

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ OSCAR SILVEIRA JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO ENCARCERAMENTO EM
CONDIÇÕES DESUMANAS E DEGRADANTES: VIOLAÇÃO MASSIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

PIRACICABA- SÃO PAULO

2017

JOSÉ OSCAR SILVEIRA JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO ENCARCERAMENTO EM
CONDIÇÕES DESUMANAS E DEGRADANTES: VIOLAÇÃO MASSIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação submetida à Universidade Metodista de Piracicaba como condição parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rui Décio Martins

PIRACICABA - SÃO PAULO

2017

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Marjory Harumi Barbosa Hito. CRB-8/9128

S587r	<p>Silveira Junior, José Oscar</p> <p>A responsabilidade civil do Estado pelo encarceramento em condições desumanas e degradantes : violação massiva de Direitos Fundamentais / José Oscar Silveira Junior. – 2017. 101 f. : il. ; 30 cm.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Rui Décio Martins Dissertação (Mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, Piracicaba, 2017.</p> <p>1. Direitos Fundamentais. 2. Sistema Penitenciário. 3. Responsabilidade Civil do Estado. I. Martins, Rui Décio. II. Título.</p> <p>CDU – 342.7</p>
-------	--

JOSÉ OSCAR SILVEIRA JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO ENCARCERAMENTO EM
CONDIÇÕES DESUMANAS E DEGRADANTES: VIOLAÇÃO MASSIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, na área de concentração “Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos”.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rui Décio Martins

Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. João Miguel da Luz Rivero

Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. Antônio Isidoro Piacentini

Universidade Presbiteriana Mackenzie

PIRACICABA, 20 de JUNHO de 2017.

A justiça não é bela quando apenas manuseia um Código e o aplica. É bela, chega a ser grandiosa, quando mergulha nas profundezas e na razão moral do fato que julga.

Costa Rego – Jornalista e Sociólogo.

*À minha esposa e filha das quais me
privei da presença por tantas vezes para
dedicar-me a este trabalho e que mesmo
assim, compreendem e me motivam.*

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Jesus, que me ajudou a concluir mais um sonho, um projeto de vida.

À minha esposa Dayane e à minha filha Lívia.

Aos meus pais Oscar e Marli, porque essa conquista é fruto de uma batalha que travaram comigo desde a graduação.

Ao Prof. Dr. Rui Décio Martins pelo apoio e orientação.

Ao Prof. Dr. João Miguel da Luz Rivero, pelo auxílio durante o estágio docente e por ter em sua pessoa um exemplo a seguir.

RESUMO

O escopo da presente dissertação é o estudo da responsabilidade civil do Estado, especificamente nas hipóteses em que o Estado submete sua população carcerária em condições desumanas e degradantes, resultante de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos. Para tanto, busca-se a análise do presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, caracterizado, como se verá, como um Estado de Coisas Inconstitucional. O referencial teórico é completado com dados do sistema carcerário. Ademais, como há relação de causa e efeito entre atos e omissões e o quadro de transgressão de direitos dos presidiários, ver-se-á a caracterização da responsabilidade civil do Estado por danos morais causados.

PALAVRAS-CHAVE:

Sistema Penitenciário; Superlotação Carcerária; Violação Massiva de Direitos Fundamentais; Estado de Coisas Inconstitucional; Responsabilidade Civil do Estado; Reparação por Danos Morais.

ABSTRACT

The scope of this dissertation is the study of civil responsibility of the State, specifically in the hypotheses in which the State submits its prison population in inhuman and degrading conditions, resulting from a multiplicity of commissive and omissive acts of the Public Powers. In order to do so, we seek to analyze the present framework of massive and persistent violation of fundamental rights, due to structural failures and bankruptcy of public policies and whose modification depends on comprehensive measures of a normative, administrative and budgetary nature, characterized, as will be seen, As an Unconstitutional State of Things. The theoretical framework is supplemented with data from the prison system. In addition, as there is a cause and effect relationship between acts and omissions and the framework of transgression of prisoners' rights, the characterization of the civil liability of the State for moral damages caused will be seen.

KEY-WORDS:

Penitentiary system; Overcrowding in prison; Mass Violation of Fundamental Rights; State of Things Unconstitutional; Civil Liability of the State; Related searches

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - POPULAÇÃO CARCERÁRIA DOS ESTADOS	43
QUADRO 2 - PAÍSES COM MAIOR POPULAÇÃO PRISIONAL DO MUNDO	45
QUADRO 3 - SERVIDORES EM ATIVIDADE DE CUSTÓDIA	47
QUADRO 4 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA E O RISCO DE TUBERCULOSE	49
QUADRO 5 - PESSOAS COM AGRAVOS TRANSMISSÍVEIS EM DEZEMBRO DE 2014	50
QUADRO 6 - SERVIDORES NA ÁREA DE SAÚDE.....	51
QUADRO 7 - PESSOAS ENVOLVIDAS EM ATIVIDADES LABORTERÁPICAS NO SISTEMA PRISIONAL	54
QUADRO 8 - PESSOAS ENVOLVIDAS EM ATIVIDADES EDUCACIONAIS NO SISTEMA PRISIONAL	56
QUADRO 9 - PRESOS SEM CONDENAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL, POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO	58

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - DISTRIBUIÇÃO SENTENÇAS DE CRIMES TENTADOS OU CONSUMADOS ENTRE OS REGISTROS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE60

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 - EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL.....	45
GRÁFICO 2 - PORCENTAGEM DE PESSOAS CUMPRINDO SENTENÇA EM ESTABELECIMENTO QUE NÃO DISPÕE DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.....	53
GRÁFICO 3 - PERCENTUAL DA POPULAÇÃO POR RAÇA E COR NO SISTEMA PRISIONAL E NA POPULAÇÃO GERAL.....	61

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C. – antes de Cristo

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

Depen – Departamento Penitenciário

E.C. – Emenda Constitucional

FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LEP – Lei de Execução Penal

Min. – Ministro

MJ – Ministério da Justiça

ONU – Organização das Nações Unidas

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 SISTEMA E ESTRUTURA DO MODELO DE JUSTIÇA PENAL	18
1.1 Abordagem histórica do direito penal	18
1.2 O instituto da pena no ordenamento jurídico brasileiro.....	29
1.3 História e evolução da pena de prisão na humanidade	35
1.3.1 Sistemas penitenciários	39
2 A NATUREZA SISTÊMICA DO PROBLEMA PRISIONAL	43
2.1 O problema estrutural brasileiro	43
2.2 Estado de coisas inconstitucional.....	62
2.3 Um problema que demanda uma atuação coordenada	72
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDIÇÕES DESUMANAS DE ENCARCERAMENTO	77
3.1 Responsabilidade por danos morais.....	77
3.2 Escusa pela alegação da teoria da reserva do possível	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa de mestrado tem por objetivo abordar um tema sempre recorrente: o sistema prisional brasileiro sob o contexto do sistema punitivo-retributivo a luz das garantias individuais, bem como sua problemática na atual conjuntura brasileira.

A contenção da criminalidade e violência é máxima, bem dizer, de qualquer sociedade; sendo assim, tal sentimento acaba por impulsionar o tema *sistema penitenciário* a assumir papel central nas discussões mais recentes, acerca da aplicação da pena. Para tanto, o Poder Judiciário, em que pese ter a responsabilidade de julgar cada caso concreto, não pode se furtar de obedecer aos princípios constitucionais, mormente no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Institucionalizando a repressão ao crime por meio de códigos e leis infraconstitucionais, o Brasil centrou no Direito Penal o mais habitual instrumento de controle social. Por conseguinte, a solução encontrada pelo Estado acaba por resultar no incremento e reforço do aparato policial e penitenciário, o que não quer dizer que tal decisão seja questionada acerca de sua eficácia quando observados os resultados.

Assim, apesar da evolução da política de aprisionamento, como veremos, a infraestrutura carcerária não é suficiente para abrigar o número de presos; ou seja, apenados são ‘amontoados’ em celas coletivas em condições desumanas e degradantes e daí se questionar: como garantir a diretriz constitucional do respeito da humanidade e dignidade do detento?

A verdade é que a situação dos estabelecimentos prisionais é perversa e indigna e quando se decide investir, em termos financeiros, o mínimo que seja, no bem estar social do preso, a sociedade enxerga com preconceito tal atitude, o que acaba por gerar um desinteresse da classe política em tal área.

O tema dessa dissertação se insere no debate que tangencia discursos do Direito Penal, Constitucional, da Sociologia e da Criminologia, se prendendo à análise do sistema penitenciário somente.

Para isso, em primeiras linhas, será abordado o histórico do *Direito* na história da humanidade bem como da sua evolução; para tanto, buscamos tangenciar-nos nos primórdios da humanidade, quando os clãs sequer estavam organizados nos formatos de Estado que

conhecemos atualmente, até adentrarmos no momento em que o Direito tornou-se uma via indispensável para a convivência em sociedade. Nesse sentido, o desenvolvimento da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito de aplicação da pena começou e se mostrar uma latente necessidade para que, a despeito da aplicação das leis, o indivíduo tivesse garantida sua condição de pessoa humana.

Dentro deste prisma, imperiosa a necessidade de discorrer sobre o aspecto histórico da pena de prisão na humanidade com o fito de apresentar seu aspecto punitivo-retributivo, tudo sob o âmbito da necessidade de um sistema prisional garantista, condizente com o previsto na lei e em respeito ao ser humano. Ou seja, serão abordadas as ideias acerca que o direito concedeu para justificar a existência do cárcere como sanção 'ideal'.

Superada essa etapa, uma análise minuciosa de situações problemáticas dos presídios brasileiros será feita, quais sejam: i) o excesso de prisões cautelares e a ii) a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Neste capítulo é que se debruçará sobre dados e estatísticas oficiais, crescendo o viés empírico da pesquisa.

Do que se verá, a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Nesta oportunidade, se estudará o reconhecimento pelo Supremo da figura do Estado de Coisas Inconstitucional, relativamente ao sistema penitenciário brasileiro frente as missões e ações dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, ante a violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos destes quanto ao quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Durante esse segundo capítulo, será abordado a ADPF nº 347, a qual pedindo o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária.

Por fim, no terceiro capítulo, o tema encontra seu auge. Neste capítulo, estudar-se-á o Recurso Extraordinário nº 580.252 MS, que definiu que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. Ademais, analisou-se se o argumento de escassez de recursos é justificável e, por isso, deve prevalecer.

Registre-se que o presente trabalho adota o método jurídico-sociológico, utilizando-se de fontes imediatas jurídico-formais de pesquisa, além da literatura nacional e estrangeira acerca do assunto abordado. Valeu-se também do método bibliográfico sendo a pesquisa desenvolvida a partir de livros, artigos, dissertações e teses. Ademais, a colheita de estatísticas oficiais oportunizou a esta pesquisa, uma incursão empírica.

1 SISTEMA E ESTRUTURA DO MODELO DE JUSTIÇA PENAL

1.1 Abordagem histórica do direito penal

Falar em Direito, mais especificamente, em Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. Nas palavras de Durkheim (1978, p. 83, tradução nossa) “o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano”.

Pelo conceito de Bitencourt (2012, p. 57, grifo do autor), o Direito Penal apresenta-se como “*um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança*”.

Como esclarece Zaffaroni (1991, p. 41, grifo do autor), com a expressão “Direito Penal designam-se – conjunta ou separadamente – duas coisas distintas: 1) *o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal*; e 2) *o sistema de interpretação dessa legislação, ou seja, o saber do Direito Penal*”.

Na mesma direção seguem as definições de Noronha (1978, p. 12) como o “conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”, bem como de Marques (1954, p. 11) para o qual o Direito Penal “é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”.

Assim, ao regular as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade, este monopólio (*persecutio criminis*) exercido pelo Estado somente pode ser legitimamente desempenhada se de acordo com as normas preestabelecidas, de acordo com um sistema. Por este motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, mas à coletividade como um todo. Especificamente, o seu critério diferencial é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade.

Ademais, tal ramo é ciência normativa porque tem como objeto o estudo da norma, do Direito Positivo e a sistematização de critérios de valoração jurídica, ou seja, o estudo do conjunto dos preceitos legais a par de estabelecer ordens e proibições a serem cumpridas. É

também valorativo por sua atuação partir de uma escala de valores consolidados pelo ordenamento que integra, os quais são levados à prática por meio de critérios e princípios jurídicos que são próprios do Direito Penal (BITENCOURT, 2012, p. 62). Por fim, é sancionador, o Direito Penal, uma vez que protege a ordem jurídica cominando sanções.

A História do Direito Penal consiste na análise do Direito Repressivo de outros períodos da civilização, comparando-o com o Direito Penal vigente. Assim, de início, as diversas fases de vingança penal, como diz Bitencourt (2012, p. 139) deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos; mas a doutrina aceita uma tríplice divisão: “vingança privada, vingança divina e vingança pública”, todas elas marcadas por forte sentimento religioso.

O homem primitivo caracterizava-se por regular a sua conduta pelo “temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso” (BRUNO, 1967, p. 54).

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas. Essa visão mágica do homem e do mundo era nutrida pela existência de tabus e totens, os quais registravam diversas modalidades da pena, com nítido e singular “caráter expiatório” (MASSON, 2014, p. 102).

Os totens podiam assumir as mais variadas formas sendo considerado como ancestral ou símbolo de uma coletividade, caracterizando-se como seu protetor e objetos de tabus e deveres particulares. O tabu, por sua vez, consistia na proibição dos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado que possuíam, e a sua violação acarretava ao culpado ou ao seu grupo o castigo da divindade (MASSON, 2014, p. 103).

Assim, como, para esses povos a lei tinha origem divina e, como tal, sua violação consistia numa ofensa aos deuses, punia-se o infrator para desagravar a divindade, bem como para purgar o seu grupo das impurezas trazidas pelo crime. Desta forma,

o castigo consistia no sacrifício de sua vida. Castigava-se com rigor, com notória crueldade, eis que o castigo deveria estar em consonância com a grandeza do deus ofendido, a fim de amenizar sua cólera e reconquistar sua benevolência para com o seu povo (MASSON, 2014, p. 103, grifo do autor).

O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Assim, o castigo era

aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade era a intimidação.

Posteriormente à vingança divina, surge a fase da vingança privada. Caracterizada por uma vingança que poderia envolver desde o indivíduo isoladamente até o seu grupo social; encarava-se a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo, ao grupo a que pertencia.

Quando a infração fosse cometida por membro do próprio grupo, a punição era o banimento (perda da paz), deixando-o à mercê de outros grupos, que fatalmente o levariam à morte. Quando, no entanto, a violação fosse praticada por alguém estranho ao grupo, a punição era a “vingança de sangue” verdadeira guerra grupal. (BITENCOURT, 2012, p. 141).

Deste modo, imperava a lei do mais forte, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo “justiça pelas próprias mãos”, o que culminava com a disseminação do ódio e consequentes guerras entre grupos (MASSON, 2014, p. 103).

Assim, “se uma pessoa de determinado grupo era atingida por um grupo estrangeiro, a vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor” (MARQUES, 1954, p. 3). Portanto, inexistia qualquer proporção entre o delito praticado e a pena imposta, fato que envolvia desde o indivíduo isoladamente até o seu grupo social.

Com o propósito de evitar a dizimação dos grupos, na época surge a Lei do Talião “pagará a vida com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura” (Êxodo, XXI, versículos 23 a 25). Masson (2014, p. 104) retrata que, por mais impressionante que possa parecer, cuida-se da pioneira manifestação do princípio da proporcionalidade.

Passado o tempo, diante do elevado número de infratores, as populações começaram a se mostrar deficitárias, motivo pelo qual se evoluiu para um sistema de composição entre ofensor e ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano, a fim de se evitar o castigo (MASSON, 2014, p. 104).

Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado chamou para si o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para unir em nome de seus súditos, passando a conferir à pena nítido

caráter público, surgindo a vingança pública, que nos seu primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político.

A primeira finalidade era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade; mantinha-se, ainda, a forte influência do aspecto religioso, com o qual o Estado justificava a proteção do soberano.

Superando as fases da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública.

Durante a fase da vingança pública, cabia ao Estado, portanto, representante da coletividade, decidir impessoalmente a questão posta à sua análise, ainda que de maneira arbitrária, de forma que os ofendidos não mais necessitavam recorrer às suas próprias forças.

Durante a Idade Antiga, mais especificamente, na Grécia, em seus primórdios, o crime e a pena continuavam a se inspirar no sentimento religioso: “governava-se em nome de Zeus” (MASSON, 2014, p. 105).

Com o início do estudo da ciência política por grandes filósofos, historiadores, escritores e pensadores, discussões acerca da noção e o fundamento do direito de punir e da finalidade da pena foram profundamente travadas. Assim, antecipou-se a finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigorismo, advertindo os indivíduos para não delinquir.

