

**Instituto Brasiliense de Direito Publico - IDP**

**Mestrado em Constituição e Sociedade**

**Jose de Ribamar Froz Sobrinho**

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ENCARCERADOS:**

**A SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL E A FALÊNCIA DOS MECANISMOS  
FORMAIS DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS.**

**Brasília  
2014**

**Jose de Ribamar Froz Sobrinho**

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ENCARCERADOS:**

A Situação Carcerária no Brasil e a Falência dos Mecanismos Formais de  
Preservação de Direitos.

Trabalho de Dissertação apresentado ao Instituto  
Brasiliense de Direito Público como requisito parcial  
para obtenção de título de Mestre em Direito na  
linha de pesquisa Constituição e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

**Brasília  
2014**

**Jose de Ribamar Froz Sobrinho**

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ENCARCERADOS:**

A Situação Carcerária no Brasil e a Falência dos Mecanismos Formais de  
Preservação de Direitos.

Trabalho de Dissertação apresentado ao  
Instituto Brasiliense de Direito Público como  
requisito parcial para obtenção de título de  
Mestre em Direito na linha de pesquisa  
Constituição e Sociedade.

Brasília-DF, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

---

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

---

Prof. Dr. Membro da Banca 1

---

Prof. Dr. Membro da Banca 2

## DEDICATÓRIA

Ao meu melhor amigo, Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho, escolhido por mim e acolhido pela minha família como filho e irmão amado, para fazer parte de toda a fraternidade que nos une, eternamente.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que é Pai, Filho e Espírito Santo, por seu sustento e fortaleza que me faz seguir o caminho do bem.

Aos meus queridos pais, Jaci Cutrim Froz e Jorrimar Lindoso Froz, irmãos e sobrinhos, pela fraternidade temperada com carinho e respeito.

A minha amada filha, Cecília Borsoi Barros Froz, pela paixão permanente que me alimenta nas ações em busca de um mundo melhor.

A minha mulher, Edmee Maria Leite, pelo amor, companheirismo e compreensão dedicados a mim na execução deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho, pela amizade, auxílio e orientação permanentes.

Ao Ministro Gilmar Mendes, pelos ensinamentos que precederam todo o entusiasmo na rediscussão de um novo paradigma para o sistema penitenciário nacional.

A minha turma de Mestrado e todo o corpo docente do IDP, pela dedicação, capacidade no ensino e na troca de ideias e pelo sucesso desta empreitada.

Aos queridos Ariston Apoliano Junior, Ana Paula Capellani, Felipe Camarão e Tagori Froes, pelo apoio eficaz nas pesquisas, revisão e formatação final do presente trabalho. Minha gratidão, sempre.

Aos membros do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na pessoa do ex-presidente Desembargador Raimundo Freire Cutrim, que em sua gestão percebeu a importância do papel do Poder Judiciário na defesa do encarceramento digno, que culminou na criação do Grupo de Monitoramento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário Maranhense.

Aos servidores e colaboradores que formam a equipe briosa da Unidade de Monitoramento e Fiscalização do TJ/MA, pela dedicação à causa dos presos do maranhão, “separando o joio do trigo” e preparando um novo começo a quem é difícil recomeçar.

A todos que um dia serviram no Departamento de Monitoramento e Fiscalização/CNJ, pelo trabalho árduo, diuturno, em busca de dar ao encarcerado o mínimo de tratamento humano condizente com o regramento Constitucional.

Aos demais cidadãos que de uma forma ou de outra ajudaram na concepção deste estudo.

“Ainda que com minhas sementes se misturem, infelizmente, muitas de joio, alguns daqueles grãos podem ser capazes de germinar.” FRANCESCO CARNELUTTI

## RESUMO

O problema objeto do presente estudo diz com a falência dos mecanismos formais de aplicação e defesa dos direitos fundamentais dos encarcerados. Serão abordadas duas questões principais: a baixa efetividade dos direitos fundamentais, embora reconhecidos no plano do direito positivo e o problema da falência desse modelo formal, demonstrando a atuação dos mecanismos criados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na modificação do quadro de defasagem de cidadania imposto pelo modelo carcerário brasileiro. Pretende-se demonstrar que a concretização dos direitos fundamentais dos encarcerados decorre de políticas públicas que efetivam direitos subjetivos individuais e difusos, de titularidade dos encarcerados, através de programas como o Mutirão Carcerário, o Programa Começar de Novo e os Núcleos de Advocacia Voluntária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Ineficácia. Encarcerados. Conselho Nacional de Justiça.

## **ABSTRACT**

The main object of this study is the failure in the formal mechanisms of application and defense of incarcerated population fundamental rights. Two main problems are considered: the low efficacy of fundamental rights, despite their recognition in the field of positive law, and the collapse of this model system, which demonstrates the important performance of the mechanisms created by Conselho Nacional de Justiça – CNJ – in the major transformation of the breach in natural justice acts imposed by Brazilian prison system. The research intends to show that the effectiveness of incarcerated fundamental rights' population is due to public policies which enable civil and collective rights through programs such as Mutirão Carcerário, Programa Começar de Novo and Núcleos de Advocacia Voluntária.

**KEY-WORDS:** Fundamental rights. Inefficacy. Incarcerated. Conselho Nacional de Justiça.

## Sumário

Introdução .....	1
1 - O Direito Fundamental ao Encarceramento Digno.....	6
1.1 - Direitos Fundamentais: Premissas Iniciais.....	6
1.2- Direitos Fundamentais: O Sistema Brasileiro.....	18
1.3 - Direitos Fundamentais: A Cláusula de Abertura e Materialidade dos Direitos ..	19
1.3.1 - Fundamentalidade Material: Critérios para sua Identificação.....	24
1.4 - O Direito ao Encarceramento Digno Como Espécie de Direito Fundamental ...	27
2 - Modelo Prisional Brasileiro.....	33
2.1 - Breve Notícia Histórica da Pena de Prisão, dos Sistemas Penitenciários e das Funções da Pena .....	33
2.2 - O Paradigma Brasileiro .....	48
2.3 - As Rupturas do Direito ao Encarceramento Digno.....	54
3. O Conselho Nacional de Justiça e Novos Projetos de Política Criminal .....	76
3.1 - Os Dados .....	86
Conclusão .....	97
Referências .....	101

## INTRODUÇÃO

No decorrer deste trabalho verifica-se que os mecanismos formais de preservação e defesa dos direitos fundamentais dos presos, no Brasil, não se mostram eficientes. As hipóteses permitem questionar se os direitos fundamentais dos encarcerados são mais bem efetivados através dos novos mecanismos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça do que pelos mecanismos formais do sistema carcerário brasileiro.

Por seu turno, o principal objetivo prende-se a justificar a hipótese proposta sustentando, no plano prático, a realização dos direitos fundamentais dos encarcerados através dos programas desenvolvidos pelo CNJ, em apoio à população carcerária do Brasil. Os demais objetivos visam demonstrar, no plano empírico, a falência dos métodos formais de defesa dos direitos fundamentais dos encarcerados e sustentar, no plano teórico, a existência do direito fundamental e a política pública de defesa dos direitos dos encarcerados.

A importância do presente trabalho impõe-se ante a raridade de estudos sobre o tema proposto, não se encontrando literatura específica, nem mesmo fontes de dados confiáveis que demonstrem a realidade do sistema carcerário brasileiro<sup>1</sup>. Observa-se que o ordenamento constitucional pátrio vigente possui um sistema normativo garantidor dos direitos fundamentais dos encarcerados, com respeito aos tratados e acordos internacionais de direitos humanos; observa-se também que as normas infraconstitucionais se amoldam a este sistema com evolução periódica do disciplinamento processual e de execução penais, como instrumentais na concretização desses direitos fundamentais. De outro lado, vê-se um abismo entre essa evolução normativa, a política pública e a gestão do sistema carcerário nacional, que não cumprem os ditames estabelecidos para dar efetividade aos direitos fundamentais individuais e coletivos do ser humano em cárcere.

---

<sup>1</sup> LEAL, César Barros. **Execução penal da América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor**. Curitiba: Juruá, 2012.

De início, no capítulo 1, o desenvolvimento do trabalho será dado com a ideia de direitos fundamentais, colimando entendimentos doutrinários sobre conceito, eficácia, conteúdo e classificação desses direitos relacionados ao cárcere. Será ressaltado o direito elementar da dignidade da pessoa humana em encarceramento, elencando os direitos fundamentais internacionais recepcionados no plano positivo e sua efetiva aplicação no cenário carcerário brasileiro.

No Capítulo 02, será estudado o **Modelo Prisional Brasileiro**, dividido em três subitens. O primeiro discorrerá sobre os desdobramentos históricos, hermenêuticos, ideológicos e legislativos que resultaram nos ordenamentos jurídicos atuais, destacando-se que no decorrer da história intercalam-se períodos mais humanitários do tratamento da pena e épocas menos preocupadas com as reflexões sobre os direitos humanos dos encarcerados.

Será discutido, no segundo subitem, o **paradigma brasileiro** em que é observado que o seu modelo prisional é constituído por influências ecléticas, não só no que se refere à execução da pena, mas também no que diz respeito à respectiva justificação e finalidade, adotando características de diferentes escolas penais e distintos modelos prisionais, ressaltando a distinção entre a prisão-pena e a prisão sem pena, prisão provisória e a prisão definitiva e as três subespécies de prisão: pré-cautelar, temporária e preventiva, existentes no ordenamento pátrio.

Ao final do Capítulo 02, no terceiro subitem, serão verificadas **as rupturas do direito ao encarceramento digno**, em que se observa que nosso sistema prisional apresenta um déficit referente às vagas nos estabelecimentos prisionais, além de outras circunstâncias obviamente violadoras dos direitos humanos fundamentais – entre as quais podemos citar a ausência de advogados ou defensores públicos e a ineficiência da política de reinserção social aos apenados ou egressos, a exemplo do que ocorre nas delegacias e prisões dos rincões do país, que não possuem estrutura adequada para custódia de pessoas, na maioria das vezes mantendo-as em condições desumanas, o que se poderia chamar de um verdadeiro inferno; a

materialização da descrição de Dante Alighieri<sup>2</sup>, um lugar úmido, sujo, fétido, sombrio e mal iluminado.

O Capítulo 03, abordará o Conselho Nacional de Justiça e os novos projetos de política criminal, com foco na gestão do Ministro Gilmar Mendes, em que foi dada preferência histórica à análise do caos que já assolava o sistema carcerário brasileiro à época, em especial com relação ao número excessivo de presos definitivos e provisórios.

Evidencia-se que, de fato, a população carcerária do Brasil é a terceira maior do mundo, mais de 500 mil presos, segundo dados fornecidos pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>3</sup>. A gravidade do problema requer análise acurada de seus diversos condicionantes, dentre os quais os de dimensão física, humana, financeira e, de forma mais abrangente, da estrutura organizacional do sistema carcerário.

Nesse contexto, será exposta a criação de três instrumentais pelo Conselho Nacional de Justiça, visando dar um novo paradigma à situação carcerária nacional: o Mutirão Carcerário<sup>4</sup> que aperfeiçoa as estruturas oficiais existentes, dando celeridade aos processos judiciais de conhecimento e execução criminal, com a virtualização de processos e uniformização de procedimentos; o Programa Começar de Novo<sup>5</sup> que foca a inserção social de presos e egressos de forma ampla, gradativa e produtiva, através da capacitação e inclusão no mercado de trabalho e o Núcleo de Advocacia Voluntária<sup>6</sup> que oferta defesa técnica judicial, voluntária e gratuita, aos encarcerados que não possuem advogados e não são assistidos pela Defensoria Pública.

Destaca-se de início, que uma das fundamentações para criação destes mecanismos se dá pela falta de defesa formal dos detentos, desde o momento de sua prisão, o que causa, ao longo da instrução, vários problemas processuais. Observam-se, ainda, inúmeros equívocos dos outros atores essenciais à função jurisdicional, não sendo raro haver denúncias ministeriais ineptas ou rigores na

---

<sup>2</sup> ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Edusp, 1979.

<sup>3</sup> Seminário Justiça em Números, 23/09/10, na ESMAF, em Brasília-DF. Novos números anunciados pelo CNJ, em junho de 2014, contabilizam mais de 700 mil presos por incluir aqueles em prisão domiciliar. Verificar: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>

<sup>4</sup> Resolução nº 85/09 CNJ

<sup>5</sup> Resolução nº 96/09 CNJ

<sup>6</sup> Resolução nº 66/09 CNJ

manutenção da prisão e da aplicação da pena na sentença judicial que são, às vezes, reparados em grau de recurso, por falta de valoração que se dá ao processo criminal e, o mais grave, aos direitos fundamentais do ser humano em cárcere.

Tal descaso levou o CNJ a realizar inúmeros Mutirões Carcerários, reunindo Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Advogados voluntários e servidores para solucionarem mais de 200.000 processos no país, nos quais foram concedidos cerca de 40% de benefícios e liberdades<sup>7</sup>.

Estes **Mutirões Carcerários**, instituídos pela Resolução CNJ nº 89/2009, possibilitam a revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes, garantindo a efetivação dos direitos, tendo em vista as ações integradas do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil e da administração penitenciária. Tais medidas permitem o maior controle do cumprimento dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da legalidade estrita da prisão.

Será destacado, ainda, o Programa Começar de Novo que surge da experiência positiva dos mutirões e garante a efetivação do direito à ressocialização pelas ações voltadas à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil com o propósito de coordenar, em âmbito nacional, as propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, de modo a concretizar ações de cidadania e promover redução da reincidência.

Finalizando o Capítulo 03 e esta dissertação, abordaremos a criação dos **Núcleos de Advocacia Voluntária**, tendo em vista que a ausência de assistência jurídica é outro fator determinante no entendimento da situação de ebulição em que se encontram as prisões brasileiras. Observa-se que, constantemente, a pauta de reivindicações de presos rebelados é encabeçada por queixas à falta de assistência jurídica<sup>8</sup>. A ausência de informações e acompanhamento gera descrédito dos internos ao sistema penitenciário, pois impossibilita que busquem a progressão de regime ou mesmo a liberdade, nos casos de cumprimento integral da pena.

---

<sup>7</sup> Dados - Total geral desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça, acessado em janeiro de 2013 - Processos analisados: 41.5599, Benefício de liberdade: 36.820, Benefícios: 72.611. Novo relatório divulgado pelo CNJ em 2014 atualiza esses números para 400 mil processos analisados e cerca de 80 mil benefícios concedidos. Cf.

<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>

<sup>8</sup> Como na história recente de rebeliões, a ocorrida em 08 e 09 de novembro de 2010, no Presídio de São Luís-MA.

Sabe-se que vários Estados Federados sequer possuem Defensoria Pública instalada, e, para suprir essa demanda estatal no desleixo de defesa dos encarcerados, o CNJ idealizou os NAVs - Núcleos de Advocacia Voluntária, criados a partir da estrutura organizacional dos Tribunais de Justiça, para efetivar a defesas dos direitos fundamentais dos cumpridores de pena privativa de liberdade e de prisões temporárias.

Deste modo, se pretende demonstrar que as normas constitucionais de defesa e preservação dos direitos fundamentais dos encarcerados, conjuntamente aos instrumentais criados pelo CNJ, impõem aos órgãos estatais a tarefa de garantir sua efetividade.

## **1 - O DIREITO FUNDAMENTAL AO ENCARCERAMENTO DIGNO**

O enquadramento do direito ao encarceramento digno como um direito fundamental não constitui apenas um exercício hermenêutico sem efeitos práticos. Compreender a prisão a partir de uma perspectiva constitucionalista, mais precisamente sob o prisma da dignidade da pessoa humana (e conseqüentemente como um direito fundamental) implica, dentre outras coisas, dizer que o encarcerado, mesmo aquele que praticou o mais bárbaro dos delitos, tem direito à prisão com condições dignas. Isso garante, até mesmo, que o princípio da ressocialização seja plenamente cumprido.

Assim, o início deste trabalho será voltado à demonstração doutrinária de que o encarceramento digno deve ser tratado como um verdadeiro direito fundamental<sup>9</sup>.

### **1.1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS: PREMISSAS INICIAIS**

Como princípio de qualquer análise acadêmica, é importante traçar bases históricas e conceituais acerca da temática relativa aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais foram conquistados e consolidados ao longo da história. Trata-se de direitos universais, considerados como o rol mais importante dos direitos de uma ordem jurídica. No mundo ocidental encontram-se como marcos históricos, dentre outros, a Carta Magna inglesa (1215), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), a Declaração Universal do Homem e do Cidadão - oriunda da Revolução Francesa, em 1789 -, além, é claro, da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela ONU em 1948.

A origem dos direitos fundamentais dos homens pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. A primeira codificação a consagrar um rol de direito comuns a todos os homens talvez seja o Código de

---

<sup>9</sup> No terceiro capítulo iremos demonstrar empiricamente que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já está tratando atualmente o direito ao encarceramento digno como um direito fundamental.

Hamurabi (1690 a.C.)<sup>10</sup>, que elencou entre outros o direito à vida, à propriedade, à honra, à dignidade, à família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes<sup>11</sup>.

Nesta época, na qual a sociedade se organizava de forma primitiva, não havia hierarquia política, nem opressão social, pois os bens eram comuns a todos, não existindo apropriação privada. Contudo, a partir do momento em que se criou e se desenvolveu a apropriação privada, surgiu também uma forma social de subordinação e opressão, haja vista que o titular da propriedade, mormente da propriedade territorial, impõe seu domínio e subordina tantos quantos se relacionem com a coisa apropriada.

O Estado, então, se forma como aparato necessário para sustentar esse sistema de dominação. O homem (sujeito), além dos empecilhos da natureza, viu-se diante das opressões sociais e políticas, e sua história não é senão a história de lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a partir de lutas – físicas (como as guerras) e jurídicas (através dos processos).

Do ponto de vista prático, não houve demora para que ocorressem conquistas no campo dos direitos individuais e fundamentais em face do Poder Monárquico. E tal fato ocorreu quando os reis da Idade Média pactuaram com os seus súditos acordos mediante os quais estes reconheciam o Poder Monárquico e aqueles faziam algumas concessões.

A partir destas restrições ao Poder do rei, originaram-se os Pactos, os Forais e as Cartas de Franquias, outorgantes da proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, dentre os quais se mencionam o de León e Castela (1188); o de Aragão (1265); o de Viscaia (1526) e o mais famoso entre estes, a já citada Magna Carta inglesa (1215-1225) (SILVA, 2000, p. 151).

Outros documentos de relevância para o estudo dos direitos humanos e para a evolução que conduziu ao surgimento dos direitos fundamentais são aqueles firmados em decorrência da Paz de Ausburgo (1555) e da Paz de Westfália (1648), o *Toleration Act* da Colônia Inglesa de Maryland (1649) e seu similar em Rhode Island (1663). Vale mencionar, também, a contribuição significativa da Reforma Protestante e das constantes guerras religiosas na consolidação dos Estados

---

<sup>10</sup> SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. **Direitos Humanos: instrumentos internacionais, documentos diversos**, 1997, 638 páginas.

<sup>11</sup> Idem.

nacionais modernos e do absolutismo monárquico. Essa conjuntura foi uma espécie de precondição para as Revoluções burguesas do séc. XVIII, assim como os reflexos na seara filosófica e na elaboração teórica do individualismo liberal burguês<sup>12</sup>.

Já na Inglaterra, elaboram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225) - que protegia essencialmente apenas os homens livres -, a *Petition of Rights* (1628) - que requeria o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei -, o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) - que anulava as prisões arbitrárias - e o *Bill os Rights* (1689), o mais importante desses, pois submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional. Pode-se citar também o *Act of Settlement* (1707) que completa o conjunto de limitações ao poder monárquico do período<sup>13</sup>.

Também com enorme importância na evolução dos direitos humanos, podemos citar a Revolução dos Estados Unidos da América, especialmente a histórica Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, a qual se constituiu como a Carta de Direitos que marcou a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais<sup>14</sup>.

No entanto, ocorreu na França o marco histórico principal da normatização dos direitos humanos fundamentais, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – que significou a efetivação dos direitos humanos e garantias fundamentais – sendo um “*documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos do século passado e deste*”<sup>15</sup>.

Outras contribuições foram as Constituições francesas de 1791 e 1793. A primeira se encarregou de criar novas formas de controle estatal. Porém, coube à segunda uma regulamentação aprimorada dos direitos humanos fundamentais, consagrando a liberdade, igualdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de

---

<sup>12</sup> SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a, p. 45.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

<sup>14</sup> SARLET, op.Cit., p. 44-45.

<sup>15</sup> BICUDO, H. **Direitos Humanos e sua proteção**. São Paulo: FDT, 1997, p. 25.

imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição e direitos políticos. A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas constituições do séc. XIX<sup>16</sup>.

Por outro lado, contra esse individualismo extremo foram reconhecidos direitos em favor dos grupos sociais, o que não se fazia nas primeiras declarações. Passou-se a reconhecer, paralelamente ao direito do indivíduo, o direito de associação, inclusive como garantia da própria liberdade individual.

Deste modo, no início do século XX, surgiram constituições que marcam maior preocupação com os direitos sociais, como a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição Soviética de 1918 e a Carta do Trabalho de 1927<sup>17</sup>.

E, de forma a consolidar os direitos humanos, está a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>18</sup>, de 10 de dezembro de 1948, tendo como “*objetivos fundamentais a certeza dos direitos, a tutela dos direitos; a possibilidade dos direitos*”.

Tais direitos servem de fundamento a outros direitos derivados e subordinados a eles, sendo garantidos pela Lei fundamental do Estado, recebendo denominações diferentes como: direitos naturais, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, direitos fundamentais ou essenciais do homem, entre outros. Seus processos de positivação se reportam aos primórdios dos ordenamentos positivos.

Um aspecto espinhoso no que concerne aos direitos fundamentais é a sua conceituação. O desenvolvimento histórico e o emprego de várias expressões criadas ao longo do tempo para referenciar os direitos fundamentais acabam gerando problemas científicos. Ocorre que essas expressões são utilizadas como se fossem sinônimas e geram algumas incertezas quanto à sua definição. Com efeito, o que se convencionou chamar de direitos fundamentais pode ser considerado por múltiplas perspectivas. Sarlet destaca essa problemática:

---

<sup>16</sup> SARLET, 2012a., p. 44.

<sup>17</sup> SILVA, 2000, p. 164.

<sup>18</sup> [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

No que concerne à terminologia e ao conceito adotados, a própria utilização da expressão “direitos fundamentais” no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, na torna indispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes. Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que se reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV)<sup>19</sup>.

Em que não ser a finalidade desse trabalho o exame do significado específico e das diferenças entre os diversos termos empregados, por opção acadêmico-didática, julgamos válida a distinção entre as expressões *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*<sup>20</sup>.

Assim, de forma sucinta e aproveitando o magistério de Sarlet (2012a), podemos afirmar que direitos humanos são aqueles conhecidos e reconhecidos universalmente nas normas internacionais (tratados, declarações etc.) como tudo aquilo que é fundamental para assegurar o desenvolvimento do ser humano e de todos os povos.

---

<sup>19</sup> SARLET, 2012a, p. 27.

<sup>20</sup> A distinção entre as expressões direito do homem (direitos naturais não ou ainda não positivados), direitos humanos (direitos positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de um Estado) possui valor predominantemente didático, como bem observado por Sarlet (2012, p. 30). Até porque, as expressões não se cuidam de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e inter-relacionadas.

Podem ser compreendidos, portanto, como sendo todos aqueles direitos naturais, inerentes ao ser humano, considerados básicos e fundamentais para a existência da pessoa humana, válidos para todos os povos, em todos os tempos, sem os quais não se pode viver com dignidade, tendo como características, entre outras, a universalidade, a inviolabilidade e a permanência<sup>21</sup>. Tais direitos têm previsões em tratados, pactos e declarações internacionais, sendo objeto de estudo do direito internacional.

Por outro lado, os direitos fundamentais<sup>22</sup> são aqueles direitos humanos internalizados por meio da Constituição do respectivo país e, no caso brasileiro, são os direitos catalogados no Título II da Constituição Federal e, todo o rol de direitos que estão em consonância com aquele espírito, em todo o ordenamento jurídico nacional, conforme o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. Por esse motivo, no presente trabalho, trataremos dos direitos fundamentais enquanto direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional, sendo o local de tal positivação a Constituição<sup>23</sup>.

Nesse sentido, também é a lição de Pérez Luño<sup>24</sup>, para quem os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas. Já os direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos e liberdade institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Por fim, os direitos do homem seriam aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana<sup>25</sup>.

Desse modo, considerando as ressalvas mencionadas quanto à finalidade desse trabalho, a utilização da expressão *direitos fundamentais* parecer ser suficientemente adequada, uma vez que a terminologia está de acordo com o direito

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.p. 387.

<sup>22</sup> Para Aieta (1999, p. 4) “*por direitos fundamentais entendem-se todas as normas jurídicas que dão certas prerrogativas ao indivíduo*”.

<sup>23</sup> CANOTILHO, 1998, p. 371

<sup>24</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

<sup>25</sup> Destaca-se que direitos fundamentais e direitos humanos não se excluem, ao contrário, os direitos fundamentais constituiriam a positivação dos direitos humanos (HAUSCHILD, 2010, p. 11).

positivo brasileiro, representando de forma abrangente os direitos contidos no Título II da Constituição Federal.

Ademais, a concepção adotada de direitos fundamentais como direitos jurídicos positivamente vigentes em uma ordem constitucional, encontra alicerce no fato de que tal premissa viabiliza, inclusive, a judicialização de problemas relacionados a esses direitos. Nesse sentido, podemos citar como grande exemplo a colocação de Alexy, segundo a qual:

Direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos transformados em direito positivo. Direitos humanos reclamam institucionalização. Assim, não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito. Essa institucionalização inclui a necessária possibilidade de judicialização<sup>26</sup>.

Apesar desse entendimento (ou seja, que os direitos fundamentais são aqueles positivados em ordem constitucional), cabe destacar que a Constituição brasileira atual não é exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Conseqüentemente, a ordem constitucional admite a existência de outros direitos fundamentais, além dos enumerados, conforme se extrai do disposto no art. 5º, §2º<sup>27</sup> – direitos decorrentes do regime de princípios adotados pela própria Constituição<sup>28</sup>.

Em verdade, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) adotou tanto a concepção formal como a concepção material de direitos fundamentais, e trouxe o Título II (*“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”*). Entretanto, no art. 5º, §2º, trouxe a noção da fundamentalidade material ao permitir a abertura a outros direitos fundamentais não constantes expressamente no catálogo<sup>29</sup>. O art. 5, §2º da CF/88 também é chamado de “cláusula de abertura”.

Como se vê, a Constituição instituiu um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material. Portanto, mesmo com a enumeração de direitos

---

<sup>26</sup> (ALEXY, 1998, p. 6) ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998.

<sup>27</sup> Eis a literal disposição constitucional: Art. 5º § 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 294.

<sup>29</sup> ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos Direitos Fundamentais**. Revista da AGU – Advocacia-Geral da União – Ano XI - Número 32 – Brasília-DF, abr./jun. 2012, p. 7-50.

fundamentais no Título II da CF/88, não há impedimento para que outros direitos fundamentais estejam inseridos em outros Títulos do texto constitucional, ou mesmo fora da Carta Magna<sup>30</sup>.

Portanto, compreender direitos fundamentais como direitos positivados constitucionalmente deve ser considerado de forma ampla, abrangendo, assim, direitos que devem compor a categoria de fundamentais em face do seu conteúdo e relevância<sup>31</sup>.

Por outro lado, apesar de parecer óbvia a colocação, é característica intrínseca dos direitos fundamentais, justamente, a sua fundamentalidade que “*aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material*”<sup>32</sup>.

Destarte, fazendo a junção dos aspectos formal e material, o conceito de direitos fundamentais é resumido por Sarlet da seguinte forma:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas proposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo (ou não) assento na Constituição formal (aqui considerando-se a abertura material do Catálogo)<sup>33</sup>.

Destaca-se que os direitos fundamentais revelam-se em dupla perspectiva, podendo ser considerados como direitos subjetivos individuais e também como elementos objetivos fundamentais da comunidade<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

<sup>31</sup>EMERIQUE *et al*, p. 128 EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. **A abertura constitucional a novos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 123-170, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em: 9 de jul. 2014.

<sup>32</sup>CANOTILHO, 1998, p. 354.

<sup>33</sup>SARLET, 2012a, p. 77.

<sup>34</sup>Idem, *Ibidem*, p. 141 et seq.

A perspectiva objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, por participarem da essência do Estado Democrático de Direito, operando como limite de poder e como diretriz para a sua ação.

Nessa senda, as Constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam, e esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre o ordenamento jurídico como um todo, servindo como parâmetro de ação para todos os poderes constituídos<sup>35</sup>.

Nesse quadro, essa dimensão implica que os direitos fundamentais tenham sua eficácia valorada não só sob a ótica individualista, mas sob a perspectiva da sociedade, como um valor em si, que deve ser preservado.

Sobre o tema, Sarlet<sup>36</sup> alerta que, com base nesta premissa, a doutrina estrangeira chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.

Portanto, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos subjetivos individuais, com base no interesse comunitário prevalente, ressaltando-se que deve ficar sempre preservado o núcleo essencial dos direitos restringidos.

Outra consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é o dever de proteção atribuído ao Estado, que deve deixá-los a salvo de agressões dos poderes públicos, dos particulares e de outros Estados<sup>37</sup>.

Tal dever de proteção diz respeito especialmente a direitos como à vida, à liberdade e à integridade física. Em razão do dever de proteção, ao Estado incumbe adotar medidas efetivas na proteção dos direitos fundamentais.

Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais resulta também a eficácia dirigente que irradia em relação aos poderes públicos. Esses direitos servem

---

<sup>35</sup> ALMEIDA, 2012, p. 29-30

<sup>36</sup> SARLET, 2012a, p. 146.

<sup>37</sup> Idem, Ibidem, p. 149.

também de parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos infraconstitucionais<sup>38</sup>.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como consequência, ainda, o fato de que a eles são atribuídos uma espécie de eficácia propagadora, que funciona como vetor interpretativo e de aplicação das normas de direitos infraconstitucional. Por via de consequência, acarreta a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada.

No tocante à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, sem adentrar em maior aprofundamento, pode-se dizer que significa que o titular de um direito fundamental tem a possibilidade de impor judicialmente seu interesse juridicamente tutelado perante o destinatário ou obrigado<sup>39</sup>.

Outra perspectiva de análise dos direitos fundamentais é a partir destes enquanto princípios jurídicos. Neste particular, umas das mais referenciadas teorias é de Robert Alexy. (2008) O autor centraliza sua teoria dos direitos fundamentais em uma descrição estrutural do próprio Direito para desvendar as características das normas jurídicas e poder situá-las como regras ou princípios.

Para o jurista alemão, a distinção entre regras e princípio é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais na dogmática dos direitos fundamentais. Esta constatação deriva do fato de que, segundo a sua lição, os direitos fundamentais são invariavelmente caracterizados como princípios.

Sendo a distinção entre regras e princípios o tema central da teoria dos direitos fundamentais, Alexy propõe critérios para a sua distinção como o da generalidade, a forma de surgimento e a importância para a ordem jurídica.

No entanto, a sua conclusão fundamental é a de que a melhor distinção é a que observa que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado como aquilo que denomina de mandados de otimização. Nesse quadro, as normas

---

<sup>38</sup> SARLET, 2012<sup>a</sup>, p. 148

<sup>39</sup> Idem, Ibidem, p. 152-153. Em igual sentido, Almeida (2012, p. 28-29) defende que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais corresponde às características desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento e se expressa no poder de vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa dimensão, ensina que os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem e, também, correspondem a competências, em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhes as posições jurídicas.

de direitos fundamentais sociais se colocam como mandado de otimização, ou seja, como um princípio ou uma diretriz política a ser executada e implementada pelo Estado.

