, da segurança jurídica. Seu mister é a defesa do preso, assentada na premissa de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e que todos os seres humanos, sem distinção, com arrimo no princípio constitucional da igualdade, devem ser respeitados e amparados pelo Estado, uma vez que sua dignidade humana é erigida pela Carta Magna como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Dissecadas as funções a serem desempenhadas pelo defensor público em um estabelecimento prisional, conclui-se como é importante um efetivo serviço de assistência jurídica nestes locais, como condição imprescindível à efetividade dos direitos fundamentais. Uma situação ideal somente será atingida se estes estabelecimentos contarem com número suficiente de defensores públicos, dotados de estrutura física e de pessoal condizentes com o bom desempenho dos misteres elencados.

Da mesma maneira, tal situação somente poderá ser viabilizada se a instituição Defensoria Pública for fortalecida e valorizada pelo Poder Público, atingindo o patamar a que a ordem constitucional a elevou: uma instituição independente, de acesso à cidadania e essencial à função jurisdicional do Estado, como promotora e defensora primeira dos direitos fundamentais do homem.

## CONCLUSÃO

Não há dúvida de que os estudos relacionados ao sistema prisional brasileiro já ocuparam os esforços de muitos doutrinadores, principalmente daqueles que se preocupam com a efetividade dos direitos fundamentais. De fato, este ambiente de total impermeabilidade ao respeito da dignidade humana torna-se alvo fácil de críticas de todos os matizes.

Entretanto, a análise dos estabelecimentos penais femininos tem ficado à margem desta discussão, por razões várias, que vão desde o preconceito puro e simples até a menor quantidade de estabelecimentos destinados às mulheres. Como estas representam em torno de 4% dos encarcerados no Brasil, acabam esquecidas pelas políticas públicas específicas, bem como pelos debates acadêmicos.

O resultado desse abandono aparece facilmente para quem se propõe a estudar o ambiente carcerário feminino: as mulheres, além de sofrerem os mesmos problemas que acometem os homens, recebem uma carga extra de sofrimento por terem de se submeter a um sistema que desconsidera sua condição feminina. Esta é a razão pela qual se buscou, ao longo da pesquisa, apontar as mazelas do sistema carcerário brasileiro, mas sempre acompanhadas da discussão de gênero, por sua vez atrelada à necessidade de viabilização de mecanismos aptos a amenizar este grave problema nacional.

Após verificados os conceitos e características da execução da pena privativa de liberdade, constata-se facilmente que esta não vem cumprindo as promessas ínsitas à sua natureza, quais sejam: reprimir e prevenir o crime e, ao mesmo tempo, ressocializar o criminoso. Isto ocorre, algumas vezes, por questões entranhadas no próprio conceito de encarceramento, a demonstrar que o mesmo é incompatível com a finalidade de reinserir o indivíduo em um convívio de respeito às regras preestabelecidas.

Por outro lado, o encarceramento, como vem sendo levado a efeito no Brasil, contribui para afastar ainda mais essas finalidades da pena de sua realização fática. Em um sistema cujas condições atuais o transformam em um ambiente de total desprezo dos direitos fundamentais, não há como falar em recuperação do indivíduo encarcerado. Ao reverso, o sistema carcerário brasileiro acaba por transformar-se em fator criminógeno de primeira magnitude. Dessa maneira, a um só tempo, frustra a finalidade preventiva, ao ser uma escola de reincidência, e inviabiliza a ressocialização, por não dar alternativas lícitas ao indivíduo recluso.

Todas estas circunstâncias contribuem para a opinião praticamente unânime na doutrina de que a pena de prisão está falida, inviabilizada como resposta penal estatal às práticas criminosas. Entretanto, logo em seguida a esta conclusão, resta a perplexidade, visto que nenhuma alternativa penal foi engendrada para excluir por completo a restrição da liberdade como pena. A prisão, portanto, mesmo na opinião de seus mais ferozes críticos, ainda deve persistir como resposta penal aos delitos de maior gravidade, para os quais o isolamento ainda representa a única forma de punir.