Assim, os estudos da época contribuíram ao colocar em pauta discussões relevantes, em que pesem os estudos pouco se preocupassem com os direitos fundamentais, uma vez que todas as questões da vida giravam em torno *polis*. Assim, pensava-se no desenvolvimento da sociedade, e não propriamente no acusado.

Mas adiante, a história do Direito Romano passou por grandes transformações.

Na Roma antiga a pena, inicialmente, teve seu caráter religioso, mas, logo os romanos partiram para a separação entre direito e religião.

Em matéria penal, explica Masson (2014, p. 105) que o poder dos magistrados, intitulado *coercitio*, era totalmente discricionário e limitado apenas pela apelação ao povo, direito exclusivo do cidadão romano. Com a elaboração da Lei das XII Tábuas, o Direito Romano acabou por disciplinar a utilização da vingança privada. Assim, com o passar do

tempo, a administração da justiça foi transferida do particular para um poder estatal central. Deixando, de igual modo, de ser a lei uma mensagem dos deuses.

Nos primeiros tempos da realeza surge a distinção entre os crimes públicos e privados, punidos pelo *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente (BITENCORT, 2012, p. 144).

Crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), enquanto os demais eram crimes privados — *delicta* — por constituírem ofensas ao indivíduo, tais como furto, dano, injúria etc. O julgamento dos crimes públicos, que era atribuição do Estado, através do magistrado, era realizado por tribunais especiais, cuja sanção aplicada era a pena de morte. Já o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício. Os crimes privados pertenciam ao Direito privado e não passavam de simples fontes de obrigações. (BITENCOURT, 2012, p. 145, grifo do autor).

O núcleo do Direito Penal Romano clássico surge com o conjunto de leis publicadas ao fim da República (80 a.C.), com as *leges Corneliae* e *Juliae*, que criaram uma verdadeira tipologia de crimes, para a sua época, catalogando aqueles comportamentos que deveriam ser considerados criminosos.

As *leges Corneliae* preocuparam-se basicamente com aqueles crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos – patrimoniais, pessoais etc. –, enquanto as *leges Juliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos próprios administradores, destacando-se os crimes de corrupção dos juízes, do parlamento, prevaricação, além de alguns crimes violentos, como sequestro, estupro etc. (BITENCOURT, 2012, p. 145).

Substituindo a vingança privada, surge o *ius puniendi*. O fundamento da pena, pode-se afirmar, era essencialmente retributivo.

Finalmente, aos romanos remontam a origem de inúmeros institutos penais que, na atualidade, continuam a integrar a moderna dogmática jurídico-penal.

Na verdade, os romanos conheceram o nexa causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição. Não procuraram defini-los, trabalhavam-nos casuisticamente, isoladamente, sem se preocupar com a criação, por exemplo, de uma Teoria Geral de Direito Penal. (BITENCOURT, 2012, p. 148).

O Direito Penal da Idade Média compreende, essencialmente, o Direito Penal Germânico e o Direito Penal Canônico.

Caracterizado pela ausência de leis escritas, o direito penal germânico era puramente consuetudinário, concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime.

A reação à *perda da paz*, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando se tratasse de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico *dever* de vingança de sangue. (JESCHECK, 1981, p. 128, grifo do autor, tradução nossa).

Mais tarde, por influência do Direito Romano e do Cristianismo, foram adotadas a Lei do Talião e a composição. Em substituição à pena de morte passou-se a se admitir um “preço da paz”, em que o violador da lei pagava uma pecúnia em troca da sua liberdade (MASSON, 2014, p. 107). Era o sistema da composição pecuniária. “A *compositio* consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com uma certa importância em *pecunia*, objetivando a supressão da vingança privada, que, em determinados casos, mais que um direito, era um dever da vítima” (BITENCOURT, 2012, p. 149).

A *composição* representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o *preço da paz*. Aos infratores insolventes, isto é, àqueles que não podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais. (BITENCOURT, 2012, p. 150).

Considerado o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, o direito penal canônico, inicialmente, teve caráter disciplinar, destinando-se apenas aos seus membros. Aos poucos, estendeu-se a religiosos e leigos, desde que os fatos tivessem conotação religiosa. Assim, no Direito Penal canônico, a pena se dirigia à cura do delinquente, à sua recuperação, pois se destinavam ao seu arrependimento perante a divindade (MASSON, 2014, p. 107-108).

A classificação dos delitos era a seguinte: a) *delicta ecclesiastica* — ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* — lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam as sanções comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* — violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativae*. (BITENCOURT, 2012, p. 152).

Fato é que, esse momento histórico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, principalmente no tocante à reforma do criminoso, mas isso veremos mais

adiante. Assim, o cárcere, como instrumento espiritual de castigo foi desenvolvido pelo Direito canônico, uma vez que, pelo sofrimento e pela solidão, a alma do homem se depura e purga o pecado.

Os condenados eram julgados mediante o arbítrio do Estado, intimamente vinculado com a ordem cristã, sem a possibilidade de defesa ou de um devido processo legal. Torturava-se para a obtenção de confissões e da verdade, mormente em relação às “feiticeiras” (mulheres que detinham conhecimentos medicinais).

A razão da vingança social ou divina e o objetivo da intimidação e exemplaridade justificavam os excessos, amparados pelas leis confusas e indeterminadas, normalmente prolixas, e interpretadas em conformidade com o arbítrio da Igreja e dos juízes por ela doutrinados (MASSON, 2014, p. 109).

Na Idade Moderna, sob o julgar cruel do Absolutismo, a sociedade não mais suportava tal forma de agir do Estado e a filosofia iluminista do séc. XVIII orientava a evolução da humanidade: preparava-se o espírito dos indivíduos para a eclosão da Revolução Francesa.

Assim, as características da legislação criminal na Europa vão justificar a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de ideais que têm por fundamento a razão e a humanidade. A reforma desta situação não podia esperar mais: “os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem” (GUZMAN, 1983, p. 86).

As correntes defendiam que a pena deveria ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente (BITENCOURT, 2012, p. 158).

Esse movimento definido como Iluminismo atingiu seu apogeu com a Revolução Francesa e um sentimento de reforma do sistema punitivo.

Baseando-se no pensamento do contrato social de Rousseau, Montesquieu, Voltaire e Locke, Cesare Bonesana, Maquês de Beccaria defende que o criminoso passa a ser reputado como violador do pacto social, sendo então considerado adversário da sociedade; “desta forma, os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade” (BECCARIA, 1968, p. 27).

Surge a questão do livre-arbítrio: o homem, ao praticar um crime, consciente de sua conduta antissocial, como consequência, decorre que a pena deve ser sempre legalmente prevista, para que todos saibam diferenciar o vedado do permitido e escolher o caminho a trilhar, devendo ainda a sanção penal guardar proporcionalidade com o crime praticado, na medida exata da retribuição necessária (MASSON, 2014, p. 109).

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (BECCARIA, 1968, p. 10).

Como retribuição do mal praticado, a pena deveria ser imposta somente para que o condenado não voltasse a cometer crimes, servindo de exemplo à sociedade: “com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime” (BECCARIA, 1968, p. 12).

Assim, “os castigos, têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime” (BECCARIA, 1968, p. 30). No pensamento do autor, a pena deve ser proporcional, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

Finalmente, para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis.

Por uma pequena síntese da história do Direito Penal brasileiro perceber-se-á que, num primeiro momento, regeu-se pela legislação portuguesa e, só num segundo momento, por legislação genuinamente brasileira. Essa história pode ser resumida didaticamente em três fases: período colonial, Código Criminal do Império e período republicano (BITENCOURT, 2012, p. 171).

Durante o período colônia, na primitiva civilização brasileira, adotava-se a vingança privada (GONZAGA, s.d., p. 120) em que se predominavam as sanções corporais.

A partir do descobrimento do Brasil (1500) passou a vigorar em nossas terras o Direito lusitano, em que vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas (1446)¹ substituídas em 1521 pelas Ordenações Manuelinas² que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569 (BITENCOURT, 2012, p. 172).

Marcadas pela fase da vingança pública, as Ordenações Filipinas (1603) se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições, as quais objetivavam infundir o temor pela punição.

Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos. O Código Filipino foi ratificado em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I (FRAGOSO, 1985, p. 57).

Com a Constituição de 1824 determinou-se a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, XVIII).

Com a apresentação dos projetos de Código Criminal, optou-se pelo de Bernardo Pereira de Vasconcellos

[...] por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor (SIQUEIRA, 1947, p. 69-70).

Assim, em 1830, D. Pedro I sanciona o *Código Criminal do Império*, surgindo como um dos mais bem elaborados, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico, surgindo somente em 1832 (BITENCOURT, 2012, p. 175).

¹ Promulgadas em 1446, por D. Afonso V, vigoraram até 1514, e apresentavam conteúdos do Direito Romano de Justiniano e do Direito Canônico. Tinham como traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quando da fixação da pena. A prisão tinha caráter preventivo. Mantinha-se o delinquentes preso para evitar sua fuga até ser julgado, ou para obrigá-lo ao pagamento da pena pecuniária. (MASSON, 2014, p. 112).

² Editadas em 1514, por Dom Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciavam das Ordenações Afonsinas, em que as penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda à fase da vingança pública. Como no território pátrio existiam as denominadas capitânias hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários. (MASSON, 2014, p. 112).

O Código foi promulgado em 16 de dezembro de 1830, e publicado em 8 de janeiro de 1831. Compunha-se de quatro partes: I) Dos Crimes e das Penas; II) Dos Crimes Públicos; III) Dos Crimes Particulares; IV) Dos Crimes Policiais. A Parte I fazia as vezes de Parte Geral. As Partes II e III correspondiam à Parte Especial do Código. A Parte IV definia as contravenções penais.

Com respeito à função do Direito Penal, o Código, em boa parte, refletia o pensamento dominante, e a sociedade era concebida como um conjunto de sujeitos obrigados a obedecer à autoridade, representando o delito um ato de desobediência, no qual o decisivo era a atitude interior de rebeldia (BACIGALUPO, 2006, p. 28-29).

Com o advento da República, pelas palavras de Bitencourt (2012, p. 176, grifo do autor), Batista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de código penal, aprovado e publicado em 1890, considerado pelo autor como “o pior código penal de nossa história”.

O então projeto de Código Penal da República foi convertido em Lei de 11 de outubro de 1890, por força do Decreto nº 847. Estruturava-se em quatro livros: a) Livro I: Dos Crimes e das Penas; b) Livro II: Dos Crimes em Espécie; c) Livro III: Das Contravenções em Espécie; e d) Livro IV: Disposições Gerais.

O Livro I, correspondente à Parte Geral, compreendia seis títulos: a) Título I: *Da aplicação e dos efeitos da lei penal* (arts. 1º a 6º); b) Título II: *Dos crimes e dos criminosos* (arts. 7º a 23); c) Título III: *Da responsabilidade criminal; as causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes* (arts. 24 a 35); d) Título IV: *Das circunstâncias agravantes e atenuantes* (arts. 36 a 42); e) Título V: *Das penas e seus efeitos, da sua aplicação e modo de execução* (arts. 43 a 70); e f) Título VI: *Da extinção e suspensão da acção penal e da condenação* (arts. 71 a 86).

Os equívocos e deficiências do Código de 1890 acabaram por transformá-lo em verdadeira colcha de retalhos, “tamanho a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida *Consolidação das Leis Penais* de Vicente Piragibe, promulgada em 1932”. A Consolidação das Leis Penais, elaborada pelo desembargador, representou uma compilação do texto do Código Penal de 1890 com todas as suas alterações posteriores. Não se cuida, portanto, de uma nova legislação penal,

Em 1º de janeiro de 1942, entrava em vigor, no Brasil, um novo Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940). À época (1937), o Ministro da Justiça Francisco

Campos determinou ao jurista Alcântara Machado a tarefa de preparar um projeto de Código Penal, o qual foi concluído em abril de 1940.

Ao Direito Penal, neste contexto legislativo, atribuía-se finalidade retributiva e preventiva. A adoção do sistema do duplo binário (art. 78, incs. IV e V, do Código de 1940), a aplicação de medidas de segurança aos casos de crime impossível (arts. 14 e 76, parágrafo único) e a participação impunível (arts. 27 e 76, parágrafo único) bem o demonstravam.

Na Reforma de 1984, a qual resultou na modificação da Parte Geral, percebe-se uma tentativa de adaptar o Código à dogmática vigente, notadamente de inspiração finalista e, sobretudo, de conferir às penas criminais o papel de ressocialização atinente à finalidade da pena, residiu no dever de castigar, com a intenção primeira de prevenir e com o escopo final de ressocializar (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 64).

O fato é que, diante do panorama relatado, alentadora a tendência em que se vem desenvolvendo em direção à efetividade dos direitos e garantias previstos na nossa Constituição.

O nosso apego aos Direitos Humanos, unido ao presente caminhar em prol da efetividade material dos direitos e garantias individuais, em suma, alenta a nossa perspectiva de um futuro *menos cruel* para o Direito Penal. Esse caminho haverá de estar guiado pelo *pluralismo jurídico*, sem perder de vista a perspectiva de que a construção legítima do Direito e de seu sistema repressor depende, intrinsecamente, da paulatina consolidação do sistema democrático como reflexo de uma convivência social em condições materiais de igualdade. Somos os atuais agentes deste processo de transição, os artífices desse projeto de futuro (BITENCOURT, 2012, p. 183).

O aparecimento das constituições modernas e a crescente admissibilidade de sua força normativa operaram, na expressão de Tavares (2005, p. 45) uma verdadeira “revolução dentro da revolução”, em que a preocupação primária residia em conter o poder estatal, de modo geral, e o legislador, em particular, inclusive no que tange ao exercício do poder de punir (*ius puniendi*), isto é, de descrever infrações penais, cominando-lhes as respectivas sanções (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 89).

Assim, a origem do Estado Constitucional de Direito tem raízes no final do século XVIII em que se encarava a Constituição como um documento que assegurava a garantia de direitos e a separação dos poderes. Todavia, a compreensão acerca da Constituição sofreu acentuada evolução no último século em que o núcleo das bases desse modelo de Estado assenta-se em dois pilares: o controle do poder e a supremacia da constituição.

A Constituição, retirando de si própria o fundamento de validade, constitui-se em fonte das demais normas. Assim, todos os atos infraconstitucionais devem obedecê-la e nela encontrar seu embasamento.

Nesse ambiente, não se pode compreender o Direito Penal senão pelos olhos da Constituição, onde se encontram seus princípios norteadores, bem como os valores cuja magnitude justificará a criação de leis penais. A Lei Fundamental deve ser, portanto, o “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional” (BARROSO, 2009, p. 86).

1.2 O instituto da pena no ordenamento jurídico brasileiro

A história da pena se confunde com a própria história do Direito Penal e do Estado. Tanto é que Ramirez e Malarée (1982, p. 114) entendem que, para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador.

Assim, a pena tem sido sempre, através dos tempos, uma reação contra uma agressão, um dano ou um mal, ou seja, o Estado se utiliza do Direito Penal para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade, como forma de controle social (BITENCOURT, 2012, p. 272). Desta forma, ao se evoluir a forma de Estado, o Direito Penal também evolui.

Em outras palavras, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica.

Fato é: esta evolução (tanto do Estado quanto da pena) sempre esteve marcada, como não podia ser diferente, pelo contexto social, cultural e político de um determinado momento da história, “de modo que as modificações na concepção do Estado e do Direito Penal podem ser vistas como a expressão do *espírito do seu tempo*” (BITENCOURT, 2012, p. 272, grifo do autor).

Neste viés, Conde (1975, p. 33) acredita que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias; assim como Ordeig (1981, p. 115 apud BITENCOURT, 2012, p. 273) que entende que a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorrer, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens. Assim, podemos afirmar que a concepção do direito penal está intimamente

relacionada com os efeitos que ele deve produzir, tanto sobre o indivíduo quanto sobre a sociedade.

No decurso histórico, a pena vai deixando de ser aplicada e justificada com base em argumentos polarizados seja retribucionista seja utilitarista para passar a ser entendida por uma compreensão abrangente das diferentes finalidades e funções que ela pode desempenhar num Estado democrático de Direito (BITENCOURT, 2012, p. 274).