Outra perspectiva de análise dos direitos fundamentais diz respeito à sua classificação sob o prisma histórico-evolutivo. Neste enfoque é comum a noção de três “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais, atribuída originalmente ao francês Karel Vasak<sup>40</sup>.

Seguindo o critério tradicional, preferimos adotar a doutrina consolidada e mais ortodoxa que classifica a evolução desses direitos em gerações<sup>41</sup>, segundo a qual novos paradigmas são incorporados aos anteriores, exatamente numa escala de alargamento do seu rol que coincide com a própria evolução do constitucionalismo<sup>42</sup>.

A primeira geração corresponde, cronologicamente, à conquista dos direitos individuais civis e políticos, cuja fonte principal reporta-se à origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França.

Os direitos fundamentais de primeira geração seriam os do cidadão em face do Estado, ligado principalmente à liberdade e a um rol de garantias essencialmente individuais tais como vida e patrimônio.

Com o Estado Social, a compreensão dos direitos fundamentais alcançou maior alargamento para abarcar também os direitos de segunda geração, realizadores do ideal da igualdade, abrangendo os direitos sociais, culturais e econômicos. Prestacionais, estes direitos buscam a atuação do Estado em prol da justiça social.

A essência dos direitos fundamentais de segunda geração é instrumental porque se exige (mais do que a na categoria da primeira geração) que o Estado cuide para que – efetivamente – estejam à disposição as condições materiais para a concreta fruição desses direitos.

---

<sup>40</sup> Apud CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Alguns apontamentos sobre direitos humanos**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 242, 6 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4836>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

<sup>41</sup> BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, 11ª Edição, São Paulo, 2001. p. 514-531.

<sup>42</sup> Registramos que neste trabalho utilizamos a nomenclatura “geração” como sinônima de “dimensão”, mesmo cientes que aquela expressão para alguns autores induz o sentido errôneo de superação ou caducidade de direitos fundamentais. Optamos por assim proceder apenas por fins didáticos, já que a maior parte da doutrina utiliza a expressão mais tradicional (“gerações”).

Completando o quadro evolutivo, com as grandes guerras o conteúdo dos direitos fundamentais passou a incluir direitos ligados à concretização do ideal de fraternidade entre os povos, numa terceira geração, que desconsidera Estados e indivíduos, e pensa em toda a humanidade. Dentre esses direitos destacam-se, tais como, ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente e ao pluralismo<sup>43</sup>.

Os direitos de terceira geração reconhecem na humanidade o papel de protagonista. É possível ponderar que indivíduos são os destinatários reais dos benefícios, mas somente o são mediatamente, vez que se sobrepõe o interesse coletivo ao individual<sup>44</sup>.

O que se quis fazer com esta divisão em gerações foi demonstrar a mudança de enfoque na busca de direitos: na primeira geração, na época das Revoluções Francesa e de Independência das Treze Colônias norte-americanas, o que se buscou foi a garantia dos direitos Cíveis e Políticos; na segunda geração, na época da Revolução Russa e após a I Guerra Mundial, o que se buscou foi a garantia dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; na terceira geração de direitos fundamentais, que vem ocorrendo até os dias atuais, buscam-se os chamados Direitos Difusos ou Coletivos ou, ainda, Direitos de Fraternidade<sup>45</sup>.

O processo de positivação dos direitos fundamentais tem início na Idade Média, e desde então vêm se consolidando como um grupo especial de direitos: aqueles que fazem cláusulas pétreas de todos os ordenamentos constitucionais que respeitem e tenham como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.

Como se pode notar, a evolução dos direitos humanos ou fundamentais, em geral, foi lenta e provém das sociedades mais antigas. Estes direitos estão em constante evolução e expansão, acompanhando o dinâmico comportamento da sociedade – e mesmo a parcela tida por “marginalizada” da sociedade (os presos) são sujeitos de direitos fundamentais.

---

<sup>43</sup> No que tange à evolução dos direitos fundamentais, grande parte da doutrina entende haver uma quarta geração. É o caso de Bonavides (2001, p. 524) que defende que “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

<sup>44</sup> Esses direitos, no que tange à sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, ainda se demonstram tímidos, muito embora encontrem guarida na esfera internacional, não somente no âmbito das ordens jurídicas internas, mas em fatos tratados e documentos, a disciplinar questões como meio ambiente, paz, comunicação e patrimônio comum à humanidade (HAUSCHILD, p. 17).

<sup>45</sup> CHIARINI JÚNIOR, Op. cit.

## 1.2- DIREITOS FUNDAMENTAIS: O SISTEMA BRASILEIRO

A concepção de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição da República reside no argumento principal de que os referidos direitos são, em verdade, a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em no artigo 1º, III, da Constituição Federal<sup>46</sup> vigente. Neste ponto, já começamos a caminhar para a compreensão do direito fundamental ao encarceramento digno.

Sarlet<sup>47</sup> observa que é inviável a sustentação da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto do ordenamento nacional.

De fato, como já afirmado, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 indica a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional, em tratados internacionais, bem como para a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais implícitos (não-escritos) nas normas do catálogo e decorrentes do regime e dos princípios da Constituição Federal.

Considerando, ainda, a diversidade de conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais<sup>48</sup> e que, em nosso ordenamento constitucional, os aludidos direitos não radicam, em sua totalidade, ao menos de forma direta<sup>49</sup>, do princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet explica que:

[...] em se reconhecendo a existência de um sistema de direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrados ao restante da ordem constitucional, além de sujeitos aos influxos do mundo circundante<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).

<sup>47</sup> SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a, p. 71.

<sup>48</sup> Composto por um número grande de direitos de liberdade, concretizações do princípio da igualdade, direitos sociais, políticos etc.

<sup>49</sup> Sarlet (2012, p. 72) observa ser necessário reconhecer distinções quanto ao grau da vinculação dos diferentes direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>50</sup> Idem, loc. Cit.

Este entendimento é compatível com a concepção dominante na doutrina que considera a própria Constituição um sistema aberto de regras e princípios.

De modo geral, em relação aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, observa-se que a coerência interna do sistema, por eles constituídos, pode ser respaldada em referenciais fornecidos pelo próprio direito constitucional positivo, como, por exemplo, pelo princípio da auto - aplicabilidade – art. 5º, § 1º – e a especial proteção atribuída a essa espécie de direitos – art. 60, § 4º<sup>51</sup>.

A Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais deixando claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º) e protegendo os direitos fundamentais não apenas diante do legislador ordinário, mas também contra o poder constituinte reformador, uma vez que integram o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60).

### **1.3 - DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CLÁUSULA DE ABERTURA E MATERIALIDADE DOS DIREITOS**

Como já mencionamos, o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal estabelece a possibilidade de existência de direitos fundamentais dispersos em todo o corpo normativo da Carta Magna; bem como decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais de que a República do Brasil seja parte. De igual modo, esse permissivo constitucional faz com que sejam fundamentais aqueles direitos não expressamente previstos, mas que implícita e indiretamente podem ser deduzidos<sup>52</sup>. Vê-se, portanto, que o sistema constitucional de direitos fundamentais é aberto.

A cláusula de abertura (ou da não tipicidade dos direitos fundamentais) figura no ordenamento constitucional brasileiro há muito tempo. Com efeito, a Constituição de 1891, em seu art. 78, já previa:

---

<sup>51</sup> SARLET, op. Cit., p. 72-73.

<sup>52</sup> Aplicação do princípio hermenêutico do *incluso unius alterius est exclusius*, Cf. SARLET, 2010, p. 84.

Art. 78 A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

Este dispositivo pode ser considerado o embrião da cláusula de abertura dos direitos fundamentais no direito brasileiro. Entretanto, cabe destacar que era uma consideração sobre os direitos civis da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, como garantias mínimas<sup>53</sup>.

Por sua vez, a Constituição de 1934<sup>54</sup> já previa os direitos fundamentais trazendo um rol enumerado pelo seu artigo 113<sup>55</sup> e adotando a cláusula de abertura em seu artigo 114<sup>56</sup>.

Já a Constituição de 1937, possuía a cláusula de abertura exposta de forma diferente porque, ao mesmo tempo em que ampliava o rol dos direitos fundamentais, limitava a ampliação por meio de certos critérios<sup>57</sup>. Assim dispunha o artigo 123 da Constituição em questão:

Art. 123 A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Nas Constituições de 1946 e 1967, a cláusula de abertura possuía idêntica redação, respectivamente, no artigo 144<sup>58</sup> e no art. 150, §35<sup>59</sup>. Após a Emenda nº I de 1969, a cláusula passou a constar no artigo 153, § 36<sup>60</sup> da Constituição<sup>61</sup>.

---

<sup>53</sup> EMERIQUE et al, **A abertura constitucional a novos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 123-170, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em: 9 de jul. 2014., p. 128

<sup>54</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

<sup>55</sup> Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

<sup>56</sup> Art. 114 A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

<sup>57</sup> EMERIQUE et al, op. Cit., p. 129

<sup>58</sup> Art. 144 A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

<sup>59</sup> § 35 A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

A cláusula em questão, prevista no ordenamento constitucional brasileiro, traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de que existirem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente no catálogo<sup>62</sup>. Nesse quadro, Sarlet (2012a) conclui que o rol do art. 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo.

Por outro lado, a classificação dos direitos fundamentais - que especifica direitos fundamentais em sentido formal, e direitos fundamentais em sentido material - objetiva apresentar uma noção de direitos fundamentais constitucionalmente adequada a auxiliar na interpretação do art. 5, § 2º, da Constituição. Os direitos fundamentais em sentido formal seriam aquelas posições jurídicas subjetivas das pessoas consagradas na Constituição<sup>63</sup>.

Nesse quadro, parece evidente que ligada à noção de direitos fundamentais está a característica da fundamentalidade que, segundo Canotilho (1998), aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos tanto em sentido formal quanto em sentido material. Sobre o assunto, Sarlet ensina:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas, diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade<sup>64</sup>.

Em outra parte da sua obra, Sarlet<sup>65</sup> observa que os direitos fundamentais em sentido formal podem ser definidos como proposições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-

---

<sup>60</sup> § 36 A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

<sup>61</sup> EMERIQUE et al, loc. Cit.

<sup>62</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a, p. 84.

<sup>63</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998., p. 9

<sup>64</sup> SARLET, op. Cit., p. 74-75.

<sup>65</sup> Idem, *Ibidem*, p. 84-85.

Constituinte foram consagradas no catálogo de direitos fundamentais. Já os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais formais estão ligados ao direito constitucional positivo e ocupam lugar de destaque na ordem jurídica vigente. São normas constitucionais submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional.

Os limites formais englobam o art. 60 da Constituição que estabelece um procedimento agravado de reforma desses direitos para que seja mais difícil a sua alteração. Os direitos fundamentais em sentido formal estão sujeitos ainda aos limites materiais de reforma (cláusulas pétreas), instrumentos de maior proteção no que concerne à possibilidade mudança do seu conteúdo pelo poder reformador<sup>66</sup>.

De outro lado, a fundamentalidade material “*insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade*”<sup>67</sup>. Deriva, portanto, do fato de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material. Podem estar ou não na Constituição sob a designação de direitos fundamentais.

A cláusula de abertura dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF) não é uma novidade da atual ordem constitucional brasileira. Tal cláusula, também chamada de “não tipicidade dos direitos fundamentais” figura nas Constituições brasileiras de longa data, apresentando-se nelas desde a Constituição de 1891<sup>68</sup>. Entretanto, a ampliação da abertura de modo a abarcar também os direitos decorrentes de tratados internacionais constitui uma inovação da Constituição Federal de 1988. Com efeito, nenhuma Constituição brasileira havia previsto a abertura desse modo. Essa foi uma particularidade advinda do artigo 5º, § 2º, da Constituição atual<sup>69</sup>.

Por intermédio dessa norma do direito constitucional positivo é que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes em seu texto<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> EMERIQUE et al, 2006, p. 131

<sup>67</sup> CANOTILHO, 1998, p. 354. Praticamente idêntica à lição de Sarlet (2012), já referenciada.

<sup>68</sup> SARLET, 2012 a, p. 78

<sup>69</sup> EMERIQUE et al, *Ibidem*, p. 128-129.

<sup>70</sup> SARLET, 2012a, p. 78-79. Nesse mesmo sentido, Marinoni (2004) ao afirmar que “a Constituição, em seu art. 5º, §2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material”.

Mas, para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentalidade material, é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, “*da circunstância de terem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nesses ocupada pela pessoa humana*”<sup>71</sup>.

Vale frisar que o conteúdo da fundamentalidade material pode variar de Estado para Estado, pois aquilo que é considerado fundamental para um pode não sê-lo para outro, constituindo-se, portanto, em uma variável cultural. Todavia, isso não quer dizer que não existam direitos fundamentais universais e consensuais, tais como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade humana<sup>72</sup>.

A dimensão material possibilita a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal. Permite também a aplicação do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a esses direitos, apenas materialmente constitucionais<sup>73</sup>.

Miranda (1998), por seu turno, defende que todos os direitos fundamentais em sentido formal também o são em sentido material. Contudo, existem direitos sem sentido material para além dos direitos fundamentais formais. Sarlet (2012a) afirma ser esta uma posição mais adequada do que afirmar a possibilidade de existir direitos fundamentais apenas em sentido formal (que não são fundamentais em sentido material).

Nesse quadro, uma conceituação de cunho genérico e universal de direitos fundamentais só se sustenta à medida que é propositalmente aberta, de modo a permitir a sua adaptação à luz do direito positivo.

Apesar de grande parte da doutrina defender a tese de abertura material do catálogo de direitos fundamentais na CF/88, Sarlet (2012a) observou a existência de lacuna no que tange à definição do conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais baseado no direito constitucional brasileiro.

---

<sup>71</sup> Idem, *Ibidem*, p. 75.

<sup>72</sup> Idem, *Ibidem*, p. 76.

<sup>73</sup> CANOTILHO, 1998, p. 499.

Nesse contexto, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização desses direitos<sup>74</sup>.

### 1.3.1 - FUNDAMENTALIDADE MATERIAL: CRITÉRIOS PARA SUA IDENTIFICAÇÃO

O § 2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 faz referência aos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição e os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, para se identificar quais seriam os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotado pela ordem constitucional, deve-se analisar qual o regime e quais os princípios por ela adotados, já que é o critério fornecido pelo próprio texto constitucional<sup>75</sup>.

Além de guardar a necessária relação de sintonia (importância equiparada) com os direitos do catálogo, Sarlet ensina que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios:

(...) conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5º, § 2º, da CF, são posições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º ao 4º) da nossa Carta, exegese que se impõe até mesmo em homenagem à especial dignidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional<sup>76</sup>.

Sarlet (2012a) sustenta ser o princípio da dignidade humana, em relação aos direitos fundamentais, um critério geral para o respectivo reconhecimento de fundamentalidade. A esse respeito o autor defende que os direitos fundamentais

---

<sup>74</sup> SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b., p. 119.

<sup>75</sup> JUNG, Daniel Radici. **Os direitos fundamentais materiais na ordem jurídica brasileira** - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8596>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

<sup>76</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a., p. 94.

podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não há como negar que existe vinculação entre os mais diversos direitos fundamentais (direito à vida, à liberdade e igualdade, por exemplo) com os princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira, em especial com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>77</sup>.

Sobre essa vinculação dos direitos fundamentais com o princípio constitucional expresso no art. 1º, inc. III, da Constituição, Sarlet ensina:

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados (...) há que se compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis*, já que, quando suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que não por propriamente ser considerado de aplicação meramente subsidiária (...)<sup>78</sup>.

Nessa linha de pensamento, argumenta Sarlet<sup>79</sup> que não é difícil perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode, pelo menos de forma indireta, ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> SARLET, *Ibidem*, p. 95.

<sup>78</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a., p. 109-110

<sup>79</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 111.

<sup>80</sup> O Ministro Celso de Mello em célebre voto proferido no n. Habeas Corpus 88025, julgado em 13/06/2006, DJ 16-02-2007, afirmou que:

“(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (RTJ 195/212-213)”.

Não é, contudo, neste sentido que este princípio fundamental deve ser considerado na condição de elemento integrante da matéria dos direitos fundamentais, eis que, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia ser guindada, seguindo a mesma linha de raciocínio à condição de materialmente fundamental.

O que Sarlet pretende com esses argumentos é demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar (mas não exclusivo) para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.

Neste contexto, Sarlet (2012a, p. 111), na mesma passagem, continua o raciocínio afirmando que existe a possibilidade haver direitos fundamentais fora do catálogo que não possuam necessariamente um conteúdo diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, já que este, não constitui elemento comum (no mínimo, não igualmente comum) a todos os direitos fundamentais do catálogo.

Nessa esteira assumem relevo os demais princípios fundamentais, visto que, a exemplo da dignidade da pessoa humana, também cumprem função como referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais, quanto para o restante das normas da Constituição. Além de atuarem como fundamento para eventual dedução de direitos não-escritos (mais especificamente, dos direitos decorrentes dos quais fala o art. 5º, § 2º, da CF), deverão servir de referencial obrigatório para o reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos extraídos fora do catálogo<sup>81</sup>.

Nesse sentido, se por um lado consideramos que há como discutir a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram o seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à noção de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a, p. 111.

<sup>82</sup> Idem, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 93.

Assim, para os direitos que não integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo de diretriz para se aferir a fundamentalidade material do conteúdo comum dos direitos fundamentais e de critério legitimador do reconhecimento de direitos fundamentais decorrentes, implícitos ou previstos em tratados internacionais conforme a autorização do artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988.

A maior parte da doutrina parece concordar com Sarlet (2012b, p. 123) que sustenta ser o princípio da dignidade humana, em relação aos direitos fundamentais, um critério geral para o respectivo reconhecimento de fundamentalidade.

Embora não se possa falar de um limite no que tange à identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, é correto afirmar que tal atividade exige a devida cautela por parte do interprete, principalmente pelo fato de se estar ampliando o elenco dos direitos fundamentais da Constituição com as consequências práticas a serem extraídas, não se devendo desconsiderar o risco de uma eventual desvalorização dos próprios direitos fundamentais<sup>83</sup>.

Nesse mesmo sentido, é a lição de Rawls<sup>84</sup> ao afirmar que “*sempre que expandimos a lista das liberdades fundamentais, corremos o risco de debilitar a proteção das mais essenciais (...)*”.

Apesar disso, entendemos inegável compreender, aceitar e inserir o direito ao encarceramento digno como uma espécie de direito fundamental.

#### **1.4 - O DIREITO AO ENCARCERAMENTO DIGNO COMO ESPÉCIE DE DIREITO FUNDAMENTAL**

O direito processual penal, como todos os demais ramos do direito, deve obediência hierárquica aos princípios constitucionais, em especial à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CF. Para isso, devem ser aplicados os princípios do artigo 5º.

---

<sup>83</sup> SARLET, 2012b, p. 122.

<sup>84</sup> RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 350.

Nesse contexto, a Carta Política traz ao apenado um rol de direitos / garantias fundamentais, dentre as quais podemos destacar, dentre outros:

a) é garantido ao preso o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX da CF);

b) a pena deverá ser cumprida em estabelecimento qualificado pela natureza do crime, da idade e do sexo (art. 5º, XLVIII da CF);

c) às detentas é assegurado ter condições para permanecer com seus filhos no período de amamentação (art. 5º, L da CF);

d) segundo o artigo 5º da Constituição, inciso III, é garantido que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Além desses princípios, destacam-se os princípios da pessoalidade da pena, da individualização da pena e da vedação de pena morte (CF, art. 5º, XLV, XLVI e XLVII)<sup>85</sup>.

Esses dispositivos constitucionais, além de outros espalhados pelo texto constitucional e por tratados e convenções internacionais que o Brasil seja signatário, constituem, junto com o princípio da dignidade da pessoa, o alicerce para a tese de considerar a existência de um *direito fundamental ao encarceramento digno*.

Quando nos referimos ao *encarceramento com dignidade* não estamos falando apenas do senso comum de que as “prisões são depósitos humanos” ou algo do gênero (não que tal lugar comum esteja errado, mas estamos tralhando cientificamente). Estamos nos referindo a aspectos globais do cárcere. Destarte, estamos falando de estrutura das prisões, de assistência médica-odontológica, de assistência familiar, do direito de votar, do direito ao trabalho e ao estudo, do direito à ressocialização plena, a individualização correta da pena, e até mesmo do básico direito de cumprir o tempo correto da penalidade imposta<sup>86</sup>.

Diante desse *direito fundamental ao encarceramento digno* a Lei de Execuções Penais (LEP) – Lei 7.210/1984 – previu que os estabelecimentos prisionais devem ser adequados ao tratamento do detento, considerando a conduta praticada e os objetivos da reinserção social.

---

<sup>85</sup> Apesar da obviedade, vale deixar registrado que o preso, como qualquer outro brasileiro, continuar a ter os direitos fundamentais básicos à vida, saúde, higiene, alimentação etc.

<sup>86</sup> É certo que no Brasil milhares de presos cumprem penas além do tempo que lhe foram impostos pelo Poder Judiciário.

Os dispositivos da LEP têm como antecedentes, como dito, o *direito fundamental ao encarceramento digno*. Mas não só a partir dos dispositivos expressamente consagrados no texto constitucional. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), editada pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 22 de novembro de 1969, passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 678/92 e, em seu art. 1º, estabelece que:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O Pacto diz ainda em seu art. 5º, item que “*as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”.

Nessa seara, o bom dado a registrar é que, ainda que de maneira indireta, os tribunais pátrios já reconhecem este direito, ou seja, mesmo sem essa nomenclatura, o “*direito ao encarceramento digno*” já é tido pelos tribunais como um verdadeiro direito fundamental.

Isso pode ser visto nas diversas decisões dos tribunais pátrios sobre os direitos dos presos em casos que vão desde o uso de algemas, passando pela saúde e até mesmo situações mais simples, como a visita de familiares e visitas íntimas.

No caso do uso de algemas, por exemplo, com espeque na presunção de não culpabilidade, mas também no princípio da dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, decidiu que há necessidade de fundamentação no caso concreto para uso do instrumento, dando origem a Súmula Vinculante nº 11.

No que se refere a problemas graves de saúde do preso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em reiteradas decisões – seguidas por todos os tribunais do país –, impõe a prisão domiciliar nesses casos, privilegiando o direito à vida em detrimento

ao cárcere (podemos citar como precedentes paradigmáticas do STJ os habeas corpus 207.907-PE, 194.502-SP e 51.324-ES).

Em situações em que o encarcerado queira ou precise estudar, tal direito também lhe é assegurado pela Constituição, pela Lei de Execução Penal e pelos Tribunais. Neste particular podemos referenciar os habeas corpus do STJ 89.888-SP, 80.540-SP e 445.942-RS.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo também que, na ausência de estabelecimento prisional adequado, devem ser os presos encaminhados ao estabelecimento prisional destinado ao regime mais brando, até que surjam vagas nos locais adequados (habeas corpus 221.708-RJ).

Outro núcleo integrante do rol da dignidade do encarceramento diz respeito aos presos provisórios que tem o direito fundamental de votar no período eleitoral. Esta, aliás, já é uma prática comum e corriqueira nos tribunais de todo o país que, de dois em dois anos, montam estruturas em locais adequados para garantir o exercício de tão importante direito fundamental.

Quanto ao direito de visita, a jurisprudência também já o reconheceu no âmbito do arcabouço de fundamentalidade do encarcerado, isto é, como direito integrante do rol necessário à sua ressocialização, como parte integrante do núcleo da sua dignidade – *ex vi* do habeas corpus 42.543-SP julgado no Superior Tribunal de Justiça.

Ainda sobre direito de visita, ressocialização e direito ao encarceramento digno, apesar de não ser precedente de um Tribunal Superior, transcrevemos, pela precisão e vanguarda do entendimento, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com a seguinte ementa:

RECURSO DE AGRAVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VISITA. IRMÃ CONDENADA POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO. RECURSO DA DEFESA. **VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ASSISTÊNCIA FAMILIAR.** INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE VISITAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A MANUTENÇÃO DO CONVÍVIO FAMILIAR É SALUTAR E EXTREMAMENTE BENÉFICA PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO, CONSTITUINDO, POIS, DIREITO A SER PRESERVADO E GARANTIDO AO ENCARCERADO PELO

ESTADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 41, INCISO X, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. DO MESMO MODO, **A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSEGURA AO PRESO O DIREITO FUNDAMENTAL DE ASSISTÊNCIA FAMILIAR (ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CF/88)**. O DIREITO DE VISITAS AO PRESO TEM COMO ESCOPO A MANUTENÇÃO DO CONVÍVIO FAMILIAR PARA MAIOR EFETIVIDADE DA REINserÇÃO SOCIAL, PODENDO SOFRER LIMITAÇÕES A DEPENDER DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, POIS NÃO SE TRATA DE DIREITO ABSOLUTO. 2. NA ESPÉCIE, O FATO DE A IRMÃ DO ENCARCERADO TER SIDO CONDENADA PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NÃO LHE IMPEDE O GOZO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, EXCETO AQUELES RESTRINGIDOS PELA PRÓPRIA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPEDIR A INTERESSADA DE VISITAR O IRMÃO NO INTERIOR DE PRESÍDIO AFETA O DIREITO INDIVIDUAL DESTA, ALÉM DE CONSTITUIR AFRONTA AO DIREITO DO PRÓPRIO CONDENADO, QUE SE VÊ PRIVADO DO DIREITO DE RESTABELECER O CONVÍVIO FAMILIAR COM A IRMÃ. ADEMAIS, NÃO SE PODE INFERIR QUE A INTERESSADA VOLTARÁ A DELINQUIR E, CASO OCORRA, SERÁ RESPONSABILIZADA NA ESFERA PENAL. 3. COMPETE AO ESTADO OBSTAR A ENTRADA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES, ARMAS OU OUTROS OBJETOS QUE POSSAM COMPROMETER A SEGURANÇA DO PRESÍDIO. PARA TANTO, O ESTABELECIMENTO PRISIONAL DEVE FISCALIZAR, REALIZANDO RIGOROSA BUSCA PESSOAL NOS VISITANTES E NO MATERIAL QUE TRANSPORTAM. ASSIM, OBSTRUIR QUE A INTERESSADA VISITE O IRMÃO PELA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO CONSTITUI DUPLA PUNIÇÃO, NÃO PREVISTA EM LEI, PELA MESMA CONDUTA ILÍCITA, **ALÉM DE RESTRINGIR DIREITO INDIVIDUAL DO PRESO DE RECEBER ASSISTÊNCIA FAMILIAR**. 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DEFERIR O PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VISITAS.

(TJ-DF - RAG: 189409520108070000 DF 0018940-95.2010.807.0000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 16/12/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 10/01/2011, DJ-e Pág. 191) – *sem destaques no original*

Como se observa do citado precedente, o TJDFT corretamente já acolheu a tese da fundamentalidade do encarceramento digno, englobando-se o direito à convivência familiar.

Por outro lado, como todo e qualquer outro direito fundamental, o direito ao encarceramento digno não é de maneira alguma absoluto. Por essa razão, todos os direitos acima elencados podem e devem ser relativizados se as circunstâncias assim o exigirem. O preso poderá até mesmo ser deslocado para longe de sua família, isto é, poderá ser colocado em presídio ou penitenciária fora de seu Estado, se as circunstâncias do caso concreto e a segurança da sociedade demandarem tal sacrifício (v.g., Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 41.596-MS).

Ao que se vê, portanto, seja por uma ótica teórica, seja sob uma ótica objetiva, o direito ao encarceramento digno deve ser considerado um direito fundamental, com todas as consequências jurídicas de tal classificação.

É a partir dessa perspectiva que procuraremos abordar os outros dois capítulos deste trabalho. Ou seja, partindo da visão constitucionalista do direito, iremos analisar a situação das prisões no Brasil e o papel do Conselho Nacional de Justiça como importante instrumento para concretização desse fundamental direito ao encarceramento digno, pois apesar do respaldo teórico ecoar de certa maneira nos Tribunais, a efetivação dos direitos ainda é extremamente lenta, fazendo com que a realidade fique muito distante da teoria.

## 2 - MODELO PRISIONAL BRASILEIRO

### 2.1 - BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO, DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E DAS FUNÇÕES DA PENA

Antes de contextualizar a pena de prisão, na forma como impera hodiernamente no âmbito jurídico, empírico e sociológico brasileiro, faz-se necessário retomar, ainda que de maneira perfunctória, seu tratamento ao longo da história da humanidade. É de se concordar, entretanto, que sua origem é muito remota, de maneira que “quem quer que se proponha a aprofundar-se na história da pena de prisão corre o risco de equivocar-se a cada passo”<sup>87</sup>.

No entanto, necessário é também constatar que não só a hermenêutica legislativa sofre a influência dos desdobramentos históricos que resultaram nos ordenamentos jurídicos atuais, mas também, a estrutura, a fundamentação e a ideologia que servem de baluarte ao paradigma prisional são fatores diretamente afetados pelos eventos anteriores. Destarte, não se intenta aqui – nem se poderia intentar, sob pena de desvirtuar-se o objeto do estudo – exaurir todos os aspectos históricos que orbitam a pena de prisão, mas, isto sim, expor, dentro do recorte histórico-cronológico tido por relevante, as características e institutos que outrora constituem marcos de correlação com o modelo prisional brasileiro.

Nesse desiderato, torna-se imperioso, antes de tudo, observar que o retrato exposto ao longo deste tópico não necessariamente segue padrões estritamente cronológicos, muito embora o fator tempo seja inerente ao exame histórico. Isto porque a cronologia não corresponde, ou ao menos não necessariamente, aos fenômenos relevantes que tangenciam a pena de prisão<sup>88</sup>. Diz-se isso porquanto

---

<sup>87</sup> BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 27.

<sup>88</sup> Idem, *Ibidem*, p. 27/28: “Os próprios doutrinadores não concordam na divisão de suas investigações: Garrido Guzman utiliza as idades tradicionais da história universal – Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna –, acrescentando, ao final, os reformadores (Beccaria, Howard e Bentham); Elías Neumann, no entanto, emprega ‘período anterior à pena privativa de liberdade’, ‘período de exploração’, ‘período corretivo e moralizador’ e, finalmente, ‘período readaptação social ou ressocialização’; Cuello Calón, por sua vez, somente para citar alguns autores, não faz uma

notório é que, no decorrer da história, intercalam-se períodos mais humanitários do tratamento da pena e épocas menos preocupadas com as reflexões sobre os direitos humanos dos encarcerados.

Assim é que, mesmo depois do iluminismo e da declaração universal dos direitos do homem, em 26 de outubro de 2001, foi editado pelo Congresso dos Estados Unidos da América, sob o Governo de George W. Bush, o *Patriot Act*. Essa legislação, rapidamente aprovada após os ataques terroristas às Torres Gêmeas de Nova Iorque, embora destinada a prevenir novas ações congêneres, permitiu, dentre outros, a detenção indefinida de imigrantes, a interceptação de comunicações e acesso a dados financeiros sem prévia autorização judicial. Tais disposições demonstram que a análise meramente cronológica pode conduzir o analista às idas e vindas do pensamento social sobre a prisão.

Portanto, aqui se expõem os marcos mais relevantes da pena de prisão, não necessariamente atrelando-os à cronologia – mas dentro do recorte cronológico escolhido –, apenas como forma de ilustrar as confluências históricas que redundaram no modelo brasileiro.

Destarte, é de se destacar que quaisquer antecedentes do encarceramento anteriores a meados do século XVI pouco ou nada guardam de relevante no que se refere à correlação e influência no sistema penal brasileiro atual; levando-se em conta, inclusive, a incipiência do Estado moderno. Tal decorre da constatação de que, no período antigo – assim considerado como o interregno entre o início da história civilizatória mundial até a queda do Império Romano –, a prisão não se amoldava, ou ao menos não necessariamente, ao caráter sanção penal de que hoje é dotada<sup>89</sup>.