Calcada nestas bases, esta pesquisa se orientou no sentido de estabelecer propostas de dois matizes: (1) que afastem, tanto quanto possível, a incidência da privação de liberdade como resposta penal, devendo esta ficar restrita aos crimes de alto potencial ofensivo; (2) que, nos casos em que a prisão for inevitável, façam com que esta ocorra em circunstâncias privilegiadoras do respeito aos direitos fundamentais do preso, o que, em última análise, representa a afirmação do primado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, também no ambiente prisional.

Com o mesmo foco, após a análise dos contornos conceituais dos direitos fundamentais (procedida no segundo capítulo desta dissertação), passou-se, no terceiro capítulo, à individualização destes direitos, a demonstrar que seu âmbito de proteção tem sido restringido quando chamados à aplicação no sistema prisional brasileiro. Nesse contexto, foram estabelecidas propostas para garantir maior efetividade a estes direitos fundamentais, bastando que haja compromisso verdadeiro com esta meta por parte daqueles a quem é dada a competência de

fiscalizar a execução da pena privativa de liberdade. Assim, proposições pontuais foram ventiladas, a par das que ocuparam capítulo próprio neste estudo.

Como saldo de toda a pesquisa, sedimentou-se a certeza de que o sistema prisional brasileiro ainda é o âmbito espacial no qual prevalece o esquecimento (intencional, muitas vezes) dos direitos fundamentais. Resta, portanto, compreendê-lo melhor, por meio do estudo de seus fundamentos e finalidades, para, a partir de então, engendrar formas diferenciadas de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Com este objetivo em mente, fortalece-se a convicção de que é possível fazê-los conviver com o aprisionamento, desde que seja este o verdadeiro objetivo do Estado brasileiro: garantir o respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tal como verberado pela Constituição Federal de 1988.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O princípio jurídico constitucional fundamental da dignidade humana no direito do trabalho. In: *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, n. 190, abr. 2005, p. 13 – 27.

ANNAN, Kofi A., *Prefacio da obra Direitos humanos: conquistas e desafios*. Org: Reginaldo Oscar de Castro. Brasília: Letraviva, 1999.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. O direito penal como justo. In: *Revista dos Tribunais*. n.551, 1981.

BARBOSA. Lucínio. As penas e as medidas alternativas. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 10. jul/dez 1997. Brasília; imprensa Nacional, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional, in: Luis Roberto Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Silene Cardoso. São Paulo: Ícone, 2006.

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

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. Direito à paz. *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em [www.folha.uol.com.br](http://www.folha.uol.com.br). Acesso em: 20.05.07.

BRANCHER, Leoberto Narciso. *Por uma nova justiça penal para maiores e menores*. Disponível em: [www.ibase.br](http://www.ibase.br). Acesso em: 01.06.2007.

BRANCO Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.103-194.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Edição do Ministério da Justiça/Serviço de documentação, 1958.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

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

CHALITA, Gabriel. *A solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.15-99.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordações da casa dos mortos*. Trad. Nicolau S. Peticov. São Paulo: Nova Alexandria, 2006.

ESPINOSA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ESQUIVEL, Adolfo Perez. Comentários ao art. 21 da declaração universal dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: conquistas e desafios*. Org: Reginaldo Oscar de Castro. Brasília: Letraviva, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2000.

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria. O voto do preso. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 14. n. 61. Julho/agosto de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Frederico Antunes. Da participação da comunidade na execução das penas privativas de liberdade. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 16. jan/03 a jun/03. Brasília: Imprensa Nacional, 2003.

FOUCAULT: Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 31. ed. Trad. Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRAGOSO, Heleno. CATÃO, Yolanda. SUSSEKIND, Elizabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Crimen y prisión em el nuevo milenio. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 16. jan/03 a jun/03. Brasília; imprensa Nacional, 2003.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 13. n. 51. Abril/junho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. vol 1. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOLANDA, Ana Neyle Olímpio. O direito ao trabalho. In: *Revista de Pós-graduação. Fortaleza: Universidade de Fortaleza*. V.1.n.1. dez/1996. p. 9-16.