De início, cabe esclarecer que o conceito de pena não se confunde com a sua finalidade nem com a sua função:

[...] convém antes de mais nada, para evitar graves e frequentes equívocos, distinguir a *função* do *conceito* de pena, como hoje insistem Rodriguez Devesa e Schimidhauser, desde o Direito Penal, e Alf Ross, desde a Teoria Geral do Direito, ainda que com terminologia distinta da que aqui empregamos. Segundo seu ‘conceito’ a pena é um ‘mal’ que se impõe ‘por causa da prática de um delito’: conceitualmente, a pena é um ‘castigo’. Porém, admitir isto não implica, como consequência inevitável, que a *função* – isto é, fim essencial – da pena seja a retribuição (PUIG, 1986, p. 61, grifo do autor).

Justifica-se, por isso, um exame das diversas teorias que explicam o sentido, função e finalidade das penas, pelo menos das três vertentes mais importantes: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas.

A característica das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito “de modo que sua imposição estaria *justificada*, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*” (FERRAJOLI, 1995, p. 253, tradução nossa), por isso são conhecidas como teorias retributivas.

Pode-se entender melhor a pena em seu sentido absoluto quando se estudo o Estado em que lhe dá a vida, ou seja, o Estado absolutista, em que o soberano era a identidade do Estado, direito e moral e Estado e religião. Assim, na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo poder legal e de justiça. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus (BITENCOURT, 2012, p. 277).

De certa forma, no regime do Estado absolutista, na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido.

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de decomposição. Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, uma vez que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena (BITENCOURT, 2012, p. 279).

A pena passa então a ser concebida como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens” (RAMIREZ; MALARÉE, 1982, p. 120).

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas. (JESCHECK, 1981, p. 96, tradução nossa).

Segundo este esquema, a pena tem como fim fazer justiça, nada mais. Assim, a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena. Entre os defensores das teses absolutivas ou retribucionistas da pena destacam-se Kant e Hegel.

Apesar de serem os principais representantes das teorias absolutas da pena, é notória uma particular diferença entre uma e outra formulação. Enquanto em Kant a *justificação* da pena é de ordem ética, com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito, em Hegel é de ordem jurídica, com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada (BITENCOURT, 2012, p. 281).

Nestes termos, para Kant, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania e a soberano é dada a obrigação de castigar impiedosamente aquele que transgrediu a lei (KANT, 1983, p. 61). Assim, os imperativos encontram sua expressão no “dever-ser”.

Em síntese, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais

integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito (BITENCOURT, 2012, p. 286).

Por sua vez, a tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito” (BITENCOURT, 2012, p. 286). Para Hegel, a pena é a lesão, ou melhor, a maneira de compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido.

Para as teorias relativas ou preventivas, a pena se justifica para prevenir a prática do fato delitivo. Assim, a pena, para as teorias relativas se impõe para que não se volte a delinquir e sua justificativa passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos (BITENCOURT, 2012, p. 294).

A finalidade preventiva da pena divide-se, a partir de Feuerbach, em duas direções bem-definidas: prevenção geral e prevenção especial (BITENCOURT, 2012, p. 295). Tais vertentes se diferenciam em função dos destinatários da prevenção: o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, enquanto o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu.

As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de se alcançar esse fim, as teorias da prevenção geral podem ser classificadas por uma prevenção geral negativa, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social que pertencem, ou seja, a pena passa a assumir uma finalidade pedagógica de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade ao ordenamento jurídico (BITENCOURT, 2012, p. 297-305).

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. De acordo com a classificação sugerida por Ferrajoli (1995, p. 264, tradução nossa), as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.

Assim, para a prevenção especial, como o castigo e a intimidação não têm sentido, o que se pretende, portanto é corrigir ou ressocializar.

Por fim, as teorias mistas ou unificadoras da pena tentam agrupar em um conceito único os fins da pena, tentando recolher os aspectos mais destacados as duas teorias anteriores. Assim, segundo Puig (1986, p. 46) as teorias mistas ou unificadoras atribuem ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade.

Roxin (1997, p. 81) nos coloca a questão nos seguintes termos:

Se o direito penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à preservação de uma determinada ordem social que parta deste princípio, então, mediante este propósito, somente se determina quais condutas podem ser sancionadas pelo Estado. Sem embargo, com isso não se está de antemão definido que efeitos deveriam surtir a pena para cumprir com a missão do direito penal.

Sob essa perspectiva, Roxin (1997, p. 85-89) defende que o fim da pena somente pode ser de tipo preventivo, no sentido de que a pena somente pode perseguir o fim de prevenir delitos, pois dessa forma se lograria alcançar a proteção da liberdade individual e do sistema social que justificam as normas penais. Nessa linha de entendimento, manifesta, ademais, que tanto a prevenção especial, como a prevenção geral devem figurar como fins da pena. A pena declarada numa sentença condenatória deverá ser adequada para alcançar ambas as finalidades preventivas. E deverá fazê-lo da melhor forma possível, isto é, equilibrando ditas finalidades. Assim, de um lado, a pena deverá atender ao fim de ressocialização quando seja possível estabelecer uma cooperação com o condenado, não sendo admitida uma reeducação ou ressocialização forçada (BITENCOURT, 2012, p. 325).

De outro lado, a pena deverá projetar seus efeitos sobre a sociedade, pois com a imposição de penas se demonstra a eficácia das normas penais motivando os cidadãos a não infringi-las. A pena teria, sob essa ótica, mais que um fim intimidatório, o fim de reforçar a confiança da sociedade no funcionamento do ordenamento jurídico através do cumprimento das normas, o que produziria, finalmente, como efeito, a pacificação social (BITENCOURT, 2012, p. 325-326).

O próprio Roxin (1997, p. 103) resume a sua teoria nos seguintes termos: “a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ser fixada abaixo deste limite quando seja necessário por exigências preventivo especiais, e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais”.

Tão importante quanto a história do Direito Penal é o processo de sistematização do conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das

normas penais ou, mais precisamente, o estudo dessa sistematização, em outras palavras, da elaboração da dogmática jurídico-penal.

Conde (2010, p. 190) explica que,

a dogmática trata de averiguar o conteúdo das normas penais, seus pressupostos, suas consequências, de delimitar e distinguir os fatos puníveis dos não puníveis, de conhecer, definitivamente, o que a vontade geral expressa na lei quer punir e como quer fazê-lo. Nesse sentido, a dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções jurídicas em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, mesmo estando ajustado a certos limites, necessita de controle e da segurança desses limites.

Em outras palavras, pela dogmática jurídico-penal podemos chegar a elaboração de conceitos que, integrados, permitem a elaboração de um sistema de Direito Penal para a resolução dos conflitos gerados pelo fenômeno delitivo (SÁNCHEZ, 2010, p. 64).

Dotti (1998, p. 31) afirma que a ideia da pena como forma de instituição de garantia obteve evolução na medida em que a comunidade evoluía; ao passo que a sociedade se desenvolvia, o reconhecimento do Estado como a figura de um chefe que detinha o poder de castigar em nome de seus súditos, foi fortalecido.

Piovesan (2008, p. 172) leciona a respeito:

O movimento de internacionalização dos direitos humanos surge a partir do pós-guerra como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição de descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, à pertença e determinada raça – a raça pura ariana. É neste cenário que emerge o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. [...] Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

De todo modo, a pena sempre foi – e ainda é – uma forma de contenção social, de modo que a retribuição do mal praticado pelo indivíduo que poderia ser controlado diante dos limites sociais entre os indivíduos, acabou por fazer da pena um instrumento estatal do medo, para conter os indivíduos.

1.3 História e evolução da pena de prisão na humanidade

A prisão é concebida modernamente como um mal necessário e a sua história não é a de sua abolição, mas a de sua constante reforma.

A origem da pena é remota, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade, por isso da dificuldade de se estancar o seu início em dado período histórico, sob pena de nos equivocarmos.

Nos primórdios da Antiguidade, a prisão era considerada um local e que se aguardava o julgamento; portanto, a prisão não tinha um caráter sancionatório ou punitivo, mas, sim, preventivo, isto é, seu principal significado era deter o indivíduo até que seu julgamento acontecesse, a fim de que não fugisse antes de ser julgado (GECAP, 2012).

Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu, a Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade com sanção. Durante um longo período, recorria-se fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais e às infamantes (BITENCOURT, 2012, p. 1260).

Assim, tanto a civilização helênica (Grécia) quanto Roma desconhecera a privação da liberdade como pena, mas apenas com a finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas.

A expiação daquele que violou as normas de convivência é um sentimento comum que se une à Antiguidade mais remota, quando Platão propunha, em sua obra, *As Leis*, duas ideias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia (BITENCOURT, 2012, p. 1261).

Os lugares em que se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que nessa época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria.

Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. A prisão mamertina era um poço d'água, um coletor de águas, que se transformou em cárcere. Na Sicília houve depósitos de água desse tipo, dentre os quais um deles é chamado, ainda hoje, de a "fossa dos condenados" (BITENCOURT, 2012, p. 1261-1262).

Com a queda de Roma e seu Império, encerra-se a Idade Antiga.

Da mesma forma, a Idade Média não conheceu o aprisionamento como sanção decorrente de uma sentença penal condenatória; mas o local em que se aguardava julgamento. A prisão era aplicada conforme as condições financeiras do acusado, sendo admitida a comutação de penas através de pagamento de valores (GECAP, 2012).

Em outras palavras, a privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial. Todavia, nessa época, surgem a prisão de Estado e a prisão eclesiástica.

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, ou os adversários políticos dos governantes. A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até perceber o perdão real (VALDÉS, 1981, p. 72).

Por sua vez, “a prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação” (BITENCOURT, 2012, p. 1265). Nestas prisões os infratores se recolhiam para que, por meio da penitência e oração, se arrependessem do mal acusado e obtivessem a correção.

Inegável, assim, a afirmação de que o pensamento cristão proporcionou, tanto no aspecto material como no ideológico, bom fundamento à pena privativa de liberdade, bem como para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a correção do delinquente.

Na Era Medieval, em casos excepcionais, a pena de prisão chegava a ser aplicada. Tanto é que, nesta época, a igreja do medievo entendia o encarceramento como um local para a correção do espírito; desta forma, o pecador poderia refletir sobre sua conduta e buscar a reconciliação com Deus.

Na Idade Moderna, por conseguinte, durante os séculos XVI e XVII a pobreza, se abatendo por toda a extensão da Europa, acaba por encontrar os deserdados da fortuna que passam a se subsidiar das esmolas, do roubo e assassinatos. Por razões de política criminal, surge, então, na segunda metade do século XVI a ideia da prisão-pena, ou seja, a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados (BITENCOURT, 2012, p. 1269).

A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros da vadiagem e da ociosidade. Essa experiência deve ter alcançado notável êxito, já que em pouco tempo surgiram em vários lugares da Inglaterra *houses of correction* ou *bridwells*, como eram denominadas, indistintamente (BITENCOURT, 2012, p. 1270-1271).

Por sua vez, na mesma linha, surgem, na Inglaterra, as chamadas *workhouse*, casas de trabalho criadas, geralmente, para tratar a pequena delinquência; para os que cometiam delitos mais graves mantinha-se a aplicação de penas como exílio, açoites, pelourinho, por exemplo.

Para o controle, não se pode negar que essas casas de correção ou de trabalho, embora destinadas para uma pequena parcela dos infratores, já assinalavam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna.

Dentre as causas mais importantes que explicam o surgimento da prisão, Bitencourt (2012, p. 1284) parafraseia-se que: i) do ponto de vista das ideias, a partir do século XVI, valoriza-se mais a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo; ii) surge a má consciência, que procura substituir a publicidade de alguns castigos pela vergonha “existem aspectos no mal que possuem tal poder de contágio e força de escândalo que a publicidade os multiplicaria ao infinito”; iii) os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna tiveram como resultado a aparição de pessoas sofrendo de uma pobreza extrema que para subsistirem dedicavam-se à mendicância ou a praticar atos delituosos e, finalmente, iv) a razão econômica, ou seja, à função de repressão, à prisão adiciona-se uma nova utilidade: não se trata de encerrar os desempregados, mas de dar trabalho àqueles que estão encerrados e fazê-los úteis à prosperidade geral.

Foucault (1967, p. 62-63) explicita que

A época clássica utiliza o confinamento de maneira equivocada, para fazê-lo desempenhar um duplo papel: reabsorver o desemprego, ou, pelo menos, apagar os seus efeitos sociais mais visíveis e controlar as tarifas quando houver risco de subirem muito; atuar alternativamente sobre o mercado de mão de obra e os preços de produção. Na realidade, parece que as casas de confinamento não puderam realizar eficazmente a obra que delas se esperava. Se absorviam os desempregados era sobretudo para dissimular a miséria e evitar os inconvenientes políticos ou sociais de uma possível agitação, mas ao mesmo tempo em que eram colocados em oficinas obrigatórias, o desemprego aumentava nas regiões vizinhas e nos setores similares.

Não se pode ignorar o forte condicionamento que a razão político-econômica apresentou uma influência decisiva na mudança de prisão-custódia para prisão-pena. Assim, a motivação econômica referida é determinante para o salto qualitativo que se dá à prisão.

Todavia, Bitencourt (2012, p. 1290, grifo do autor) alerta: “a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica faz surgir a tese de que *é um mito pretender ressocializar o delinquente por meio da pena privativa de liberdade*”.

Diante de todas as razões expostas, não se pode afirmar sem ser ingênuo ou excessivamente simplista que a prisão surge sob o impulso de um ato humanitário com a finalidade de fomentar a reforma do delinquente. Esse fato não retira importância dos propósitos reformistas que sempre foram atribuídos à prisão, mas sem dúvida deve ser levado em consideração, já que existem muitos condicionamentos, vinculados à estrutura sociopolítica, que tornam muito difícil, para não dizer impossível, a transformação do delinquente (BITENCOURT, 2012, p. 1290).

Durante muitos anos imperou um ambiente otimista quando, especialmente, a partir do século XIX, pensou-se que a prisão se converteu na principal resposta à infração, reinando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, conseqüentemente, seria possível reabilitar o delinquente. Todavia, esse otimismo inicial desapareceu.

Como dito no início deste tópico, a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas de sua permanente reforma. Desta forma, é indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, assim, propõe-se a aperfeiçoar a pena privativa de liberdade quando necessário e substituí-la quando possível e recomendável.

Recomenda-se, assim, que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação, caminhando-se, portanto, em busca de alternativas para a pena privativa de liberdade.

Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade e, por consequência, se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Daí a advertência de Roxin (1974, p. 12) de “não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os”.

Mas, do que se analisa, com a evolução das justificativas e funções da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações teóricas que a doutrina tem dado à sanção

penal. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar o terreno dos dogmas, das teorias.

1.3.1 Sistemas penitenciários

Com antecedentes inspirados nos estabelecimentos de Amsterdam, nos *Bridwells* ingleses, e em outras experiências realizadas na Alemanha e na Suíça, os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, conforme estudo de Morris (1978, p. 20 apud BITENCOURT, 2012, p. 347). Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia (BITENCOURT, 2012, p. 348).

Neste aspecto, são apontados três sistemas penitenciários dentre os que mais se destacaram quanto da execução da pena privativa de liberdade: i) o sistema pensilvânico ou celular; ii) o sistema auburniano; e o iii) sistema progressivo.

Bitencourt (2012, p. 349) ensina que, no ano de 1790, iniciou-se a organização de uma instituição na qual o “isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas deveriam criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes” (MELOSSI; PAVARINI, 1985, p. 168).

A primeira prisão norte-americana foi construída pelos *quacres*³ em *Walnut Street Jail*, em 1776. Assim, ordenou-se, através de uma lei, a construção de um edifício celular no jardim da prisão de *Walnut Street* com o fim de aplicar o que se denominou de *solitary confinement* aos condenados. De início não se aplicou o sistema celular completo, apenas sendo imposto o isolamento em celas individuais aos infratores mais perigosos, sendo os outros mantidos em celas comuns.

O sistema filadélfico segue as linhas fundamentais que os estabelecimentos holandeses e ingleses adotaram.

³ Criado por George Fox, os Quacres, ou Sociedade dos Amigos, era um movimento cristão estritamente moral que exerceu influência na Inglaterra entre 1649 e 1660. Chamava seus seguidores de Sociedade dos Amigos porque ele os estimulou a serem amigos de Cristo. Os Quacres são conhecidos como pacifistas determinados embora sejam lembrados como trabalhadores incansáveis pela emancipação dos escravos e pela reforma da prisão (FARRINGTON, 1999, p. 127).

Todavia, o sistema filadélfico, em suas ideias fundamentais, com a experiência iniciada em *Walnut Street*, em poucos anos tornou-se um grande fracasso devido ao extraordinário crescimento da população penal que se encontrava recolhida na prisão (BITENCOURT, 2012, p. 350). A fim de enfrentar o problema, a Sociedade da Pensilvânia e da Filadélfia, inspiradas nos *quacres*, solicitaram a construção de duas novas prisões, nas quais os prisioneiros eram encarcerados separadamente: a penitenciária Ocidental (*Western Penitentiary*) e a penitenciária Oriental (*Eastern Penitentiary*).