---

divisão muito precisa, mas em linhas gerais é a seguinte: a) desde Roma até o século XVI; b) primeiras prisões citadas com finalidade corretiva (Inglaterra e Holanda); c) o século XVII; d) os precursores do moderno penitenciarismo (século XVIII). Por tudo isso, é imprescindível, para uma clara exposição, que permita elucidar caminho tão intrincado, separar-se da cronologia, que pode nos levar a equívocos.”

<sup>89</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 28 e 31: “A antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoriais, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de antessala de suplícios. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. [...] Os vestígios que nos chegaram dos povos e civilizações mais antigos (Egito, Pérsia, Babilônia, Grécia etc.) coincidem com a finalidade que atribuíram primitivamente à prisão: lugar de custódia e tortura. [...] Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o

Outrossim, a prisão existente na Idade Média conservou o mero caráter de custódia<sup>90</sup>, não atingindo o status de sanção, muito embora mereça rápida menção a influência do encarceramento eclesiástico, não por sua aplicação, mas por constituir o primeiro marco de individualização da pena e ressocialização do preso<sup>91</sup>.

Com efeito, a ideia de Estado, inicialmente concebida por volta do século XV, permitiu que a pena, no sentido de sanção, tivesse seu primeiro marco histórico ao final do século XVI, com o surgimento das *houses of correction* ou *bridwells*; instituições inspiradas não só em ideais sistêmico-reformadores, mas também corroboradas pelo contexto da época<sup>92</sup>.

---

culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se dizer, com Garrido Guzman, que de modo algum podemos admitir nesse período da história sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que o catálogo de sanções praticamente se esgotava com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem as suas obrigações.”

<sup>90</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 32: “Durante toda a Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam ‘submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.”

<sup>91</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 35: “De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna. O direito canônico contribuiu consideravelmente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo ‘penitência’, de estreita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras ‘penitenciário’ e ‘penitenciária’. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no direito penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas. O conceito de *pena medicinal* (da alma) encontra-se na base das penas canônicas, nas quais a reclusão tinha como objetivo induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas e emendar-se graças à compensação da gravidade de suas culpas. Santo Agostinho, em sua obra mais importante, *A cidade de Deus*, afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento.”

<sup>92</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 37/40: “Durante os séculos XVI e XVII a pobreza se abate e se estende por toda a Europa. Contra os deserdados da fortuna que delinquem cotidianamente para subsistir experimenta-se todo tipo de reação penal, mas todos falham. [...] Por razões de política criminal era evidente que, ante tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, já que não se podia aplicar a tanta gente. [...] Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. [...] A pedido de alguns integrantes do clero inglês, que se encontravam muito preocupados pelas proporções que havia alcançado a mendicância em Londres, o Rei Ihes autorizou a utilização do Castelo de Bridwell para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores. A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. [...] Essa experiência deve ter alcançado notável êxito, já que em pouco tempo surgiram em vários lugares da Inglaterra *houses of correction* ou *bridwells*, tal como eram denominadas indistintamente. [...] não se pode negar que as casas de trabalho ou de correção [...] já assinalam o surgimento da pena privativa de liberdade moderna.”

É a partir desse período que se verifica a transmutação da prisão-custódia para a prisão-pena<sup>93</sup>, que ainda não contava, ou não necessariamente, com as ideologias reformadoras ulteriores, que ainda inspiram o paradigma prisional. No entanto, esse é o arquétipo que constitui o ponto de partida da análise da pena de prisão, figurando como modelo de análise dos pensadores reformistas, Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham.

Sob o prisma desse modelo, imperante até então, é que Cesare Beccaria formula seus postulados, ulteriormente considerados o marco da Escola Clássica de Criminologia e da Escola Clássica de Direito Penal. Dentre outros, a finalidade da pena<sup>94</sup>, a proporcionalidade da sanção<sup>95</sup>, a celeridade<sup>96</sup> e a publicidade<sup>97</sup> do trâmite processual, a apreciação das provas e a humanização foram objeto dos escritos de

---

<sup>93</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 48/50: “Existem várias causas que explicam o surgimento da prisão. Dentre as mais importantes podem ser citadas as seguintes: a) Do ponto de vista das ideias, a partir do século XVI começa-se a valorizar mais a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo. [...] b) Surge a má consciência, que procura subtrair a publicidade de alguns castigos pela vergonha. [...] c) Os transtornos e mudanças socioeconômicas que se produziram com a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, e que tiveram sua expressão mais aguda nos séculos XV, XVI e XVII, tiveram como resultado a aparição de grande quantidade de pessoas que sofriam de uma pobreza extrema e que deveriam dedicar-se à mendicância ou a praticar atos delituosos. [...] A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser o meio mais eficaz de controle social. d) Finalmente, a razão econômica foi um fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade. [...] É uma das respostas dadas pelo século XVI a uma crise que afeta o mundo ocidental em seu conjunto: queda de salários, desemprego, escassez da moeda etc. [...] À sua função de repressão adiciona-se uma nova utilidade. Agora já não se trata de encerrar os desempregados, mas de dar trabalho àqueles que estão encerrados e fazê-los úteis à prosperidade geral. A alternância é clara: mão de obra barata, quando há trabalho e salários altos; e, em períodos de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção social contra a agitação e os motins.”

<sup>94</sup> Analisando a pena, um dos objetos centrais da obra, Beccaria introduz seu raciocínio respaldado na ideia de que a finalidade da pena “não é torturar [...] nem desfazer um crime que já está praticado”, mas que “os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime” (p. 49).

<sup>95</sup> BECCARIA, 2009, p. 68/69: “Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes as penas. [...] Se for estabelecido um mesmo castigo para aquele que mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um documento importante, em pouco tempo não se procederá a mais nenhuma diferença entre esses crimes”.

<sup>96</sup> A proximidade entre o cometimento do crime e a aplicação da pena é outro fator destacado como útil e salutar por Beccaria, pois “quanto menos tempo passar entre o crime e a pena, tanto mais compenetrados ficarão os espíritos da ideia de que não existe crime sem castigo”; e, outrossim, “se a prisão constitui somente uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração” (p. 62).

<sup>97</sup> BECCARIA, 2009, p. 29: “Os julgamentos devem ser públicos; também devem-nos ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência e às paixões”.

Beccaria: sempre sob a perspectiva do Estado norteado pelo o contrato social e pela ideia de que a prevenção dos delitos é alternativa superior à sua reprimenda<sup>98</sup>.

John Howard, já influenciado pelos escritos de Beccaria, aprofundou as ideias: a) de humanização da pena com a construção de estabelecimentos aptos a proporcionar ao recluso as condições básicas de higiene, alimentação e assistência médica; b) bem como a de ressocialização, intermediada pelo trabalho; c) e de regeneração moral, por meio do isolamento, da reflexão e da religião.

Além disso, fomentou o tratamento diferenciado entre presos provisórios e definitivos, bem como tratou de estabelecer critérios gerais para a seleção dos funcionários da prisão e juízes de execução. Em acréscimo, Howard também defendeu a reforma legislativa inglesa que resultou na abolição do direito de carceragem, uma espécie de aluguel pago pelos presos aos donos dos estabelecimentos prisionais, estimulando a formação do sistema penitenciário britânico (BITTENCOURT, 2011, p. 59/63).

Foi Jeremy Bentham quem, com sua teoria utilitarista, focou os holofotes na finalidade da pena como instrumento necessário à concretização da felicidade geral, objetivada pelo utilitarismo. Assim, a prevenção constituiria o caráter nevrálgico da pena, devendo esta servir de exemplo para impedir novos atos de mesma espécie e, por isso, deveria ser cruel em aparência, na sua execução – mas considerava que infligir dor e sofrimento ao condenado não se coadunaria com o princípio da felicidade geral. Secundariamente, considerava relevante o caráter correccional da sanção, preocupando-se, inclusive, com a assistência pós-penitenciária.

Mas, acima de tudo, a maior contribuição histórico-criminal de Bentham foi sua atenção às condições, que deram origem à concepção do Panóptico – do inglês, *panopticon*, *pan* = todos, *opticon* = observar. O Panóptico era um desenho de instituição carcerária, que observava a forma circular, constituída pela conjugação de duas estruturas: uma externa, onde ficariam localizadas as celas, contando estas com janelas, voltadas para a parte exterior do edifício, que permitiam a entrada de luminosidade, e com grades, direcionadas para a parte interior da construção, que permitiriam ampla visão do seu interior por quem quer que esteja no centro do prédio; e uma interna, onde se situaria a torre de inspeção, a partir da qual os

---

<sup>98</sup> BECCARIA, 2009, p. 101: “É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes de procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.”

inspetores poderiam observar, facilmente, tudo que ocorria em cada uma das celas<sup>99</sup> (BITTENCOURT, 2011). Eis, abaixo, figuras ilustrativas do desenho:



Figura 1 - Estrutura proposta por Bentham no final do século XVIII<sup>100</sup>

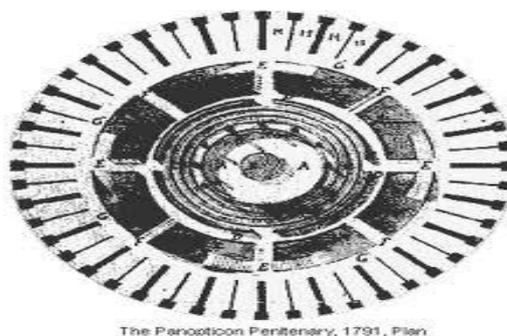


Figura 2- Penitenciária Panóptica<sup>101</sup>

Todavia, a ideia do Panótico, da forma idealizada por Bentham, não se preocupa unicamente com a tecnologia da dominação ou ideais de economicidade, mas, igualmente, em fomentar a reabilitação do réu, por meio do trabalho. Também sustenta que grupos de delinquentes, previamente classificados de acordo com sua perversidade, deveriam ser incentivados na busca da ressocialização mútua. No

<sup>99</sup> BENTHAM *apud* BITTENCOURT, 2011, p. 69: “Uma casa de Penitência. Segundo o plano que lhes proponho, deveria ser um edifício circular, ou, melhor dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares, e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna, porque uma grade de ferro bastante larga os deixa inteiramente à vista. Uma galeria em cada andar serve para a comunicação e cada pequena cela tem uma porta que se abre para a galeria. Uma torre ocupa o centro, que é o lugar dos inspetores: mas a torre não está dividida em mais do que três andares, porque está disposta de forma que cada um domine plenamente dois andares de celas. A torre de inspeção está também rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente que permite ao inspetor registrar todas as celas sem ser visto. Com uma simples olhada vê um terço dos presos e movimentando-se em um pequeno espaço pode ver a todos em um minuto. Embora ausente a sensação da sua presença é tão eficaz como se estivesse presente [...] Todo o edifício é como uma colmeia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas de um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito.”

<sup>100</sup> Disponível em: [http://revistaon.com.br/materias/9834/a\\_sociedade\\_do\\_controle](http://revistaon.com.br/materias/9834/a_sociedade_do_controle)  
Acessado em 20/06/2-13.

<sup>101</sup> Disponível em: <http://www.euskonews.com/0027zbnk/gaia2705es.html>  
Acessado em: 20/06/2014.

entanto, sugere que “um ‘castigo moderado’, onde exista disciplina severa, uma vestimenta humilhante e uma alimentação grosseira, alcança bons resultados” (BITTENCOURT, 2011, p. 70).

A partir dessas concepções reformistas, observa-se a formação de sistemas penitenciários, articulados com o desiderato de atender às novas concepções acerca dos ideais carcerários. Assim é que os juristas passam a retratar três conjuntos distintos de doutrinas carcerárias: pensilvânica, auburniana e progressivas.

No sistema pensilvânico ou celular, *Pennsylvania System* ou *Separate System*, surgido na Filadélfia, Estados Unidos da América, e inspirado nas ideias de Jeremy Bentham, a ordem organizativa determinava o isolamento celular dos presos, obrigando-os ao silêncio absoluto e à reflexão meditativa. Diferentemente do modelo Panótico de Bentham, as celas contavam com um pequeno jardim de exercícios, que, embora proscresse o contato entre os detentos, permitia o desenvolvimento de algum trabalho individual no seu interior<sup>102</sup>.

Em contrapartida, o aludido sistema prisional não raro desencadeava debilidades mentais, fomentadas pela tortura do silêncio, além de apresentar resultados que se contrapunham aos fins propostos, eis que: a) era contraproducente, do ponto de vista capitalista, limitando demais a utilização do trabalho dos detentos; b) e era ineficiente, em termos utilitários, porquanto não proporcionava ao preso as ferramentas necessárias à reabilitação, isto é, nem fomentava as habilidades laborais – pois a maior parte dos trabalhos eram inócuos e sem sentido – nem estimulava a desenvoltura social<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 76

<sup>103</sup> Idem, ibidem p. 81/82: “A principal crítica que se fez ao regime celular foi referente à tortura refinada que o isolamento total significava. Sobre esse aspecto [Hans] Von Henting fez um comentário muito revelador ao descrever a visita que Charles Dickens fez à *Eastern Penitentiary*. ‘A *Eastern Penitentiary* recebeu, em 1842, um célebre visitante. Não era somente um jurista, pois em toda a sua vida se havia interessado pelo delito e o delinquente. Ao contrário de outros visitantes, foi de cela em cela. Colocado em um ponto de confluência das galerias, ficou aterrorizado diante do silêncio que outros haviam admirado tanto. Ruídos apagados procedentes da cela de um sapateiro ou de um tecelão e que atravessavam as grossas paredes e as portas tornavam o silêncio ainda mais deprimente. Põem no preso – conta – uma carapuça escura quando ingressa na prisão. Desse modo levam-no à sua cela, de onde não sairá mais até que se extinga a pena. Jamais ouve falar da mulher ou dos filhos, do lar ou dos amigos, da vida ou da morte que estão além do seu caminho. Além do vigilante não vê nenhum rosto humano, nem ouve nenhuma outra voz. Está enterrado em vida, e só com o transcurso lento dos anos poderá voltar novamente à luz. As únicas coisas vivas ao seu redor são um estado angustiante, torturante e um imenso desespero’. Os resultados do isolamento foram desastrosos. Von Henting, referindo-se às observações de Dickens, descreve casos dramáticos, nos quais se demonstrava o grave prejuízo que o isolamento total ocasionava. Dickens considerou,

Dados os problemas oriundos do sistema pensilvânico e mutação do contexto socioeconômico estadunidense<sup>104</sup>, surge como alternativa a doutrina prisional auburniana, engendrada a partir da experiência carcerária da prisão de Auburn, Nova Iorque, Estados Unidos da América.

As três principais características desse sistema eram a doutrina do silêncio absoluto<sup>105</sup>, o fomento ao trabalho<sup>106</sup> e o regime disciplinar severamente

---

acertadamente, que o isolamento se convertia na pior tortura, com efeitos mais dolorosos que os que o castigo físico podia produzir, sem que seus danos fossem evidentes e sem que aparecessem no corpo do condenado. [...] [Enrico] Ferri percebeu com muita clareza a inconveniência e inutilidade penológica do sistema celular. Em uma conferência realizada em 1885 sob o título de *Lavoro e Celli dei Condenati*, afirmou que o sistema celular era uma das aberrações do século XIX. No mesmo sentido expressou-se em sua obra *Sociologia criminal*, considerando que é um sistema desumano, estúpido e inutilmente dispendioso. Nesse ponto sua análise mantém-se plenamente atual. Vale a pena citá-lo: 'A prisão celular é desumana porque elimina ou atrofia o instinto social, já fortemente atrofiado nos criminosos e porque torna inevitável entre os presos a loucura e a extenuação (por onanismo, por insuficiência de movimento, de ar etc.)... A Psiquiatria tem notado, igualmente, uma forma especial de alienação que chama *loucura penitenciária*, assim como a clínica médica conhece a tuberculose das prisões. O sistema celular não pode servir à reparação dos condenados corrigíveis (nos casos de prisão temporária), precisamente porque debilita, em vez de fortalecer o sentido moral e social do condenado e, também, porque não se corrige o meio social é inútil prodigalizar cuidados aos presos que, assim que saem de sua prisão, devem encontrar novamente as mesmas condições que determinaram seu delito e que uma previsão social eficaz não eliminou [...]. O sistema celular é, além disso, ineficaz porque aquele isolamento moral, propriamente, que é um dos fins principais, não pode ser alcançado. Os reclusos encontram mil formas de comunicar-se entre si, seja durante as horas de passeio, seja escrevendo sobre os livros que lhes são dados para ler, seja escrevendo sobre a areia dos pátios que atravessam, fazendo sons nos muros das celas, golpes que correspondem a um alfabeto convencional [...]. Por último, o sistema celular é muito caro para ser mantido”.

<sup>104</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 88: “No início do século XIX, a América do Norte experimentou um incremento importante na demanda de trabalho, mais intenso que o experimentado na Europa durante o mercantilismo. A importação de escravos restringia-se cada vez mais por causa da nova legislação, enquanto a conquista de novos territórios e a rápida industrialização produziam um vazio no mercado de trabalho, que não conseguia ser suprido com os crescentes índices de natalidade e imigração. O resultado imediato foi um considerável aumento do nível de salários, que desde antes havia sido importante. A escassez da força de trabalho chegou a determinar, entre as consequências mais destacáveis socialmente, uma nova consideração política dos estratos marginais da sociedade. Começou-se a considerar como essencialmente ‘distintas’ as razões de fundo que caracterizavam a ‘questão criminal’ nos Estados da América em relação ao velho continente: por exemplo, o nível mais baixo dos índices de criminalidade. Concluiu-se que as possibilidades de encontrar facilmente trabalho bem remunerado reduziam nos Estados Unidos as oportunidades de cometer crimes contra a propriedade: a reincidência propriamente diminuía pela necessidade de oferecer trabalho aos ‘ex-convictos’. Por essas razões, são compreensíveis as acusações cada vez mais insistentes contra o sistema penitenciário vigente, que por meio do *solitary confinement* não apenas privava o mercado da força de trabalho como também, ao impor um trabalho antieconômico, deformava os reclusos, reduzindo-lhes a capacidade laboral.”

<sup>105</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 89: “Os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. [...] O silêncio ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento de poder, permitindo que uns poucos controlem a multidão. [...] O enquadramento hierárquico estrito não permite a relação lateral; a comunicação só pode ocorrer em sentido vertical. A regra do silêncio habitua o detento a considerar a lei um preceito sagrado, cuja violação significa a imposição de um dano justo e legítimo.”

<sup>106</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 90: “Um dos pilares do *silent system* é o trabalho. Nesse sentido, pode-se afirmar que o trabalho no projeto auburniano foge, de certa forma, tanto da sua original dimensão ideológica como pedagógica: ideologicamente, como única atividade capaz de satisfazer as

minucioso<sup>107</sup>. Por força do incentivo laboral do sistema auburniano, os presos se sujeitavam, a depender do grau de periculosidade, somente ao isolamento celular noturno ou por três dias da semana, permitindo-se-lhes o trabalho conjunto nos demais períodos. No entanto, esse baluarte sofreu grande resistência por parte dos sindicatos de trabalhadores, que temiam a concorrência da barata mão de obra carcerária<sup>108</sup>.

Assim, na prática, a única diferença efetiva entre os sistemas auburniano e pensilvânico resumiu-se ao tempo de isolamento celular<sup>109</sup>.

O antecedente mais próximo do moderno paradigma prisional é o sistema progressivo, que ganha relevo no século XIX na medida em que a pena privativa de liberdade atinge seu ápice, sobrepujando-se paulatinamente aos castigos físicos, à

---

necessidades do 'não-proprietário'; pedagogicamente, como modelo educativo que permitirá ao proletário incorporar-se à força de trabalho."

<sup>107</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 92/93: "Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte, ao fato de que o *silente system* acolhe, em seus pontos fundamentais, um estilo de vida militar. [...] No regime auburniano, por influência do militarismo, chega-se a regulamentar aspectos intrinsecos da vida carcerária. Essa regulamentação detalhada da vida do recluso propicia uma atmosfera monótona e deprimente. Os reclusos não podiam caminhar, a não ser em ordem-unida ou fila indiana, olhando sempre as costas de quem ia à frente, com a cabeça ligeiramente inclinada para a direita e com os pés acorrentados, movimentando-se de forma uníssona. Em relação à vida diária, o quadro é desalentador: ao toque de campainha os carcereiros abriam as portas das celas e os reclusos saíam ao corredor; uma vez acorrentados, caminhavam em direção ao jardim; realizavam todo o asseio pessoal em rigorosa ordem e seguindo um plano inflexível. Transferiam-se, em fila, às oficinas, onde trabalhavam, sentados em longos bancos, em silêncio. Todas as atividades dos reclusos realizavam-se numa atmosfera regulamentar sufocante e monótona. [...] Além das rígidas normas disciplinares, detalhadas e onipresentes, o poder de castigar, sem nenhum controle institucional, era absolutamente discricionário. Tradicionalmente se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. Esses castigos refletiam a exacerbação do desejo de impor um controle estrito, uma obediência irreflexiva. No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente."

<sup>108</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 90: "A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar competição com o trabalho livre. Esse fator originou a oposição dos sindicatos ao trabalho produtivo que pretendia impulsionar o *silent system*. Foi na prisão de Sing-Sing, inaugurada em 1827, que surgiram os conflitos mais graves entre sindicatos e autoridades penitenciárias. Além dos argumentos de caráter econômico, os operários consideravam que, ensinando um ofício ou técnica de trabalho aos presos, poder-se-ia incorporá-los às fábricas, e essa circunstância desvalorizaria aquele ofício aos olhos dos demais trabalhadores. Não se sentiriam à vontade ao lado de ex-prisioneiros. Esses argumentos, relacionados por Von Hentig, referentes a um conflito ocorrido no século XIX, expressam os preconceitos que ainda se mantêm muito vivos e que, modernamente, designamos como estigma carcerário. A estigmatização é um dos fatores que mais dificulta a obtenção da tão almejada ressocialização do delinquente. [...] Enfim, a tentativa de humanizar a pena, assim como o propósito de converter o sistema penitenciário em instrumento reabilitador, sempre encontrou duas grandes dificuldades: de um lado, o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena privativa de liberdade, e, de outro lado, as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo (geralmente com intenções demagógicas e eleitoreiras), não se atrevem a contradizer esse sentimento vingativo."

<sup>109</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 94/95: "Não há radicais diferenças entre o sistema auburniano e o filadélfico [...]. A diferença principal reduz-se ao fato de que no regime celular a separação dos reclusos ocorria durante todo o dia; no auburniano, eram reunidos durante algumas horas, para poderem dedicar-se a um trabalho produtivo."

deportação, aos trabalhos forçados e à pena de morte<sup>110</sup>. Esse modelo prisional, inicialmente conhecido por *mark system*, assenta-se sobre a premissa de que a pena deve deixar de ser cadenciadamente mais severa à medida em que o comportamento do preso se amoldar às expectativas dele exigidas, como uma espécie de meritocracia<sup>111</sup>.

A ideia de progressão foi originalmente implantada por Alexander Maconochie, então governador da Ilha Norfolk, na Austrália. Segundo essa ideia, o recrudescimento dos benefícios do apenado corresponderia à sua conduta positiva durante a segregação. Assim, engendrou-se um sistema tripartido do cumprimento de pena: na primeira fase, chamada período de provas, o preso era submetido a regime similar ao sistema pensilvânico; na segunda etapa, designada *public workhouse*, ao recluso eram impostas obrigações análogas às do regime auburniano; em terceiro momento, recebia a liberdade condicional e, na ausência de motivo relevante, conceder-se-lhe-ia a liberdade definitiva<sup>112</sup>. Deste sistema diferenciava-se o regime progressivo irlandês somente pelo acréscimo de uma etapa entre as fases auburniana e a de liberdade provisória, designada de período

---

<sup>110</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 97: “O apogeu da pena privativa de liberdade coincide com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo.”

<sup>111</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 98/99: “Esse sistema foi denominado pelos ingleses sistema progressivo ou *mark system* (sistema de vales). Consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado. Referida soma era representada por certo número de marcas ou vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes da sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito. Diariamente, segundo a quantidade de trabalho produzido, creditava-se-lhe uma ou várias marcas, deduzidos os suplementos de alimentação ou de outros fatores. Em caso de má conduta, impunha-se-lhe uma multa. Somente o excedente dessas marcas, o remanescente desses ‘débitos-créditos’, seria a pena a ser cumprida. [...] Era o início, de certa forma, da condenação indeterminada, pois a duração da pena dependia fundamentalmente da conduta do apenado na prisão. Desse modo, [...] criou uma espécie de conta corrente para cada um dos apenados, representada pelo sistema de marcas.”

<sup>112</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 99/100: “O sistema progressivo, idealizado por Alexander Maconochie, dividia-se em três períodos: 1º) *Isolamento celular diurno e noturno* – chamado período de provas, tinha a finalidade de fazer o apenado refletir sobre seu delito. O condenado podia ser submetido a trabalho duro e obrigatório, com regime de alimentação escassa. 2º) *Trabalho em comum sob a regra do silêncio* – durante esse período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, sob o regime de trabalho em comum, com a regra do silêncio absoluto durante o dia, mantendo-se a segregação noturna. Esse período é dividido em classes; possuindo determinado número de marcas e depois de certo tempo, o condenado passa a integrar a classe seguinte. Assim ocorria ‘até que, finalmente, mercê de sua conduta e trabalho, chega à primeira classe, onde obtinha o *ticket of leave*, que dava lugar ao terceiro período, quer dizer, a liberdade condicional. 3º) *Liberdade condicional* – nesse período o condenado obtinha liberdade limitada, uma vez que a recebia com restrições, às quais devia obedecer; tinha uma vigência determinada. Passado esse período sem que nada determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva.”

intermediário, marcado pela obrigatoriedade do trabalho com a simultânea aproximação do recluso à sociedade<sup>113</sup>.

Nesse contexto do sistema progressivo, merece menção especial a doutrina implantada no presídio de Valência por Manoel Montesinos e Molina, dada a vertente humanitária sob a égide da qual dirigiu o estabelecimento. De fato, constituíram doutrina diferenciada, quiçá alheia ao sistema progressivo, as ideias de respeito à dignidade do preso, com a abolição dos castigos corporais; de reabilitação, por meio do trabalho remunerado do preso; de aversão ao regime celular; de concessão de licenças de saída; de integração aclassificatória de grupos de detentos; e de ausência de mecanismos ostensivos de segregação, como ferrolhos, cadeados e extensa equipe de carcereiros (BITTENCOURT, 2011, p. 103/108).

Ao lado da atuação histórica dos sistemas prisionais e das experiências carcerárias, desenvolveu-se também o estudo das funções da pena, do qual se destacam, pela relevância representativa e factual, as teorias retributiva, preventiva, mista e da prevenção geral positiva.

A teoria retributiva ou absoluta tem como baluarte a ideia de que o mal deve se retribuído com o mal, isto é, a pena significa a reprimenda necessária para suprimir o mal provocado pelo crime<sup>114</sup>. São expoentes defensores dessa ideia, embora sob óticas distintas, Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, de acordo com Bittencourt (2011).

Kant sustenta que o crime constitui a utilização do homem como meio, não como fim em si mesmo, o que desvirtua a moral, porquanto a ação deixa de ser livre,

---

<sup>113</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 101/102: “Nesse período [...] a disciplina era mais suave, e a pena era cumprida ‘em prisões sem muro nem ferrolhos, mais parecidas com um asilo de beneficência do que com uma prisão’. Muitas vezes os apenados viviam em barracas desmontáveis, como trabalhadores livres, dedicando-se ao cultivo ou à indústria. Concediam-se-lhes inúmeras vantagens, como abandonar o uniforme dos presos, não receber nenhum castigo corporal, dispor de parte da remuneração de seu trabalho, escolher a atividade laboral e, especialmente, poder comunicar-se com a população livre, embora sem perder a condição de apenados.”

<sup>114</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 117: “Entende-se melhor a ideia de pena em sentido absoluto quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder soberano lhe era concedido diretamente por Deus. A teoria do direito divino pertence a um período em que não somente a religião mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que ‘até’ para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação. 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. 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.”

passando a ser motivada por forças naturais inelutáveis; assim, estabelece que a simples infringência da lei penal, que constitui um imperativo categórico, merece reprimenda pelo só fato de ter ocorrido e que a melhor proporcionalidade da pena é a lei de Talião<sup>115</sup>. Já Hegel advoga a favor do caráter retributivo da pena sob o argumento de que esta se faz necessária não só para retomar a ordem jurídica violada pelo crime, mas, igualmente, para conferir ao criminoso o tratamento digno dos seres humanos, isto é, aplicando-se-lhe a sanção legalmente prevista<sup>116</sup>.

Inicialmente desenvolvidas em contraponto à retribuição, as teorias relativas enfocam mais o caráter utilitário da pena, que encontra seu desiderato no substrato ideológico de que deve impedir novas ocorrências criminosas. Subdividem-se as teorias relativas, pela hodierna concepção doutrinária, em prevenção geral e prevenção específica<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 121/122: “As considerações gerais sobre as proposições filosóficas de Kant permitirão introduzir-nos em sua ideia de direito penal, ou, seguindo sua terminologia, do direito de castigar: ‘A pena jurídica, *poena forenses* – afirma Kant –, não pode nunca ser aplicada como simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real’. O homem, na tese kantiana, não é uma coisa suscetível de instrumentalização. O homem não é, pois, ‘algo que possa ser usado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo’. Conseqüentemente, pretender que o direito de castigar o delinquente encontre sua base em supostas razões de utilidade social não seria eticamente permitido. No esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a justiça [...]. ‘o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras a ti mesmo; se o maltratas, ou o matas, maltratas-te ou te matas a ti mesmo’. Dessa forma, Kant afirma que não há nada melhor que o *ius talionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena”.

<sup>116</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 123/124: “Hegel também é partidário de uma teoria retributiva da pena. Sua tese resume-se na conhecida frase: ‘a pena é a negação da negação do Direito’. Para Mir Puig, a fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – mais jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da *vontade geral*, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente. Isso significa, na afirmação de Mir Puig, que, ‘se a vontade geral é negada pela vontade do delinquente, ter-se-á de negar essa negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral’. A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado e ‘de acordo com o *quantum* ou intensidade da negação do direito será também o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena’. [...] Aceitando que a pena venha a restabelecer a ordem jurídica violada pelo delinquente, igualmente se deve aceitar que a pena não é somente um mal que se deve aplicar simplesmente porque antes houve outro mal, porque seria – como afirma o próprio Hegel – ‘irracional querer um prejuízo simplesmente porque já existia um prejuízo anterior’. A imposição da pena implica, pois, o restabelecimento da ordem jurídica quebrada. Aliás, na opinião de Hegel, ‘somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser *racional e livre*. Só assim ele será honrado, dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu direito [...]. Como Kant, também Hegel atribui um conteúdo talional à pena.”

<sup>117</sup> SILVA, 2009, p. 27: “As teorias relativas, também denominadas teorias da prevenção ou teorias finalistas, ‘desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concebendo a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos’; e se subdividem em teorias relativas da prevenção geral e da prevenção especial”.

A prevenção geral consiste na ideia de que a pena deve servir como “coação psicológica” para todo o corpo social, expondo à sociedade as consequências cominadas à desobediência ao ordenamento jurídico, e, ao impor fisicamente a reprimenda ao indivíduo infrator, efetiva-se a intimidação: os comportamentos desviantes serão, de fato, sancionados<sup>118</sup>.

Dessa forma, o delinquente e o ato criminoso servem como instrumento do bem comum, reforçando a noção de ordem jurídica estabelecida e válida *erga omnes*. Tal emprego instrumental humano consiste um dos mais sensíveis flancos dessa teoria, que permite – ao menos quando levada ao extremo – a supressão dos direitos fundamentais do indivíduo em prol do bem da coletividade. No entanto, é de se considerar que essa teoria, na época em que foi erigida, provocou a necessidade de abandono das anacrônicas justificativas estatais baseadas em parâmetros absolutistas, recorrentemente atreladas ao *jusnaturalismo* e ao *jusecumenismo*<sup>119</sup>.