HUGO, Victor. *O último dia de um condenado*. Trad. Joana Canêdo. São Paulo: Estação liberdade, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 1º. Vol. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Organização das nações unidas (OU) recomenda a adoção da justiça restaurativa*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br>. Acesso em: 01.06.2007.

JOBIM, Nelson A. Penas alternativas: pontos para reflexão. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 07 jan/jun 96. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e publicidade enganosa. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13. n. 52. jan/fev 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KUEHNE, Maurício. Elementos jurídico-sociais da execução penal no âmbito do Mercosul – enfoque brasileiro. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 11. jan/jun/98. Brasília: Imprensa Nacional, 1998.

\_\_\_\_\_. *Situação prisional*. In: LEAL, César Barros (Org.). *Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça: uma visão do presente e do futuro à luz dos direitos humanos*. Fortaleza: C. B. Leal, 2006.

KOSOVSKI, Ester. Pressupostos da instituição penal. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 13. jan/00 a jun/00. Brasília: Imprensa Nacional, 2000.

LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias em las penas alternativas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13. n.53. Março-abril de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do estado do Ceará*. Fortaleza. A. 7, n.9, 1992.

\_\_\_\_\_. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos direitos humanos dos presos. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 06. jul/dez 1995. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

\_\_\_\_\_. Prisão: o crepúsculo de uma era. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 08. jul/dez 1996. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

\_\_\_\_\_. Associação de proteção e assistência aos condenados: uma experiência brasileira que o mundo começa a descobrir. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 07. jan/jun/96. Brasília: Imprensa Nacional, 1996a.

\_\_\_\_\_. Penas alternativas: uma resposta eficaz. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 13. jan/jun de 2000. Brasília: Imprensa Nacional, 2000.

\_\_\_\_\_. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. Garantias e perspectivas dos direitos da população carcerária. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 15. jan/jun/01. Brasília: Imprensa Nacional, 2001.

\_\_\_\_\_. O sistema penitenciário: da desesperança ao otimismo responsável. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 16. jan/03 a jul/03. Brasília: Imprensa Nacional, 2003.

\_\_\_\_\_. La ejecución penal em América Latina y Caribe: realidad y desafíos. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 17. jul/04 a dez/04. Brasília: Imprensa Nacional, 2004.

\_\_\_\_\_. O sistema penitenciário sob a perspectiva dos direitos humanos: uma visão da realidade mexicana e de seus desafios. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 18. jan/05 a jun/05. Brasília: Imprensa Nacional, 2005.

LEAL, João José. Obrigatoriedade do trabalho prisional, regime semi-aberto e trabalho externo em face da inexistência de colônia penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N.46. janeiro-fevereiro de 2004. p. 121-141.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

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

LINHARES, Maria Teresa Mansur. O direito à educação como direito humano fundamental. In: *Revista Jurídica da Universidade de França*. Ano 7. n. 13, 2º. Sem. 2004. p. 149 – 161.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de derecho politico*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 1984.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947.

MARQUES, Luís Henrique. Não basta punir, é preciso restaurar. In: *Revista Cidade Nova*. Ano XLVII, nº 08, agosto/2005. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2005.

MARTINS, Raphael Manhães. A defensoria pública e o acesso à justiça. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. n. 30. Jul/Set. 2005. Brasília: CEF, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.197-322.

MIOTO, Armida Bergamini. *Assistência às presas*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 29. n.116. out/dez 1992. Brasília: Senado Federal, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais. Tomo IV*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal: comentários à lei 7.210, de 11-7-84*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da defensoria pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. In: *Revista Jurídica*. 325 – Novembro/2004.

NEUMAN, Elías. Carcel y Sumisión. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 10. jul/dez 19976. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso? Método APAC*. São Paulo, Paulinas, 2001.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. O direito de acesso à justiça – os rumos da efetividade. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 12. n.49. outubro/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEGES-BARBA, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Renovar, 2006.

PÉREZ ESQUIVEL, Adolfo. Comentários ao art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de (coord.). *Direitos humanos: conquistas e desafios*. Brasília: Letraviva, 1999.