Na prisão ocidental (*Western*) foi utilizado um regime de isolamento absoluto, onde não se permitia sequer o trabalho nas celas. Em 1829, concluiu-se que esse regime era impraticável, e, por essa razão, ao inaugurar a prisão oriental (*Eastern*), no mesmo ano, decidiu-se aliviar o isolamento individual, permitindo algum trabalho na própria cela (HENTIG, 1967, p. 222, tradução nossa).

As características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamentam-se no isolamento celular dos intervalos, a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração; “já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais” (BITENCOURT, 2012, p. 351).

Em virtude das inúmeras críticas à severidade do sistema de Filadélfia ou Pensilvânico e à impossibilidade de readaptação social do apenado em face do seu isolamento absoluto surge o sistema auburniano.

Pelas lições de Bitencourt (2012, p. 352), em 1796, após o estudo de uma comissão ao sistema celular, no mesmo ano, a pena de morte e os castigos corporais foram substituídos pela pena de prisão. Apesar da inauguração da prisão de Newgate (1797), no ano de 1809 foi proposta a construção de outra prisão (Auburn) para absorver o número crescente de delinquentes, porém, sua autorização definitiva só ocorreu em 1821, sendo os presos de Auburn divididos em três categorias:

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

As celas eram pequenas e escuras, e não havia possibilidade de trabalhar nelas. Essa experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta

prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, os demais resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão (BITENCOURT, 2012, p. 353).

O estrito confinamento solitário resultou em um imenso fracasso, sendo uma comissão legislativa formada para investigar o problema, em 1824 em que se recomendou o abandono do sistema do confinamento solitário (BITENCOURT, 2012, p. 353).

No início do século XIX, impõe-se definitivamente a pena privativa de liberdade, há o abandono os regimes celular e auburniano e, por conseqüente, a adoção do regime progressivo (VALDÉS, 1981, p. 86).

A essência deste 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 (BITENCOURT, 2012, p. 359).

O regime progressivo significou, inquestionavelmente, um avanço penitenciário considerável. Ao contrário dos regimes auburniano e filadélfico, deu importância à própria vontade do recluso, além de diminuir significativamente o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade (BITENCOURT, 2012, p. 359).

Nas palavras de Arus (1980, p. 392) a meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

De forma sucinta, por esses sistemas, a condenação é dividida em quatro períodos: o primeiro é de recolhimento celular contínuo; o segundo é de isolamento noturno, com trabalho e ensino durante o dia; o terceiro é de semiliberdade, em que o condenado trabalha fora do presídio e recolhe-se à noite; e o quarto é o livramento condicional (BITENCOURT, 2012, p. 370).

Hoje se pode dizer que o sistema progressivo encontra-se em crise (BITENCOURT, 2012, p. 360). Ao regime progressivo podem-se assinalar, entre outras, as seguintes limitações:

a) A efetividade do regime progressivo é uma ilusão, diante das poucas esperanças sobre os resultados que se podem obter de um regime que começa com um controle rigoroso sobre toda a atividade do recluso, especialmente no regime fechado.

- b) No fundo, o sistema progressivo alimenta a ilusão de favorecer mudanças que sejam progressivamente automáticas. O afrouxamento do regime não pode ser admitido como um método social que permita a aquisição de um maior conhecimento da personalidade e da responsabilidade do interno.
- c) Não é plausível, e muito menos em uma prisão, que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária.
- d) O maior inconveniente que tem o sistema progressivo clássico é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada.
- e) O sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Através da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente. (BITENCOURT, 2012, p. 368-369).

Todavia, parafraseando Bitencourt (2012, p. 360), todo este ambiente de crescente conscientização tem levado a um questionamento mais rigoroso do sentido teórico e prático da pena privativa de liberdade, contribuindo ainda mais para o debate sobre a crise dessa espécie de pena.

2 A NATUREZA SISTÊMICA DO PROBLEMA PRISIONAL

2.1 O problema estrutural brasileiro

A sociedade brasileira tem vivido, ao longo dos últimos anos, a aflição do aumento progressivo da criminalidade, associada a uma sensação difusa de impunidade.

[...] o país apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, em curva ascendente. As más condições da maior parte dos presídios do país trazem consequências que saltam aos olhos, dentre as quais é possível destacar (i) a realimentação da criminalidade e da violência, por serem as prisões escolas do crime; e (ii) as estatísticas impressionantes da reincidência, pela incapacidade de o sistema promover a ressocialização dos presos (BRASIL, 2008).

Tragicamente, a superlotação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e do próprio sistema carcerário, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro. Tais problemas afetam um contingente significativo de presos no país.

Dados estatísticos e documentos oficiais comprovam a natureza estrutural da questão carcerária.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014, a população carcerária brasileira era de 711.463 presos e 147.937 pessoas estavam em prisão domiciliar. A pesquisa do CNJ identificou, ainda, que o déficit atual no sistema, é de 206 mil vagas. (BRASIL, 2017, p. 21).

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário, produzido pela Câmara dos Deputados em 2017, e os diversos relatórios de mutirões carcerários, promovidos pelo CNJ em todos os Estados desde 2008, apenas confirmam essas estatísticas. De acordo com tais documentos, nenhuma unidade da federação escapa do problema do déficit de vagas (BRASIL, 2017, p. 22).

QUADRO 1 - POPULAÇÃO CARCERÁRIA DOS ESTADOS

ESTADO	POPULAÇÃO CARCERÁRIA	VAGAS EXISTENTES	DÉFICIT
AC	4.480	2.457	1.910
AL	3.614	2.705	909

ESTADO	POPULAÇÃO CARCERÁRIA	VAGAS EXISTENTES	DÉFICIT
AM	8.457	3.437	5.020
BA	12.935	8.793	4.142
DF	14.343	7.383	6.960
ES	17.545	13.696	3.849
GO	15.470	7.800	7.670
MA	6.253	4244	2.009
MS	14.228	7.235	6.993
MT	10.362	6.432	3.930
PE	29.542	9.099	20.443
PI	3.668	2.230	1.438
PR	19.457	18.424	1.033
RO	10.008	5.615	4.393
RN	7.790	4.466	3.324
RJ	42.935	28.325	28.325
SE	4.358	2.426	1.932
SC	16.469	12.174	4.295

Fonte: BRASIL, 2017, p. 14.

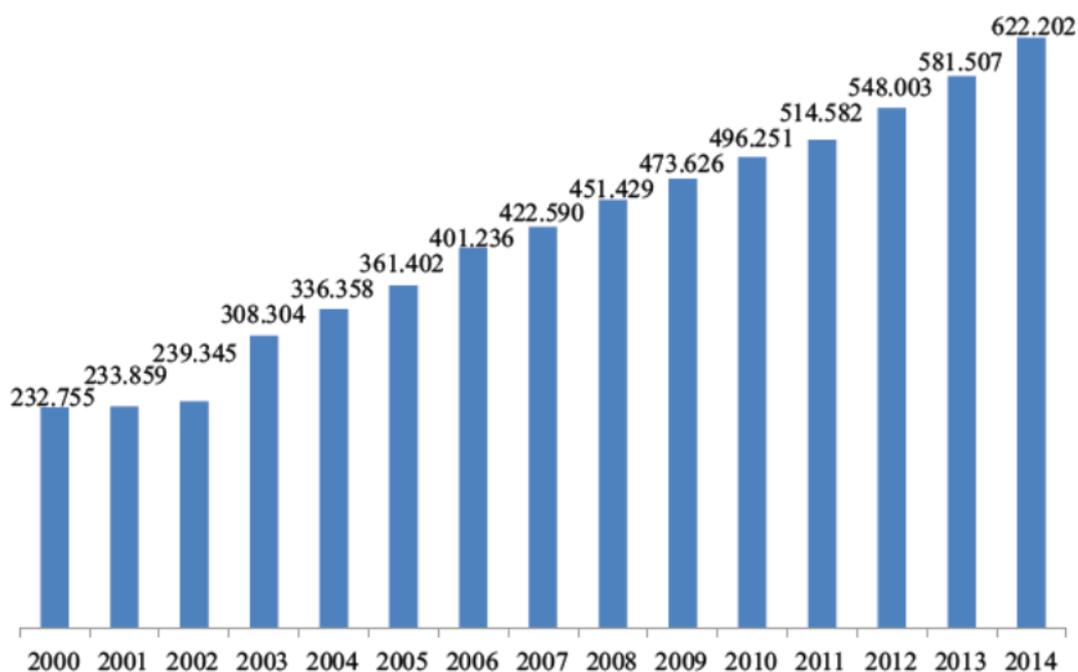
O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (2.228.424), da China (1.701.344) e da Rússia (676.400) (BRASIL, 2017, p. 56).

QUADRO 2 - PAÍSES COM MAIOR POPULAÇÃO PRISIONAL DO MUNDO

Posição	País	População Prisional	Ano de Referência
1	Estados Unidos da América	2.217.000	2013
2	China	1.657.812	2014
3	Rússia	644.237	2015
4	Brasil	622.202	2014
5	Índia	418.536	2014
6	Tailândia	314.858	2015
7	México	255.138	2015
8	Irã	225.624	2014
9	Turquia	176.268	2015
10	Indonésia	173.713	2015

Fonte: INFOPEN, 2014, p. 14

No Brasil, os dados indicam que não se tem conseguido aportar recursos e criar vagas no ritmo em que a população prisional vem aumentando.

GRÁFICO 1 - EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL

Fonte: INFOPEN, 2014, p. 19.

Os mesmos relatórios evidenciam que a dura realidade do sistema prisional vai muito além da superlotação. Ela envolve, em primeiro lugar, a precariedade das estruturas e instalações prisionais, que contam frequentemente com celas em péssimo estado de conservação, insalubres, fétidas, sem ventilação e iluminação adequadas e sem sistema de esgoto.

Atualmente, o sistema prisional brasileiro tem 7.61 pessoas custodiadas para cada servidor em atividade de custódia. Afirma-se que o número ideal de funcionários por unidade depende de vários fatores: qual o tipo de estabelecimento, quais os serviços terceirizados, qual o tipo de pessoa privada de liberdade que a unidade abriga, que serviços são oferecidos internamente, quantos custodiados auxiliam a administração nos trabalhos internos, qual a escala de trabalho dos funcionários, que serviços são prestados por outras agências públicas (saúde, educação), etc.

A distribuição de servidores e sua relação com o contingente prisional é apresentada na tabela a seguir.

QUADRO 3 - SERVIDORES EM ATIVIDADE DE CUSTÓDIA

UF	Nº de servidores	Razão entre servidores e pessoas custodiadas na UF	Maior número de pessoas por servidor em uma unidade na UF
AC	828	5,13	184
AL	518	10,73	227
AM	807	9,77	165
AP	792	3,36	302
BA	2241	5,47	335
CE	1754	12,31	234
DF	1122	12,03	239
ES	3356	4,97	266
GO	1467	10,50	81
MA	677	7,78	81
MG	15861	3,55	723
MS	1098	12,14	94
MT	2194	4,62	227
PA	1795	6,66	147
PB	1336	7,80	101
PE	1182	22,68	123
PI	500	6,36	87
PR	3413	5,51	211
RJ	1393	28,93	87
RN	632	12,06	56
RO	1966	4,99	156
RR	206	7,79	91
RS	2919	9,64	185
SC	2901	5,80	410
SE	411	10,71	112
SP	24563	8,83	399
TO	834	3,36	175
Brasil	76766	7,61	723

Além disso, há graves deficiências na prestação das assistências previstas na Lei de Execução Penal (LEP).

Em relação aos direitos do preso, o art. 3º da Lei de Execução Penal⁴ assegura ao condenado e ao internado a fruição de todos os direitos não atingidos pela sentença, de forma que a execução da pena deve atender aos ditames legais estipulados previamente pela lei e designados na sentença condenatória.

Ou seja, o sistema penitenciário deve assegurar os direitos fundamentais dos presos, de forma a garantir o pleno exercício de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei. Em contrapartida, deve o preso observar as normas do regimento interno do estabelecimento a qual está vinculado.

Em relação à assistência material, é dever do Estado dar assistência ao preso e ao internado,⁵ visando à prevenção do crime e ao preparo ao retorno à convivência em sociedade. Consoante a Lei de Execução Penal, a assistência material consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas aos presos e internados.

A assistência material⁶ é absolutamente precária. Os presos, muitas vezes, não recebem uniformes,⁷ de modo que ficam seminus ou usam roupas levadas por parentes ou doadas por entidades de caridade (BRASIL, 2008).

Em várias unidades, praticamente não há fornecimento de material de higiene básica,⁸ como escova de dente, sabonete, toalha e papel higiênico. Diversas mulheres sequer recebem absorventes íntimos, de modo que são forçadas a utilizar miolos de pão para conter o fluxo menstrual. A alimentação nos presídios é insuficiente e de péssima qualidade e o fornecimento de água é muito limitado. Vários internos comem com as próprias mãos ou têm suas refeições servidas em sacos plásticos (BRASIL, 2008).

⁴ Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. (BRASIL, 1984).

⁵ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (BRASIL, 1984).

⁶ Art. 11. A assistência será: I - material; (BRASIL, 1984).

⁷ O art. 17 das Regras Mínimas da ONU determina que, quando ao preso não é permitida a utilização de suas próprias roupas, deve o Estado lhe prover vestimentas apropriadas ao clima e em quantidade suficiente à manutenção de sua boa saúde. (BRASIL, 2016, p. 22).

⁸ Nos termos do art. 15 das Regras Mínimas da ONU, o Estado deve garantir condições para que seus presos se mantenham limpos, devendo o estabelecimento penal lhes fornecer água potável e os artigos de higiene necessários à sua saúde e limpeza. (BRASIL, 2016, p. 22).

Há constantes denúncias de que a comida⁹ servida está estragada ou contém cabelos, baratas ou objetos misturados. Por falta de água, presos às vezes passam dias sem tomar banho. Cobertores chegam a ser usados para conter as fezes nos vasos sanitários localizados nas celas, já que, em muitos locais, a água para descarga é liberada uma única vez ao dia, independentemente de quantas vezes e quantas pessoas os utilizaram (BRASIL, 2008).

Em relação à assistência à saúde,¹⁰ o serviço de saúde, de caráter preventivo e curativo, é fundamental no estabelecimento prisional, compreendendo o atendimento médico, psiquiátrico, odontológico e psicológico.

Segundo a Lei de Execução penal, aos presos será dada a assistência farmacêutica indispensável ao tratamento médico, de forma que possam ser prestados os convenientes cuidados aos doentes. Ressalta-se que nos casos em que o estabelecimento não for capaz de fornecer a assistência médica necessária, esta será prestada em localidade diversa, mediante autorização da administração do estabelecimento (BRASIL, 2017, p. 18).

Outra notória consequência do encarceramento é a incidência de tuberculose, dadas as condições de confinamento de um grande número de pessoas em lugares que nem sempre têm condições de infraestrutura adequada e facilitam a disseminação da doença.

Segundo dados do *Portal da Saúde* (2015), pessoas privadas de liberdade têm, em média, uma chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose.

QUADRO 4 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA E O RISCO DE TUBERCULOSE

Populações mais vulneráveis	Risco de adoecimento por tuberculose	Carga entre os casos novos
Indígenas	3x maior	1,2%
Privados de liberdade	28x maior	8,3%
Pessoas que vivem com HIV/aids	28x maior	9,8%
Pessoas em situação de rua	56x maior	6,9%

Fonte: PORTAL DA SAÚDE, 2015.

⁹ Consoante determina o art. 22 das Regras Mínimas da ONU, o Estado deve fornecer ao preso, em horas determinadas, alimentação de boa qualidade, bem preparada e servida, cujo valor nutritivo seja suficiente à manutenção de sua saúde e de seu vigor físico. (BRASIL, 2016, p. 23).

¹⁰ Regra 24 1. O provimento de serviços médicos para os presos é uma responsabilidade do Estado. Os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada pela sua situação jurídica. 2. Os serviços de saúde serão organizados conjuntamente com a administração geral da saúde pública e de forma a garantir a continuidade do tratamento e da assistência, inclusive nos casos de HIV, tuberculose e outras doenças infecciosas, abrangendo também a dependência às drogas. (BRASIL, 2016, p. 23).