Por sua vez, a prevenção especial é a teoria relativa que enfoca o caráter individual da pena, constituindo esta o meio pelo qual se previne que o criminoso

---

<sup>118</sup> SILVA, 2009, p. 27: “Na prevenção geral a pena surte efeitos sobre os membros da comunidade que não delinquiram, com destaque aqui para a teoria da coação psicológica, sustentada por Feuerbach, para quem o enunciado prévio da sanção provocaria o efeito de coibir as ações criminosas, funcionando a pena como uma ameaça capaz de afastar do delito todos os possíveis autores.”

<sup>119</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 133/138: “A elaboração do iniciador da moderna ciência do direito penal significou, em seu tempo, a mais inteligente fundamentação do direito punitivo. Na concepção de Feuerbach, a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma ‘coação psicológica’ com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. [...] Presumia-se, assim, que ‘o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas fisicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga’ [...] tais ideias tiveram como consequência levar o Estado a ‘fundamentar a pena utilizando os princípios que os filósofos do Iluminismo opuseram ao absolutismo’ [...] Hassamer – que abordou o tema com muita propriedade – refere-se à mesma crítica que apontamos em relação à instrumentalização do homem delinquente, para servir de exemplo aos demais cidadãos, observação que já havia sido feita por Kant. A prevenção geral, neste particular, ameaça a dignidade humana. Os problemas empíricos, por sua vez, podem apresentar-se da seguinte forma: 1º) Conhecimento da norma jurídica por seu destinatário [nem todo cidadão conhece a norma jurídica que supostamente deveria intimidá-lo] [...] 2º) A motivação do destinatário das normas [...] demonstrou-se que a ideia de um *homo oeconomicus*, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, conseqüentemente, ‘desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de executá-la, leva à conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la’. infelizmente, esse *homo oeconomicus*, que a fórmula da prevenção geral supõe, não existe. [...] Em todo caso, não se duvida que a pena intimida, e por isso deve preocupar-nos a proporcionalidade das cominações penais duras e seu efeito intimidatório, isto é, não se pode castigar amedrontando desmedidamente (embora isso ocorra)”.

volte a delinquir<sup>120</sup>: fomentando-se a ressocialização dos corrigíveis, intimidando os que não precisam ser reeducados e neutralizando os incorrigíveis<sup>121</sup>.

Por um lado, a prevenção especial traz melhores instrumentos para a análise individual da pena e do tratamento carcerário<sup>122</sup>; no entanto, por outro lado, pode conduzir ao total arbítrio estatal na aplicação e na duração da pena<sup>123</sup>, além de trazer consigo a formação do estereótipo do criminoso<sup>124</sup>, o que se contrapõe, em termos práticos, ao próprio ideal ressocializador, eis que fomenta o sentimento de aversão social à figura do delinquente<sup>125</sup>. Ademais, a teoria relativa da prevenção

---

<sup>120</sup> SILVA, 2009, p. 27: “Na prevenção especial a pena age sobre o condenado, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir e possa ser corrigido.”

<sup>121</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 139/140: “Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuidade. [...] A ‘obsessão defensivista’ aparece na cena jurídica: ‘Em primeiro lugar a sociedade; o delinquente como membro doente da mesma, deve ser extirpado, ainda que se tente sua recuperação, mas sem esquecer que se esta fracassar terá de ser definitivamente excluído do corpo social, recorrendo, se for necessário, à pena de morte ou à prisão perpétua’. [...] A pena, segundo essa nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade.”

<sup>122</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 142/143: “Assim como acontece com a prevenção geral, também a prevenção especial é objeto de grandes objeções doutrinárias. Alguns méritos, porém, são-lhe reconhecidos. Por exemplo, aos positivistas devemos a destruição do mito indeterminista, a explicação com bases mais científicas das que até então se usava do fato delitivo, e também algo verdadeiramente transcendental, como a colocação do indivíduo no centro da problemática regulada pelo direito penal. [...] Outro mérito da teoria preventivo-especial é o fato de chamar a atenção sobre a pena sob dupla perspectiva: pragmática e humanizadora. [...] Um aspecto importante, sem dúvida, é a medição da pena, na qual a prevenção especial desempenha um papel relevante, especialmente no momento de examinar as agravantes e as atenuantes que concorrem em um fato determinado. [...] Uma consequência lógica da teoria preventivo-especial ressocializadora é, no âmbito penitenciário, o tratamento do delinquente.”

<sup>123</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 144: “A teoria não permite também que se examine a delimitação temporal de uma pena fixa, ocorrendo a intervenção estatal por tempo indefinido. Segundo essa assertiva, pode-se supor que a aplicação de uma pena privativa de liberdade é válida até que se obtenha a correção definitiva do delinquente. Resumindo, a teoria da prevenção especial deixa o cidadão ilimitadamente ao arbítrio jurídico-penal do Estado.”

<sup>124</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 142: “Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não em penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito de igualdade. Já medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, que deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade.”

<sup>125</sup> BELLI, 2004, p. 30/31: “O primeiro aspecto importante a observar neste eixo micro das explicações sobre a violência envolve a crença na irredutibilidade das diferenças: o criminoso seria um ser diferente, cuja corrosão do caráter e corrupção moral não comportariam outra resposta para a defesa da sociedade senão a linguagem da violência e da brutalidade. No senso comum, o medo diante do crime vem acompanhado frequentemente da construção social do perfil dos prováveis delinquentes, invariavelmente definidos como pobres, favelados e, quase sempre, negros. Pesquisa de Sérgio Adorno, por exemplo, demonstrou que negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial, têm maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e maiores dificuldades de usufruir do direito à ampla defesa, resultando em maior probabilidade de serem punidos comparativamente aos réus brancos. A condenação moral é evidente quando se denuncia o crime como uma doença. O criminoso, por seu turno, é na maioria das vezes equiparado, no senso comum, à expressão acabada de uma patologia social. Nesse diapasão, não haveria outro remédio para salvar a sociedade da destruição e da decadência moral senão a destruição pura e simples dessas ameaças, ou seja, a cura para a enfermidade do crime é a erradicação do mal pela raiz: a eliminação do criminoso. A

especial encontra entraves de ordem prática, jurídica e penitenciária, no que se refere ao seu ideal de ressocialização, pela falta de estrutura carcerária, insuficiência de pessoal especializado e eventual imposição da ideologia estatal ao indivíduo<sup>126</sup>.

É a partir das teorias mistas, unificadoras ou ecléticas, que se distingue a justificação da pena de sua inerente finalidade. Tais teorias têm o desiderato de agregar os aspectos centrais da retribuição e da prevenção, geral e específica, determinando que a pena existe por ser a exata medida contraposta ao fato delituoso, mas sua cominação serve à intimidação e sua execução se destina à ressocialização<sup>127</sup>.

O problema da unificação das teorias anteriores é a perpetuação dos respectivos defeitos, que não se resolvem pela simples reunião, além do acréscimo de contradições resultante da reunião de ideais distintos<sup>128</sup>.

Embora, hodiernamente, se reconheça também as variações teóricas conhecidas por teoria da prevenção geral positiva e teoria da prevenção geral limitadora, tais categorias talvez ainda não tenham sido suficientemente desenvolvidas a ponto de provocar influência específica no paradigma prisional brasileiro, quiçá mundial. Ao menos o substrato ideológico básico componente

---

desumanização das categorias sociais identificadas como potenciais criminosos é parte do processo de exclusão da comunidade moral.”

<sup>126</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 149/150: “O magistério de Muñoz Conde, representativo de boa parte da doutrina estrangeira, indica que os sistemas que se baseiam em ideias pouco concretas de tratamento ressocializador situam-se entre a tensão de dois polos bem definidos, a saber: de um lado a impossibilidade material de realizar qualquer tratamento penitenciário por falta de pessoal capacitado e de meios adequados para isso, e, de outro, o perigo de manipulação do réu, situação absolutamente inaceitável. Diante de um panorama como esse, é natural que recusemos qualquer tentativa de imposição de certo modelo estatal, ou, em outros termos, de ressocializar ou reeducar coativamente quem delinuiu. Isso atenta contra os direitos fundamentais do cidadão, mesmo quando haja transgredido as normas penais em prejuízo da comunidade.”

<sup>127</sup> SILVA, 2009, p. 27/28: “Da combinação entre as teorias absolutas e relativas, surgem as teorias mistas ou ecléticas, que sustentam o caráter retributivo da pena, mas agregam a essa função a de reeducação e inocuização do criminoso, embora, em geral, coloquem em primeiro plano a retribuição. Para estas teorias, o objetivo da prevenção não exclui a retributividade da pena, finalidades estas que se complementam. A propósito, a didática explicação de Francisco de Assis Toledo: Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se complementam. E, ainda que isto possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, pois não se pode negar que a pena cominada não é igual à pena concretizada, e que esta última é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isto: verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica da comunidade dos homens livres.”

<sup>128</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 153: “O choque entre princípios, ideias, finalidades e fundamentos, absolutamente distintos era inevitável. O que poderia resultar aconselhável em termos de prevenção geral poderia contrariar o princípio da culpabilidade ou da proporcionalidade, e ambos poderiam, inclusive, colidir com as previsões da prevenção especial. Os problemas decorrentes de tudo isso se concretizam na hora da cominação penal ou da determinação judicial e penitenciária da pena.”

dessas construções teóricas não foi identificado nesta pesquisa como objeto relevante para constituir a análise aqui desenvolvida.

Destarte, fixadas essas premissas históricas mínimas de contextualização da pena privativa de liberdade, bem como as teorias que a circundam e os modelos de sistema carcerário que a orbitam, chegou é o momento de analisar sua inserção no paradigma brasileiro.

## 2.2 - O PARADIGMA BRASILEIRO

Não se intenciona, no presente tópico, exaurir todos os aspectos que orbitam o modelo prisional brasileiro, mas sim, traçar as linhas gerais desse arquétipo, permitindo-se a completude de compreensão das suas características básicas, a partir da qual poder-se-á estabelecer e contextualizar a discussão acerca dos direitos fundamentais.

Assim, observa-se que o modelo prisional brasileiro é constituído por influências ecléticas, não só no que se refere à execução da pena, mas também no que diz respeito à respectiva justificação e finalidade, adotando características de diferentes escolas penais e distintos modelos prisionais.

Inicialmente, necessário distinguir entre a prisão-pena e a prisão sem pena. A primeira que decorre da sentença penal condenatória transitada em julgado, ao passo que a segunda pode ter natureza cível ou penal, mas não constitui sanção atribuível pelo ordenamento jurídico ao ato ilícito do agente<sup>129</sup>.

No Direito Penal e no Direito Processual Penal, entretanto, distingue-se entre a prisão provisória e a prisão definitiva<sup>130</sup>. Aquela se subdivide em três subespécies

---

<sup>129</sup> TOURINHO FILHO, 2004, p. 568: “Ao lado da prisão-pena, isto é, prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, temos ainda a prisão sem pena, que, como o próprio nome está a indicar, não deflui de condenação. Temos a prisão civil, assim denominada porque decretada pelo Juiz do cível, nas hipóteses previstas nos arts. 733, parágrafo único, e 904, §1º, ambos do CPC; a prisão disciplinar prevista nos arts. 35, 37, 60, §1º, e 69, §§5º e 7º, da Lei de Falências; a prisão do retentor de título prevista no art. 885, parágrafo único, do CPC; a prisão cautelar tratada nos arts. 69 e 81 da Lei n. 6.815, de 19-8-1980, pertinentes à expulsão e extradição; a prisão cautelar de natureza constitucional prevista no art. 139, II, *b*, da CF, admitida durante o estado de sítio; e a prisão cautelar de natureza processual, que se apresenta sob cinco modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva *stricto sensu*; c) prisão temporária; d) prisão resultante de pronúncia; e e) prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.”

<sup>130</sup> OLIVEIRA, 2009, P. 431: “Em tempo, um esclarecimento que pode se revelar útil: toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão *provisória*. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória

de prisão: pré-cautelar<sup>131</sup>, temporária e preventiva, sendo estas duas últimas formas tipicamente cautelares. A ideia de prisão cautelar penal remonta o caráter de custódia, verificado até a Idade Média, eis que, não obstante o desiderato de assegurar o provimento final do processo penal ou a incolumidade da instrução criminal, o segregado fica aguardando para ser apenado conforme cominação legal. Mostra-se inclusive discutível a ideia de cautelaridade da prisão penal, porquanto mais se assemelha à antecipação de tutela, uma vez que o objetivo da ação penal é a segregação, decorrente do *jus puniendi* estatal<sup>132</sup>.

Fato é que as prisões cautelares, por consistirem mitigação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), têm regras específicas de cabimento, previstas no Código de Processo Penal e na Lei 7.960/89. No particular, preciso é que se sublinhe que a Lei 12.403/11 modificou profundamente a disciplina normativa dispensada às prisões cautelares: a partir da sua vigência, a prisão preventiva, que já era medida excepcional, teve seu rol de cabimento ainda mais restrito, exatamente para figurar como *extrema ratio* da *ultima ratio* na fase de cognição do processo.

Por causa disso, à prisão preventiva foi acrescentado novo requisito: a imprescindibilidade – consistente na impossibilidade de substituição da prisão por outra medida cautelar diversa do encarceramento. Noutras palavras, se outrora se poderia decretar a preventiva somente com base em indícios de autoria e materialidade, acrescentados ao implemento de alguma das hipóteses do art. 312 do CPP (manutenção da ordem pública, econômica, conveniência da instrução e

---

passada em julgado, também chamada de prisão definitiva, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico.”

<sup>131</sup> AVENA, 2012, p. 887/888: “se as modificações introduzidas pela citada Lei 12.403/2011 suprimiram do flagrante o atributo de manter o agente sob custódia após o recebimento do auto de prisão pelo juiz, exigindo para tanto a sua conversão em prisão preventiva, resta conclusivo que tais mudanças afastaram, também, a possibilidade de ser a prisão em flagrante considerada uma prisão cautelar. Afinal, se houver a necessidade de tutelar a investigação ou o processo, é a prisão preventiva que deve ser decretada como resultado da conversão do flagrante. Neste contexto, é a prisão preventiva que possui natureza cautelar e não a prisão em flagrante que, por anteceder à preventiva no contexto do art. 310, II, do CPP, assume, então, a natureza de prisão pré-cautelar.”

<sup>132</sup> Essa discussão fica mais evidente, inclusive, pela possibilidade de detração do tempo de prisão provisória, conforme estipula o Código Penal: “Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”. Ademais, a possível progressão de regime do preso provisório também constitui marcante indicativo de que a prisão provisória tem a mesma natureza da pena definitiva, o que demonstra o caráter antecipatório da sanção criminal, ao contrário da aludida natureza cautelar. Conforme o enunciado de súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

garantia de aplicação da lei penal)<sup>133</sup>, hodiernamente só se poderá decretá-la quando, além da conjugação desses requisitos, não for possível substituí-la por alguma das medidas cautelares<sup>134</sup> prescritas no art. 319<sup>135</sup> do Código de Processo Penal<sup>136</sup>.

Quanto à prisão temporária, não obstante discussão outrora relevante, hodiernamente prevalece o entendimento de que só é possível decretá-la quando conjugadas as hipóteses do inciso I do art. 1º da Lei 7.960/89<sup>137</sup>, com as dos incisos

---

<sup>133</sup> Código de Processo Penal: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

<sup>134</sup> AVENA, 2012, p. 959: “considerando o que dispõe o art. 282, §6º, do CPP, no sentido de que a prisão preventiva apenas poderá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, também este aspecto deverá integrar a decisão judicial que a ordenar, sob pena de nulidade.”

<sup>135</sup> Código de Processo Penal: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.”

<sup>136</sup> Código de Processo Penal, art. 282: “§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). [...] §6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

<sup>137</sup> Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

II ou III do mesmo dispositivo<sup>138</sup> e, ainda assim, desde que não seja possível substituí-la por alguma medida cautelar diversa (art. 319, CPP)<sup>139</sup>.

No que se mostra igualmente relevante ao presente estudo, necessário destacar que o preso provisório deve ser separado do preso definitivo<sup>140</sup>, embora tal regra seja amplamente violada no Brasil<sup>141</sup>. Ademais, releva sublinhar que, pela própria natureza provisória das prisões cautelares, há prazo de validade para sua duração. A prisão temporária tem prazo explícito, conforme se constata da leitura *caput* do art. 2º da Lei 7.960/89<sup>142</sup> e do §4º do art. 2º da Lei 8.072/90<sup>143</sup>.

Já no que se refere à prisão preventiva, não obstante a ausência de prazo expresso, vale destacar que os requisitos exigidos para sua decretação constituem elementos circunstanciais efêmeros, seja porque tendem a ser substituídos pelas razões do decreto final – absolutório ou condenatório – seja porque não poderão se perpetuar indefinidamente no tempo. Assim, para perdurar durante o processo, o

---

<sup>138</sup> NUCCI, 2008, p. 585: “o art. 2º, §4º, da Lei 8.072/90, possibilitou a decretação da temporária a todos os delitos hediondos e equiparados, logo, os previstos nos arts. 1º e 2º da referida lei. Por isso, aos já mencionados acima, adicione-se a tortura e o terrorismo. Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I [do art. 1º da Lei 7.960/89] foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado.”

<sup>139</sup> AVENA, 2012, p. 844: “Portanto, é lógico que, sendo possível evitar a decretação da prisão temporária e, no seu lugar, impor uma das medidas restritivas do art. 319, assim deve proceder o Juiz. Não, porém, por força da regra do art. 282, §6º, do CPP, que reputamos não aplicável à prisão temporária, pelos motivos já examinados, e sim porque esta forma de custódia, efetivamente, apenas deve ser decretada nas situações de imprescindibilidade para as investigações, ou seja, quando não se afigurar viável outra solução que não implique privação da liberdade.”

<sup>140</sup> Código de Processo Penal: “Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal. Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.”. Lei 7.960/89: “Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.”

<sup>141</sup> RANGEL, 2013, p. 842, referindo-se ao art. 3º da Lei 7.960/89: “Dispositivo inútil, que não tem o menor respeito por parte do administrador no Brasil, pois é cediço que as delegacias de polícia estão superlotadas e não há a menor vontade de se solucionar o problema. A regra inserta neste dispositivo legal é corolário lógico do disposto no art. 300 do CPP. Porém, os presos provisórios acabam sendo misturados aos presos condenados, que aguardam resposta aos seus recursos, ou aos que já estão com trânsito em julgado de sua decisão condenatória. O legislador cria o direito, o Judiciário tenta conceder, mas o Executivo não cria a estrutura material para a incidência fática da norma. Ou seja, trata-se de dispositivo inútil, como o próprio administrador.”

<sup>142</sup> Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>143</sup> §4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

baluarte fático-jurídico que respalda a segregação excepcional deve permear todo o lapso temporal em que se impõe a limitação de liberdade.

Ademais, cediço é que a inobservância dos prazos, estabelecidos pelo Código de Processo Penal e pelas leis extravagantes, para o término da instrução criminal<sup>144</sup> nas diversas espécies de procedimento implicarão revogação da prisão.

A prisão-pena, por sua vez, é sanção cominada à prática do crime<sup>145</sup>. No paradigma brasileiro, a prisão definitiva não tem somente o caráter retributivo, mas, igualmente, o objetivo de prevenção<sup>146</sup>, conforme estipula o art. 59 do Código Penal<sup>147</sup>. O mesmo dispositivo também prevê princípios atinentes à individualização judicial da pena<sup>148</sup> e à proporcionalidade, além de estabelecer a substitutividade da privação de liberdade.

Três são os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade hodiernamente vigentes no Brasil: aberto, semiaberto e fechado, conforme estipula o art. 33 do Código Penal<sup>149</sup>. Cristalina é a influência do modelo progressivo no paradigma prisional brasileiro, eis que o próprio Código Penal impõe a execução progressiva da pena privativa de liberdade<sup>150</sup>.

---

<sup>144</sup> A exemplo do art. 412 do Código de Processo Penal: “Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.”

<sup>145</sup> JESUS, 2008, p. 517: “Pena é a sanção afluiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, cujo fim é evitar novos delitos.”

<sup>146</sup> MARCÃO, 2009, p. 1: “A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.”

<sup>147</sup> Código Penal: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

<sup>148</sup> MARCÃO, 2009, p. 11: “A individualização da pena, como se sabe, deve ocorrer em três momentos distintos. Primeiro, na cominação, elaborada pelo legislador; segundo, na aplicação diante do caso concreto, feita pelo julgador, e, por fim, na execução da pena, a cargo do juiz da execução penal. Temos, assim, a *individualização legislativa* ou *formal*, a *individualização judicial* ou *do caso concreto*, no processo de conhecimento, e a *individualização executória*.”

<sup>149</sup> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

<sup>150</sup> Código Penal, art. 33: “§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. § 4º O

Com efeito, *mutatis mutandis*, as características dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil muito se assemelham àquelas verificadas nas fases do *mark system* e do sistema irlandês – agregadas a alguns aspectos do sistema progressivo de Manuel Montesinos e Molina, a exemplo do indulto.

Por fim, impende ressaltar que, conforme estabelece o art. 3º da Lei de Execuções Penais, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Assim, todas as consequências da pena privativa de liberdade devem decorrer da própria condenação, constituindo excesso quaisquer violações a direitos que sobrepujem tais disposições. Exatamente para explicitar essa ideia, a LEP cuidou de elencar os direitos<sup>151</sup> preservados pelos apenados<sup>152</sup>, num rol *numerus apertus*, que deve sempre ser interpretado extensivamente<sup>153</sup>.

---

condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”

<sup>151</sup> Lei de Execuções Penais: “Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção. Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.”

<sup>152</sup> MARCÃO, 2009, p. 10: “Dentre outros, são assegurados aos executados os seguintes direitos: inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, *caput*, da CF); de igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, I, da CF); de sujeição ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); de integridade física e moral, não podendo ser submetidos à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III e XLIX, da CF; Lei nº 9.455, de 7-4-1997); liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV, da CF; Lei nº 5.250, de 9-2-1967, alterada pela Lei nº 7.300, de 27-3-1985); direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V, da CF; Lei nº 5.250, de 9-2-1967, alterada pela Lei nº 7.300, de 27-3-1985); liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF); de não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII, da CF); expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, da CF);

Certo é, como se demonstrará no capítulo seguinte, que o paradigma prisional brasileiro, tal qual estabelecido na legislação pátria, confere aos encarcerados grande redoma de respeito físico e moral, no entanto carece do principal: efetividade prática. É inegável o fato de que os estabelecimentos carcerários não se amoldam às prescrições legais da Constituição Federal e da Lei de Execuções Penais<sup>154</sup>, no entanto, resta examinar em que medida tal incorre.

### 2.3 - AS RUPTURAS DO DIREITO AO ENCARCERAMENTO DIGNO

Descrito, em linhas gerais, o paradigma prisional brasileiro, e analisadas suas influências, necessário é que se avalie, doravante, se tal modelo observa o direito ao encarceramento digno, assim compreendido como o respeito aos direitos fundamentais dos encarcerados. Primeiramente, necessário adiantar alguns

---

inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, da CF); inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII, da CF); plenitude da liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da CF); o direito de propriedade (material e imaterial), ainda que privado, temporariamente, do exercício de alguns dos direitos a ela inerentes (art. 5º, XXII, da CF); o direito de herança (art. 5º, XXX, da CF); o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, e obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, *a e b*, da CF); direito à individualização da pena de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, LIII e LVIII, entre outros, todos da CF); relacionados ao processo penal em sentido amplo (art. 5º, LIII a LVIII, entre outros, todos da CF); direito de impetrar *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data* (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII da CF), com gratuidade (art. 5º, LXXVII, da CF); à assistência jurídica integral e gratuita, desde que comprove insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CF); indenização por erro judiciário, ou se ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, da CF).”

<sup>153</sup> MARCÃO, 2009, p. 33: “É bem verdade que o art. 41 [da LEP] estabelece um vasto rol, onde estão elencados o que se convencionou denominar *direitos do preso*. Referido rol é apenas exemplificativo, pois não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo daquela que se encontra presa, e assim submetida a um conjunto de restrições. Também em tema de *direitos do preso*, a interpretação que se deve buscar é a mais ampla, no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito dele. Deve-se buscar, primeiro, o rol de restrições. O que nele não se inserir será permitido, e, portanto, direito do encarcerado. Direito, é certo, que deverá ser interpretado tomando-se por base a condição de pessoa humana, ainda que sujeita às restrições permitidas no ordenamento jurídico. É preciso ter lógica e coerência na interpretação das regras proibitivas, seja para impedir ou permitir a prática de determinada conduta.”

<sup>154</sup> MARCÃO, 2009, p. 34: “Ressalte-se, por oportuno, que é público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam de mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social.”

números e dados estatísticos aptos a contextualizar a medida da inobservância das prescrições legais.

O Centro Internacional de Estudos Penitenciários (ICPS – International Centre for Prison Studies), órgão auxilia os governos e outras agências relevantes para o desenvolvimento de políticas adequadas em matéria de prisões e uso de prisão, verificou que o Brasil ocupa o 4ª lugar no número de apenados ficando atrás dos Estados Unidos, China, e Rússia. (674.100); dado também evidenciado pelo sistema INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça em que se verifica que a população carcerária do Brasil em saltou de 422.690 em 2007 para 548.003 em 2012<sup>155</sup>.

O relatório do ICPS, afirma que o país, apresenta taxa de encarceramento para cada 100 mil habitantes de 274 presos, ficando à frente de países como EUA, Rússia, Cuba, Ucrânia, Tailândia, África da Sul, e Iran. Por outro lado, no que se refere à taxa de ocupação de preso por vaga, o Brasil possui média de 1,8 presos por vaga enquanto países como Japão e Alemanha possuem, respectivamente, 0,8 e 0,92<sup>156</sup>.

No que se refere ao percentual de presos provisórios, o Brasil possui 38% de presos em regime provisório, ocupando a 79ª posição no globo, ficando à frente de países como México, Venezuela, Peru, Índia, Haiti, Bolívia. O pior país no ranking, a Líbia conta com 87,2 % de presos provisórios. A melhor taxa de presos provisórios está no Japão com apenas 10,7%, conforme relatório do International Centre for Prison Studies<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Segundo o Centro Internacional de Estudos Penitenciários (ICPS – International Centre for Prison Studies) o Brasil ocupa o 4ª lugar no número de apenados ficando atrás dos Estados Unidos com 2.228.424, A China com 1.701.344 e Rússia 674.100, dado também evidenciado pelo sistema INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça em que se verifica que a população carcerária do Brasil em saltou de 422.690 em 2007 para 548.003 em 2012, disponível em Fonte: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief> e <http://www.infopen.gov.br> acessado em 18.03.2014.

<sup>156</sup> O ICPS, afirma que o país, no quesito taxa de encarceramento para cada 100 mil habitantes do Brasil é de 274 para cada 100 mil. Ficando a frente dos EUA,(707) Rússia (470), Cuba (510)Ucrânia (347), Tailândia (413), África da Sul (294) e Iran(284). Segundo o INFOPEN, Em 2007 a taxa de encarceramento no Brasil saltou de 230 para 274 em 2011.Em se tratando de taxa de ocupação de preso por vaga, o Brasil possui média de 1,8 presos por vaga enquanto país como Japão possui 0,8 e Alemanha 0,92 em que se verifica também que em 2007, era de 1,53 e em 2011 saltou para 1,8, segundo o sistema INFOPEN, , disponível em Fonte: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief> e <http://www.infopen.gov.br> acessado em 18.03.2014.

<sup>157</sup> Segundo ICPS, o percentual de presos provisórios o Brasil possui, com 38% de presos provisórios 79ª Posição no globo, ficando a frente de países como México 42,1%, Venezuela 64,1%, Peru 54,2%, Índia 66,2%, Haiti 70,6% , Bolívia 83,3% , e a pior no ranking Libia com 87,2 % de presos provisórios . As melhores taxa de presos provisórios está no Japão com apenas 10,7%, Rússia e Inglaterra com 12%, Alemanha 16, Portugal 17, EUA 21% Canadá 35%, Itália 36%, conforme relatório do International Centre for Prison Studies, , disponível em Fonte: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief> e <http://www.infopen.gov.br> acessado em 18.03.2014.

Ressalta-se que o Brasil tem apresentado um expressivo aumento de sua população prisional, que entre 1995 (148.760) e 2012 (548.003), sofreu um aumento de mais de 340%. Isso gerou como consequência um quadro de superlotação, visto que o país possui, segundo dados de dezembro de 2012, um total de 318.739 vagas no sistema prisional, já somadas com as 8.052 vagas em delegacias de polícia<sup>158</sup>.

Houve pouca criação de vagas prevalecendo na maioria dos Estados prisões ruins, pletóricas, fétidas onde condições são atroz, desumanas, e os presos, de diferentes categorias se misturam criando condições de ausência de controle oficial em virtude do comando de vida interna por parte de presos abastados, narcotraficantes, chefes de bandos, cuja ação se estende para além de seus muros<sup>159</sup>.

Também se sabe, que atualmente, conforme dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão, (BNMP) mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>160</sup>, existem 301.059 mandados de prisão aguardando cumprimento no Brasil, 187.024 cumpridos e 25.865 expirados. Em complemento, o relatório divulgado no mês de março de 2013 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), intitulado “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”<sup>161</sup>, apurou um déficit equivalente a 150 mil vagas. Fica novamente constatado, portanto, déficit de

---

<sup>158</sup> Dados referentes a dezembro de 2012, o Brasil tem 318.739 vagas, sendo 310.687 em unidades prisionais e 8.052 em delegacias de polícia, disponível em Fonte: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief> e <http://www.infopen.gov.br> acessado em 18.03.2014.

<sup>159</sup> LEAL, afirma, que apesar do apoio do governo federal e de alguns governos estaduais para superar as deficiências das atuais condições do sistema penitenciário mediante a construção de novo, A obrigação é Estatal, dependendo de decisões dos Governadores e suporte financeiro para mante-lo. Em muitos Estados, entretanto, a falta de respeito às normas de execução, encaradas por alguns como meros conjuntos de princípios programáticos ou com agendas de aspiração, é tão abismal que o ministério da justiça, por conduto do departamento penitenciário nacional, tem tentado, como instrumento de pressão, com resultados nem sempre favoráveis, vincular a liberação de recursos ao cumprimento mínimo da legislação pertinente, tal situação burocrática, aumenta a força do crime organizado nas unidades prisionais em que acerca do *organizado crime*, o Voto de Arrazoado do de Antonio Augusto Cançado Trindade à Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Medidas Provisórias de Proteção, no caso da Penitenciária de Araquara versus Brasil, de 30.09.2006: “...*Tal descontrole conduz ao crime organizado no interior das próprias prisões, afetando a população como um todo, alcançando uma escala de violência crônica e aumentando consideravelmente as vítimas potenciais. É todo o tecido social que se vê ameaçado por este estado de decomposição da sociedade, realçando o caráter verdadeiramente erga omnes das obrigações estatais de proteção de todas as pessoas sob sua jurisdição*” (LEAL, Pág. 132).

<sup>160</sup> Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/>>. Acesso em 03/11/2013.

<sup>161</sup>

<[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional\\_w eb\\_final.PDF](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_w eb_final.PDF)>. Acesso em 03/11/2013.

Fonte:

302.422 vagas nos presídios brasileiros, mas os estabelecimentos prisionais abrigam 448.969 presos, 48% acima da capacidade.

Nesse contexto, o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais apresenta-se, *primo icto oculi*, como um dos principais entraves à concretização do encarceramento digno. Note-se que, caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão que hoje já foram expedidos, os estabelecimentos prisionais ficariam preenchidos em patamar aproximadamente 150% superior à sua capacidade. Nessa conjectura torna-se impossível, por exemplo, dar cumprimento à alínea a do parágrafo único do art. 88 da Lei de Execuções Penais<sup>162</sup>, que estabelece parâmetro mínimo de salubridade para a existência humana<sup>163</sup>, sem mencionar a inviabilização da necessária separação dos presos<sup>164</sup>.