PEREZ LUÑO, Antônio. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação*. Trad. Ivette Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

PIEIDADE JR., Heitor. Reflexões sobre o fracasso da pena de prisão. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 6. jul/dez 1995. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

\_\_\_\_\_. A participação da comunidade na execução da pena. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 7. jan/jun 1996. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa: o paradigma do encontro*. Disponível no site [www.idcb.org.br](http://www.idcb.org.br). Acesso em: 01.06.07.

RAMIDOFF, Mário Luis. Mulheres reclusas. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 18. jan/05 a jun/05. Brasília: Imprensa Nacional, 2005.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. A duplicidade de gestão no sistema penitenciário brasileiro: conseqüências e alternativas para a formulação de uma efetiva política pública de encarceramento. In: *Revista do*

*Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v.1. n. 16. jan/03 a jun/03. Brasília: Imprensa Nacional, 2003.

RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. La cárcel y el sistema penal (en España y e Europa). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13. n. 54. maio-junho 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria pública e transformação social. In: *Revista da Associação Cearense do Ministério Público (ACMP) - Ministério Público e Sociedade*. Ano 04. n. 10. Maio/setembro de 2004. Fortaleza: ACMP, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, s/d.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. O Princípio da Proporcionalidade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 359-381.

SARLET, Ingo Wolfgang. A saúde como direito e dever fundamental na constituição federal de 1988. In: *Direito e Democracia. Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA*. Vol. 3. n. 1. 1º semestre de 2002.

\_\_\_\_\_. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – pós-modernidade constitucional? In: SAMPAIO, José Dércio Leite (Org.) *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

STEINMETZ, Wilson. OLIVEIRA, Silvio de. O direito fundamental ao trabalho formal e a responsabilidade do Estado perante grupos sociais vulneráveis. In: *Revista Legislação do Trabalho*. Ano 71. nº 01. Janeiro de 2007, p.56-59.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VARELA. Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

ALEXY, Robert, 100, 106, 107

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli, 154, 155

ANDREUCCI, Ricardo Antunes, 166

ANNAN, Kofi, 90

ARISTÓTELES, 17

BARBOSA, Lucínio, 19, 166, 167

BARCELOS, Ana Paula de, 108, 116

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira, 63

BECCARIA, Cesare de, 23, 24, 30,31

BENTHAM, Jeremy, 24, 25, 31, 54

BINDING, Karl, 28

BITENCOURT, César Roberto, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 31, 34, 35, 39, 41, 42, 47, 48, 49,50, 52, 68, 166, 171