De acordo com *Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde*, estima-se aproximadamente 734 mil pessoas vivendo com HIV/aids em 2014, o que corresponde a uma taxa de prevalência de 0,4%. Ou seja, de cada 100 habitantes, 0,4 vivem com HIV/aids. De acordo com os dados sobre as pessoas privadas de liberdade com agravos transmissíveis em 31/12/2014, pode-se estimar as seguintes taxas de prevalência no sistema prisional:

QUADRO 5 - PESSOAS COM AGRAVOS TRANSMISSÍVEIS EM DEZEMBRO DE 2014

Agravo	Homens	Mulheres	Total	Taxa de prevalência (por 100 mil hab.)
HIV	6.692	720	7.412	1,3%
Sífilis	2.388	590	2.978	0,5%
Hepatite	3.069	291	3.360	0,6%
Tuberculose	5.313	221	5.534	0,9%
Outros	2.094	644	2.738	0,5%

Fonte: INFOPEN, 2014, p. 55.

Todavia, o que se vê é a falta de profissionais, atendimento médico e medicamentos. Os presos são obrigados a conviver com dores, doenças e feridas, muitas vezes sem qualquer tratamento. Além da falta de profissionais de saúde, os presídios praticamente não possuem medicamentos em estoque (BRASIL, 2008, p. 12).

Em relação aos profissionais de saúde mental, o número de servidores é bastante pequeno em relação à quantidade de pessoas custodiadas.

QUADRO 6 - SERVIDORES NA ÁREA DE SAÚDE

UF	Médicos (menos psiquiatras), enfermeiros e auxiliares de enfermagem		Saúde mental - psiquiatras, psicólogos e terapeutas ocupacionais	
	Quantidade de servidores	Razão entre servidores e pessoas custodiadas	Quantidade de servidores	Razão entre servidores e pessoas custodiadas
AC	17	249,65	15	282,93
AL	56	99,25	19	292,53
AM	73	108,04	25	315,48
AP	14	190,21	9	295,89
BA	229	53,49	95	128,94
CE	124	174,15	21	1028,29
DF	42	321,50	49	275,57
ES	146	114,28	70	238,36
GO	82	187,78	29	530,97
MA	112	47,04	22	239,45
MG	660	85,37	273	206,38
MS	89	149,83	40	333,38
MT	151	67,14	29	349,59
PA	178	67,18	64	186,84
PB	63	165,41	21	496,24
PE	150	178,73	83	323,00
PI	49	64,94	14	227,29
PR	157	119,79	39	482,23
RJ	436	92,43	130	310,01
RN	27	282,37	4	1906,00
RO	201	48,79	14	700,43
RR	5	320,80	4	401,00
RS	137	205,29	152	185,03
SC	107	157,27	52	323,62
SE	51	86,33	10	440,30
SP	1126	192,56	368	589,20
TO	30	93,43	7	400,43
Brasil	4512	129,51	1658	352,45

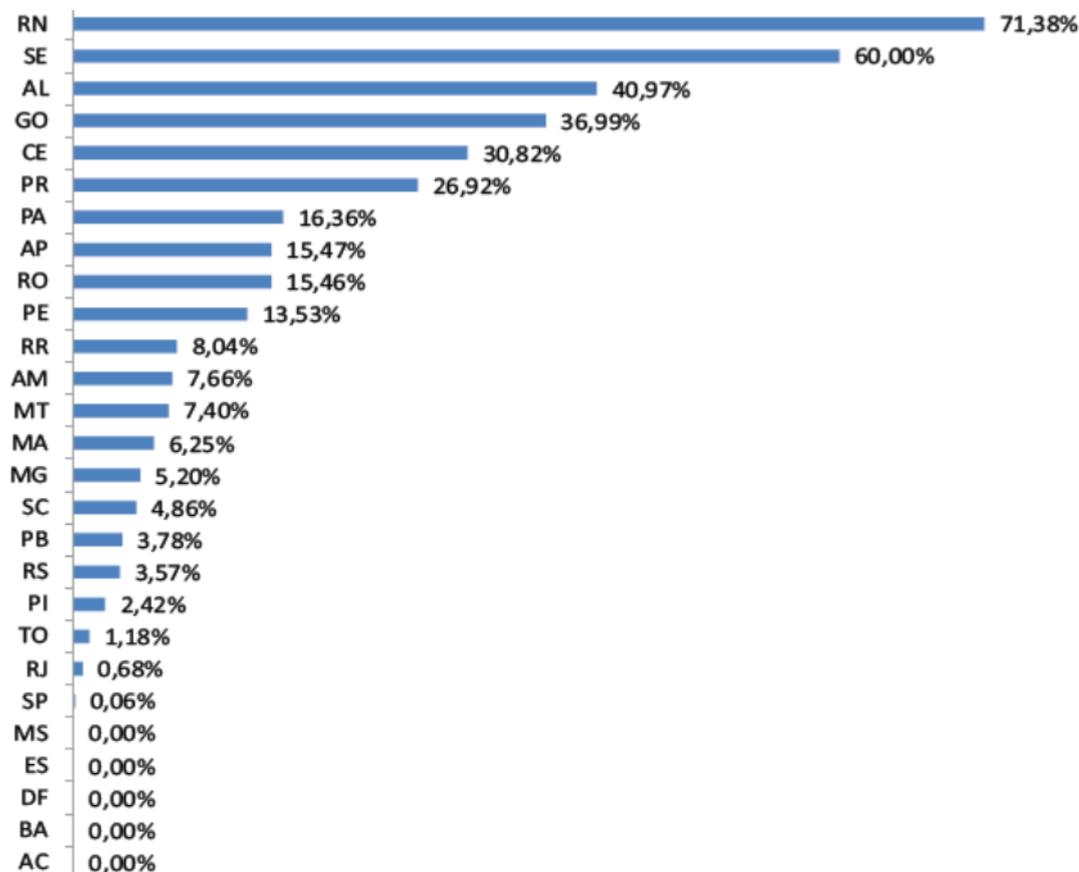
Fonte: INFOPEN, 2014, p. 71.

Em relação à assistência jurídica, a Lei de Execução Penal preceitua, em seus arts. 15 e 16, a necessidade de atendimento jurídico ao preso por advogado. No caso do encarcerado não dispor dos recursos financeiros para ter acesso aos serviços jurídicos, o estabelecimento tem o dever de manter este serviço à disposição ao preso (o que se faz, geralmente, pela Defensoria Pública).

É razoável supor que a baixa escolaridade e renda da maior parte das pessoas privadas de liberdade no Brasil sejam um desafio para o exercício do direito de defesa e acesso à justiça. Desde a fase de investigação, sobretudo sem o mecanismo da audiência de custódia, as pessoas autuadas, investigadas e suspeitas que não têm condições de arcar com os honorários de advogados constituídos estarão mais sujeitas à prisão provisória. Também após uma sentença condenatória, a assistência judiciária é imprescindível para garantir que a pessoa presa possa pleitear e, eventualmente usufruir de benefícios como progressão de pena para os regimes aberto, semiaberto ou livramento condicional.

Deste modo, o monitoramento contínuo dos arranjos da política de assistência jurídica à pessoa privada de liberdade adquire relevância central para a análise dos gargalos da política penitenciária.

GRÁFICO 2 - PORCENTAGEM DE PESSOAS CUMPRINDO SENTENÇA EM ESTABELECIMENTO QUE NÃO DISPÕE DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA¹¹



Fonte: INFOPEN, 2014, p. 68.

Em relação ao trabalho, ele possui relevante papel na reparação do dano causado pela prática de uma conduta delituosa e na reincorporação social do apenado. Para a legislação, o trabalho dos presos tem como objetivo auxiliar no processo de reinserção social, na ocupação do tempo ocioso, na promoção da readaptação e no preparo de uma atividade laboral. Além de garantir uma remuneração igual ou superior a três quartos do salário mínimo.

No quadro abaixo é possível notar o baixo índice de pessoas que trabalham em relação ao total de pessoas presas, especialmente no Ceará, Paraíba, Rio de Janeiro e Sergipe, além dos mais críticos como o Rio Grande do Norte, com apenas 3% de pessoas trabalhando. Destacam-se positivamente os estados do Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Amapá, como, respectivamente 37%, 32% e 35% de pessoas trabalhando no sistema prisional.

¹¹ Importante destacar que o indicador sobre o oferecimento de assistência jurídica gratuita no sistema prisional não é obtido junto às Defensorias Públicas ou órgãos do Sistema Judiciário, sendo informado pelos gestores da administração prisional e, portanto, refletindo a percepção do gestor quanto à existência de assistência jurídica no ambiente prisional.

QUADRO 7 - PESSOAS ENVOLVIDAS EM ATIVIDADES LABORATERÁPICAS NO SISTEMA PRISIONAL

UF	Total de pessoas trabalhando	% de pessoas que trabalham em relação ao total da população prisional	Entre as pessoas que trabalham	
			% em atividade externa à unidade prisional	% em atividade interna à unidade prisional
AC	639	15%	15%	85%
AL	769	14%	52%	48%
AM	1097	14%	31%	69%
AP	921	35%	44%	56%
BA	1991	16%	15%	85%
CE	1790	8%	26%	74%
DF	2057	15%	39%	61%
ES	2484	15%	49%	51%
GO	2373	15%	24%	76%
MA	736	14%	19%	81%
MG	8194	15%	19%	81%
MS	4941	37%	37%	63%
MT	2558	25%	25%	75%
PA	1108	9%	45%	55%
PB	497	5%	29%	71%
PE	2943	11%	23%	77%
PI	646	20%	7%	93%
PR	5154	27%	27%	73%
RJ	2223	6%	16%	84%
RN	199	3%	54%	46%
RO	2960	30%	59%	41%
RR	183	11%	31%	69%
RS	8582	31%	28%	72%
SC	5446	32%	25%	75%
SE	254	6%	22%	78%
SP	54541	25%	21%	79%
TO	508	18%	41%	59%
Brasil	115794	20%	25%	75%

Fonte: INFOPEN, 2014, p. 63.

Em relação à assistência educacional, a Lei de Execução Penal dispõe, nos arts. 17, 18 e 19, que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional, sendo o ensino de primeiro grau obrigatório. Deve o estabelecimento prisional,

também, disponibilizar o ensino profissional em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

As assistências educacional e laboral também são falhas, sobretudo, pela falta de oportunidades. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), apenas cerca de 10% dos presos estudam e pouco mais de 20% estão envolvidos em atividade laboral. Os presos são, assim, condenados ao ócio, sendo esse um fator decisivo para os conflitos e revoltas nos presídios (BRASIL, 2008, p. 12).

Para fins do levantamento realizado junto aos diretores de unidades prisionais, as atividades educacionais acessadas pela população prisional foram divididas entre formais e complementares. As atividades formais compreendem alfabetização, ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, curso técnico (acima de 800 horas de aula) e capacitação profissional (acima de 160 horas de aula), em suas modalidades presencial e à distância. No caso das atividades complementares, são considerados os programas de remição pela leitura e pelo esporte, além de atividades complementares como videoteca, atividades de lazer e cultura.

Em 2014, 13% da população prisional participava de alguma atividade educacional, formal ou não.

QUADRO 8 - PESSOAS ENVOLVIDAS EM ATIVIDADES EDUCACIONAIS NO SISTEMA PRISIONAL

UF	Quantidade de pessoas envolvidas em atividades do ensino formal	% de pessoas envolvidas em atividades formais de educação	Quantidade de pessoas envolvidas em outras atividades educacionais	% de pessoas envolvidas em outras atividades educacionais
AC	253	6%	22	1%
AL	502	9%	0	0%
AM	548	7%	203	3%
AP	1014	38%	120	5%
BA	2544	21%	328	3%
CE	3222	15%	40	0%
DF	1696	13%	253	2%
ES	4360	26%	368	2%
GO	597	4%	34	0%
MA	288	5%	0	0%
MG	5808	10%	2151	4%
MS	1161	9%	12	0%
MT	1950	19%	195	2%
PA	846	7%	0	0%
PB	1124	11%	21	0%
PE	5611	21%	0	0%
PI	131	4%	0	0%
PR	4787	25%	2642	14%
RJ	5014	12%	19	0%
RN	353	5%	0	0%
RO	1151	12%	277	3%
RR	343	21%	0	0%
RS	3018	11%	126	0%
SC	1748	10%	576	3%
SE	219	5%	615	14%
SP	15265	7%	2423	1%
TO	299	11%	89	3%
Brasil	63852	11%	10514	2%

Fonte: INFOPEN, 2014, p. 59-60.

Outro componente do caos carcerário é a desestruturação do sistema de justiça, com a falta de pessoal, graves deficiências de funcionamento nas varas de execução penal e carências no acesso à assistência jurídica pelos presos.

Esses problemas dificultam o monitoramento do tempo para a obtenção de benefícios e favorecem a lentidão na tramitação de processos, promovendo atrasos significativos na concessão de benefícios penais, como a progressão de regime. Com isso, presos são muitas vezes mantidos nas cadeias além do prazo legal. É o que revela a ação dos Mutirões Carcerários, do CNJ. Desde o início do projeto, em 2008, até o final de 2013, os mutirões concederam mais de 78 mil benefícios e colocaram em liberdade pelo menos 41 mil detentos que já tinham cumprido integralmente a sua pena, mas permaneciam nos cárceres (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Ainda no âmbito do sistema de justiça, um dos principais fatores responsáveis pela superlotação em nossas cadeias é o uso excessivo e desproporcional da prisão provisória.

De acordo com o diagnóstico do CNJ, os presos provisórios correspondem a 41% da população carcerária. São mais de 230 mil presos que se encontram encarcerados sem condenação definitiva (BRASIL, 2017, p. 54). Muitas dessas prisões são, porém, indevidas. Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelou que 37,2% dos réus que cumprem prisão provisória não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo, mas absolvidos ou condenados a penas e medidas alternativas. Isso significa que o sistema prisional está sendo sobrecarregado com réus que simplesmente não deveriam estar preso (BRASIL, 2008, p. 14).

QUADRO 9 - PRESOS SEM CONDENAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL, POR UNIDADE DA FEDERAÇÃO

UF	Quantidade de presos sem condenação	Presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento	Percentual de presos sem condenação detidos a mais de 90 dias
AC	1139	128	11%
AL	1970	43	2%
AM	4574	1998	44%
AP	888	388	44%
BA	6632	1737	26%
CE	10443	4362	42%
DF	3138	25	1%
ES	7179	6215	87% ⁶
GO	7518	343	5%
MA	2966	72	2%
MG	25662	3821	15%
MS	3571	1060	30%
MT	5672	478	8%
PA	5395	1912	35%
PB	3905	1615	41%
PE	13627	3908	29%
PI	1848	547	30%
PR	5417	571	11%
RJ	16859	2930	17%
RN	2566	406	16%
RO	1346	390	29%
RR	843	17	2%
RS	9761	1870	19%
SC	4456	768	17%
SE	2308	207	9%
SP	61132	18815	31%
TO	1363	153	11%
União	46	21	46%
Brasil	212224	54800	26%

Fonte: INFOPEN, 2014, p. 26.

Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a

integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º).

Tal situação vulnera, ainda, a *Lei de Execução Penal* e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, o *Pacto de São José da Costa Rica* e a *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*.

Diante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade.

Nesse contexto, parece evidente que o fenômeno do encarceramento em massa, com a submissão dos presos a condições degradantes de detenção, não atende aos objetivos das políticas de segurança pública ou aos interesses da sociedade na redução da criminalidade. Ainda assim, a população e as autoridades públicas continuam a apostar no endurecimento das penas e no aprisionamento como únicas formas de combater a delinquência.