Tais circunstâncias, obviamente violadoras dos direitos humanos fundamentais, compõem os fatores que levam os estudiosos a reputarem as prisões brasileiras como masmorras<sup>165</sup>, nas quais se observa com frequência o amontoamento de presos que têm de se revezar para dormir<sup>166</sup>. Constante é o baluarte das reivindicações, que frequentemente provocam rebeliões<sup>167</sup>, assentado

---

<sup>162</sup> Lei de Execuções Penais: “Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà 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 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).”

<sup>163</sup> De acordo com o aludido relatório do CNMP, dos 1.598 locais inspecionados, em 780 não havia camas e 365 não tinham colchões para todos os detentos. Em 1.099 estabelecimentos, os presos não dispunham de água quente para banho e, em 636, não eram fornecidos produtos de higiene pessoal. Além disso, 1.060 estabelecimentos não forneciam toalha de banho e em 671 não havia distribuição de preservativos.

<sup>164</sup> Conforme o citado relatório do CNMP, em 79% dos estabelecimentos, não há separação entre presos provisórios ou definitivos; em 67%, não há separação em função dos regimes; em 78%, não há separação entre primários e reincidentes; em 68%, não há separação por periculosidade ou por delito; e em 65%, aglutinam-se presos de diferentes facções criminosas.

<sup>165</sup> NUCCI, 2008, p. 1005: “na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.”

<sup>166</sup> FAVORETTO, 2012, p. 43: “Na verdade, o que se verifica na prática é uma realidade extremamente distante do cenário ideal previsto pela lei. Segundo esclarece Roberto Porto, ‘é comum, em estabelecimentos penitenciários brasileiros, presos se revezarem para dormir, ou amarrarem seus corpos às grades já que o espaço interno da cela não permite que todos se deitem ao chão ao mesmo tempo. A superlotação é o mais grave – e crônico – problema que aflige o sistema prisional brasileiro’.”

<sup>167</sup> Segundo o aludido relatório do CNMP, entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões no sistema prisional. No mesmo interregno, houve 769 mortes. Ademais, registraram-se 23.310 fugas.

na superlotação<sup>168</sup>, traduzindo o desiderato do encarceramento digno, no qual o preso não tenha de ser sujeitoado às privações de direitos que não decorrem da sua condenação<sup>169</sup>.

A superlotação fomenta a dissociação entre o preso e a sociedade, eis que exposto à realidade vivenciada no cárcere, completamente seccionada daquela encontrada no mundo exterior<sup>170</sup>. A subcultura carcerária impõe a prisionalização<sup>171</sup>,

---

<sup>168</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 228: “Em geral os reclusos vivem em condições de ‘amontoamento’, havendo poucas condições de as autoridades penitenciárias realizarem adequada supervisão e vigilância interna. A clássica prisão fechada cria um ambiente propício para a existência de relação e comportamentos homossexuais. São frequentes as rivalidades étnicas ou entre grupos distintos. Todas essas condições favorecem um elevado índice de conflitividade, razão pela qual a maior parte dos motins carcerários de produz nas prisões fechadas. O problema se agrava consideravelmente quando se trata de macroprições, onde a tensão aumenta e explode, geralmente, em violência e frustração.”

<sup>169</sup> LEAL, 2012, p. 332: “Sob o olhar indiferente e cúmplice do Estado, na prisão se pratica toda sorte de ações que traduzem uma desatenção aos direitos humanos, na medida em que, muito mais do que a própria liberdade (já que sem esta, no dizer de Berdiaeff, nem sequer há pessoa) e contrariamente aos princípios essenciais do Estado de Direito Democrático, o presidiário perde muitos outros de seus direitos, num *locus* decrépito e lutuoso, no qual se amalgamam a coabitação compulsória, a violência intrínseca ao encerro e a estigmatização”.

<sup>170</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 174/178: “As condições peculiares de vida a que os reclusos são submetidos estimulam o surgimento de um sentimento que se poderia chamar de *consciência coletiva*, cujo conteúdo se define, basicamente, por valores que contradizem os que a maioria considera legítimos. Essa *consciência coletiva* define um sentimento antagônico em relação à comunidade livre. No entanto, não é fácil caracterizar com precisão o sistema social e a subcultura da prisão. O mundo dos reclusos é um mundo confuso, sendo temerário afirmar que possua uma estrutura social claramente definida, já que não existem valores e objetivos claros e consolidados. Subsiste uma relação conflitiva entre os próprios internos ou entre estes e os funcionários. [...] Os valores que caracterizam o sistema social do recluso organizam-se em torno dos criminosos mais incorrigíveis do sistema. A detenção de poder no interior das prisões manifesta-se das formas mais variadas e em circunstâncias que, no mundo livre, não assumem nenhuma importância. Pode, por exemplo, expressar-se pela maior ou menor quantidade de tabaco, pela capacidade de influir junto ao pessoal penitenciário etc. Pode também externar-se por manifestações desumanas, como o fato de dispor dos serviços de outro recluso, como se fosse um verdadeiro escravo. Todos os valores e atitudes do sistema social carcerário estão impregnados de forte antagonismo em relação aos valores da sociedade exterior. Expressam esse antagonismo na renegação que fazem às pessoas que desempenham as diversas funções no aparato repressivo (juízes, promotores, policiais, agentes etc.)”.

<sup>171</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 190/191: “A prisionalização é o efeito mais importante que o subsistema social carcerário produz no recluso. Prisionalização é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Trata-se de conceito similar ao que em sociologia se denomina assimilação. Quando uma pessoa ingressa em um grupo, ou quando dois grupos se fundem, produz-se uma assimilação. A assimilação implica um processo de aculturação de parte dos incorporados. As pessoas que são assimiladas vêm a compartilhar sentimentos, recordações e tradições do grupo estabelecido, também chamado estático. [...] A prisionalização também se assemelha consideravelmente com o que em sociologia se chama processo de socialização. Esse é o processo por meio do qual ensinam a uma criança os modelos de comportamento social. *Mutatis mutandis*, guardadas as devidas diferenças, o recluso é submetido a um processo de aprendizagem que lhe permitirá integrar-se à subcultura carcerária. Para Antonio Garcia-Pablos y Molina ‘o cárcere, segundo demonstram os enfoques subculturais modernos, é uma subcultura. Em outros termos, é um conjunto normativo autônomo que coexiste paralelamente com o sistema oficial de valores’. Trata-se de uma aprendizagem que implica um processo de ‘dessocialização’. Esse processo dessocializador é um poderoso estímulo para que o recluso rejeite, de forma definitiva, as normas admitidas pela sociedade exterior.”

que implica a submissão do recluso à observância de normas<sup>172</sup> e códigos de comunicação particulares do ambiente em que se encontra<sup>173</sup>. Assim, facilita-se a inserção do recluso nas associações criminosas organizadas, a partir do seu contato com membros que lhe impõe, não raro de maneira violenta e desumana, a filiação e a fidelidade à organização<sup>174</sup>. Inegável, assim, o fator criminógeno que a prisão exerce, fomentando a reiteração das práticas criminosas e o aprimoramento das já

---

<sup>172</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 186/188: “O *código do recluso* é a expressão mais elaborada das regras básicas da sociedade carcerária. Não se trata apenas de simples atitudes ou de valores mais ou menos antagônicos em relação à sociedade livre. O *código do recluso* implica o estabelecimento de determinadas normas de cumprimento obrigatório, e eventual desobediência significa a imposição coercitiva de alguma sanção. Trata-se de uma das expressões mais típicas do antagonismo com a sociedade, que, nesse caso, é representada pelo pessoal penitenciário. Sua finalidade principal é que não haja colaboração com o ‘inimigo’. [...] As normas fundamentais do *código do recluso* podem ser sintetizadas nas seguintes: 1ª) não se intrometer nos interesses dos detentos; 2ª) não *perder a cabeça*; 3ª) não explorar os detentos (esta é a regra mais descumprida); 4ª) não se debilitar; 5ª) não ser ingênuo. Referidas normas têm a finalidade básica de criar forte coesão entre o grupo e reduzir a vulnerabilidade às influências do tratamento. Esse corpo normativo tem como consequência secundária o fortalecimento do comportamento criminoso e o repúdio das normas reconhecidas como legítimas pela sociedade. Aflora, nesse paradoxo, a incompatibilidade entre os objetivos declarados da pena e a realidade carcerária.”

<sup>173</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 185: “Sob a expressão *gíria penitenciária* pode-se compreender o que se poderia definir como uma linguagem artificial e específica utilizada nos estabelecimentos carcerários, tanto por funcionários quanto por reclusos, para facilitar a relação e compreensão recíprocas. A *gíria carcerária* é uma expressão inevitável da subcultura desse meio. Ignorá-la torna praticamente impossível o trabalho tanto do pessoal penitenciário quanto de eventual pesquisador. Elías Neuman define a *gíria penitenciária* como uma linguagem produto de áreas submersas. Alguns de seus termos são como aríetes de ironia, de ansiedade, de dor, lançados através de um submundo marginal. A natureza de seus vocábulos reflete o analfabetismo, a inadaptação e o conflito do ambiente em que vivem. A função mais importante da *gíria carcerária* é facilitar a comunicação entre os próprios internos. Seu domínio é, geralmente, um dos requisitos fundamentais para que o recluso seja considerado membro da sociedade carcerária.”

<sup>174</sup> LEAL, 2012, p. 131: “Em PCC: A história da Fação: o Perfil de Marcola, o Líder; a Posição do Governo: a Vida nos Presídios, lê-se este impressionante relato: Dentro das cadeias, o PCC impôs-se à força como a mais temida organização criminosa dos cárceres paulistas. As contribuições dos batizados, antes destinadas apenas para ajudar ‘presos pobres’, começaram a financiar armamentos pesados. O tráfico já se transformara no principal negócio. O dinheiro sobrepôs-se à solidariedade. Contra os preceitos do próprio estatuto, muitos pilotos do comando passaram a extorquir quem teimava em não ser ‘irmão’. Num Centro de Detenção Provisória (CDP) de São Paulo, o detento Y é esfoliado – econômica e moralmente. Primeiro é obrigado a bancar a cela que habitava com outros onze presos. Distribui celulares, comida e drogas. Depois perde mais 10.000 reais no jogo de ronda. Quando o dinheiro acaba dois meses depois é humilhado. Apanha quase diariamente. Leva socos, pontapés e madeiradas. Contudo, Y não quer ir para o seguro. A tortura perde a graça. Então, ele fica a maior parte do dia amarrado a lençóis no banheiro do barraco. Passa por sessões de afogamento numa tina. Também perde a graça. Seus algozes o deixam nu, deitado com o peito para cima. Urinam e defecam sobre ele. Depois mandam que dance com uma garrafa de refrigerante enterrada no ânus. Y chora, implora, grita. É amordaçado. A semana seguinte, eles prometem, será mais animada. Quando chega, os presos lhe apresentam uma colher e uma vasilha de plástico cheia de excrementos. Obrigam-no a comer tudo e, ‘para aliviar’, alternam com pedaços de sabonete. É proibido vomitar, o vômito voltaria como ‘reforço alimentar’. A turma ri: ‘o bagulho é doido’. Haveria ainda a última sessão para quitar a suposta dívida de 1.200 reais. Um preso amarra-o com os braços para trás. O piloto do raio faz a vez de dentista. Como ele se nega a abrir a boca, cravam-lhe as mãos no pescoço. Y cede. Então, com um alicate, o piloto tritura um de seus dentes molares superiores. A dor é lancinante. O torturado empapa-se de sangue. Está à beira do desmaio. Mas, ‘para ficar estético’, o piloto arranca-lhe o outro, do lado oposto. Desamarram-no. A dívida está paga.”

assimiladas<sup>175</sup>, distanciando o segregado dos ideais de convivência da sociedade livre, em clara ruptura com o paradigma da prevenção especial, consistente na ressocialização<sup>176</sup>.

Agregado à superlotação, o ócio ao qual se sujeitam os reclusos – dada a impossibilidade de trabalho ou práticas lúdico-recreativas por força da falta de estrutura que impera em grande parte dos presídios e penitenciárias no Brasil – fomenta a violência. Episódios de violência não constituem exclusividade do modelo prisional brasileiro, tão permeado de ocorrências representativas quanto quaisquer outros.

O curioso dos episódios de violência ocorridos no interior dos estabelecimentos carcerários mantidos pelo Estado é a perplexidade gerada pela dicotomia: por um lado, os discursos eleitoreiros destinados ao recrudescimento das políticas públicas de segurança, pugnando pelo aprimoramento do aparelho repressivo e pela multiplicação dos tipos penais, inclusive com maior rigidez das penas; por outro lado e simultaneamente, a completa ignorância de que o Estado sequer se mostra capaz de assegurar a incolumidade física e moral dos internos em um ambiente particularmente fiscalizado.

A questão sexual também se afigura de grande relevância no que se refere à avaliação do encarceramento digno. No Brasil, o art. 41 da Lei de Execuções Penais

---

<sup>175</sup> FAVORETTO, 2012, p. 44: “Assim, pelo menos no campo teórico, devem coexistir de forma harmônica as funções retributiva, preventiva e ressocializadora da sanção penal. Infelizmente, contudo, com a atual situação do sistema carcerário brasileiro, esta finalidade da pena não passa de meta programática, muito distante de sua concretização. Nas palavras de Newton Fernandes e Valter Fernandes ‘a forma de cumprimento da pena na maioria das prisões, dadas as particularidades que as cercam, não contribuem de maneira alguma, para a reeducação ou recuperação do preso [...]. Apenas servem, essas prisões, para que novos crimes sejam ali apreendidos, planejados para o futuro e arquitetados, quase á perfeição, face às experiências trocadas pelo colégio de marginais, dos mais diferentes crimes, que sem nenhuma racionalização são agrupados em expiação a seus delitos. A cadeia, então, ao invés de instrumento de custódia para recuperação de presos, passa a ser verdadeira escola de graduação e, não raro, pós-graduação, para o cometimento de toda espécie de delituosidade’.”

<sup>176</sup> SILVA, p. 40: “O que dizer, então, do crime praticado há muito tempo? Imagine-se um indivíduo que, aos 18 anos de idade, praticara um roubo. Instaurou-se o processo à época do crime, mas diante de entraves processuais a sentença somente teria transitado em julgado depois de 10 anos. O réu, hoje condenado, está com 28 anos de idade e, à exceção do roubo praticado aos 18, não mais se envolveu em prática criminosa. É trabalhador. Tem esposa e filhos. Enfim, uma vida honesta e honrada. Mas a condenação foi imposta no processo: 12 anos de reclusão em regime fechado. Acaba de ser preso e levado à penitenciária... Faz algum sentido falar-se em ressocialização? Acontece que, em qualquer caso, a prisão nunca transformou um criminoso em não-criminoso. Nem jamais o fará! A proposta é por demais absurda: retirar da sociedade (prender) para ressocializar (ensinar a vida em liberdade). De tão insensata, deveria ser suficiente para fazer qualquer professor de Direito Penal corar de vergonha. Mas assim fomos formados e há mais de um século estamos repetindo o mesmo erro, inclusive na formação de novos profissionais do direito.”

somente permite a visita do cônjuge ou do companheiro do detento, sem especificar se o Estado tem o dever de proporcionar o ambiente adequado para que os casais mantenham relações sexuais durante o encontro.

Com efeito, dada a ausência de regulação específica da visita íntima, ficam a cargo dos diretores dos presídios as concessões desse benefício, embora já exista projeto de lei com o desiderato de regulamentá-la<sup>177</sup>. Tendo em vista que a ideia de ordem interna que deve permear a disciplina dos estabelecimentos carcerários muitas vezes se mostra contrária à instituição da visita íntima, em regra tal aspecto é ignorado.

Fato é, entretanto, que a abstinência sexual obrigatória não constitui decorrência lógico-necessária da pena restritiva de liberdade – o que, inclusive, violaria a individualização da pena, ao se sancionar também o cônjuge inocente do segregado<sup>178</sup> –, razão pela qual a ausência de regulamentação não pode constituir óbice ao exercício da expressão da sexualidade.

Não obstante isso, a visita íntima sofre ainda a objeção de constituir ferramenta discriminatória, eis que os detentos solteiros permaneceriam olvidados da expressão de sua sexualidade. Há em doutrina quem defenda a possibilidade de

---

<sup>177</sup> LEAL, 2012, p. 262: “Em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 107, de 1999, de autoria da Deputada Maria Elvira, altera o art. 41 da LEP, inclui o inciso XI (visita íntima) e modifica a numeração dos subsequentes. Na justificção, assevera que dita visita deve ser vista como um direito e não como uma recompensa e aduz que a abstenção sexual, sendo forçada, causa danos e pode gerar um desequilíbrio no indivíduo, aumentar a violência, a belicosidade, as condutas disruptivas e o clima de tensão na unidade. Em 1999, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou, mediante Resolução, que fosse ‘assegurado o direito da visita íntima aos indivíduos de ambos os sexos, recolhidos nos estabelecimentos penais’. [...] Note-se que a Resolução versa sobre a visita íntima de presos ou reclusas, intentando-se com isso opor-se a discriminações que, a despeito do princípio da igualdade, ainda podem existir quanto às mulheres. Entretanto, nem todos os Estados brasileiros autorizam a visita íntima nas penitenciárias femininas, já que existe o receio de que as internas possam engravidar. Por outra parte, não é mencionada a opção sexual. Explico-me: não se especifica que o cônjuge ou outro parceiro sejam do sexo oposto, permitindo-se interpretar que a Resolução não veda a visita entre homossexuais.”

<sup>178</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 220: “Pode-se considerar que a eliminação das relações sexuais constitui uma das privações inerentes à pena privativa de liberdade? Na atualidade, a resposta predominante considera que a privação de relações sexuais constitui uma forma de tratamento cruel na prisão, representando castigo excessivo e injustificado. Asúa afirma que nenhuma lei pode justificar que se impeça o recluso de ter a expressão normal de sua sexualidade. A privação coativa de relações sexuais constitui tratamento desumano e desrespeito à dignidade humana, violando o art. 10, §1º, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Ao impor a pena privativa de liberdade, não se pode incluir, como castigo complementar, a abstinência sexual, que seria uma proibição radical, sem fundamento legal. A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a pessoalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente.”

ingresso de prostitutas<sup>179</sup> e também iniciativas de prisões mistas, nas quais indivíduos dos dois sexos conviveriam, embora esta última solução não tenha sido testada de maneira apta a fundamentar conclusões sobre sua eficácia na lida com o problema sexual<sup>180</sup>.

Esse problema, entretanto, não se circunscreve à discussão sobre a visita íntima. A famigerada violência sexual, que muitas vezes se manifesta de forma brutal<sup>181</sup>, conduz os reclusos a diversos comportamentos contrários à própria opção sexual, aos valores e às convicções filosóficas<sup>182</sup>, isso quando não têm de oferecer

---

<sup>179</sup> A favor, LEAL, 2012, p. 263: “Embora geralmente as visitas sejam reservadas a casados ou em união estável (a parceira deve ser previamente registrada), são abertas exceções para solteiros, autorizando-se em alguns locais, quando não têm relação estável, o ingresso de prostitutas.” Contra, BITTENCOURT, 2011, p. 222: “Embora não se possa negar que a prostituição é uma realidade social, não se justifica a permissão de seu ingresso nas prisões para resolver outro problema social. A prostituição despoja a mulher de sua dignidade de pessoa humana, reduzindo-a a simples objeto mercante. É incompreensível que quem condena a escravidão tolere ou estimule a prostituição. Não há argumento jurídico, moral, ético ou social que autorize a sociedade a justificá-la. nessas circunstâncias, seria inadmissível que o Estado, por meio da administração penitenciária, estimulasse e reconhecesse, sob o manto da visita íntima, a prostituição. É uma atividade que contradiz totalmente os direitos fundamentais do cidadão.”

<sup>180</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 225/226: “A prisão mista pode ser lembrada como uma das últimas tentativas para encontrar uma solução adequada ao problema sexual das prisões. Na verdade, as experiências realizadas até agora são insuficientes e isoladas. [...] Diante das poucas experiências realizadas, não se pode dar uma opinião definitiva sobre a conveniência e os resultados da prisão mista. Porém, essa incerteza não justifica o abandono total dessa alternativa, visto que, em questões penológicas, existe, inevitavelmente, a mesma incerteza no desenvolvimento de todas as matérias relacionadas com o homem e sua liberdade.”

<sup>181</sup> LEAL, 2012, p. 99/100: “Num relato avassalador, disse José Raúl Bedoya, contrabandista de armas que passou a metade de sua vida em calabouços sul-americanos e mexicanos, em seu livro *Inferno entre Rejas*, que o submundo dos ergástulos não pode ser reproduzido com ‘frases adornadas nem palavras rebuscadas, pois para descrever as realidades desnudas a lírica deve estar ausente, e seria tanto quanto querer adornar um cadáver’. O autor narra um episódio que mostra quão cruel pode ser esta realidade: Havia uns vinte sujeitos inalando thinner, tragando pasta, fumando maconha e injetando-se heroína. Faziam uma algaravia insuportável, pois, pelos efeitos das drogas, estavam eufóricos. De pronto, um deles disse: – Na remessa de hoje veio um rapazinho ‘biscoito’, com ele completamos a animação. – Vamos atrás dele – disseram os demais e se foram à sua cela. Tratava-se de um jovem camponês de uns 20 anos, que tinha sido trazido de um cárcere de província para cumprir sua sentença em Santa Martha. Como puderam, romperam o cadeado de sua cela e o retiraram arrastando a um pátio interior, o desnudaram e o sentaram como se fosse um Buda, e um a um iam tirando sua roupa, beijando-o e tocando-o. aquilo se parecia com uma das danças que os índios costumavam dançar quando iam sacrificar alguém. O rapazinho começou a gritar, porém um dos sujeitos lhe tapou a boca com sua cueca imunda, ele tremia com um grande medo refletido em seu olhos. Eu me fiz de adormecido para não despertar a fúria daquelas bestas. Vários se juntaram para agarrá-lo e imobilizá-lo, enquanto os demais, um a um, lhe metiam seu membro; assim sucedeu até que passou por todos. O rapaz não aguentou e morreu em meio a uma grande poça de sangue e excrementos, pois o rebentaram pelas violações consecutivas. Não satisfeitos com o que haviam feito, aqueles abutres lhe cortaram o membro e os testículos e começaram a brincar com eles, atirando-os entre si, para ver se acertavam que lhes caísse na boca. Presenciando semelhante atrocidade, os cabelos se me fizeram um nó e me encrespei todo. Minha mente se turvou e me deixei cair na cama, nervoso e abatido.”

<sup>182</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 210/212: “O homossexualismo na prisão pode ter duas origens distintas: ser consequência de atos violentos ou resultar de relação consensuais. [...] A facilidade com que os reclusos podem sucumbir às práticas homossexuais varia muito de um indivíduo para o outro. Alguns

parentes (mulheres, filhas, irmãs) à satisfação sexual dos demais detentos em troca da vida ou da incolumidade física<sup>183</sup>. Ainda quando o recluso incorpora a figura

---

sofrem profundo conflito emocional antes de ceder à pressão; outros resistem e acabam atingidos por reações neuróticas ou psicóticas que apresentam as características de um pânico impregnado por claro matiz paranoide, que pode chegar a manifestações crônicas. Outros reclusos não têm maiores dificuldades em superar essa barreira. Há um grupo considerável que, como consequência de suas psicopatias superficiais, é basicamente neurótico e possui, muitas vezes, um importante componente homossexual inconsciente. Esse componente pode despertar com grande facilidade, emergindo diante da supressão da privação heterossexual e das numerosas tensões que ela produz. A homossexualidade nas prisões é uma prática comum, podendo-se afirmar que tem caráter universal. As circunstâncias, geralmente desumanas e anormais, da vida prisional, assim como a supressão da relações heterossexuais, são condições que influem decisivamente para que a homossexualidade no interior das prisões seja superior à que se constata fora delas. Essa situação agrava-se com uma planta física inadequada, com pouco ou nenhum trabalho para os reclusos e um tratamento deficiente ou inapropriado. As condições deploráveis em que se cumpre a pena privativa de liberdade transformam o sexo em uma forma de evasão e de 'criatividade'. O homossexualismo adquire significado de tal proporção na sociedade carcerária que chegam a surgir papéis especificamente sexuais. Existem homossexuais ativos, que são agressivos (os *bujarrones*, na gíria espanhola), e os homossexuais passivos. Estes dividem-se em dois subtipos: os indivíduos que fora da prisão são heterossexuais, mas que, obrigados pelas circunstâncias, assumem o papel de homossexual na prisão (*niños*, na gíria espanhola); e os indivíduos que ao ingressar na prisão já eram homossexuais (são chamados de 'mãe', 'supermãe', quando estão mais maduros. Depois dos quarenta são chamados 'de carroças'). Os reclusos mais jovens são as maiores vítimas do sistema. Essa experiência aterradora pode prejudicar sua identificação sexual em termos definitivos. Os que retornaram a suas esposas enfrentam prejuízos de difícil reparação. Mesmo os reclusos adultos podem ficar incapacitados para retomar suas atividades sexuais normais, especialmente quando os hábitos homossexuais atingiram certa intensidade. As formas de 'sedução', particularmente com os jovens, são as mais variadas possíveis. Os casos mais dramáticos e também mais comuns ocorrem quando a relação homossexual é produto de violência. Qualquer recluso que ingresse em uma prisão de segurança máxima ou com superpopulação pode ser atacado, a qualquer momento, por um grupo de internos frustrados. As próprias peculiaridades da prisão dificultam a apuração da quantidade de violações que ocorrem em um centro penal. As vítimas de violência sexual dificilmente se queixam dos ataques que sofrem, não apenas para evitar o estigma e a desmoralização que a publicidade produz, mas também pelo temor de serem prejudicadas na concessão de benefícios penitenciários ou da liberdade condicional. O poder dos líderes da sociedade carcerária chega ao ponto de, em certas ocasiões, os próprios guardas da prisão colocarem deliberadamente jovens reclusos nas celas dos *bujarrones* para que estes satisfaçam seus instintos sexuais e se mantenham calados. Outras vezes, os jovens reclusos são entregues aos *bujarrones* mediante o pagamento de determinada importância em dinheiro ao pessoal penitenciário. Como a violação ao recluso pode acontecer a qualquer momento, especialmente aos jovens, muitos deles, ante o risco do ataque, preferem buscar proteção antecipada em uma relação homossexual com outro recluso. Um estudo sobre a motivação da violência sexual nas prisões constatou que o motivo principal não era a liberação das tensões sexuais, mas a conquista e degradação da vítima. Visava-se, sobretudo, conseguir a afirmação violenta da própria masculinidade, impondo a própria força sobre a debilidade alheia. É impossível pensar na obtenção de efeito ressocializador em um meio carcerário que estimula expressões de violência tão degradantes como as curras penitenciárias. Violador e vítima sofrem desequilíbrios distintos em sua personalidade, que são incompatíveis com os objetivos ressocializadores da pena privativa de liberdade. Para o agredido, particularmente, a violência sexual pode destruir sua personalidade, danificando seriamente sua autoimagem e sua autoestima."

<sup>183</sup> LEAL, 2012, p. 257/258: "A questão sexual, sobre a qual existe uma vasta literatura, é um dos mais graves problemas que afetam o cotidiano das prisões. Apartado de seu ambiente familiar e social, imerso num mundo promíscuo, diferente, cimentado em regras próprias, impostas pelo grupo populacional, o preso tem diferentes opções: poderá reprimir seus impulsos, protagonizar agressões sexuais ou, ainda, voluntariamente ou sob coação, envolver-se em práticas de homossexualidade. [...] Por ocasião de seu ingresso na prisão o jovem, sobretudo o primário, costuma ser assediado por presos que o agridem sexualmente e muitas vezes o transformam, com assentimento dos carcereiros, em mercadoria para o vil comércio carnal. É uma das piores aberrações da clausura. Quando um dos

dominante, de abusador sexual, o encarceramento não se torna menos indigno, eis que cristalino se evidencia o rompimento com as normas imperantes na sociedade livre<sup>184</sup>.

A questão sexual também gera grande influência nos distúrbios psicológicos e de personalidade, que, outrossim, constituem faceta nefasta da realidade carcerária brasileira<sup>185</sup>. É ululante que as características pessoais de cada detento contribuem, em maior ou menor monta, de maneira determinante para o surgimento de

---

internos decide proteger o novíço não o faz por razões beneméritas; o intuito é converter-se em seu *padrinho*, o que significa tê-lo como propriedade para uso exclusivo. Sem inclinação homossexual, mas coagido pelas circunstâncias, o preso se submete a seu amo. Entre os que são violados, alguns passam a apreciar as práticas homossexuais; a outros, os *machos provados*, não lhes agradou e por isso as olham com maus olhos. O rufianismo, por sua vez, prospera por iniciativa de presos e agentes prisionais que vendem as mulheres (filhas, irmãs, esposas, companheiras) num submundo que nutre o caldo de cultivo de sórdidas perversões.”

<sup>184</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 207/208: “Muitas vezes o interno paga um preço muito alto quando é liberado, pois quando procura voltar à atividade sexual normal enfrenta problemas de impotência, ejaculação precoce, complexo de culpa pelas relações homossexuais que manteve na prisão, além de grandes dificuldades para retomar sua vida sexual matrimonial. A abstinência sexual obrigatória na prisão gera grande conflitividade, que tem estreita vinculação com as relações homossexuais. [...] O encarceramento de um dos cônjuges priva um jovem casal do contato mais íntimo que pode desfrutar. Isso justifica o elevado índice de divórcios entre prisioneiros nos primeiros anos de confinamento, superando, inclusive, os observados na população em geral. A ausência ou abandono da esposa, em parte provocados pela supressão das relações sexuais, diminui consideravelmente as possibilidades de o interno obter um ajuste social exitoso ao ser liberado. Clemmer assinalou que a manutenção da família e os motivos de afeto na comunidade são um dos fatores mais importantes para evitar que o homem se envolva em atividades sexuais a que normalmente não aspiraria. Para muitos internos a ruptura do seu lar pode significar profunda amargura e grave impedimento para atingir a ressocialização. A única coisa que poderia ter significado um fator importante de reabilitação, a manutenção dos laços familiares, está desfeita. É extremamente difícil uma pessoa readaptar-se às portas de um lar destruído. As esposas são vítimas implícitas da prisão. Uma pesquisa da década de 60 constatou que as mulheres dos reclusos estavam sujeitas a uma série de problemas psicológicos, dentre os quais o ostracismo, a culpa, a solidão, a ansiedade e a depressão. Concluiu-se, todavia, que o efeito mais grave é de caráter psicosssexual, prejudicando seriamente a relação conjugal.”

<sup>185</sup> LEAL, 2012, p. 101: “É deplorável a coabitação nessas prisões de reclusos sadios com doentes mentais (alguns ali estão por falta de manicômios judiciais; outros perderam o juízo na clausura). Um retrato tenebroso dessa convivência é pintado por José Raúl Bedoya: No momento de distribuir o lanch, o louco, que posteriormente me inteiarei que se chamava Cirilo, se adiantou a receber sua ração. Em seguida sentou-se em um canto para comer, e quando terminou defecou na mesma xícara de alumínio na qual comia; logo agarrou um dos pães que tinha guardados em seus bolsos e o untou de merda como se fosse manteiga e começou a comer, saboreando-o como se aquilo fosse um delicioso manjar. Depois que se fartou, começou a nos oferecer a todos e como houve alguém que o rechaçou bruscamente, levantou a xícara e a pôs na cabeça. A merda escorria no homem por todas as partes... nas horas da noite alguém lia um pedaço de jornal velho e quase desfeito à luz de uma vela, quando surpreendentemente saltou um rato de regular tamanho do buraco. Foi vê-lo Cirilo e o agarrou habilmente. Pôs-se a contemplá-lo e a beijá-lo, lhe dava beijos com a língua, porém em um determinado momento o rato lhe deu uma mordida que lhe fez sair sangue de um lábio. Cirilo se enfureceu e de uma dentada lhe arrancou uma orelha, logo a outra. O rato chiava de forma impressionante e ao se sacudir por causa da dor chapinhava tudo de sangue. O louco ria e continuava despedaçando o rato. Continuou com as patas, a cabeça e as partes do corpo do animal. Tinha que ver a forma como aquele homem o saboreava como se tivesse comendo uma carne muito saborosa”.

determinadas patologias<sup>186</sup>. Mas a experiência, em si, do encarceramento e da sujeição à subcultura carcerária, com todas as idiosincrasias que lhe são peculiares, influencia, de imediato o autoconceito do detento<sup>187</sup>, o qual, em regra, não se restabelece após a experiência segregativa<sup>188</sup>.