BOBBIO, Norberto, 78

BODIN, Jean, 85

BONAVIDES, Paulo, 81, 95, 97, 110, 111, 112, 113

BRANCHER, Leoberto Narciso, 174, 175

BRANCO, Paulo Gonet, 73, 92, 102, 103, 105

BUENO, José Antônio Pimenta, 160

CANOLTILHO, J. J. Gomes, 71, 75, 185, 186

CAPPELLETTI, Mauro, 185, 186

CARRARA, Francesco, 23

CARVALHO FILHO, Luís Francisco, 42, 52

CATÃO, Yolanda, 125, 191, 192

CHALITA, Gabriel, 147

COMPARATO, Fábio Konder, 74, 81, 82, 84, 86, 89

CORDEIRO, Grecianny Carvalho, 20, 23, 25, 36, 39, 51, 53, 68, 162, 180, 183, 184

CROFTON, Walter, 53

D'ÁVILA LOPES, Ana Maria, 71, 73, 76, 78, 81, 84, 85, 87, 88, 95

DELGADO, Maurício Godinho, 154

DOSTOIÉVSKY, Fiodor, 36, 39, 42

ESPINOSA, Olga, 35, 44, 123, 157, 158, 159

ESQUIVEL, Adolfo Perez, 160

FARIAS, Edilsom Pereira de, 94, 109, 115, 116

FERNANDES, Newton, 64

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 73

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria, 163, 164

FERRI, Enrico, 24

FEUERBACH, Ludwig, 23, 31

FHILLIPPE, Xavier, 112

FIGUEIREDO, Frederico Antunes, 32

FILANGIERI, Gaetano, 23, 31

FOUCAULT, Michel, 21, 22, 23, 39, 40, 50, 51, 54

FRAGOSO, Heleno Cláudio, 125, 191, 192

GARCÍA RAMIREZ, Sérgio, 26, 30, 32, 39, 45, 63

GAROFALO, Rafael, 24

GARTH, Bryant, 185, 186

GOFFMAN, Erving, 41, 42

GOMES, Sérgio Alves, 147

GOYARD-FABRE, Simone, 83

GRECO, Rogério, 14

HASSEMER, Winfried, 32

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 28

HESSE, Konrad, 74,109, 142, 144

HOBBS, Thomas, 85

HOLANDA, Ana Neyle Olímpio, 153, 154

HOWARD, John, 24, 25

HUGO, Victor, 32, 47

JELLINEK, Georg, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 161

JESUS, Damásio E. de, 14, 173

JOBIM, Néson, 166, 167

KANT, Immanuel, 28,84,86

KARAM, Maria Lúcia, 40

KOSOVSKI, Ester, 17, 18

KUEHNE, Maurício, 35, 39, 190

LARRAURI, Elena, 172, 174

LEAL, César Barros, 20, 28, 31, 35, 36, 39, 43, 45, 47, 50, 53, 62, 64, 65, 66, 68, 166, 172, 181, 182, 183, 193

LEAL, João José, 158

LEDUR, José Felipe, 155

LEMGRUBER, Julita, 35, 40, 44, 49, 118, 123, 159, 167

LINHARES, Maria Teresa Mansur, 147

LOCKE, John, 85, 86

LOMBROSO, Cesare, 24

LUCAS VERDU, Pablo, 136, 139

MACHONOCHE, Alexander, 53

MARITAIN, Jacques, 114

MARQUES, Luís Henrique, 177

MARSÍLIO DE PÁDUA, 84

MARTINS, Raphael Manhães, 188, 189

MAURACH, Reinhart, 28

MENDES, Gilmar Ferreira, 102, 103, 104, 112

MIOTO, Armida Bergamini, 124

MIRANDA, Jorge, 141, 144

MONTESINOS Y MOLINA, Manoel, 53

MORAES, Alexandre de, 120, 134

MORAES, Sílvio Roberto Mello, 189

MOREIRA, Rômulo de Andrade, 59

MÜLLER, Pierre, 110

NEUMAN, Elias, 39, 43, 44

OTTOBONI, Mário, 180, 181, 182

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum, 185, 186, 188

PECES-BARBA, Gregório, 87

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, 73, 99, 101, 105, 107, 111, 113

PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique, 72, 83, 89, 100

PIAGET, Jean, 146

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor, 33, 35, 182, 183, 184

PINTO, Renato Sócrates Gomes, 173

PLATÃO, 32

POPPER, Karl, 77

PUGGINA, Rodrigo, 163

RAMIDOFF, Mário Luis, 120

RESS, George, 112

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes, 63

RIBEIRO, Milton, 142

RIVERA BEIRAS, Iñaki, 46, 48

ROCHA, Amélia Soares da, 185, 188

RODRIGUES, Anabela Miranda, 29, 34, 35, 39, 41, 46, 56

ROMAGNOSI, Giandomenico, 23

ROSSI, Pelegrino, 23

ROUSSEAU, Jean-Jaques, 84, 160

RÜFNER, Wolfgang, 102

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva, 111, 113

SARLET, Ingo Wolfgang, 72, 78, 81, 82, 85, 86, 87, 92, 95, 97, 98, 115, 116, 117, 151, 152

SARMENTO, Daniel, 86, 87, 88

SCHOPENHAUER, Arthur, 31

SILVA, José Afonso da, 142

SÓCRATES, 32

SPINOZA, Baruch, 86

STEINMETZ, Wilson, 153

SUSSEKIND, Elizabeth, 125, 191, 192

THOMPSON, Augusto, 39, 42

TOMÁS DE AQUINO, Santo, 83

TORRENS, Laertes de Macedo, 164

VARELA, Dráuzio, 41

WELZEL, Hans, 28

ZIMMERLI, Ulrich, 111

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)



[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)