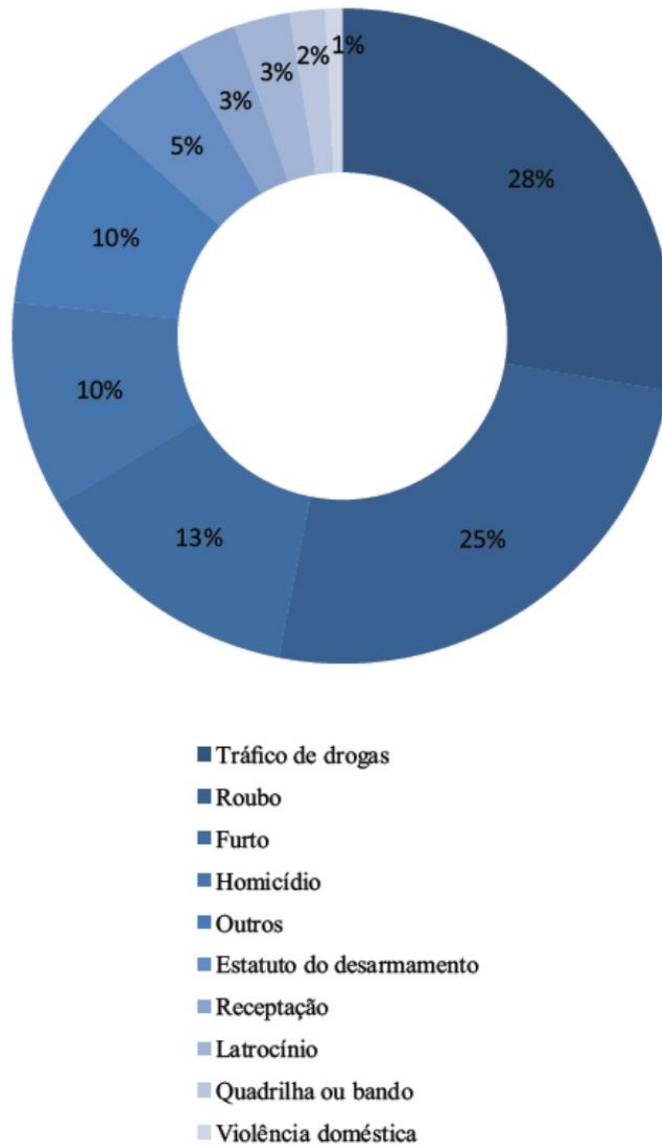
Conforme Sarmiento (2015), o êxito desse discurso de “lei e ordem” resulta em um perverso círculo vicioso, no qual a demanda por maior encarceramento alimenta a superlotação prisional, que, por sua vez, produz o agravamento da criminalidade, em prejuízo da própria segurança pública.

Há um evidente paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade e de insegurança. Ainda assim, o país pune muito, com índices de encarceramento crescentes. Para que se tenha uma ideia, dentre os 50 países com maior população carcerária no mundo, o Brasil é o que apresentou o segundo maior aumento da taxa de pessoas presas entre 1995 e 2010, na ordem de 136% (BRASIL, 2008, p. 15).

O país, na verdade, prende muito, mas prende mal. Atualmente, a maior parte da população carcerária é formada por condenados por crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, como furto e receptação (cerca de 13% dos presos), e por

tráfico de entorpecentes (cerca de 28% da população total). Por outro lado, o percentual de pessoas presas por homicídio é baixíssimo, de menos de 10% (INFOPEN, 2014, p. 34).

FIGURA 1 - DISTRIBUIÇÃO SENTENÇAS DE CRIMES TENTADOS OU CONSUMADOS ENTRE OS REGISTROS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE¹²

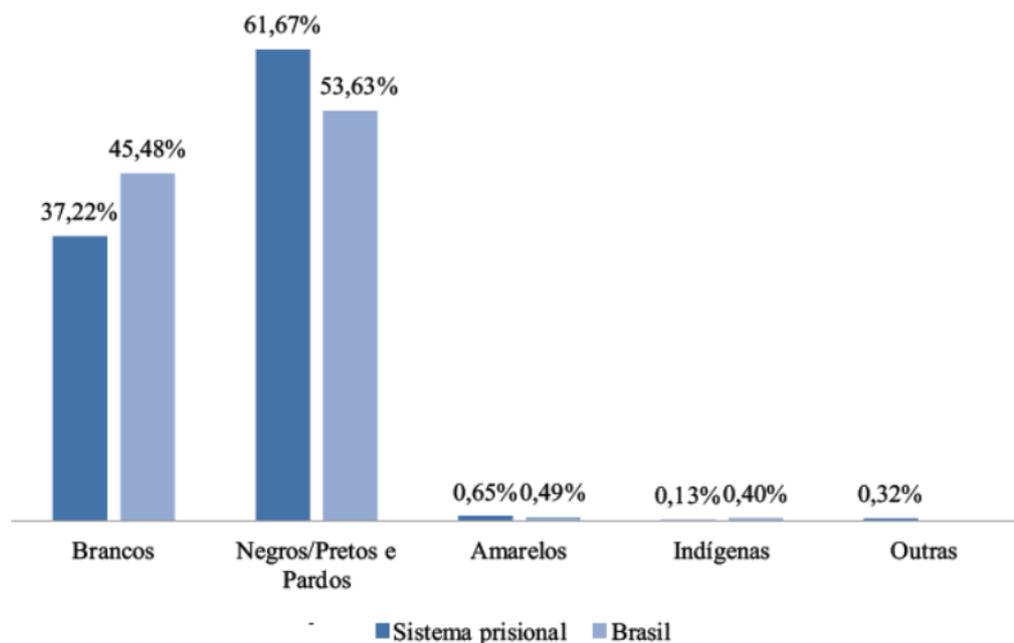


Fonte: INFOPEN, 2014, p. 34.

¹² Quadrilha ou bando (Art. 288 do Código Penal); Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de 22/12/2003): porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Art. 14), disparo de arma de fogo (Art. 15), posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Art. 16), comércio ilegal de arma de fogo (Art. 17), tráfico internacional de arma de fogo (Art. 18); Violência doméstica (Art. 129, § 9º do Código Penal); Receptação (Art. 180 do Código Penal) e receptação qualificada (Art. 180, §1º do Código Penal); Latrocínio (Art. 157, § 3º do Código Penal); Roubo simples (Art. 157 do Código Penal) e roubo qualificado (Art. 157, § 2º do Código Penal); Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06), associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) e tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06); Homicídio simples (Art. 121, caput), homicídio culposo (Art. 121, §3º), homicídio qualificado (Art. 121, § 2º); Furto simples (Art. 155 do Código Penal) e furto qualificado (Art. 155, § 4º e 5º do Código Penal).

As deficiências apontadas acima fazem com que o sistema penal brasileiro seja extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial.

GRÁFICO 3 - PERCENTUAL DA POPULAÇÃO POR RAÇA E COR NO SISTEMA PRISIONAL E NA POPULAÇÃO GERAL



Fonte: INFOOPEN, 2014, p. 36.

Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade.

Segundo as palavras de Barcellos (2010), “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”.

Por fim, os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime” (SARMENTO, 2015). A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. o índice de reincidência de quem sai do sistema prisional varia de 70% a 80% (BRASIL, 2017, p. 69).

Todos esses dados revelam a profundidade do problema prisional, nitidamente insustentável do ponto de vista humanitário, social e financeiro. É preciso urgentemente repensar a atual política de encarceramento e reestruturar inteiramente o sistema de justiça

criminal. Caso contrário, além de perpetuar a inconstitucional e inaceitável violação à dignidade dos presos, corremos o sério risco de um colapso do sistema penitenciário, com graves repercussões financeiras e de segurança pública para os Estados.

A situação é, em síntese, de violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

2.2 Estado de coisas inconstitucional

Como visto, a maior parte dos detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

O sistema penitenciário é marcado por uma profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. Ademais, as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. sendo necessárias medidas urgentes para a mudança do quadro.

A situação dos presídios brasileiros não é um fenômeno isolado e sem precedentes no cenário mundial. O caráter global da crise do sistema carcerário não deve, porém, servir de consolo ou desculpa para a manutenção da alarmante estrutura prisional brasileira. Pelo contrário, as experiências de alguns desses países no enfrentamento do problema nos fornecem exemplos de medidas e reformas capazes de produzir resultados efetivos na melhoria das condições carcerárias, além de trazer novas perspectivas sobre os papéis que a jurisdição constitucional pode desempenhar no processo.

A Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do “*estado de coisas inconstitucional*”. Quando a Corte

colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder. Nesses casos, em geral, a Corte designa uma autoridade para fiscalizar a execução da decisão, de modo que a atuação judicial não se encerra com a prolação da decisão, mas se protraí até que as diversas autoridades levem a cabo as determinações da Corte (BRASIL, 2008, p. 24).

A ideia de que pode existir um Estado de Coisas Inconstitucional e que a Suprema Corte do país pode atuar para corrigir essa situação surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada "Sentencia de Unificación (SU) 559".¹³

O reconhecimento do *Estado de cosas inconstitucional*, pela Corte da Colômbia, ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos é resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.

Quando se declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.

Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional:

¹³ Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um "dever de colaboração" com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias. (CAMPOS, 2015).

a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, 2015a).

Assim, constatando a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, o reconhecimento gera o que se denomina de “litígio estrutural”, ou seja, existe um número amplo de pessoas que são atingidas pelas violações de direitos (HERNÁNDEZ, 2003, p. 225).

Deste modo, ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo.

Diante disso, para enfrentar litígio dessa espécie, a Corte terá que fixar “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas públicas. A Corte adota, portanto, uma postura de ativismo judicial estrutural (CAMPOS, 2014, p. 314-322) diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, normalmente por falta de vontade política.

Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias (CAMPOS, 2015a).

Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico (CAMPOS, 2015b).

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Em uma de suas mais importantes decisões, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o *Estado de Coisas Inconstitucional* relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país.

Na *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998 discutiram-se o problema da superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998). A corte, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia, presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes enfatizaram que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998).

A corte acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de "tragédia diária dos cárceres". Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a corte: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998).

A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso. Os principais defeitos acusados foram a pouca flexibilidade das ordens, especialmente, em face dos "departamentos" locais, e a falta de monitoramento, pela própria corte, da fase de implementação da decisão. O erro da corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas. A corte não voltaria a cometer esses erros no caso igualmente relevante do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência urbana do país (CAMPOS, 2015a).

O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as Farc ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e após os deslocamentos (CAMPOS, 2015a).

Na *Sentencia* T-025, de 2004, a corte examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A corte conclui estarem presentes os principais fatores que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional e formulou remédios não só em favor dos que pleitearam as tutelas, mas também das outras pessoas que se encontravam na mesma situação (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998).

A corte buscou harmonizar o ativismo judicial revelado na intervenção sobre as políticas públicas com a proposta de diálogos institucionais. Com ordens flexíveis e diálogo sobre a implementação de medidas, cortes apontam a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixam parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deixam as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais (CORTE CONSTITUCIONAL, 1998).

O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Daí por que comportamento judicial da espécie possuir tanto virtudes democráticas como vantagens pragmáticas (CAMPOS, 2015a).

A corte interveio na confecção de políticas públicas, dirigindo ordens à ampla estrutura de poderes e órgãos envolvidos, sem, contudo, fixar os detalhes do plano de ação. A corte versou os procedimentos e as autoridades competentes para atuar em favor da superação

do estado de coisas inconstitucional, nada dispondo sobre o conteúdo das políticas, mas vindo a acompanhar durante seis anos a realização concreta dessas. A corte convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, criando “espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais” (GRAVITO; FRANCO, 2010, p. 15).

A Colômbia ainda possui o maior número de pessoas deslocadas do mundo, haja vista o contexto de violência urbana ainda não ter sido superado pelo Poder Executivo nacional. Contudo, desde a adoção das medidas determinadas pela Corte Constitucional, a população deslocada, ao menos a maioria, não mais está entregue a toda sorte de violação de direitos fundamentais. Antes totalmente ignorado, sem qualquer atenção estatal e da própria sociedade, o problema da falta de direitos básicos da população, quando deslocada forçadamente, é hoje um mal combatido (CAMPOS, 2015a).

Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação.¹⁴

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pedindo que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Em razão disso, requer que a Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos (BRASIL, 2015).

¹⁴ A ideia do estado de coisas inconstitucional não é estranha à jurisprudência do STF. O Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas ADIs 4.357 e 4.425, atinente à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na EC 62, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”. A Corte, ao final, decidiu atribuir ao CNJ a função de elaborar proposta normativa para equacionamento de alguns aspectos do problema, bem como o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos. Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, Rel. Mini. Luiz Fux, julg. 25/03/2015. Veja-se os seguintes itens da decisão: “5 – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e 6) atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento de precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão”.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 347, reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um *Estado de Coisas Inconstitucional*, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, sendo que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF declarou que diversos dispositivos constitucionais,¹⁵ documentos^{16,17,18,19,20} e normas infraconstitucionais^{21,22,23} estão sendo desrespeitadas.

¹⁵ Art. 5º. [...]; XLVII - não haverá penas: [...]; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988).

¹⁶ Art. 2º. 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso. Art. 7. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas. Art. 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. 2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada. b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível. 3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica. Art. 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exigir, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-

Os cárceres brasileiros são como prova de ineficiência do sistema como política de segurança pública. E a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três poderes

se culpada. 4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente desse condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. (BRASIL, 1966).

¹⁷ Art. 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. Art. 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. Art. 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

¹⁸ Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁹ Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

²⁰ Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinqüentes, de 1955.

²¹ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades. Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de preclusão, em regime fechado. Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (BRASIL, 1984).

²² Lei de Tortura (BRASIL, 1997).

²³ Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (BRASIL, 2013).

(Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-membros e do Distrito Federal.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação (BRASIL, 2015).

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. Todavia, não pode a Corte substituir o papel do Legislativo e do Executivo, na consecução de suas tarefas próprias. Em outras palavras, o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, os poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias (BRASIL, 2015).

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Todavia, a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal²⁴ (BRASIL, 2015).

²⁴ Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

[...] a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático (BRASIL, 2015).

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado.

Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.

No tocante à alegação ao óbice atinente à separação de Poderes é impertinente levar-se em conta tais formulações, uma vez que a intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso (BRASIL, 2015).

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. (BRASIL, 2015).

Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. [...].

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas

sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. (BRASIL, 2015).

Assim, pela União, Estados e Distrito Federal devem ser analisados planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

Os direitos ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Assim, o papel que deve ser desempenhado em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional é a retirada das autoridades públicas do estado da inércia, por meio da provocação da formulação de novas políticas públicas, o aumento da deliberação política e social sobre a matéria e o monitoramento da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas.

2.3 Um problema que demanda uma atuação coordenada

Como se viu, a perversa realidade prisional brasileira é um problema generalizado, complexo e estrutural, fruto de ações e omissões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para tanto, não há soluções fáceis ou unilaterais para enfrentar tal questão. Ademais, para que sejam eficazes, é preciso implementar um conjunto complexo e planejado de medidas, articulado por todos os órgãos relativos ao sistema carcerário e esferas de poder.

Do retrato da situação carcerária, despontam três causas da crise do sistema carcerário nacional: i) a superlotação; ii) a lógica do hipercarceramento, iii) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

De início, o problema mais imediato a ser enfrentado é a superlotação, não apenas em razão das violações de direitos humanos dos presos que enseja, mas também pelas dificuldades que impõe à gestão dos estabelecimentos prisionais.

Como afirmou a CPI da Câmara dos Deputados (2009, p. 247), ela é “a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”. A ocupação dos presídios em número muito superior à sua capacidade prejudica severamente a manutenção de condições mínimas de

higiene, privacidade e habitabilidade. Prejudica, igualmente, a prestação das diversas assistências previstas na LEP e a garantia da ordem e segurança internas, com efeito direto sobre as condições de vida dos presos e sobre a segurança pública.

Durante o voto do Recurso Extraordinário nº 580.252, em que se analisava o dever, ou não, do Estado de indenizar preso por danos morais causados ao preso por superlotação e condições degradantes, o Min. Luís Roberto Barroso entendeu que há diversas medidas capazes de diminuir o déficit de vagas nos presídios, tais como:

- (i) a construção de presídios, com preferência para o regime semiaberto, de modo a viabilizar o sistema progressivo de cumprimento da pena e por fim à inaceitável situação de presos que têm direito subjetivo a regime menos gravoso, mas são mantidos no regime fechado por falta de vagas;
- (ii) enquanto não forem construídas novas vagas, a oferta de vagas aos presos que tenham direito subjetivo à progressão de regime ou que tenham sido condenados inicialmente ao regime semiaberto, deverá se dar por meio da organização de uma “fila de saída”;²⁵
- (iii) o fim do uso excessivo e desproporcional da prisão provisória, a partir:
 - a) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar tanto o decreto de prisão, quanto a não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, exigindo-se a especificação de fatos concretos que fundamentem a presença dos requisitos legais justificadores da prisão e que comprovem a insuficiência de cada uma das medidas cautelares não privativas de liberdade, ainda que aplicadas cumulativamente;²⁶
 - b) da ampliação, para todas as unidades da federação, da exigência de realização de audiências de custódia, conforme projeto piloto do CNJ;²⁷ e c) da criação de política de incentivo à utilização da monitoração eletrônica como alternativa à prisão provisória, por meio da locação de equipamentos, da instalação ou do fortalecimento de centrais de monitoração eletrônica e de outros mecanismos que garantam a fiscalização do cumprimento da pena;²⁸
- (iv) o estímulo à aplicação mais ampla de penas alternativas à prisão, por meio:
 - a) da imposição aos juízes de um ônus argumentativo mais severo para justificar a não aplicação das penas alternativas na sentença condenatória; e

²⁵ “Tal fila deverá obedecer a critérios objetivos, que permitam a concessão de prisão domiciliar ou de antecipação do regime aberto a outro preso que já esteja cumprindo a pena no regime semiaberto e já tenha alcançado ou esteja mais próximo de alcançar o requisito objetivo para progredir para o regime aberto”. A ideia foi exposta em audiência pública realizada pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito do RE nº 641320, pela Sra. Maria Tereza Uille, à época Secretária de Estado, da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná. (BRASIL, 2008, p. 26).