Com efeito, a repressão ao crime, dentro dos próprios estabelecimentos carcerários, também se mostra falha, não somente no que se refere aos delitos contra a liberdade sexual, mas em toda a sorte de crimes<sup>189</sup> – o que se estende para fora do cárcere, sob o comando dos reclusos dirigentes.

Aliás, os próprios reclusos dirigentes, verdadeiros fatores reais de poder (LASSALE, 2008, p. 23), normalmente têm bom comportamento e são beneficiados - eis que podem ordenar o cometimento de ilícitos sem se envolverem diretamente - observando formalmente a disciplina estabelecida. Com o dinheiro que extorquem, ou angariam, dos demais internos e com as lucrativas práticas criminosas advindas de atos praticados no seio da sociedade livre, esses reclusos comandam o cárcere, estabelecendo as regras próprias que vigem no interior dos estabelecimentos prisionais, e se beneficiam de todas as prerrogativas atinentes aos presos que têm condições de pagar por regalias. Estes podem contratar bons defensores e ter

---

<sup>186</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 202: “Todos os transtornos psicológicos, também chamados reações carcerárias, ocasionados pela prisão são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinquente em um meio traumático como o cárcere. Essa séria limitação é uma das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional.”

<sup>187</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 202/204: “Inegavelmente, a reclusão em um centro penitenciário produz um efeito negativo sobre o conceito que a pessoa tem de si mesma, sem ignorar que grande parte dos delinquentes já chega à prisão com crise de identidade e deformação em sua personalidade. [...] Os efeitos negativos que a experiência em prisão produz na autoimagem do recluso podem ser atribuídos a causas múltiplas. Porém, uma das mais importantes é que uma instituição total, como a prisão, produz um sentimento de esterilidade absoluta, cuja origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro da prisão, benefícios que sejam transferíveis à vida que se desenvolve lá fora. Também contribui ao fortalecimento dessa sensação de esterilidade o fato de as instituições totais tenderem a converter os reclusos em simples sujeitos de necessidades, anulando toda a sua iniciativa e submetendo-os à estrita classificação e ordem disciplinar.”

<sup>188</sup> SILVA, 2009, p. 51: “A vida carcerária é uma vida em massa, sobretudo para os presos, o que lhes acarreta, conforme o tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionalização que, entre outros efeitos, provoca: perda da identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. Do empobrecimento psíquico resulta, entre outras coisas: estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiências, dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazos. Da infantilização e regressão manifestam-se, entre outras coisas: dependência, busca de proteção (religião); busca de soluções fáceis; projeção de culpa no outro e dificuldade de elaboração de planos. As sequelas da prisionalização são tão profundas que impedem o indivíduo de readaptar-se à sociedade. E esta sociedade, preconceituosa e discriminatória, explica Odete Maria de Oliveira, ‘dificulta-lhe os meios de sobreviver social, moral e financeiramente, tornando-o um homem marcado’ e que ‘viverá para sempre sob o estigma da marginalização’.”

<sup>189</sup> O já referido relatório do CNMP, designado “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”, consignou ter havido apreensão de drogas em 654 estabelecimentos prisionais (40% do total visitado)

acesso aos instrumentos de defesa de seus direitos, o que não significa, em absoluto, que têm observado o seu direito ao encarceramento digno.

Em suma, o parco investimento de recursos no incremento de políticas carcerárias e a deficiência do aparelho repressivo – desde a investigação até a falta de treinamento do pessoal técnico encarregado da custódia dos segregados – conduzem à superlotação dos estabelecimentos prisionais, fomentando, dentre outros, o ócio, a violência, as psicopatias e o crime organizado<sup>190</sup>. Tais circunstâncias compõem a conjectura que, permeando o paradigma prisional brasileiro, impossibilita o caráter ressocializador instituído pelo art. 59 do Código Penal<sup>191</sup>. Além disso, a própria ideia de retribuição ultrapassa, em grande escala, a

---

<sup>190</sup> BITTENCOURT, 2011, p. 230/231: “Na maior parte dos sistemas penitenciários podem ser encontradas as seguintes deficiências: 1ª) Falta de orçamento. [...] 2ª) Pessoal técnico despreparado. [...] 3ª) Nas prisões predomina a ociosidade e não há um programa de tratamento que permita pensar na possibilidade de o interno ser efetivamente ressocializado. A superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano. A maior parte das rebeliões que ocorrem nas prisões é causada pelas deploráveis condições materiais em que a vida carcerária se desenvolve. Essa foi a causa principal que desencadeou os motins carcerários na França (1972-1974), na Itália (1972) e o ‘massacre do Carandiru’ em São Paulo (1992). [...] Os motins penitenciários são a prova mais evidente da crise que a pena privativa de liberdade enfrenta.”

<sup>191</sup> SILVA, 2009, p. 34/36: “Não há como conciliar prisão e ressocialização. A integração social de que trata o art. 1º da Lei de Execuções Penais é meta falaciosa ou, melhor dizendo, a integração social pela prisão não passa de uma bela mentira. Construção teórica, abstrata e estéril, a proposta de ressocialização despreza a natureza das coisas e ignora a realidade e as peculiaridades da prisão. Sem um fundamento racionalmente sustentável, pretende conferir à prisão uma qualidade a ela absolutamente estranha, como se, por alquimia, pudesse transformar um ato de violência em algo essencialmente bom. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) incorre no equívoco de atribuir à prisão o incompatível propósito ressocializador, quando dispõe em seu art. 5º, §6º, que ‘as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados’. Uma vez aplicada, a prisão funciona como um simples castigo. Nada mais que isso. Aquela ideia romântica de que a execução da pena tem por objetivo a integração social (ou recuperação, ou ressocialização, ou reeducação) do condenado deve ser abandonada. O sistema penal, no modelo que preconiza a readaptação social do delinquente, tem no preso uma espécie de doente e a prisão, um hospital para o seu tratamento; ou, pior ainda, vê no preso uma pessoa que carece de reeducação, sendo a prisão a escola que atenderá a tal propósito. Cadeia não é hospital! Cadeia não é escola! Cadeia é espaço de castigo! A prisão é legitimada como necessário instrumento da vida em sociedade, mas consiste em ato de violência, que retira do sujeito a liberdade, um de seus mais importantes atributos da pessoa humana. E não se educa o homem com violência, da mesma forma que não se ensina a vida em liberdade retirando-se justamente a liberdade da pessoa. [...] Ao se afastar a ideia de a que sanção penal tem por objetivo recuperar e reintegrar o homem à sociedade, abre-se espaço para o aparecimento dessa verdade há muito recôndita, maquiada pelo bem engendrado sofisma da ressocialização, e também uma verdade incômoda: pena é castigo. Na realidade, trata-se apenas de uma constatação e não de uma construção nova. Também não se trata aqui de uma atitude pessimista, como na expressão de Bittencourt, mas de uma necessária evolução dogmática para a edificação do sistema punitivo sobre princípios verdadeiros. De fato, a sanção penal nunca teve objetivo ressocializador. Tal ideia, implantada na ciência penal e difundida nas escolas de Direito, nada mais é do que propaganda enganosa. Mero artifício para vender um produto de alto custo e de eficiência questionável: a prisão. E, por paradoxal que possa parecer, uma vez reconhecida a retributividade como única função da pena aplicada, caem as cortinas que outrora nos obnubilavam a visão e, a partir de um prisma mais claro, passamos a ter a possibilidade de melhor enxergar e melhor pensar o sistema punitivo. A

medida de proporcionalidade, eis que os castigos infligidos sobrepujam aqueles decorrentes da própria privação da liberdade.

Com efeito, constata-se verdadeira dissociação entre as prescrições constantes do ordenamento jurídico e o mundo empírico, num fenômeno de completa ruptura entre o direito posto e a prática real; transformando-se as normas constitucionais e infraconstitucionais relativas ao encarceramento digno em uma verdadeira folha de papel (LASSALE, 2008, p. 23). O abismo entre estas duas realidades, a abstratamente prevista na norma e a efetivamente verificada empiricamente, fomenta a ideologia, no seu sentido marxista<sup>192</sup>, transmitida à opinião geral<sup>193</sup> da sociedade livre na expectativa institucionalizada<sup>194</sup> de que a execução penal, de fato, ultrapasse os estritos limites da condenação.

---

mentira da prisão ressocializadora tem sido grande obstáculo à realização de uma justiça criminal racional, impedindo o seu aperfeiçoamento com apoio e fundamentos válidos. Poucos conseguem compreender – realmente é quase impossível fora do campo dogmático – que a prisão possa reeducar o homem. Rupert Cross assegura, a propósito, que ‘a ilusão de que a pena de prisão pode ser reformativa mostra-se altamente perniciosa, pois, enquanto permanecemos gravitando em torno dessa falácia, abstenho-nos de examinar seriamente outras viáveis soluções para o problema penal.’”

<sup>192</sup> CHAUI, 1991, p. 90/91: “Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim a ideologia substitui a realidade do Estado pela ideia do Estado – ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela ideia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela ideia do Direito – ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou ideias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.”

<sup>193</sup> SCHOPENHAUER, 1997, p. 169/171: “O que se chama de opinião geral reduz-se, para sermos precisos, à opinião de duas ou três pessoas; e ficaríamos convencidos disto se pudéssemos ver a maneira como nasce tal opinião universalmente válida. Então descobriríamos que, num primeiro momento, foram dois ou três que pela primeira vez as assumiram e apresentaram ou afirmaram e que outros foram tão benevolentes com eles que acreditaram que as haviam examinado a fundo; prejudgando a competência destes, outros aceitaram igualmente essa opinião e nestes acreditaram, por sua vez, muitos outros a quem a preguiça mental impelia a crer de um golpe antes que tivessem o trabalho de examinar as coisas com rigor. Assim cresce dia após dia o número de tais seguidores preguiçosos e crédulos. De fato, uma vez que a opinião tinha um bom número de vezes que a aceitavam, os que vieram depois supuseram que só podia ter tantos seguidores pelo peso concludente de seus argumentos. Os demais, para não passar por espíritos inquietos que se rebelam contra opiniões universalmente admitidas e por sabichões que quisessem ser mais espertos que o mundo inteiro, foram obrigados a admitir o que todo mundo já aceitava. Neste ponto, a concordância torna-se uma obrigação. E, de agora em diante, os poucos que forem capazes de julgar por si mesmos se calarão, e só poderão falar aqueles que, totalmente incapazes de ter uma opinião e juízo próprios, sejam o eco das opiniões alheias. E estes, ademais, são os mais apaixonados e intransigentes defensores dessas opiniões. Pois estes, na verdade, odeiam aquele que pensa de modo diferente, não tanto por terem opinião diversa daquela que ele afirma, quanto pela sua audácia

Essa ideologia permeia o tecido social, gerando a percepção geral de que a violência contra o delinquente constitui medida adequada<sup>195</sup>, justificando-se a

---

de querer julgar por si mesmo, coisa que eles nunca poderão fazer, sendo por dentro conscientes disto. Em suma, são muito poucos os que podem pensar, mas todos querem ter opiniões. E que outra coisa lhes resta senão toma-las de outros em lugar de formá-las por conta própria? E, dado que é isto que sucede, que pode valer a voz de centenas de milhões de pessoas? Tanto, por exemplo, quanto um fato histórico que se encontre em cem mil historiadores, quando se constata que todos se copiaram uns aos outros, com o que, enfim, tudo se reduz a um só testemunho.”

<sup>194</sup> LUHMANN, 1983, p. 80/83: “a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso, que é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso. É essa institucionalização que permite uma comunicação rápida, precisa e seletiva entre pessoas. Pode-se trocar fluentemente de situações e parceiros, sem perder a base de entendimento e ter de reconstituí-la repetidamente. Quando a institucionalização envolve desconhecidos, até mesmo neles pode ser presumido um consenso, e suposto que mesmo sem um entendimento prévio explícito exista uma concordância genérica quanto a um conjunto mínimo de expectativas. [...] O mecanismo da institucionalização inicia-se onde o problema tem sua origem: na capacidade limitada de atenção. Toda interação social exige a escolha de sentidos como tema de atenção comum. Todo sentido, porém, tem mais explicações que as que podem ser explicitadas através da comunicação. Para poder atuar no sentido proposto, portanto, é necessário supor uma definição aceita da situação, desenvolvê-la em uma direção determinada e encaminhar os outros participantes aos seus respectivos papéis. Já que nem todos podem falar simultaneamente, a condução cabe a um ou a alguns participantes que se alçam ao centro da atenção comum, aí encontrando ressonância para sua comunicação. Inicialmente, todos têm o direito de protestar; mas ninguém que queira participar de interações pode protestar sem cessar e explicitamente contra tudo que está implícito. Se ele não conseguir assumir a própria condução seletiva do tema, só lhe resta o protesto genérico através da ruptura da relação, ou a aceitação do consenso suposto em sua base, assim como a história de sua seleção que ainda pode ser influenciada apenas nos detalhes. A continuidade da participação intencionalmente ou não, representa o consenso genérico, e as representações comprometem, já que os demais participantes constroem expectativas correspondentes. *Qui tacet consentire videtur*. Dessa forma, o engajamento surge através da presença. Formam-se autoevidências supostas em comum, inicialmente não articuladas, e que reduzem fortemente a multiplicidade das opiniões em si possíveis e manifestáveis. Nisso se baseia, em princípio, o mecanismo procurado de seleção que limita a multiplicidade das projeções normativas. Essa redução institucional não pode ser apressadamente compreendida como compulsão social ou mesmo como determinação social do comportamento. Ela simplesmente ocorre. [...] o conceito de instituição possui sua característica específica não na compulsão social, não na ampliação do consenso faticamente concretizado, e também não na normatividade das expectativas, apesar de não excluir nenhuma dessas características. Sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas. Aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição, terá contra si o peso de uma autoevidência presumida. Inicialmente ele tem que contraditar bases comportamentais aceitas, já abertamente assumidas pelos demais. Com isso ele atinge autoprojeções, tornando-se incômodo ou até mesmo perigoso. Ele precisa arriscar uma iniciativa sem estar protegido por expectativas pré-estabilizadas. [...] A isso se acrescenta a carga de verbalização e da explicação. A instituição pôde constituir-se e desdobrar-se quase que desapercivelmente. Para derrubá-la necessita-se da palavra. O atacante tem que encontrar as palavras certas, os argumentos que desestabilizam a instituição. Ele precisa levantar os motivos contra ela, e geralmente ainda fornecer também uma proposta alternativa. [...] De qualquer forma, aquele que propõe desvios ou modificações chama a atenção a si mesmo. Ele se expõe. Enquanto que as expectativas institucionalizadas podem ser seguidas imperceptivelmente, quase que distraidamente, o rebelde se expõe singularmente, de forma eminentemente pessoal. Sua ação sobressai e lhe é pessoalmente imputada, já que lhe falta a instituição enquanto explicação.”

<sup>195</sup> BELLI, 2004, p. 27/28: “Para empreender uma análise da problemática envolvida na violência policial, vale a pena deter-se por alguns instantes na delimitação da ruptura epistemológica necessária à definição do objeto como um problema sociológico. [...] A ruptura que se faz necessária deve, primeiramente, afastar-se do senso comum mais vulgar, aquele que encara a violência policial

violência pela própria caracterização do criminoso como um indivíduo anormal e incorrigível<sup>196</sup>.

Dessa justificação da violência, surgem as tipologias do criminoso, normalmente identificado como um indivíduo negro, pobre e favelado<sup>197</sup>. Daí a

---

como uma resposta à altura diante da criminalidade urbana. No imaginário presente tanto no seio das organizações policiais quanto de parcela significativa da população, a figura do bandido é demonizada e o aparelho repressivo deve agir como uma espécie de exorcista, 'mandando para o inferno' – segundo uma expressão corrente – aqueles que 'optaram' pela carreira do crime. A ruptura, neste caso, consiste em descobrir o que está por trás da pretensa intenção de limpeza da sociedade que parece orientar e justificar a violência policial. Trata-se de desvendar a construção de determinados mitos que contribuem para a naturalização da violência contra as chamadas classes subalternas."

<sup>196</sup> BELLI, 2004, p. 30/32: "A justificação da violência ilegal por parte de policiais parece derivar de uma percepção generalizada sobre o crescimento da criminalidade urbana e a necessidade de remédios radicais como modo de evitar que o mal se espraie por todo o tecido social. [...] O mal, no caso, é a criminalidade, que é vista como algo contagioso e cujo combate é extremamente difícil caso tenha se apossado do corpo de um delinquente. A solução não poderia ser mais radical: apoia-se a pena de morte como necessária e, no caso da classe média, constroem-se barreiras simbólicas (preconceitos) e materiais (muros, cercas, condomínios fechados) para isolar e proteger um espaço de convivência social dos perigos exteriores. Essa percepção da criminalidade parece ter passado a ser justificativa para os atos de tortura e execuções sumárias, com função análoga à ideologia de segurança nacional durante o combate aos chamados subversivos sob o regime militar. [...] O primeiro aspecto importante a observar neste eixo micro das explicações sobre a violência envolver a crença na irredutibilidade das diferenças: o criminoso seria um ser diferente, cuja corrosão do caráter e corrupção moral não comportariam outra resposta para a defesa da sociedade senão a linguagem da violência e da brutalidade. No senso comum, o medo diante do crime vem acompanhado frequentemente da construção social do perfil dos prováveis delinquentes, invariavelmente definidos como pobres, favelados e, quase sempre, negros. Pesquisa de Sérgio Adorno, por exemplo, demonstrou que negros tendem a ser mais perseguidos pela vigilância policial, têm maiores obstáculos de acesso à justiça criminal e maiores dificuldades de usufruir do direito à ampla defesa, resultando em maior probabilidade de serem punidos comparativamente aos réus brancos. A condenação moral é evidente quando se denuncia o crime como uma doença. O criminoso, por seu turno, é na maioria das vezes equiparado, no senso comum, à expressão acabada de uma patologia social. Nesse diapasão, não haveria outro remédio para salvar a sociedade da destruição e da decadência moral senão a destruição pura e simples dessas ameaças, ou seja, a cura para a enfermidade do crime é a erradicação do mal pela raiz: a eliminação do criminoso. A desumanização das categorias sociais identificadas como potenciais criminosos é parte do processo de exclusão da comunidade moral. [...] "A justificação da violência policial como única alternativa para combater o mal se conjuga com os estereótipos que identificam os setores supostamente mais propensos ao crime. Esse segundo aspecto é igualmente essencial nos discursos sobre a violência: não basta observar que o mal deve ser erradicado, uma vez que o criminoso dificilmente poderia ser reeducado, é preciso contar também com determinados parâmetros que orientem a ação voltada para erradicação do mal. Em outras palavras, deve-se identificar e classificar a população pelo grau de periculosidade, pelo risco potencial que podem oferecer à segurança da sociedade. Note-se que nem sempre se trata de um raciocínio estratégico tão claro, uma vez que o alvo preferencial da vigilância se impõe quase automaticamente, como efeito da naturalização das desigualdades. De qualquer forma, a sedimentação de estereótipos do criminoso e sua aplicação no cotidiano do policiamento podem ser mais ou menos conscientes, mas não deixam de servir para dirigir os esforços de combate à violência criminal. [...] o policial continua sendo treinado para vigiar, controlar e reprimir as classes previamente definidas como perigosas, em especial os pobres que habitam as favelas das grandes cidades brasileiras. [...] O senso comum, portanto, justifica a violência policial como meio mais eficaz de evitar a desagregação social, cuja causa seria o crescimento da criminalidade."

<sup>197</sup> BELLI, 2004, p. 34/35: "Os sentimentos contraditórios que os moradores das favelas demonstram em relação à polícia não deixam de ser reveladores do poder de convencimento dos mitos construídos em torno da ideia de crime e de caracterização do criminoso. Geralmente os moradores condenam a polícia por não diferenciar entre bandidos e trabalhadores, tratando todos os habitantes

formação do preconceito alienado, decorrente da ideologia de que existem espécies diferentes de indivíduos, os criminosos e os cidadãos de bem<sup>198</sup>, e àqueles, que estão recolhidos ao cárcere, deve ser dispensado tratamento próprio, adequado à sua condição e localização, um direito *ad hoc*.

O programa Tolerância Zero, implementado na cidade de New York, durante o Governo do prefeito Rudolph Giuliani – sob a execução do chefe de Polícia William Bratton –, é clara expressão dessa tipologia e da ideia de que a resposta para o problema da violência urbana orbita o incremento do Estado Penal. Referido programa baseia-se na Teoria das Janelas quebradas<sup>199</sup>, de James Q. Wilson e George Kelling, que não foi comprovada empiricamente pelas pesquisas desenvolvidas por Bernard Harcourt<sup>200</sup>.

---

da localidade como potencialmente perigosos. No entanto, quando a polícia faz ‘justiça’, eliminando os verdadeiros bandidos, recebe com frequência o aplauso da população local. [...] O senso comum é maniqueísta, vê a luta contra o crime como uma espécie de luta do bem contra o mal. Trata-se de uma cruzada moral para assegurar a harmonia do todo, excluindo do convívio as partes podres da sociedade. Os policiais seriam ‘lixeiros da sociedade’ com a função de eliminar os elementos maus e preservar os bons. Essa visão da luta contra o crime se superpõe aos estereótipos do criminoso na ação cotidiana da polícia. [...] Quando, num tribunal do júri, o advogado de defesa está diante de um réu originário da favela e branco, não hesita em usar, de maneira implícita, o argumento de que, por não apresentar em seu corpo uma das marcas que o incluiria numa tipologia de delinquente, ele é então inocente.”

<sup>198</sup> BELLI, 2004, p. 45 e 49/50: “A facilidade com que se defende as soluções finais, como a execução sumária de delinquentes, parece revelar o descrédito em relação a alguns pilares do Estado moderno liberal democrático, uma vez que os chamados ‘direitos fundamentais da pessoa humana’ aparecem como um estorvo para a manutenção de um certo ideal de sociedade harmônica. [...] Para romper com o senso comum, portanto, deve-se procurar identificar, no tratamento que diferencia entre categorias hierárquicas de cidadãos, a manifestação de crenças e mitos cujo raio de ação vai muito além da instituição policial e dos aparelhos de Estado. As práticas policiais, na verdade, parecem reproduzir e refletir um conjunto de crenças e percepções correntes na sociedade que diferenciam entre categorias de cidadãos, reservando tratamento privilegiado para os estratos superiores e os rigores da ordem para os inferiores. Essas crenças são produzidas socialmente por meio de mecanismos complexos que foram sedimentados historicamente e que possuem raízes profundas no tecido social brasileiro. O mito do pobre criminoso associa-se à crença no criminoso monstro, animal, figura demoníaca (meio homem meio besta). [...] De acordo com Foucault, essa noção tem como quadro de referência a lei no sentido amplo, ‘já que se trata não somente das leis da sociedade, mas também das leis da natureza; o campo de aparecimento do monstro é um domínio jurídico-biológico’. A favela, local de moradia dos pobres, seria o espaço por excelência do mal, da marginalidade, da falta de civilização, da brutalidade, enfim, do caldo da violência e do crime. Assim o ciclo se fecha, a polícia continua invadindo barracos na periferia e nos morros, desconsiderando os mais elementares direitos do cidadão, sem que ninguém se espante, pois a violência policial praticada nessas assim denominadas bordas da sociedade não destoa de uma violência que seria vista como inerente a tais espaços contraditórios no limiar entre civilização e natureza.”

<sup>199</sup> BELLI, 2004, p. 64: “se as janelas quebradas em um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas admitirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar mais janelas”

<sup>200</sup> BELLI, 2004, p. 63: “A recepção favorável da Tolerância Zero no Brasil tem menos a ver com sua suposta eficiência na redução dos crimes do que com sua eficácia simbólica no reforço de estereótipos correntes na sociedade brasileira.”

Tal ideologia surge para fomentar a formação do Estado penal, cuja função repressiva se sobressai – em oposição ao Estado social (encarregado de se fazer presente por serviços de educação, saúde, lazer, emprego etc.) –, e que é apresentado equivocadamente como único adequado à pacificação social. Cultua-se, desse modo, a imputação exclusivamente individual do crime<sup>201</sup>, excluindo-se a responsabilidade social ou estatal pela ausência de prestação de serviços públicos essenciais<sup>202</sup>.

É verdade que o programa Tolerância Zero, com o aumento dos efetivos policiais, diminuiu 38% dos crimes violentos em New York, entre 1994 e 1998, sendo que só os homicídios sofreram declínio de 51%. No entanto, os índices de criminalidade na cidade já estavam em queda há três anos, fenômeno observado em todos os Estados Unidos. Ademais, cidades como San Diego, Houston, Boston, Los Angeles e Dallas tiveram declínio nas taxas de criminalidade, em alíquota igual ou superior à de Nova Iorque, sem nenhuma política específica de combate à violência. Daí a afirmação de que “a fama da Tolerância zero se deve sobretudo a uma bem construída estratégia de marketing” (BELLI, 2004, p. 73).

O programa também contribuiu para o agravamento da hiperinflação carcerária - cujo número quadruplicou no período -, para a elevação dos índices de violência policial-carcerária e para a diminuição dos investimentos noutras áreas de atuação estatal<sup>203</sup>. Não obstante a aceitação da ideologia do programa, sua

---

<sup>201</sup> BELLI, 2004, p. 82: “Nesse contexto, os indivíduos são considerados sempre os senhores de seus destinos, seres que escolhem livremente seu próprio caminho e são os únicos responsáveis pelo seu sucesso ou fracasso. É grande a tentação de olhar para a árvore e esquecer do bosque, pois há pessoas que ‘lutaram e se deram bem’ ou indivíduos que, apesar de humilhados e excluídos, conseguiram ‘dar a volta por cima’. Convencer-se de que esses exemplos são representativos e refletem a realidade do mundo é a melhor forma de lavar as mãos, atribuindo o fracasso dos outros unicamente a seus atributos pessoais inatos (preguiça, imoralidade, falta de força de vontade etc.)”

<sup>202</sup> BELLI, 2004, p. 83: “O que fazer então com os excluídos e redundantes? Na sociedade de consumo, eles também cumprem uma função. Encarnam os demônios interiores da sociedade e, nessa condição, são mantidos à distância. [...] todos aqueles incapazes de cumprir a função primordial da sociedade contemporânea: consumir.”

<sup>203</sup> BELLI, 2004, p. 79: “Para quem porventura considere exagero vincular os investimentos em encarceramento e punição com o desmantelamento de esquemas de seguridade social e políticas distributivas, é só olhar para as iniciativas implementadas na segunda metade do último mandato do prefeito Giuliani. Intensificou-se o esforço de recolher os sem-teto nova-yorkinos para abrigos da Prefeitura e obrigá-los a trabalhar em troca de salários módicos. Os que não queriam ou não podiam trabalhar corriam o sério risco de serem expulsos dos abrigos e, ao permanecerem nas ruas, serem encarcerados, já que dormir nas ruas e praças é ilegal. [...] De qualquer maneira, a substituição do *welfare* pelo *workfare* representa a recusa de se investir em esquemas de seguridade social em nome da responsabilidade individual. Os indivíduos excluídos teriam deixado de ser funcionais para a economia capitalista, tornando-se inclusive obstáculo ao bom funcionamento dos negócios e do turismo. Quando o recolhimento para o abrigo e o trabalho sem perspectiva dos esquemas de *workfare* não funcionam, entra em cena a Tolerância Zero para enquadrar os recalitrantes, a horda

implementação no paradigma brasileiro poderia gerar efeitos nefastos<sup>204</sup>, sobretudo com o recrudescimento da violência policial-carcerária<sup>205</sup>.

No pensamento de Weber, a dominação legal, tida como ideal, tangencia a obediência hierárquico-normativa das instituições democráticas<sup>206</sup>, o que não ocorre no cenário de violência policial-carcerária estabelecido empiricamente no Brasil, que dissolve o conceito weberiano em ideologia. Por outro lado, a ausência de responsabilização social, por meio da formação do Estado penal, permite a completa dissociação entre direitos e deveres<sup>207</sup>, de maneira que a sociedade, desde que afastada do criminoso, não precisa repensar a reprodução dos mecanismos de exclusão social por meio do exercício dos poderes estatais<sup>208</sup>.

---

de disfuncionais que precisam ser punidos não tanto como exemplo para dissuadir potenciais criminosos, mas porque a função da pena se esgota na punição enquanto neutralização da exclusão.”

<sup>204</sup> BELLI, 2004, p. 85: “O Brasil parece seguir essa mesma tendência de progressiva redução do Estado a suas funções policiais carcerárias. O problema maior, no entanto, é que o Estado de bem-estar nunca se universalizou no Brasil, de modo que seu desmantelamento deve gerar uma precarização ainda mais intensa do que aquela observada nos países desenvolvidos. Além disso, sabe-se que países como os EUA, por exemplo, têm mais capacidade financeira para sustentar o crescente encarceramento de sua população excluída, ao passo que o Brasil não possui recursos para financiar a construção de presídios na escala pretendida.”

<sup>205</sup> BELLI, 2004, p. 83: “A nova estratificação promovida pelo capitalismo em tempos de globalização produz exclusão sistemática e, em última instância, reduz o espaço público, dissolvendo o cidadão em mero consumidor. Nesse sentido, o Brasil coincide com os países centrais, apesar das trajetórias históricas e estruturais distintas.”

<sup>206</sup> BELLI, 2004, p. 97/99: “Weber constrói três tipos ideais de dominação legítima. Na primeira, chamada de dominação tradicional, exercida pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial, a obediência baseia-se na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes. Na dominação carismática, exercida pelo profeta, pelo governante plebiscitário ou pelo grande demagogo, o que conta é a dedicação e a confiança pessoal na revelação, heroísmo ou quaisquer outras qualidades excepcionais e extraordinárias da liderança. A dominação legal, finalmente, exercida pelo moderno funcionário do Estado, sustenta-se na fé na validade do estatuto legal e na competência funcional estabelecida por regras racionalmente criadas. O tipo ideal da dominação legal descreveria, assim, na sua forma pura, a dominação que tem lugar sob o Estado moderno, ou seja, a dominação baseada em estatutos, caracterizada pela obediência ‘à ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas’ [...] A dominação legal atinge sua forma mais acabada com a burocracia, que se pauta pelo exercício de competências funcionais reguladas por estatutos, pelo princípio da hierarquia funcional, pela separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração. O resultado é uma dominação *sine ira et studio*, sem cólera nem parcialidade. É o domínio da impessoalidade formalista, a atuação sob pressão de conceitos de dever e o abandono de considerações pessoais.”

<sup>207</sup> GLENDON, 1991, p. 12: “American rights talk is set apart by the way that rights, in our standard formulations, tend to be presented as absolute, individual, and independent of any necessary relation to responsibilities.” Em tradução livre: “A linguagem dos direitos nos Estados Unidos se diferencia [da dos demais países] pela forma como os direitos são apresentados e afirmados, absolutos, individuais e independentes de qualquer relação eventualmente atrelada a responsabilidades”.