²⁶ Esta proposta consta de importante projeto de alteração do Código de Processo Penal apresentado ao Ministro da Justiça pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

²⁷ CNJ, o Ministério da Justiça – MJ e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD, visando à efetiva implantação do Projeto Audiência de Custódia, de modo a fomentar a viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados presos em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas após sua prisão.

²⁸ A moderação no uso da prisão provisória deverá vir acompanhada de mecanismos de aceleração do processo penal e da revisão de precedentes que precisam ser superados, como o termo inicial da prescrição da pretensão executória (Código Penal, art. 112, I) e a possibilidade de execução provisória da decisão, na pendência de recurso especial ou extraordinário. Ninguém deseja um processo penal que transforme os advogados, por dever de ofício, em agentes da procrastinação.

b) do investimento no fortalecimento das centrais de acompanhamento de penas e medidas alternativas e na criação de outros mecanismos que permitam aumentar o controle e a fiscalização do seu cumprimento;

(v) o aumento da celeridade e da eficiência da Justiça criminal, pela adoção de providências como: a) a ampliação do número de Varas de Execução Penal, b) a reestruturação das Varas de Execução Penais já existentes, com o reforço do quadro de pessoal, o estímulo à adoção das boas práticas de gestão cartorária instituídas pelo CNJ e o fornecimento de treinamento a magistrados e servidores de apoio direto, c) a implantação de um sistema eficaz de monitoramento do tempo de obtenção dos benefícios da execução penal, e d) o efetivo impulsionamento de ofício dos processos de execução penal, sem necessidade de aguardar a manifestação da parte interessada, nos termos da LEP e da Resolução CNJ nº 113/2010; e

(vi) a melhoria do acesso à Justiça pelos presos, por meio: a) do fortalecimento e da garantia da autonomia financeira às Defensorias Públicas; e b) da ampliação do número de defensores públicos com atuação na esfera criminal, com prioridade para a lotação de defensores nos próprios presídios. (BRASIL, 2008, p. 25-29).

Em segundo lugar, é preciso romper com a lógica do hiperencarceramento que está por trás dos índices de crescimento exponencial da população prisional brasileira.

O encarceramento em massa não tem contribuído para os objetivos das políticas de segurança pública e para a prevenção do crime – ao contrário, tem favorecido o aumento da prática delitiva. Ele tampouco tem permitido a ressocialização dos presos, possuindo, em verdade, um efeito estigmatizante e degenerativo sobre a população carcerária. Apesar disso, a política tem gerado altos custos para os cofres públicos e para a sociedade.

Para combater a lógica do hiperencarceramento e reforçar o caráter subsidiário da prisão, o Barroso entende que o Direito pode oferecer algumas respostas, além daquelas já enunciadas acima. É possível, por exemplo:

- (i) ampliar as espécies de penas alternativas à prisão e as hipóteses de cabimento de prisão domiciliar monitorada;
- (ii) revisar a política de encarceramento em crimes sem violência ou ameaça contra a pessoa, como o furto, primando por medidas de indenização da vítima e de serviços à comunidade;
- (iii) revisar a política de drogas, por meio a) da criação de critérios legais objetivos para diferenciar usuário e pequeno e grande traficante no âmbito da Lei nº 11.343/06; e b) de um processo de debate público e reflexão sobre a descriminalização do consumo e do comércio de drogas, em especial daquelas consideradas leves, com forte regulação e controle da produção;
- (iv) exigir a elaboração de estudo de impacto político-criminal pelo Poder Legislativo previamente à aprovação de qualquer reforma na seara criminal, de modo que as alterações da legislação penal não sejam aprovadas no escuro, mas a partir da consideração de seus efeitos empíricos e impactos financeiros;
- (v) incentivar políticas de prevenção do crime, por meio das atividades de inteligência policial e prisional; e

(vi) realizar campanhas institucionais de conscientização da população a respeito das condições dos presídios brasileiros e de seu impacto negativo sobre o aumento da violência e a segurança pública. (BRASIL, 2008, p. 30).

Por fim, por tudo o que foi exposto no tópico anterior, é preciso suprir as graves deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.

Se as medidas apresentadas nos itens anteriores podem oferecer uma boa resposta aos níveis crescentes de encarceramento, tais ações não atuam direta e imediatamente sobre as condições de vida dos detentos. Por isso, qualquer projeto de reforma prisional deve envolver também respostas diretas e efetivas às condições desumanas e degradantes de detenção, dentre as quais, Barroso destacou:

(i) melhoria da estrutura física dos estabelecimentos penais, a partir da promoção de reformas estruturais nos presídios existentes, com vistas a garantir colchões para todos os detentos, iluminação e ventilação adequadas das celas, tratamento de esgoto e melhorar as condições das instalações em geral;

(ii) aperfeiçoamento da estrutura de funcionamento dos presídios, por meio: a) da classificação e da separação dos presos, no mínimo, entre primários e reincidentes e entre provisórios e condenados, de modo a evitar a arregimentação de presos primários por facções e evitar conflitos nos presídios; b) da contratação de novos agentes penitenciários, mediante concurso público; e c) da capacitação profissional e valorização da carreira, com aumento da remuneração e a criação ou fortalecimento de planos de carreira, de modo a evitar a corrupção, maus tratos e a contratação de filiados a facções para trabalharem nas cadeias;

(iii) melhoria das assistências a) material, mediante o fornecimento de alimentação e água potável em quantidade e qualidade adequadas, vestuário e material de higiene pessoal, b) laboral, com a ampliação da oferta de postos de trabalho internos e externos, c) educacional, mediante a criação de programas de valorização da educação no sistema prisional e a instalação de bibliotecas em todos os presídios, d) à saúde, com garantia de atendimento e tratamento adequado dos presos, e) ao egresso, com programas de ressocialização para evitar a reincidência, e f) à mulher, de modo a atender às suas necessidades específicas no cárcere e reduzir o impacto familiar e social de sua segregação; e

(iv) melhoria do monitoramento e da gestão dos presídios, por meio: a) da capacitação de gestores com formação específica; b) da realização de inspeções e mutirões com maior frequência, c) da implantação de um sistema informatizado unificado, que permita o registro, o acompanhamento e o controle da execução penal dos detentos de todo o país; d) da criação de uma ouvidoria ou outro mecanismo eficaz para que detentos possam reclamar das condições de detenção, prevenindo os maus tratos, a violência e a tortura; e e) do fim das revistas vexatórias de familiares e outros visitantes, que devem ser substituídas por meios mais eficazes e menos invasivos, como aparelhos de scanner corporal e a inspeção do preso imediatamente após a visita (quando viável), de modo a proteger a dignidade e a intimidade dessas pessoas, sem descuidar da segurança nos presídios. (BRASIL, 2008, p. 30-31).

Não se ignora que muitas das propostas relacionadas acima são custosas. Desse modo, para que sejam factíveis, é preciso assegurar que os Estados destinem recursos suficientes para a garantia de condições mínimas de dignidade nas prisões. Há que se considerar, porém, que o sistema penitenciário conta com um fundo específico para financiar medidas de aprimoramento e modernização. Trata-se do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (Lei nº 79/1994).

Dessa forma, além de todas as medidas acima, é preciso garantir que a totalidade dos recursos com destinação específica para a questão carcerária seja efetivamente empregada na melhoria do sistema. Para isso, é preciso:

a) determinar o imediato descontingenciamento do FUNPEN, e b) promover estudo sobre as atuais exigências para que Estados sejam contemplados com transferências do fundo, de modo a excluir ou flexibilizar eventuais requisitos que se mostrem excessivamente onerosos, sem sacrificar o controle da efetiva destinação dos recursos. (BRASIL, 2008, p. 33).

De tudo o que foi exposto até aqui, a jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador. Ao contrário, o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que o Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional no país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR CONDIÇÕES DESUMANAS DE ENCARCERAMENTO

3.1 Responsabilidade por danos morais

O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo (BRASIL, 2015, p. 26).

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. (BRASIL, 2015, p. 27).

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo.

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais. (BRASIL, 2015, p. 28).

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. “A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca” (BRASIL, 2015, p. 58).

Todavia, do que se viu, avista-se um estado em que os direitos fundamentais dos presos padecem de proteção efetiva do Estado.

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal. [...]. Por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vem se mantendo incapazes e manifestado falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos. (CAMPOS, 2015b, p. 220-228).

A responsabilidade civil, também denominada responsabilidade extraconcursal, tem sua origem no Direito Civil, consubstanciando na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 803).

O sistema de responsabilidade civil tem sua fonte primária na Constituição Federal. Em linha com a centralidade da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, a Carta de 88 assegura a ampla indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de violações a uma ampla gama de interesses existenciais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, CF).

Como observou Moraes (2007, p. 326), a dignidade humana e os danos morais correspondem a duas faces de uma moeda. A causa do dano moral nada mais é do que a lesão à dignidade, de modo que “quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injusto sofrido”.

No Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Supremo discorreu sobre o dever de o Estado indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes.

O relator, em seu voto, descreveu que, pelo recorrente, assim como os outros detentos, cumprir pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas, uma vez

que não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo, mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade, não se discute quem nessas condições, o encarceramento impõe ao detento um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, “a’te mesmo presumida” (BRASIL, 2008b, p. 1-2).

Neste sentido, mais uma vez, o dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos sérvios públicos decorre diretamente do art. 37, §6º, da Constituição, “disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização” (BRASIL, 2008b, p. 2).

Assim, ocorrido o dano e estabelecido seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do art. 100, da Constituição.²⁹

Durante seu voto, Zavascki deixou claro não haver dúvida de que o Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas. Sendo dever do Estado, mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, “bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem” (BRASIL, 2008b, p. 3).

[...] a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados [...] (BRASIL, 2012).

Não foi por outra razão que o Plenário do Supremo formulou tese de que se revela lícito ao Poder Judiciário

[...] impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2015, p. 7).

²⁹ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (BRASIL, 1988).

A integridade física e moral dos presos configura interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental de observância obrigatória pelo Estado, que tem como um de seus pilares constitucionais a dignidade da pessoa humana.

Não se nega que a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependem da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tais resultados. Disso não decorre, pelo entendimento de Zavascki, que as violações causadoras de danos pessoais, mesmo morais, aos detentos, ainda ocorrentes, devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização (BRASIL, 2008b, p. 4).

É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. Ainda que se admita não haver direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, inclusive em relação à questão carcerária, certamente não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. E ninguém pode duvidar de que, em qualquer circunstância, jamais se poderia excluir das obrigações estatais em matéria carcerária a de indenizar danos individuais de qualquer natureza causados por ação ou omissão do Estado a quem está, por seu comando, submetido a encarceramento. (BRASIL, 2008b, p. 4-5).

Assim, em seu voto, o relator propõe que seja firmada o seguinte:

considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (BRASIL, 2008b, p. 10).

Deste modo, votando pela responsabilidade estatal, Teori Zavascki foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio Mello e Cármen Lúcia.

O ministro Barroso, por entender que a indenização não devia ser em dinheiro, mas em dias remidos, ficou vencido; acompanhado, porém, dos ministros Luiz Fux e Celso de Mello: “a indenização pecuniária não tem como funcionar bem. É ruim do ponto de vista fiscal, é ruim para o preso e é ruim para o sistema prisional. É ruim para o preso porque ele recebe R\$ 2 mil e continua preso no mesmo lugar, nas mesmas condições” (BRASIL, 2008).

Diante do retrato do sistema carcerário brasileiro, revelado durante todo o segundo capítulo, parece também incontroverso que a situação de parcela considerável dos presos no país, mantidos em celas superlotadas, insalubres e em condições degradantes, atinge radicalmente a sua dignidade. É, assim, causadora de um dano moral.

Todavia, os danos morais devem ser efetivamente comprovados para que sejam indenizáveis. Para esse fim, não bastam afirmações genéricas a respeito da crise do sistema prisional no país.

O dano moral deve ser demonstrado a partir de elementos concretos da realidade do detento, tais como o espaço físico individual disponível na cela, a salubridade do ambiente, as condições estruturais do presídio e as deficiências na prestação das assistências material, de saúde, laboral e educacional. (BRASIL, 2008, p. 36).

Tradicionalmente, o sistema de responsabilidade civil funda-se em três pressupostos: o dano, a culpa e o nexo causal.

- (1) uma atuação lesiva culposa ou dolosa do agente; a regra geral no direito privado é a exigência de caracterização de culpa em sentido amplo na conduta; a culpa em sentido amplo abrange o dolo (intenção) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia);
- (2) a ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e
- (3) o nexo de causalidade entre o dano havido e a conduta do agente, o que significa ser necessário que o dano efetivamente haja decorrido da ação do agente (ou de sua omissão ilícita, se fosse o caso de o agente ter o dever de agir). (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 803).

Amparada pela teoria do risco administrativo, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, afastou o elemento da culpa para a configuração do dever ressarcitório do Estado por danos que seus agentes causarem a terceiros.

Pela teoria do risco administrativo, a atuação estatal que cause dano ao particular faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independentemente da existência da falta do serviço ou de culpa de determinado agente público. Basta que exista o dano decorrente de atuação administrativa, sem que para ele tenha concorrido o particular (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 805).

Nessa hipótese, basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade com a conduta estatal para que seja deflagrada a responsabilização do ente público. Em resumo, presentes o fato do serviço e o nexo direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, nasce para o poder público a obrigação de indenizar.

Pela doutrina de Alexandrino e Vicente (2013, p. 813), nas hipóteses de pessoas ou coisa sob custódia do Estado, haverá responsabilidade civil objetiva deste, mesmo que o dano não decorra e uma atuação comissiva direta de um de seus agentes. Ou seja,

quando o Estado está na posição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, responderá com base no art. 37, § 6º, por danos ocasionados por essas pessoas ou coisas, mesmo que não diretamente causados por atuação de seus agentes. (ALEXANDRINO; VICENTE, 2013, p. 813)

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015, p. 151):

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO . – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal , que importa em um ‘facere ’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação . – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...]. (BRASIL, 1996, p. 128).

A inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Todavia, importante colocarmos a posição do ministro Barroso, mais uma vez, quando de seu voto no decurso do Recurso Extraordinário nº 580.252 (BRASIL, 2008, p. 38), por entender que, a responsabilidade civil do poder público quando mantém os presos em cárcere que não contém o mínimo de condições, é por ação, e não por omissão, afinal, “o Estado, ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres superlotados e insalubres”.

Ainda que assim não fosse, a definição da natureza da responsabilidade civil no caso deve considerar a particularidade de que os presos encontram-se sob a custódia do Estado. Nessa situação, estão inseridos em uma instituição total, na qual se submetem inteiramente ao controle do poder público e dependem de agentes estatais para quase todos os aspectos de sua vida, inclusive para o atendimento de suas necessidades mais básicas e para sua autoproteção. Como contrapartida, o Estado assume uma *posição especial de garante* em relação aos presos, circunstância que lhe confere deveres específicos de vigilância e de proteção de todos os direitos dos internos que não foram afetados pela privação de liberdade, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida. (BRASIL, 2008, p. 38).

Em razão desta posição de garante, o Estado sujeita-se a uma responsabilidade diferenciada, de caráter eminentemente objetivo, que decorre da existência de um dever individualizado de velar pela integridade dos presos (art. 5º, V e X, CF). Nessa hipótese, ainda que o dano moral causado decorra de uma omissão estatal, tratando-se do descumprimento do dever constitucional de guarda, o poder público é obrigado a repará-lo.

Frente ao dever de indenizar, o STF entendeu que a responsabilidade pelo pagamento deve recair sobre o Estado-membro responsável pela unidade prisional. Por sua vez, se as péssimas condições forem verificadas em presídio federal, neste caso, a indenização seria paga pela União.

Durante o julgamento, o ministro relator entendeu que o pagamento desta indenização deve ser feita em dinheiro.³⁰

Durante os debates do julgamento, o Min. Roberto Barroso propôs que a indenização não fosse em dinheiro, mas sim por meio de remição da pena. Dessa forma, em vez de receber uma reparação pecuniária, os presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes teriam direito ao "abatimento" de dias da pena.

³⁰ A título de curiosidade, no caso concreto, o Estado do Mato Grosso do Sul foi condenado a indenizar o preso em R\$ 2 mil. (R.E. nº 580.252 MS).