<sup>208</sup> BELLI, 2004, p. 139/140: “O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura [...]. A implicação de que os que perpetraram o Holocausto foram uma ferida ou uma doença de nossa civilização – e não seu horrendo mas legítimo produto – resulta não apenas no conforto moral da autoabsolvição, mas também na terrível ameaça do desarmamento moral e político [...]. Uma vez que a atribuição de culpa

Fato é que a burocracia e a incorporação de tipologias ideológicas, acrescidas à proscrição do pensamento livre na estrutura organizacional institucionalizada das polícias e dos estabelecimentos carcerários transformam o executor das leis numa engrenagem estrutural, inserida na ideologia de exclusão, subserviente à famigerada e falaciosa “opinião geral”, que, em regra, alienada e irrefletida, atenta contra os próprios pilares que compõem o eixo democrático<sup>209</sup>.

A responsabilidade social, portanto, que deveria servir de maneira principiológica, no sentido de limitar os excessos estatais<sup>210</sup>, incentiva a exacerbação do castigo, como se o cárcere pudesse ser considerado uma situação de *estado natural*, assim como definido no voto do juiz J. Foster, uma espécie de local recôndito, alheio às disposições legais imperantes na sociedade livre<sup>211</sup>.

---

for considerada equivalente à identificação das causas, a inocência e sanidade do modo de vida que tanto nos orgulhamos não precisam ser colocados em dúvida.’ O autor se insurge [...] contra a consideração do Holocausto como uma doença da civilização. Na verdade, seria um produto de uma sociedade racional, considerada avançada e no auge de seu desenvolvimento cultural. A atribuição de culpa aos nazistas, ao ser considerada equivalente à identificação da causa do Holocausto, absolve o contexto social que permitiu a emergência do fenômeno. Dessa forma, o modo de vida que prevalece na sociedade segue livre de questionamentos. Mecanismo análogo funciona no que diz respeito à exclusão cotidiana da população considerada desajustada e com dificuldades de inserir-se na sociedade de consumo. A culpabilização dos indivíduos pelo próprio malogro equivale à identificação da causa do fracasso empiricamente constatado.”

<sup>209</sup> BELLI, 2004, p. 121/122: “de acordo com Arendt, o que impediu algumas pessoas que viveram sob o regime nazista de aderir aos massacres e outras atrocidades não foi um melhor sistema de valores. Para Arendt, algumas pessoas não estavam dispostas a conviver com um assassino dentro de si. Em outras palavras, os que se recusaram a participar do Holocausto decidiram assim porque mantiveram a capacidade de pensar e julgar, que depende do diálogo silencioso do eu comigo mesmo, que desde Sócrates tem sido chamado de pensamento. Os que cometeram crimes, por outro lado, haviam perdido a capacidade de pensar e julgar. Essa mesma incapacidade Arendt constatou em Adolf Eichmann, que, apesar de ter sido responsável por inúmeras mortes durante o nazismo, considerava-se apenas um fiel cumpridor da lei e de seus deveres enquanto funcionário. Não se pode dizer, é claro, que um policial que mata e tortura se considere fiel cumpridor da lei. Mas a burocracia socializa seus agentes de maneira análoga a qualquer burocracia moderna. [...] Os maus policiais brasileiros não se consideram fiéis cumpridores da lei, mas agentes de uma certa justiça, que é sumária e arbitrária. A cultura da guerra contra o crime justifica quaisquer meios em nome do fim a ser atingido: a depuração da sociedade. A ausência de pensamento não permite que se veja os criminosos, os suspeitos e os acusados como sujeitos de direito. Entram todos na categoria de bandidos a serem eliminados. Os atos de tortura e as execuções são explicados por intermédio de chavões, tais como a suposta necessidade de usar a força para evitar o mal maior e extirpar o câncer do crime que ameaça a sociedade; a tortura seria o único meio de fazer um bandido falar e pagar pelo crime; as execuções limpam a sociedade de uma escória irrecuperável etc. Ou seja, reproduz-se um discurso, assim como uma cultura, da violência ilegal, que é aceita irrefletidamente em vários escalões do aparelho policial, por operadores do direito (tais como juízes e promotores) e por parcela importante da população.”

<sup>210</sup> STRECK, 2012, p. 76: “ao contrário do que tem sido dito principalmente pelas teorias da argumentação jurídica, para nós, as regras é que são abertas, enquanto os princípios fecham a interpretação.”

<sup>211</sup> FULLER, 1973, p. 13/15: “O caso dos exploradores de cavernas”, voto do juiz J. Foster: “Se os trágicos acontecimentos deste caso tivessem tido lugar a uma milha dos nossos limites territoriais, ninguém pretenderia que nossa lei lhes fosse aplicada. Reconhecemos que a jurisdição tem base territorial. As razões desse princípio não são de nenhum modo óbvias e raramente são examinadas.

Assim, distante do centro de debates do grande público, obnubilado pela ideologia<sup>212</sup>, a discussão sobre o encarceramento digno fica em segundo plano, como se não existisse ou, pior, como uma realidade jurídico-social alternativa, perfeitamente tolerada pelo senso comum.

A verdade, portanto, é que o sistema prisional brasileiro somente reproduz, de maneira amplificada e hiperbólica, a realidade social discriminatória, decorrente do sistema organizacional que impera hodiernamente<sup>213</sup>. Assim, o que exsurge como evidente é o fato de que a legislação se torna discriminatória na sua aplicação, de

---

Penso que esse princípio baseia-se na suposição de que só é possível impor-se uma única ordem jurídica a um grupo de homens se eles vivem juntos dentro dos limites de uma dada área da superfície da terra. A premissa segundo a qual os homens devem coexistir em grupo encontra-se, portanto, à base do princípio territorial, bem como de todo o direito. Pois bem, eu sustento que um caso pode ser subtraído da esfera de abrangência coercitiva de uma ordem jurídica tanto por razões de ordem moral quanto por razões de ordem geográfica. Atentando aos propósitos do direito e do governo e às premissas subjacentes a nosso direito positivo, concluímos que estes homens, quando tomaram sua trágica decisão, estavam tão distantes de nossa ordem jurídica como se estivessem a mil milhas além de nossas fronteiras. Mesmo em um sentido físico, sua prisão subterrânea estava separada dos nossos tribunais e dos nossos oficiais de justiça por uma sólida cortina de rocha que só pôde ser removida depois dos maiores dispêndios de tempo e de esforço. Concluo, portanto, que no momento em que Roger Whetmore foi morto pelos réus, eles se encontravam não em um 'estado de sociedade civil', mas em um 'estado natural', como se diria na singular linguagem dos autores do século XIX. A consequência disto é que a lei que lhes é aplicável não é a nossa, tal como foi sancionada e estabelecida, mas aquela apropriada à sua condição. Não hesito em dizer que segundo este princípio eles não são culpados de qualquer crime."

<sup>212</sup> SILVA, 2009, p. 36/37: "É fato, porém, que o propósito ressocializador da prisão funciona como uma espécie de entorpecente, não apenas para os agentes do sistema punitivo (autoridades penitenciárias, promotores de justiça, advogados, juízes), mas também para toda a sociedade, servindo como justificativa razoável para a crueldade da prisão e legitimando no inconsciente coletivo o castigo imposto a nossos semelhantes que, porventura, praticaram alguma infração penal. A ideia de ressocialização nos convence que punimos não para castigar, mas para recuperar homens e mulheres. E todos nós vamos dormir sossegados, com as consciências tranquilas. Afinal, adotamos a prisão como instrumento de recuperação de pessoas; se isto não acontece ou, pior, se a prisão degenera, o problema não é conosco, mas do sistema penitenciário, que não funciona a contento. O subterfúgio que caracteriza o processo ressocializador converte a prisão, de instrumento duro e extremamente severo, em algo bom, sublime até; ou leva, como denuncia Odete Maria de Oliveira, à teorização discursiva do sistema: 'O decantado processo de recuperação resulta apenas na absurda teorização discursiva do sistema, pois, na prática, nada alcança além da formação de estereótipos e do fomento da reincidência de forma profissional e aperfeiçoada, devido ao clima negativo, antinatural, corrupto e desumano que predomina nas prisões, sob agressivas e assustadoras formas. Despersonaliza os presos, gera uma criminalidade violentamente assustadora, que desaponta, vulnera e enfrenta com sucesso qualquer aparelho policial e judicial. Enquanto isso, nossa legislação penal permanece estacionada e à distância dos tempos atuais."

<sup>213</sup> SILVA, 2009, p. 39: "O propósito ressocializador parte também da ideia de um criminoso estereotipado, quase lombrosiano. A ressocialização reconhece abertamente a prisão como instrumento destinado a analfabetos e excluídos, pessoas que vivem à margem da sociedade e que praticam a criminalidade convencional e mais perceptível, relacionada ao patrimônio, à vida, à liberdade sexual, e que, por isso, carecem de reeducação. De tal sorte, aquele que não observou as regras do contrato social aprenderá a conviver em sociedade, após devidamente recuperado e reeducado pela prisão. A prisão irá ressocializá-lo. Nítido, pois, o aspecto antidemocrático desse sistema, reflexo de uma 'ideologia velada para colocar os componentes da elite longe da vala comum dos criminosos', ao esquecer-se propositadamente de que nem todo crime tem relação com a condição socioeconômica do sujeito."

maneira que o paradigma prisional brasileiro mostra-se um reflexo da dicotomia entre empirismo e abstracionismo, reforçado pelas práticas sociais e pela ideologia<sup>214</sup>.

Com isso, o encarceramento digno, longe de constituir um direito, permanece como um mero ideal, no mais das vezes utópico, eis que distanciado dos holofotes dos debates políticos relevantes. Exceto, por um curto interregno, quando o estopim de uma rebelião, de um ataque ou de um massacre relembram o mundo livre de que existe uma realidade olvidada pelos princípios fundamentais que orientam a própria democracia na qual este se estabelece.

---

<sup>214</sup> FAVORETTO, 2012, Pág. 45: “Por todo o exposto, fica evidente que grande parcela dos problemas existentes em sede de execução penal não será solucionada a partir da elaboração de novas leis, mas com o próprio cumprimento das disposições já existentes, uma vez que a proteção ao ser humano é consagrada tanto em sede constitucional quanto pela Lei de Execução Penal.”

### 3. O Conselho Nacional de Justiça e novos projetos de Política Criminal

Neste capítulo, analisaremos o que foi realizado, em termos de ações efetivas, pelo Conselho Nacional de Justiça para a melhoria da Política Criminal pretendida pelo poder judiciário, tendo em vista as diversas problemáticas enfrentadas pelo sistema carcerário nacional ao longo dos anos. Será dada atenção especial às medidas tomadas após a promulgação da Constituição de 1988, que visam à concretização do direito ao encarceramento digno nela disposto.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Estado brasileiro acolheu em sua carta constitucional vários direitos aos encarcerados, dentre os quais podemos citar - entre os mais simples - o direito à não violação de domicílio e ao acesso à informação; e - entre os mais importantes - vale destacar o direito ao devido processo penal, à assistência jurídica gratuita, e à razoável duração do processo, além de indenização por parte do Estado em caso de erro judiciário<sup>215</sup>. A implementação desses e de outros direitos são carentes de efetividade, considerando que entraves vêm se desenhando há décadas em diversas esferas da administração pública.

---

<sup>215</sup> À guisa de exemplo, o artigo 5º, da CF/88, assim dispõe: inciso XI, sobre a inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que inadmite juízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso LXVIII, sobre o *habeas corpus*; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o *habeas data* na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de *habeas corpus*, *habeas data* e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Todo esse quadro tem reflexo direto na administração penitenciária, quer da esfera judicial ou executiva, e na concretização de uma política pública que afaste qualquer retrocesso na proteção dos direitos humanos relativos ao cárcere.

O filósofo Norberto Bobbio critica a existência de direitos formalmente declarados e que não são efetivamente garantidos, “*cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política*”<sup>216</sup>. De fato, o que transparece à sociedade é que os direitos que levam ao encarceramento digno não passam de uma carta de intenções, unida em norma programática, dependente da vontade do poder político para concretizá-la.

Esse foi o grande desafio da administração do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na gestão do Ministro Gilmar Mendes, entre março de 2008 e abril de 2009. Não era difícil perceber o caos que já assolava o sistema carcerário brasileiro à época; a preocupação primordial era com relação ao número excessivo de presos definitivos e provisórios. A situação pedia medidas urgentes e o ministro apresentou em uma entrevista, ainda em agosto de 2009, o mutirão judicial no sistema carcerário do estado de Pernambuco. A proposta tinha o intuito de combater, pelo menos em parte, os diversos problemas que tanto castigavam nosso conjunto carcerário; Gilmar Mendes expôs como essa medida poderia ser uma iniciativa viável para abordar o problema em todo o Brasil:

[...] iniciativa consiste numa parceria entre o CNJ e todos os tribunais do país para ter uma radiografia precisa da situação carcerária e prisional brasileira. Há um quadro preocupante que precisa ser mudado de forma geral e é por isso que estamos mostrando este fato para a sociedade, apontando nossos erros e dizer que nós somos capazes de corrigi-los” (Entrevista Ministro Gilmar Mendes sobre o Mutirão Carcerário no Estado do Pernambuco).<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campos, 1992. P. 77-78

<sup>217</sup> MACIEL, Rebeka. Ministro Gilmar Mendes fala sobre mutirão carcerário e Meta 2 em Pernambuco. 2009. Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/imprimirNoticia.asp?id=6192](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/imprimirNoticia.asp?id=6192)>. Acesso em: 20 jan. 2013 às 23h.

O trabalho do Conselho Nacional de Justiça teve início com a criação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização<sup>218</sup> (DMF), que instituiu ferramentas legais para monitorar, fiscalizar, planejar, coordenar, acompanhar, fomentar e propor soluções relacionadas ao sistema prisional nacional. Atualmente, o departamento é coordenado por um Juiz Auxiliar da Presidência e supervisionado por um Conselheiro<sup>219</sup>.

O DMF viabilizou programas de políticas públicas voltadas à execução penal que funcionam hoje como verdadeiras garantias instrumentais aplicadas aos procedimentos e processos criminais; dentre esses programas, podemos citar o **Mutirão Carcerário**, a **Advocacia Voluntária** e o **Começar de Novo** seus maiores condutores<sup>220</sup>.

A título de informação, as tradicionais garantias instrumentais são, na visão de STRECK e OLIVEIRA<sup>221</sup>, aquelas que se apresentam como remédio para colocar fim a uma situação de violação a alguma garantia material, prevista pela Constituição ou pela lei processual. Os doutrinadores afirmam que:

---

<sup>218</sup> O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas foi criado com base na Lei n. 12.106, em dezembro de 2009. Entre as atribuições do departamento, estão a de monitorar e fiscalizar os sistemas carcerários do país e também verificar as medidas socioeducativas aplicadas pelos órgãos responsáveis em cada cidade do Brasil. O DMF verifica, em parceria com os Tribunais Estaduais e com a Corregedoria Nacional do Ministério Público (CNMP), a aplicação criminal e execução penal tanto de adultos quanto de menores.

Brasil. Lei nº 12106, de 02 de dezembro de 2009. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Lei Nº 12.106, de 2 de Dezembro de 2009.. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2009.

<sup>219</sup> Portaria Nº 88, de 16 de maio de 2013, Designa o Conselheiro Guilherme Calmon Nogueira da Gama para a função de Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional Justiça.

Brasil. Portaria nº 88, de 16 de maio de 2013. Designa Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 16 maio 2013.

Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/port\\_gp\\_88\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/port_gp_88_2013.pdf)>. Acesso em 15/02/2014 às 11:00.

<sup>220</sup> O DMF também é responsável pelo Mutirões Carcerários, Programa Começar de Novo, Grupo de Trabalho dos Juizados de Execução Penal do Brasil (GTJEP), Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores das Varas de Execução Penal, Projeto Eficiência, Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP), Grupo das Mulheres Encarceradas, Processos no E-CNJ, Justiça ao Jovem e Voto do Preso Provisório.

<sup>221</sup> STRECK, Lenio Luis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. . O que é isto - as garantias processuais penais? Volume 2 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (Coleção O que é Isto).

“, tais garantias não representam apenas direitos deferidos ao acusado, mas envolvem, também, direitos como a segurança pública, de cunho transindividual e o próprio interesse social na persecução penal (vale dizer, interessa a toda sociedade o processamento e a condenação, com o recolhimento a prisão, daqueles que cometeram crimes e que sua conduta tenha sido analisada no contexto de um devido processo legal)<sup>222</sup>.

Esses programas existem, portanto, para fiscalizar, monitorar e acompanhar o cumprimento dos direitos que garantem ao preso o encarceramento digno e a justa adequação às prerrogativas constitucionalmente dispostas.

Os Mutirões Carcerários surgiram pela primeira vez em agosto de 2008, no Rio de Janeiro, em ação conjunta do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça daquele Estado, aproximando o Poder Judiciário das responsabilidades do sistema carcerário.<sup>223</sup>

Foram de logo constatadas nos estabelecimentos prisionais visitados diversas irregularidades. Além de prisões irregulares, péssimas condições estruturais e falta de gestão adequada ao regime, foi evidenciada a necessidade de sistematizar as ações que visavam à reinserção social de presos e egressos - que eram praticamente inexistentes - para efetivar o compromisso com os preceitos da Lei de Execução Penal (Gomes & Costa, 2011)<sup>224</sup>.

Com a edição da Resolução CNJ nº 89, de 16 de setembro de 2009, institucionalizam-se os mutirões carcerários como mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes; e com o intuito de zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da legalidade estrita da prisão. As ações dos mutirões carcerários devem ser integradas às ações do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, da

---

<sup>222</sup> Ibid. p.23.

<sup>223</sup> Portaria nº 383/08 e, com a abrangência dos trabalhos, criou-se também no âmbito do Conselho Nacional de Justiça o Grupo de Monitoramento, Acompanhamento e Aperfeiçoamento do Sistema Carcerário, pela Portaria nº 513/09.

<sup>224</sup> GOMES, Luiz Flávio; COSTA, Roberta Calix Coelho da. Projeto "Começar de Novo": luz no fim do túnel. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18893/projeto-comecar-de-novo-luz-no-fim-do-tunel#ixzz2squ52Y55>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

administração penitenciária, de instituições de ensino e de outras entidades com atuação correlata<sup>225</sup>.

De fato, os mutirões coordenados pelo CNJ exigem integração, trabalho em conjunto e decisões rápidas sobre a manutenção ou não da prisão provisória e eventuais direitos garantidos pela Lei de Execuções Penais. No quesito se referente à qualidade do encarceramento, os relatórios dos mutirões expõem as péssimas condições de saúde e a superlotação de penitenciárias; além de casos de tortura de presos, dentre outras ilegalidades. Tais irregularidades não podem ser imputadas a apenas um órgão, mas a todos os que compõem o sistema de justiça criminal, por ação ou por omissão.

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário<sup>226</sup> sob a presidência do Deputado Domingos Dutra entre 2007 e 2008 apresenta relatório que salienta:

[...] que a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente. Ou seja, condições indispensáveis ao processo de preparação do retorno do indivíduo ao convívio social. Constatou no ambiente carcerário uma realidade cruel, desumana, animalésca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Art. 1º As varas de inquéritos, as varas com competência criminal e de execução penal desenvolverão trabalho de revisão das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes em conflito com a lei, pelo menos uma vez por ano (Resolução CNJ nr 89)

BRASIL. Resolução nº 89, de 16 de setembro de 2009. Institucionaliza os mutirões carcerários como mecanismo de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes.. Resolução Nº 89, de 16 de Setembro de 2009. Brasília , DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12220-resolucao-no-89-de-16-de-setembro-de-2009a>>. Acesso em: 15 fev. 2014 às 11:30.

<sup>226</sup> Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, da Câmara dos Deputados, com finalidade de investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal-LEP. Relator: Dep. Domingos Dutra PT/MA. Pag. 192.

<sup>227</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório Série Ação Parlamentar nº 384, de 2009. Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal - LEP. Cpi Sistema Carcerário. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 15 fev. 2014 às 12:00.

No período do referido relatório da CPI do sistema carcerário segundo afirmam Gomes & Costa (2011)<sup>228</sup>, havia grande quantidade de réus soltos sem data de julgamento marcada; muitas pessoas acusadas ilegalmente em regime de prisão; indivíduos cumprindo excesso de prazo na prisão cautelar ou no cumprimento da pena imposta; e presos provisórios que cumpriam penas mais longas que aquelas impostas ao crime que cometeram; além da ausência de políticas de ressocialização.

É fundamental lembrar que todos - a sociedade como um todo, incluindo nesse âmbito desde empresas preocupadas com a responsabilidade social até cidadãos comuns - deveriam participar com a administração penitenciária do acompanhamento desses programas de ressocialização; pois, quando um detento cumpre sua pena e sai da prisão, volta para o meio social. O ex-detento ganha o direito ao convívio em sociedade novamente e se não lhe forem oferecidas oportunidades de trabalho, reincidirá na criminalidade. É premente refletir sobre o preconceito que se tem desse público.

Tais constatações mostravam e mostram que a culpa desse quadro caótico não poderia ser atribuída a apenas um órgão do sistema, mas sim a toda a sociedade que contribui de maneira indireta e possui a sua parcela de responsabilidade; e mostravam também que o papel dos programas coordenados pelo CNJ deveria ir muito além do âmbito jurídico-processual.

Assim, a linha de atuação nos mutirões carcerários assenta-se em três eixos, segundo o relatório:

- I. efetividade da justiça criminal através do diagnóstico das varas criminais e de execução penal;
- II. garantia do devido processo legal através da revisão das prisões;
- III. a reinserção social conforme prevê o Projeto Começar de Novo, que auxilia na política de capacitação e inclusão de apenados do sistema prisional no mercado de trabalho.

Como garantia do devido processo legal, através da revisão e confirmação da regularidade das prisões, a Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010, dispõe sobre

---

<sup>228</sup> GOMES, Luiz Flávio; COSTA, Roberta Calix Coelho da. Projeto "Começar de Novo": luz no fim do túnel. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18893/projeto-comecar-de-novo-luz-no-fim-do-tunel#ixzz2squ52Y55>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança. O protocolo foi criado diante da necessidade de uniformizar tais procedimentos, em que se destaca a necessidade de envio de peças do processo de execução, para auxiliar o juiz competente no trato efetivo da execução da pena.

Salienta-se ainda, o fato de não existirem no Brasil estudos precisos sobre a taxa de reincidência criminal. Os mutirões carcerários têm evidenciado um contingente significativo de pessoas com mais de um processo nas varas criminais e nas varas de execução penal, indicando ser alto o índice de reincidência - fixado entre 60% e 70% - somados somente os dados relativos a processos judiciais.

Taxas altas de reincidência têm reflexo direto na relação segurança pública versus violência, e a redução dessas taxas passa, dentre outras medidas, pela implementação de programas consistentes de ressocialização.

Destaque-se que, além do caráter preventivo e punitivo, a execução penal deve também proporcionar condições para a harmônica integração social das pessoas encarceradas. Nesse contexto, evidencia-se a necessidade da integração de órgãos do poder público e da sociedade civil no processo de execução da pena, compreendida esta em suas funções preventiva, punitiva e de reinserção social.

A experiência positiva dos mutirões levou à elaboração do *“Projeto Começar de Novo”*, que já está possibilitando cursos de capacitação e vagas para trabalho a presos e egressos; e, ainda, a formalização de diversos termos de cooperação com entes públicos e privados. (Gomes & Costa, 2011)<sup>229</sup>.

Desta forma, o Projeto Começar de Novo foi composto de um conjunto de ações voltadas à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil com o propósito de coordenar, em âmbito nacional, as propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, de modo a concretizar ações de cidadania e promover redução da reincidência, tendo as seguintes iniciativas:

- I. Realizar campanha de mobilização para a criação de uma rede de cidadania em favor da ressocialização de apenados.
- II. Estabelecer parcerias com associações de classe patronais, organizações civis e gestores públicos, para apoiar as ações de reinserção social de presos.

---

<sup>229</sup> Ibid.

- III. Implementar iniciativas que propiciem o fortalecimento dos Conselhos da Comunidade, para o cumprimento de sua principal atribuição legal – reintegração social da pessoa encarcerada ou submetida a medidas e penas alternativas.
- IV. Integrar os serviços sociais nos Estados para seleção dos beneficiários do projeto.
- V. Criar um banco de oportunidades de trabalho e de educação e capacitação profissional.
- VI. Acompanhar os indicadores e as metas de reinserção social de presos e egressos.

O programa está alinhado ao Objetivo Estratégico do CNJ de promover a cidadania e disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva. A justificativa para esse programa se dá, segundo dispõe o artigo 1º da Lei nº 7.210/84, uma vez que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

A plena eficácia do dispositivo exige um repensar da execução penal e do papel do Poder Judiciário como órgão responsável pelo cumprimento da lei. O modelo legalmente previsto é de execução integral, global, que não se restringe ao controle das penas, mas também deve ser composto de medidas de reinserção social e do efetivo cumprimento das regras mínimas para o tratamento da pessoa encarcerada ou submetida a penas e medidas alternativas. Desta forma, o Programa Começar de Novo surge como expectativa para a reinserção de presos na sociedade, através dos caminhos estabelecidos da portaria Resolução 96 do CNJ.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> Art. 2º O Projeto Começar de Novo compõe-se de um conjunto de ações educativas, de capacitação profissional e de reinserção no mercado de trabalho, a ser norteado pelo Plano do Projeto anexo a esta Resolução.

§ 1º O Projeto será implementado com a participação da Rede de Reinserção Social, constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e pelas entidades públicas e privadas, inclusive Patronatos, Conselhos da Comunidade, universidades e instituições de ensino fundamental, médio e técnico-profissionalizantes;

§ 4º Todos os demais tribunais, ainda que não detenham competência criminal, poderão também promover ações de reinserção, sobretudo no tocante à contratação de presos, egressos e cumpridores de medidas e penas alternativas com base na Recomendação nº 21, do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 5º Os Tribunais de Justiça deverão instalar, no prazo de 30 dias, e por em funcionamento no prazo de até 90 dias, grupo de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário, presidido por um magistrado, com as seguintes atribuições:

I - implantar, manter e cumprir as metas do Projeto Começar de Novo;

A Resolução nº 62, de 10 de fevereiro de 2009, disciplina, no âmbito do Poder Judiciário, os procedimentos relativos ao cadastramento e à estruturação de serviços de assistência jurídica voluntária, em que os tribunais, diretamente ou mediante convênio de cooperação celebrado com a Defensoria Pública da União, dos Estados ou do Distrito Federal, implementam meios de cadastramento, preferencialmente informatizados, de advogados voluntários interessados na prestação de assistência jurídica sem contraprestação pecuniária do assistido ou do Estado, a qualquer título. Esse programa visa prestar assistência jurídica gratuita tanto aos presos que não têm condições de pagar um advogado quanto aos seus familiares.

A importância da Advocacia Voluntária é agilizar os processos da Justiça e garantir a aplicação do direito a toda a população, sobretudo à parcela mais pobre. Além da assistência, são feitas visitas, a fim de serem coletadas informações no local do cumprimento da pena. Os dados colhidos são, posteriormente, anexados aos processos dos presos na Comarca, de modo a atualizar e acompanhar a execução da pena. Agiliza-se, assim, o andamento dos pedidos encaminhados pelo Núcleo de Advocacia Voluntária aos magistrados, dando maior celeridade ao trâmite processual.

O Núcleo de Advocacia Voluntária, assim como o Programa Começar de Novo, foi criado como mecanismo que procura ampliar os canais de acesso ao Judiciário. O programa é uma das prioridades do CNJ para expandir o acesso à Justiça às pessoas de baixa renda, principalmente em razão do pequeno número de defensores públicos existentes no País.<sup>231</sup>

Para se cadastrar, o advogado interessado deverá ir ao Núcleo de Advocacia Voluntária mais próximo, fornecer alguns dados obrigatórios, preencher formulário próprio assinado por ele, declarando-se ciente das condições em que serão prestados os serviços. A atuação dos acadêmicos do curso de Direito servirá como

---

II – fomentar coordenar e fiscalizar a implementação de projetos de capacitação profissional e de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário, e de cumpridores de medidas e penas alternativas.

<sup>231</sup> Segundo Relatório “escassez de defensores públicos no país prejudica o acompanhamento dos processos dos detentos, constituindo uma das principais causas da superlotação das prisões brasileiras, atesta relatório preliminar do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária das Nações Unidas (GTDA/ONU), que realizou visita oficial ao país em março de 2013. A ampliação do número de defensores públicos está entre as mais frequentes recomendações feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante os mutirões carcerários.” Site: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27389-onu-aponta-a-falta-de-defensores-publicos-entre-as-causas-da-superpopulacao-carceraria-no-brasil>, acessado em 20/01/2013, às 23h.

apoio fundamental na resolução de questões importantes, por exemplo, a superlotação do sistema prisional.

O primeiro Núcleo de Advocacia Voluntária (NAV) do Brasil foi criado por meio de Termo de Cooperação Técnico firmado entre o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a Secretaria de Segurança Cidadã, as Instituições de Ensino Superior – UNICEUMA, UNDB e UFMA e com a interveniência do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.<sup>232</sup>

No primeiro mês de atividade, o NAV restringiu seus atendimentos apenas a um total de 305 (trezentos e cinco) internos das seguintes unidades prisionais: Central de Custódia de Presos de Justiça - CCPJ de Pedrinhas e Anil, Penitenciária de Pedrinhas, Centro de Detenção Provisória - CDP, Casa de Detenção – CADET, Presídio São Luís, Centro de Ressocialização e Inclusão Social de Mulheres - CRISMA e Casa de Atendimento ao Albergado e Egresso de São Luís.

Os atendimentos iniciaram pelos presos selecionados por cada unidade prisional, identificados como os que enfrentavam situações de maiores dificuldades, assim como por diligências aos pedidos já enviados para as Varas de Execução Penal da Capital e das Comarcas do interior; prosseguindo com os internos que alegavam já ter direito a algum benefício, além daqueles que procuraram diretamente o NAV, por meio de seus parentes.<sup>233</sup>

Em relação às questões processuais, o Núcleo de Advocacia Voluntária busca identificar as situações mais graves, como: a falta de informações acerca da pena a ser cumprida pelo interno, a não emissão do atestado de pena a cumprir ou da guia de execução definitiva ou provisória e a demora na tramitação e falta de informações dos pedidos enviados às varas, tanto da capital como para as comarcas do interior.<sup>234</sup>

A certeza para os internos de que existe um grupo de trabalho designado especialmente para verificar sua situação prisional e processual ajuda a diminuir a

---

<sup>232</sup> Dados extraídos do Relatório do Núcleo de Advocacia Voluntária em 2009, número de Atendimento do Núcleo na Capital – 32, Atendimento do Núcleo no interior – 29, Relação de Presos sem carta de Guia da CADET de São Luís– 40, Relação de Presos do Albergue de São Luís sem carta de guia – 32, Controle Geral de Atendimento do NAV – 306.

<sup>233</sup> Dados extraído do Relatório NAV - número de Atendimento do Núcleo: 61 Atendimentos Capital e Interior.

<sup>234</sup> Dados extraídos dos Relatórios do Núcleo de Advocacia Voluntária Total de Atendidos em 2010 – 1610, em 2011 – 1591, e, em 2013 – 794. Total Geral de 4301 atendimentos.

tensão no ambiente carcerário, fato este relatado, constantemente, por um bom número de internos.

Além das petições resultantes dos atendimentos, outras diligências são realizadas via telefonemas e e-mail, por meio de contatos com os secretários judiciais ou com os próprios juízes. Segundo dados extraídos dos relatórios do NAV, aguardam-se ainda respostas de diversos pedidos pendentes de decisões judiciais, tanto da capital quanto do interior, conforme relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário<sup>235</sup>.