Vale ressaltar que esta solução do Ministro Barroso não tem previsão na lei e seria feita por meio da aplicação, por analogia, do art. 126 da LEP.³¹

Pela proposta do Ministro, os danos morais causados a presos por superlotação ou condições degradantes deveriam ser reparados, preferencialmente, pela remição de parte do tempo da pena – à razão de um dia de remição para cada 3 a 7 dias cumpridos sob essas condições adversas, a critério do juiz da Vara de Execuções Penais competente. Barroso argumentou que, com a solução, ganha o preso, que reduz o tempo de prisão, e ganha o Estado, que se desobriga de despender recursos com indenizações, dinheiro que pode ser, inclusive, usado na melhoria do sistema. O voto foi vencido. Assim, a maioria do STF decidiu que a indenização deve ser mesmo em pecúnia.

Por tais explicações, consideramos, apoiado pelo entendimento do Supremo pelo julgamento do RE nº 580.252, que o Estado é objetivamente responsável pela reparação dos danos morais causados ao recorrente em decorrência do encarceramento em condições de indignidade. Portanto, comprovado o dano moral e estabelecido o nexo de causalidade entre a insuficiência das políticas públicas prisionais adotadas e a violação à dignidade do recorrente, surge o dever de indenizar.

3.2 Escusa pela alegação da teoria da reserva do possível

Frente a tudo o que foi exposto, o poder público poderia alegar a falta de recursos para se alterar as condições carcerárias, invocando, assim, a cláusula da reserva do possível para afastar a obrigação do poder público de indenizar os danos causados aos presidiários.

Antes de adentrarmos especificamente acerca sobre tal questão, é preciso esclarecermos que a cláusula da reserva do financeiramente possível tem sua origem na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã (Bundesverfassungsgericht), mais precisamente no célebre caso *Numerus Clausus*, de 1972 (BRASIL, 2008c, p. 27).³²

De acordo com a doutrina da reserva do possível, construída pela Corte Constitucional Alemã, mesmo que houvesse recursos financeiros para satisfazer a prestação requerida, o

³¹ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (BRASIL, 1984).

³² No referido caso, o Tribunal Federal Constitucional Alemão apreciou as limitações à admissão de estudantes para o curso de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera. O Tribunal assentou que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. O foco do julgamento pela Corte se vinculou a razoabilidade da prestação requerida do Estado. (OLSEN, 2006, p. 233).

Estado não iria realizar se a exigência não estivesse dentro do limite do razoável (SARLET, 2006, p. 301).

Pelas lições de Sarlet (2006, p. 299-300):

[...] não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos [...] que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo “negativo”. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação.

Em linhas gerais, o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (BRASIL, 2008c, p. 28).

Deste modo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (BRASIL, 2008, p. 29).

É por essa razão que Sarmento (2009, p. 371-375) fez algumas colocações:

Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções

judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. [...].

Neste quadro de escassez, não há como realizar, 'hic et nunc', todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas', pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. [...].

As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, essas dificuldades devem ser levadas em conta. Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo. Para este fim, cumprem importante papel, como parâmetros a orientar a intervenção judicial nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica: a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas abaixo. Há outras, todavia, que também têm importância capital neste campo, como o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social.

O equacionamento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro envolverá a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados atinentes aos direitos fundamentais dos presos.

A escassez de recursos, a nosso entender, não pode ser invocada como justificativa legítima para a denegação dos direitos mais básicos dos presos, por duas razões: tais direitos se enquadram no mínimo existencial, que não se sujeita à limitação pela reserva do possível; e a posição de garante do Estado em relação aos presos.

O mínimo existencial se identifica com as condições materiais básicas indispensáveis para a vida digna. Como consignou Barroso (2012, p. 84-87) “o mínimo existencial está no núcleo essencial da própria ideia de dignidade da pessoa humana”.

Não há dúvida de que integram o mínimo existencial das pessoas presas aspectos como celas não superlotadas com condições adequadas de higiene, segurança e salubridade, o acesso à água potável, à alimentação decente, ao atendimento de saúde, à assistência jurídica etc.

A doutrina majoritária³³ tem enfatizado que a garantia do mínimo existencial se reveste de natureza absoluta. Daí porque, o Estado não pode condicionar a sua efetivação à chamada reserva do possível.

O STF, em reiterada jurisprudência, vem enfatizando que o Estado não pode invocar a ausência de recursos ou de autorização orçamentária para o inadimplemento de prestações ligadas ao mínimo existencial.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183-818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA ‘RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES’ (OU DA ‘LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES’) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º,

³³ Ana Paula de Barcellos. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 103 e ss; Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mittidiero. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012, pp. 570-576; Paulo Gilberto Cogo Leivas. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 123 ss.

196 E 197) – A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DO RETROCESSO, VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE, PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA E PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/121-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL, 2014b).

A posição do Estado em face dos presos é razão adicional para deslegitimar a invocação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões.

Esta obrigação especial do Estado de garantir os direitos daqueles que mantêm encarcerados é também reconhecida pela jurisprudência do STF.

No caso, em específico do Recurso Extraordinário nº 580.252, o Estado de Mato Grosso do Sul alegava que a pretensão do recorrente de obter reparação do poder público pelas condições adversas de encarceramento encontraria óbice na teoria da reserva do possível. Segundo ele, as atuais condições carcerárias e a superlotação seriam o reflexo da incapacidade material do Estado de destinar mais recursos para a melhoria das condições do sistema penitenciário. Nesse sentido, conclui que não pode ser responsabilizado diante de uma opção política legítima levada a cabo pelos representantes eleitos na elaboração da lei orçamentária, no sentido de priorizar a destinação de recursos para outras demandas sociais (BRASIL, 2008, p. 40).

Em seu voto, Barroso fez excelentes razões que revelariam a improcedência do argumento de aplicação desta teoria ao caso em concreto.

A primeira se relaciona ao fato de a responsabilidade civil submeter-se a uma lógica particular, que se afasta da lógica tradicional de aplicação da reserva do possível. A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de

recursos, o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos (BRASIL, 2008, p. 40).

Por sua vez, no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é a distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa. Exige-se, assim, uma relação de equivalência entre o dano sofrido e a reparação atribuída. (BRASIL, 2008, p. 41).

Não se ignora que todos os direitos, inclusive os individuais, têm custos, como dito. No entanto,

ainda que as limitações financeiras não sejam de todo estranhas à responsabilização civil, não faz sentido impor considerações estritamente distributivas nesse campo, afastando a lógica comutativa que lhe é inerente. Isso, por óbvio, equivaleria a desvirtuar o instituto e criar um regime de irresponsabilidade civil, em que a todo tempo o Estado alegaria a escassez de recursos para se isentar do dever de reparar os danos causados à população. E mais, o mesmo raciocínio legitimaria a invocação da reserva do possível em casos como o de repetição de indébito tributário ou de desapropriação de terras, do que evidentemente não se cogita. (BRASIL, 2008, p. 40).

Apenas em situações muito excepcionais, em que a prestação exigida for irrazoável e o ente público comprovadamente não tenha meios para custeá-la, poderá servir para afastar o direito à indenização. Não se tratando dessas situações, o Estado deve prover os recursos financeiros para a satisfação da indenização por meio da expedição de precatórios (art. 100, CF) ou das requisições de pequeno valor, conforme o caso (BRASIL, 2008, p. 41-42).

A segunda razão, segundo Barroso (BRASIL, 2008, p. 42), por sua vez, está relacionada à impossibilidade de emprego da teoria da reserva do possível nos casos em que isso serve como meio de anular direitos fundamentais conferidos pela Constituição, tal como ocorre em relação aos presos.

Conforme já foi reconhecido por este STF, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, referida cláusula

não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (BRASIL, 2004, p.).

“A dignidade humana possui em seu núcleo essencial o valor intrínseco de cada pessoa, valor esse que independe de qualquer evento ou experiência e, portanto, não pode ser perdido mesmo diante do comportamento mais reprovável” (BARROSO, 2012).

A terceira e última razão para afastar a aplicação da reserva do possível, segundo Barroso, se liga justamente ao valor intrínseco dos seres humanos.

Dele decorre um postulado antiutilitarista, que se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais de outros. Esse postulado impede que preocupações com a saúde financeira dos Estados possam ser utilizadas para negar aos presos a compensação pelos danos morais, ao argumento de que os recursos deveriam ser destinados à reforma do sistema prisional. (BRASIL, 2008, p. 43).

A solução de determinar aos presos que suportem, sem qualquer indenização, os danos causados pelo Estado, enquanto este supostamente adota providências para a solução do problema, equivale à adoção de uma concepção utilitarista, permitindo a instrumentalização do preso para a execução de políticas públicas, o que é incompatível com a dignidade humana.

Mais do que isso, não conceder a reparação por danos morais aos presos não confere nenhuma garantia de que os recursos economizados serão empregados na melhoria das condições carcerárias. “Pelo contrário, a exclusão da responsabilidade civil no caso agiria como mais um estímulo para que tudo continue como está, já que as violações aos direitos dos presos permaneceriam impunes” (BRASIL, 2008, p. 44).

Por tudo o que foi exposto, concluímos que o Estado deve ser responsável por indenizar os danos morais causados ao recorrente, sendo indevida a aplicação da cláusula da reserva do possível para afastar a responsabilidade civil do poder público no caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do trabalho, envolvendo o gravíssimo quadro dramático e caótico do Sistema Penitenciário brasileiro, viu-se que trata-se de uma questão multifacetária, ou seja, que não pode imputar a debilidade do sistema e sua conseqüente ineficiência a um único fator.

Do contrário, o que se pôde constatar é que a deficiência do sistema penitenciário está, antes de qualquer coisa, ligada à questão social que, tal qual ocorre no tratamento dispensado ao preso, também fica silente diante de suas obrigações legais.

O reconhecimento de que o sistema prisional brasileiro configura o que se convencionou chamar de Estado de Coisas Inconstitucional, pelo Supremo pelo RE nº 580.252, expressão encampada pela Corte Constitucional Colombiana e de que tal fato resultaria da violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, provocada por ações e omissões dos poderes públicos, na órbita federal e estadual enfatiza, o que não é por acaso, o fato de o texto constitucional, preconizar, pelo menos a metade de suas disposições voltadas a garantias processuais e penais. Ou seja, regras quanto à necessidade de um tratamento digno.

Seguindo, portanto, essas premissas, não há dúvidas acerca de que os direitos e garantias fundamentais são preceitos fundamentais.

A omissão do Estado, que deixa de cumprir, a imposição ditada pelo texto constitucional de tornar efetiva a implementação de políticas públicas, desrespeita a Constituição, ofendendo direitos que nela se fundam, impedindo, por ausência de medidas concretizadoras, a aplicabilidade dos postulados e princípios da lei maior.

Há, portanto, distorções que desfigura e compromete a própria função da execução da pena que se destina a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Daí a advertência da *Comissão Interamericana de Direito Humanos* em um de seus *Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas* no sentido de que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e, em vez de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em escolas de delinquência, propiciando e estimulando

comportamentos antissociais que dão origem à reincidência e, desse modo, afastam-se , paradoxalmente, do seu objetivo de reabilitação.

O fato preocupante, é que o Estado, agindo com absoluta indiferença, tem permitido que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, que não implique a exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, a dignidade da pessoa humana.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias, que encontram fundamento legitimador no texto constitucional, parece estar esquecida. E isso só pode significar uma coisa: a necessidade de assegurar proteção às minorias e aos grupos vulneráveis.

Com efeito, os juízes e tribunais não podem esquivar-se do encargo de tornar efetivas as determinações constantes do texto constitucional se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e a integralidade de direitos individuais e ou coletivos transcritos constitucionalmente.

Assim, não cabe alegar a ausência de recursos ou falta de previsão orçamentária para obstar a concessão judicial de medidas tendentes à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Em outras palavras, a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de motivo justificável e aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, quando, desta conduta puder resultar nulificação de direitos constitucionais.

Não constitui acentuar, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa verdadeiro valor que inspira todo o ordenamento jurídico constitucional, ou seja, fundamento. Por tanto, a noção de mínimo existencial compreende um complexo de prerrogativas capazes de garantir condições adequadas de existência digna, incluindo, dentre outros, o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado.

Assim, frente ao direito fundamental do sentenciado de receber tratamento penitenciário digno quando da execução da pena, nada mais justo e reparador, caso isso ocorra, a responsabilidade civil de o Estado de reparar danos morais causados aos detentos que estão sob sua custódia, em caso de tratamento degradante e desumano.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

ARUS, Bueno. El sistema en el Proyecto de Código Penal de 1980. **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, Madrid: Ed. Reus, 1980.

BACIGALUPO, Enrique. **Hacia el nuevo derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, nº 254, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, Ano 100, v. 919, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare de. **Dos delitos e das penas**. Madrid, Alianza Editorial, 1968.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral 1. 17.ed. rev. ampliada e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45 MC/DF**. Rel(a). Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29abr2004. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>>. Acesso em: 07maio2017.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos**. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de

Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 06maio2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). **Diário Oficial da União**, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05maio2017.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 05jan2017.

_____. Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12847.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 05maio 2017.

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias- InfoPen. **Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos**. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>>. Acesso em: 05maio2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 104.008-BA, Órgão Julgador: 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 2.9.2008, **Diário Oficial de Justiça** em 22.9.2008.

_____. **ADI nº 1.458-7 DF**. Rel(a). Min.: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>>. Acesso em: 07maio2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05maio2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 223/PE**. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 07maio2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no R.E, com Ag. 745.745**, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02dez2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 622.563 AgR/GO**. Rel(a). Min.: Gilmar Mendes, DJe de 20mar2012. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1874413>>. Acesso em: 07maio2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Repercussão Geral. Min. Rel.(a): Teori Zavascki. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 07maio2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto Relator. **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. Repercussão Geral. Min. Rel.(a): Teori Zavascki. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>>. Acesso em: 06maio2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. Repercussão Geral. Min. Rel.(a): Ricardo Lewandowski. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 01maio2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI Sistema Carcerário**. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 06maio2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015b.

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por Omissão do “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração:

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1>. Acesso em: 05maio2017.

CONDE, Muñoz. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

CONDE, Muñoz; ARAN, García. **Derecho Penal: Parte General**, 8. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. **Cidadania nos presídios**. [201?]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 05maio2017.

_____. **Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 05maio2017.

_____. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: -5maio2017.

CORTE CONSTITUCIONAL- REPÚBLICA DA COLOMBIA. **Sentencia T-153/1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 05maio2017.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema das penas**. 2.ed. Revista dos Tribunais, 1998.

DURKHEIM, E. **Las reglas del método sociológico**. Espanha: Morata, 1978.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARRINGTON, Karen. **História ilustrada da religião**. São Paulo: Manole, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Historia de la locura en la época clásica**. México, 1967.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

GECAP. **História**: 7 informações básicas sobre encarceramento. 2012. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/46-historia-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>>. Acesso em: 04 fev 2017.

GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena**. São Paulo, Max Limonad, s. d.

GUZMAN, Garrido. **Manual de ciência penitenciária**. Madrid, Edersa, 1983.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: De justicia, 2010.

HENTIG, Hans von. **La pena**. Madrid: ESPASA-CALPE, 1967, v. 1.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Ano 1, nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JESCHECK. **Tratado de derecho penal**. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 1.

KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres**, trad. Garcia Morente, 8. ed., Madrid, 1983.

MARQUES, Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciário**. 2. ed., México, 1985.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**, 2007.

MORRIS, Norval. **El futuro de las prisiones**. México: Siglo XXI, 1978.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, v. 1.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

ORDEIG, Gimbernat, **¿Tiene un futuro la dogmática de la culpabilidad?** 1981.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05maio2017.

_____. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, abril de 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 05jan2017.

PIOVESAN, Flávia. Constituição federal: relações internacionais e direitos humanos. In: **Constituição Federal comentada**. Edição comemorativa 20 anos, 2008, ed. Revista dos Tribunais.

PORTAL DA SAÚDE. **População mais vulnerável**. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/743-secretaria-svs/vigilancia-de-a-a-z/tuberculose/12-tuberculose/11941-viajantes-tuberculose>>. Acesso em: 06maio2017.

PUIG, Santiago Mir. **Función fundamentadora de la prevención general positiva**. ADPC, 1986.

RAMIREZ, Juan Bustos; MALARÉE, H. Hormazábal. **Pena y Estado**: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal, Bogotá: Temis, 1982.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. **Revista de Direito Penal**, 11-12/17, Rio de Janeiro, 1974.

SÁNCHEZ, Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed., Montevideo: Buenos Aires: B de F, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **As masmorras medievais e o Supremo**. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em: 05maio2017.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Konfino, 1947, v. 1.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALDÉS, García. **Introducción a la penología**. Madrid: Universidad Compostela, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. 6. ed., Buenos Aires: Ediar, 1991.