### 3.1 - OS DADOS

O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas – DMF/CNJ informa que os mutirões contabilizaram 165.331 processos examinados, com 42.776 benefícios concedidos e 24.670 alvarás de soltura. Inobstante a grandeza dos dados, as delegacias e os centros de detenção provisória não param de receber um volume crescente de presos. Estima-se que hoje a população carcerária brasileira beira 550 mil presos, quase o dobro do ano de 2003.<sup>236</sup>

Contudo, os mutirões contribuem na compreensão de não ser crível fazer execução penal com um sistema esgarçado pela mistura de presos de todos os tipos, sem importar a condição pessoal do apenado ou a gravidade do delito; com presídios carentes de agentes penitenciários e especialistas em tratamento penal; e custando cada encarcerado ao contribuinte uma média de três salários mínimos mensais.<sup>237</sup>

Diante da falta de políticas públicas estruturantes para a ressocialização do preso, sem dúvida, o Mutirão é fundamental para ajudar a identificar e dar respostas simples e baratas para os nós menos complexos da área de política criminal e penitenciária. Mantendo as características e peculiaridades de cada estado e região

---

<sup>235</sup> Relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário do ano de 2013.

<sup>236</sup> Dados - Total geral desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013 - Processos analisados: 41.5599 , Benefício de liberdade:36.820, Benefícios: 72.611.

<sup>237</sup> Relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário do ano de 2013, em que se verificam as unidades prisionais de presos provisórios, existindo presos definitivos no regime fechado e semiaberto.

do país, analisaremos os dados de alguns Mutirões, realizados nas diversas regiões geopolíticas nacionais, para demonstrar que os dados não são divergentes e as dificuldades enfrentadas foram praticamente as mesmas.

Em Porto Alegre-RS, o Mutirão Carcerário foi iniciado no dia 14 de março de 2011 e concluído no dia 15 de abril daquele ano<sup>238</sup>, com objetivo de analisar todos os processos referentes a réus presos, definitivos e provisórios – incluindo os sentenciados pendentes de trânsito em julgado - bem como avaliar as condições das penitenciárias e cadeias públicas. A estimativa inicial apresentada para revisão e análise da situação processual era de aproximadamente 31 mil presos.

Na metodologia usada com o propósito de sistematizar os trabalhos do mutirão, foram criados, além do polo de Porto Alegre, os polos de Caxias do Sul, Ijuí, Pelotas e Santa Maria. Nesses locais, a análise dos processos referentes aos presos provisórios foi procedida pelos juízes das respectivas varas criminais; de outra parte, para análise dos processos das varas de execuções penais, foi designada pelo TJRS, uma equipe de 34 juízes.

O espaço físico, os equipamentos e os servidores em bom número, também contribuíram consideravelmente para o sucesso do mutirão, designando Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Servidores da SUSEPE que acompanharam todas as fases dos trabalhos realizados no Estado.

De acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias InfoPen, a população prisional do Estado do Rio Grande do Sul, no período de dezembro de 2010, era de 31.383 presos. Sendo que a população carcerária feminina

---

<sup>238</sup>Dados extraídos do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013 Relatório do Mutirão Carcerário de 2011, disponível no site do CNJ. Rio Grande do Sul/Mutirão/2011 – 1ª Análise - Processos analisados: 4.052, Livramento-Condernados: 257, Liberdade provisórios:0, Benefícios de liberdade:257, Condernados:507, Provisórios:0; Total de condernados e provisórios: 507, Rio Grande do Sul/Mutirão/2011 – 2ª Análise - Processos analisados:3.830, Livramento-Condernados: 257, Liberdade provisórios:0, Benefícios de liberdade:257, Condernados:458, Provisórios:05; Total de condernados e provisórios: 463, Rio Grande do Sul/Mutirão/2011 – 3ª Análise - Processos analisados:6.058, Livramento-Condernados: 38, Liberdade provisórios:0, Benefícios de liberdade:38, Condernados:101, Provisórios:0; Total de condernados e provisórios: 101, Rio Grande do Sul/Mutirão/2011 – 4ª Análise - Processos analisados:14.738, Livramento-Condernados: 346, Liberdade provisórios:05, Benefícios de liberdade:351, Condernados:1111, Provisórios:13; Total de condernados e provisórios:1.124 Rio Grande do Sul/Mutirão/2011 – 5ª Análise - Processos analisados:4.599, Livramento-Condernados: 595, Liberdade provisórios: 07, Benefícios de liberdade:,602 Condernados:954, Provisórios:18; Total de condernados e provisórios: 972.

correspondia, naquele período, a 6,64% da população carcerária total; sendo essa última, portanto, predominantemente masculina, com um quantitativo de 93,36%<sup>239</sup>.

Paralelamente, segundo informação do Infopen<sup>240</sup>, o Estado do Rio Grande do Sul, no período de dezembro de 2010, dispunha de 21.077 vagas distribuídas em 93 estabelecimentos penais. O excedente era de 10.306 presos - 48,90% além de sua capacidade - o que, contabilizando, representa uma taxa de ocupação de 1,49 presos por vaga. Entretanto, essa taxa de ocupação chegava a ser menor que a nacional, que atualmente, representa o quantitativo de 1,77 presos por vaga.

Síntese dos problemas mais comuns das unidades prisionais visitadas: estruturas precárias e inapropriadas em muitas unidades prisionais do Estado; superlotação das casas prisionais; poucas vagas para estudo; poucas vagas para trabalho; unidades com celas escuras, mal ventiladas e sujas, produzindo ambientes insalubres em muitas unidades; atendimento médico, odontológico e psicossocial restrito a poucas unidades, além da falta ou da insuficiência de medicamentos profissionais e equipamentos; número insuficiente de agentes penitenciários; trabalho externo ou interno restrito a poucas unidades; dificuldade de comunicação entre o segundo grau e as Varas Criminais e de Execuções Penais.

O Mutirão Carcerário serviu, também, para constatar que algumas decisões do Tribunal demoravam a ter cumprimento quando se tratava de concessão de benefício ou qualquer outra forma de situação mais benéfica para o preso que se constitua em função da decisão do TJRS.

Segundo dados do Mutirão, contabilizando o quantitativo geral dos processos, foram analisados 30.179 processos, sendo que, a maior parte deles (23.228), tratava-se de processos referentes aos presos condenados. Desse total de processos dos presos condenados, 3.530 tiveram decisões com benefício, o que representa 15,20% desse quantitativo. No que concerne aos presos provisórios, as devidas liberdades concedidas - relaxamento de prisão em flagrante, liberdade provisória e revogação de preventiva - alcançaram o quantitativo de 8,89% dos 6.951 feitos provisórios analisados, o que corresponde a 618 processos com liberação.

---

<sup>239</sup> Dados desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013 - Total geral no Estado do Rio Grande do Sul- Processos analisados: 30.277, Benefício de liberdade: 1.505, Benefícios: 3.167.

<sup>240</sup> Extraído do Relatório do INFOPEN, do Departamento Penitenciário Nacional –DEPEN, Ministério da Justiça, disponível em <http://www.infopen.gov.br/>, acessado em 09 de fevereiro de 2014.

No pólo da capital Porto Alegre foram analisados 14.652 processos, sendo 11.579, do total de processos referentes aos presos condenados; 1.243 processos, o que equivale a 10,73%, obtiveram decisão com benefício.

No Estado do Acre, foi realizado o Mutirão Carcerário do Estado em Rio Branco, de junho a julho de 2010, em atendimento à determinação constante na Lei 12.106/2009, e à Portaria n 101/2010, que institui a equipe de trabalho para compor o mutirão carcerário daquele Estado<sup>241</sup>.

Os trabalhos do mutirão tiveram início em 08 de junho, estendendo-se até 09 de julho de 2010, tendo como instituições parceiras, o Ministério Público e a Defensoria Pública que nomearam, por meio das Portarias ns. 911/2010 e 554/2010, respectivamente, os membros responsáveis pela atuação das entidades junto ao mutirão.

Foram feitas inspeções em todas as Unidades Prisionais do Estado, com registros atinentes às instalações físicas, quadro de pessoal e equipamentos. Entrevistas com todos os detentos que solicitaram atendimento, sendo que da análise de dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, confrontados com os que foram fornecidos pela Corregedoria-Geral da Justiça do Acre, foram reexaminadas todas as situações de prisão, provisória e definitiva, com o intuito de verificar sua legalidade, necessidade e regularidade. Os processos provisórios foram revistos pelos juízes naturais e os processos executivos de pena por magistrados designados pelo Tribunal de Justiça do Acre.

O mutirão centralizou-se em três polos: Rio Branco, Tarauacá e Cruzeiro do Sul, localidades que abrigam unidades prisionais. Com os dados coletados, em 2005 o número de vagas, entre masculinos e femininos verificava um déficit de 1.512 vagas no Estado, apesar da carência já retratada, ainda em 2005 o Estado do Acre já registrava a substancial proporção de 0,40% de sua população composta de pessoas presas, ou aproximadamente 420 pessoas presas para cada cem mil habitantes<sup>242</sup>.

Em menos de cinco anos, contudo, verificou-se aumento médio na população

---

<sup>241</sup> Dados desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013. Total geral no Estado do Acre - Processos analisados: 3.096, Benefício de liberdade: 263, Benefícios: 454.

<sup>242</sup> Extraído do Sistema Mutirões Carcerários e Relatório disponível no site do CNJ - Acre/2010 – Processos analisados: 3.096, Livramento-Condernados:168, Liberdade - provisórios:94, Benefícios de liberdade: 262, Condernados: 356, Provisórios: 97 ; Total de condernados e provisórios:453.

do Estado em 5,9%, enquanto que a população carcerária cresceu em 34,82%. Embora se verifique aumento percentual considerável no número de vagas nos presídios no mesmo período (78,13%), o Estado do Acre majorou, também, o número de pessoas presas para cada cem mil habitantes, chegando a 495,71; ou seja, houve um aumento de 18% em relação à proporção anterior

Foram analisadas no total as situações de 3.093 presos do Estado do Acre e foram beneficiadas 453 pessoas; dentre elas 94 presos provisórios e o restante condenados. Conforme informa o relatório consolidado, 356 benefícios foram concedidos durante os trabalhos do mutirão, o reconhecimento de extinção da pena com soltura foi concedido a 16 apenados, número que representa 4,49% dos casos analisados.

A extinção da pena sem soltura foi concedida a 09 aprisionados, num total de 2,53% dos benefícios conferidos. Ao todo foram prestados 77 livramentos condicionais, o que representa 21,63% dos casos; e a progressão para o regime aberto foi outorgada em 17,42% dos casos, o que a 62 pessoas beneficiadas.

Para o regime semiaberto progrediram 84 presos, ou 23,60% dos beneficiados. A autorização para trabalho externo foi cedida a 30 condenados, ou 8,43% dos casos; e foram indultados 13 réus, ou 3,65% do total de situações analisadas. Obtiveram remissão de pena duas pessoas, ou 0,56% do total; e comutação de pena outras 04 pessoas, que representam 1,12% dos casos analisados. Obtiveram direito a visitas periódicas ao lar 42 pessoas, ou 11,80% dos presos agraciados. Dois presos foram transferidos para outra unidade prisional e mais 15 receberam outros tipos de benefícios, totalizando 4,21% do total de situações avaliadas.

Apenas 16 apenados tiveram seus benefícios indeferidos, o que representa 0,81% do total de casos. O número de situações de cumprimento regular da pena foi de 1.918 casos, ou seja, 97,21% do total analisado. A regressão de regime foi aplicada em 19 casos (0,96% do total de 2.479 casos).

No Distrito Federal<sup>243</sup>, de acordo com a listagem encaminhada pela Secretaria de Segurança, a soma dos presos provisórios e condenados perfazia no dia 02.07.2010 o montante de: 8.697 presos, sendo que passaram pelo cartório do

---

<sup>243</sup> Dados desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013. Total geral no Distrito Federal - Processos analisados: 8.126 , Benefício de liberdade: 300, Benefícios: 1.734.

mutirão carcerário mais de 8.900 processos efetivamente cadastrados, analisados e finalizados no Sistema do CNJ, no interregno de 05.07.2010 a 06.08.2010. Isso permitiu ao Sistema Prisional local acompanhar sua realidade, mapear os pontos positivos e negativos e procurar formas de solucionar eventuais dificuldades.

A população carcerária do Distrito Federal estava composta no dia 09.07.2010, de 8.705 presos, segundo informação da Subsecretaria do Sistema Penitenciário; incluíam-se nessa contagem os presos definitivos e provisórios, masculinos e femininos; aqueles detidos por medida de segurança das Polícias Federal e Civil; bem como dos regimes fechado e semiaberto. Os dados contavam, aproximadamente, 6.907 presos definitivos, 1.626 detentos provisórios. Os números são aproximados devido à grande rotatividade que ocorre diariamente no sistema penitenciário, na medida em que os benefícios são concedidos e novos internos chegam.

No Maranhão, foram apreciados 2.415 casos relativos a presos definitivos, sendo que este número sobe para 2.805 quando se inclui aqueles de presos provisórios.

Esses números, no entanto, devem ser entendidos como aproximados, eis que nas delegacias também há presos definitivos, conquanto em pequeno número. Os presos definitivos estão, em sua maioria, custodiados pela Secretaria de Justiça e Administração Penitenciária.

A população carcerária masculina do Maranhão é de 5.255 presos, sendo que 1.651 deles estão em delegacias e cadeias sob administração da Secretaria de Justiça Estadual, e outros 1.651 presos em delegacias e cadeias sob administração da Secretaria de Estado da Segurança Pública<sup>244</sup>.

A população carcerária feminina do Maranhão é de 262 presas, sendo 58 em delegacias e cadeias sob administração da Secretaria do Estado de Segurança Pública e 204 detentas junto às unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado.

O Estado do Maranhão apresenta um grande déficit de abertura de vagas, uma vez que as que foram criadas são suficientes apenas para fazer frente ao aumento da população carcerária, que foi de 15,40%. A superlotação continua

---

<sup>244</sup> Os números nas delegacias de Polícia são: em 313 delegacias, sendo 268 no interior do estado divididas em 18 regionais, contamos 1564 presos custodiados definitivos e provisórios, segundo relatório da UMF em 2013.

sendo o grande problema, considerando-se que temos 3.911 internos e apenas 2.901 vagas sob a responsabilidade da Secretaria de Justiça. Além disso, temos mais 1.651 custodiados em delegacias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública. Os números mostram que é necessária a criação de, no mínimo, 2.500 vagas<sup>245</sup>.

Em Belo Horizonte MG, foi realizado o mutirão carcerário de 16 de agosto a 8 de outubro de 2010, em atendimento à determinação constante na Lei 12.106/2009, e à Portaria n. 149/2010, que institui a equipe de trabalho para compor o mutirão carcerário do Estado de Minas Gerais<sup>246</sup>.

O mutirão centralizou-se em seis polos: Belo Horizonte, Juiz de Fora Governador Valadares, Varginha, Uberlândia e Montes Claros, localidades que serviram como subsedes do mutirão, abrangendo as comarcas mais próximas de sua região, com análise de processos de presos provisórios e condenados em regime fechado, semiaberto e aberto.

Os números revelavam que em 2004 a Secretaria de Defesa Social custodiava parcela inferior a 40 % da população carcerária mineira, ou seja, a Segurança Pública era responsável por mais 17.021 pessoas encarceradas. A população prisional mineira era de 24.602 pessoas.

Percebeu-se que houve aumento considerável na população do sistema prisional (SEDS), que cresceu para 35.121 pessoas. Mantem-se um déficit de 11.922 vagas, havendo 11.326 pessoas sob custódia da Secretaria de Segurança Pública, num total de 46.447 presos, durante o início dos mutirões em 2008 até o ano de 2013.

Dos aproximadamente 22.000 presos existentes no polo Belo Horizonte, foram analisados 11343 processos de presos condenados; foram concedidos 733 benefícios de progressão para o regime semiaberto; 796 para o regime aberto, 452 livramentos condicionais, 97 extinções de pena com soltura e 38 sem soltura. O total

---

<sup>245</sup> Relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário de 2013 do Tribunal de Justiça do Maranhão, Em unidades prisionais na Capital se tem 1631 presos provisórios, 677 no fechado, 388 no semiaberto e 17 aberto no total de 2713 presos na Capital. No interior se tem 2237 Provisórios, 1065 no fechado, 605 no semiaberto e 60 no aberto, totalizando 3987 presos em unidades prisionais. Somados com os 1564 presos em delegacias se tem o número geral de presos do Estado de 5515 em setembro de 2013. Conforme Relatório do Mutirão Carcerário de 2011, há um déficit de 2400 Vagas no sistema.

<sup>246</sup> Dados desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013. Total geral no Estado de Minas Geras - Processos analisados: 28.830 , Benefício de liberdade: 3.170, Benefícios: 5.573.

de benefícios concedidos a presos condenados foi de 2.370, sendo que 6.956 processos foram considerados com tramitação regular<sup>247</sup>. Do total de 4.152 processos de réus provisórios no polo, foram concedidos 329 benefícios de liberdade provisória, ou, aproximadamente, 8% dos casos foram beneficiados.

Em Belém-PA, o mapa carcerário fornecido pela SUSIPE no início dos trabalhos do mutirão, em 14 de setembro de 2010, dava conta de que 12.153 era o número total de pessoas segregadas no Estado.

Em regime fechado encontramos 6.315 vagas (4.145 na região metropolitana e 2.170 no interior), para uma população de 11.086 presos (9.518 custodiados pela SUSIPE e 1.568 pela Polícia Civil). O déficit de vagas, portanto é de 4.771 vagas, o que representa 75,55% das vagas existentes.

A situação do regime semiaberto não era menos preocupante. O Estado do Pará dispõe de um total de 650 vagas para 1.067 apenados, ou seja, um déficit de 417 vagas, ou 64,15%.

No Estado de Pernambuco, segundo dados do INFOPEN<sup>248</sup>, existem 13.737 presos provisórios. Chega-se a esse número somando o total de presos em delegacias e cadeias da Secretaria de Segurança Pública, mais os provisórios alojados nas unidades administradas pela Secretaria Executiva de Ressocialização – SERES. Isto representa 57,41% do total de presos do estado; portanto um percentual acima da média nacional, que é de 36,81 %, segundo dados consolidados. O total de presos provisórios no Estado de Pernambuco em dezembro de 2010 era de 10.188.

A população carcerária masculina de Pernambuco é de 22.335 detentos, distribuída em mais de 70 cadeias públicas e delegacias sob administração da Secretaria de Segurança Pública, bem como junto a 18 estabelecimentos penais da Secretaria Executiva de Ressocialização. O total de presos do sexo masculino no

---

<sup>247</sup> Segundo Relatório do Mutirão Carcerário disponível no site do CNJ, Em cinco anos, portanto, registrou-se aumento na população carcerária da ordem de 88,79%, enquanto que a taxa média de crescimento da população brasileira vem mostrando uma tendência regular ao declínio desde a década de 60 (em 1960 a taxa foi de 2,89%, em 1970 foi de 2,48%, caindo para 1,93% em 1980)<sup>247</sup>. No último período censitário (1991 a 1996) chegou a 1,38%. (Contagem da População, 1996. Rio Janeiro:IBGE, 1997.v.1:Resultados relativos a Sexo da População e Situação da unidade domiciliar). Embora se verifique aumento percentual considerável no número de vagas no sistema prisional no período (296,2%), verifica-se que o número de presos provisórios (18.517) é superior à soma dos presos condenados nos três regimes – aberto, semiaberto e fechado - (16.604) e representa 52,72% da população prisional do Estado.

<sup>248</sup> Dados extraídos do INFOPEN, acessado em janeiro de 2013, disponível do site do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – Ministério da Justiça.

Estado de Pernambuco é de: 22.335 homens, conforme dados do INFOPEN, em referência ao mês de dezembro de 2010.

A população carcerária feminina de Pernambuco é de 1.590 mulheres, custodiadas em delegacias, cadeias públicas e unidades prisionais da secretaria de segurança pública, conforme dados do INFOPEN, também em referência a dezembro de 2010.

Segundo dados da SERES/SDS, atualizados até setembro de 2011, a população carcerária do Estado de Pernambuco, entre presos provisórios e condenados, era de 23.970 pessoas, sendo que eram disponibilizadas apenas 8.950 vagas, o que resultava em um déficit de aproximadamente 14.942 vagas. O Estado de Pernambuco tem hoje um déficit de quase 15.000 vagas<sup>249</sup>.

O Programa Começar de Novo tem como objetivo reinserir, socialmente, presos e egressos do sistema carcerário, além dos cumpridores de penas e medidas alternativas<sup>250</sup>.

O Programa foi implantado na comarca de São Luís em 2010, e desde a sua execução, conta com uma equipe de servidores, dentre eles, assistente social e psicólogo, que realizam o atendimento dos presos e egressos das unidades prisionais, viabilizando sua documentação básica e encaminhando para cursos profissionalizantes e para o mercado de trabalho. Esses encaminhamentos consistem nas principais linhas de ação do Programa.

Atualmente, com a aprovação da Lei nº. 9551, de 4 de janeiro de 2012, que cria a Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o PCN ganhou *status* de divisão, denominada Divisão Começar de Novo, legitimando um trabalho que viabiliza a promoção da cidadania e a defesa da dignidade humana do preso pelo Poder Judiciário maranhense.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> Dados desde 2008 até 2012, extraído do Sistema Mutirões Carcerários do Conselho Nacional de Justiça acessado em janeiro de 2013. Total geral no Estado de Pernambuco - Processos analisados: 25.661, Benefício de liberdade: 2.930, Benefícios: 4.261.

<sup>250</sup> Segundo site do Portal de Oportunidades do CNJ acessado em 11 de outubro de 2010, tem-se Vagas Propostas: 10122, Vagas Preenchidas: 5884, Vagas Disponíveis de Emprego 3661, Cursos Disponíveis 580, Cursos propostos 6621.

<sup>251</sup> Art. 1º Fica criada, no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário, que obedecerá aos objetivos e diretrizes previstos nesta Lei.

§1º Constituem atribuições da Unidade de Monitoramento, dentre outras que venham a ser estabelecidas pelo Tribunal de Justiça:

Uma das maiores dificuldades que o sistema prisional enfrenta, quando tenta viabilizar vagas para o trabalho, educação ou cursos profissionalizantes para os encarcerados, é a ausência de documentação mínima dos internos, como Certidões de Nascimento, Registro de Identidade, Carteira de Trabalho, Cadastro de Pessoas Físicas, Título de Eleitor e outros.<sup>252</sup>

O Plano Estadual de Educação nas Prisões do Maranhão tem como objetivo ampliar a oferta da educação de jovens e adultos nos estabelecimentos penais do Estado, atendendo não apenas o direito à educação, preconizado nas legislações vigentes, mas possibilitando a ressocialização dos apenados, garantindo-lhes o pleno exercício da cidadania.

De acordo com o levantamento da Secretaria Estadual de Educação, no Maranhão, atualmente, o sistema penitenciário é composto por 25 estabelecimentos penais, atendendo a 4.332 apenados. Destes, somente 06 possuem oferta educacional. A previsão de crescimento do percentual para oferta da educação nas prisões é de 62,5%, ampliando de 06 estabelecimentos penais para 16 até 2014<sup>253</sup>.

Atualmente, os números demonstram que 154 internos foram matriculados na EJA, nas Unidades do Monte Castelo, Olho D'água e Presídio Feminino, em São Luís; e 309 internos foram matriculados nas unidades de Bacabal, Caxias, Divinópolis, Pedreiras, Santa Inês, Timon, CCPJ Imperatriz e Albergue Imperatriz. As aulas iniciaram somente nas unidades de Pedreiras, CCPJ Imperatriz e Albergue Imperatriz. As demais unidades aguardam a contratação de professores e compra de material.

---

IV – fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário.

<sup>252</sup> Dados extraídos do Relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário de 2013 do Tribunal de Justiça do Maranhão – Tipo de Documento: 2ª Via de Certidão de Casamento - 01, 2ª Via de Certidão de Nascimento – 11, Cadastro Biométrico – 15, Cadastro de Pessoa Física – 218, Carteira de Identidade – 293, Carteira de Trabalho – 199, Certidão Negativa dos 05 cartórios de São Luís para 02 crianças filhos de apenados – 10, Certificado de Dispensa de Incorporação do Exército – 231, no total de 978 documentos.

<sup>253</sup> Segundo Relatório da Unidade de Monitoramento Carcerário de 2013 do Tribunal de Justiça do Maranhão O plano prevê, dentre outras medidas, a abertura de 60 vagas para o ensino superior na modalidade de educação à distância, a construção de 23 salas de aula, a contratação de 281 professores, a realização de concurso público para 127 agentes penitenciários, contratação de 24 pedagogos, 05 psicólogos e 11 bibliotecários e ainda a implantação de 11 espaços de leitura, nos quais serão desenvolvidos projetos de leitura que, além de contribuir para a formação de leitores, reduzirá a pena por meio do estudo. prevista na Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, que altera a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Por sua vez, o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) foi criado pelo Governo Federal, em 2011, com o objetivo de ampliar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica.

Seus objetivos se alinham com o Programa Começar de Novo no sentido de expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos de educação profissional técnica de nível médio e de cursos de formação inicial e continuada ou qualificação profissional presencial e a distância para apenas melhorar a qualificação técnica.

No Maranhão, foram ofertadas 414 vagas, dentre as quais foram pactuadas com sistema SENAI: 264 para os cursos de agente de limpeza e conservação, auxiliar de cozinha, auxiliar de garçom, cabeleireiro, camareira, costureiro, manicure e pedicure, porteiro e vigia e serigrafia.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foi apresentada a falência dos mecanismos formais de aplicação e defesa dos direitos fundamentais dos encarcerados que, mesmo reconhecidos no plano do direito positivo nacional, são de baixa efetividade. Além disso, foi analisada a efetivação dos direitos fundamentais dos encarcerados através dos novos instrumentos estabelecidos pelo CNJ, que decorrem de políticas públicas que possibilitam respeito aos direitos subjetivos individuais e difusos, de titularidade dos encarcerados. É de suma importância que a ordem constitucional e infraconstitucional vigente guarde respeito aos direitos fundamentais, visto que sua eficácia fortalece o Estado Democrático como um todo, e em especial os mais indefesos, como a maioria dos cidadãos em cárcere.

O direito fundamental ao encarceramento digno, estabelecido na Constituição Federal nos artigos 3, III e 5, XLVIII, XLIX e L, é um direito positivo prestacional de primeira dimensão, de aplicação imediata. Estruturado em forma de princípio, sofre na execução da política pública brasileira bloqueio em sua efetividade, por conta da inoperante gestão da administração carcerária.

A falta de literatura específica e a de dados confiáveis atrapalham a construção de uma política pública carcerária mais próxima da realidade e, assim, capaz de atender os princípios mais elementares do encarceramento digno. Do mesmo modo, a negligente e ineficiente gestão pública da administração penitenciária se distancia dos moldes do ordenamento jurídico nacional, que está em consonância com os tratados e acordos internacionais de defesa dos direitos humanos.

Ressalta-se que há ruptura do encarceramento digno, tendo em vista que, no paradigma prisional brasileiro, não há dados estatísticos aptos a contextualizar a medida da inobservância das prescrições legais.

Há necessidade de construção de estabelecimentos aptos a proporcionar ao recluso as condições básicas de assistência. Observa-se não só a falta de higiene, de alimentação adequada e de assistência médica, mas também, ausência de defesa técnica, de ressocialização positiva, do tratamento diferenciado entre presos provisórios e definitivos, presos eventuais e criminosos organizados. Enfim, falta assistência jurídica, material e espiritual à maioria absoluta dos presos brasileiros.

Assenta-se que o modelo prisional brasileiro é constituído por influências ecléticas, não só no que se refere à execução da pena, mas também no que diz respeito à respectiva justificação e finalidade, adotando características de diferentes escolas penais e distintos modelos prisionais, nos moldes da escola progressista. O regime de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil muito se assemelha àquelas verificadas nas fases do *mark system* e do sistema irlandês, agregadas a alguns aspectos do sistema progressivo de Manuel Montesinos e Molina.

Expõem-se os dados do Centro Internacional de Estudos Penitenciários (ICPS – International Centre for Prison Studies), órgão que auxilia os governos e outras agências, informando que o Brasil ocupa o 4<sup>a</sup> lugar no mundo no número de apenados e possui alta taxa de encarceramento, elevada taxa de ocupação de preso por vaga e excessivo número de presos provisórios, comparado a outros países do mundo.

Dos sistemas internos, fica também evidenciado pelo INFOPEN que a população carcerária do Brasil saltou de 422.690 em 2007 para 548.003 em 2012, o que gerou como consequência um quadro de superlotação, pela pouca quantidade de vagas criadas no mesmo período.

Também se mostra, que nos dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>254</sup>, existem 301.059 mandados de prisão aguardando cumprimento no Brasil, 187.024 cumpridos e 25.865 expirados, o que aumentaria ainda mais o caos, caso os mandados fossem cumpridos, tendo em vista o já atual quadro de superlotação do sistema prisional.

Fica demonstrado que tais circunstâncias são violadoras dos direitos humanos fundamentais, gerando constantes climas de tensão na massa carcerária, provocando rebeliões e gerando, violência dentro e fora dos presídios.

Foi explicitado, ao final, como a política pública criada pelo CNJ trouxe eficácia na modificação do quadro de defasagem de cidadania imposto pelo modelo carcerário brasileiro, através dos mecanismos criados: Mutirão Carcerário, Programa Começar de Novo e Núcleos de Advocacia Voluntária.

Destaca-se o trabalho na gestão do Ministro Gilmar Mendes à frente do CNJ, através do Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF), que instituiu

---

<sup>254</sup> Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/>>. Acesso em 03/11/2013.

ferramentas legais para monitorar, fiscalizar, planejar, coordenar, acompanhar, fomentar e propor soluções relacionadas ao sistema prisional nacional e principalmente o número excessivo de presos definitivos e provisórios, fomentando verdadeira revolução no trato da questão do cárcere pelo Poder Judiciário.

Afirma-se que os Mutirões Carcerários aproximaram o Poder Judiciário e os demais órgãos da administração, pois criaram uma força tarefa multidisciplinar que constata de imediato as prisões irregulares, péssimas condições estruturais e falta de gestão adequada ao regime, dando resultados imediatos, que contabilizaram 165.331 processos examinados, com 42.776 benefícios concedidos e 24.670 alvarás de soltura.

Constata-se que a experiência positiva dos mutirões levou à criação do Programa Começar de Novo, que auxiliou o desenvolvimento de cursos de capacitação e vagas para trabalho a presos e egressos através de termos de cooperação com entes públicos e privados.

Verifica-se que acordos de cooperação técnica com o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, Serviço Social das Indústrias - SESI, com a Federação das Indústrias Estaduais, com o Plano Estadual de Educação nas Prisões, o PRONATEC, dentre outros auxiliaram a oferta para a capacitação do apenados e egressos.

Na Gestão do Ministro Gilmar Mendes, foi assinado um acordo de cooperação técnica entre o Ministério do Esporte, o Presidente do Comitê Organizador Local e os Governadores para fomentar o Programa Começar de Novo nas obras de construção de edificações para eventos esportivos sediados no Brasil em 2013 e 2014. Este acordo possibilitou a recepção de egressos e apenados no mercado de trabalho e dele resultaram cerca de 700 contratações de apenados para obras de infraestrutura da Copa das Confederações 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, possibilitando a reinserção social e prevenção da reincidência criminal, na construção de estádios e outras áreas estruturantes de mobilidade urbana.

No Estado do Maranhão, a promulgação da Lei Estadual n.º 9.119/2010, que instituiu a Política Estadual "Começar de Novo", impôs a contratação de apenados e egressos do sistema prisional por empresas que licitam com o Estado, auxiliando sua inserção no mercado de trabalho, sendo esta primeira legislação estadual acerca da matéria.

Verificou-se que a maior dificuldade dos apenados do sistema prisional era a ausência de documentação mínima, como Certidões de Nascimento, Registro de Identidade, Carteira de Trabalho, Cadastro de Pessoas Físicas, Título de Eleitor entre outros documentos. O trabalho fortalecido pelas inúmeras ações do Programa Começar de Novo nos Estados proporcionou instrumental básico para a ressocialização dos apenados, garantindo-lhes o pleno exercício da cidadania.

Por fim, foi explanada a criação dos Núcleos de Advocacia Voluntária e como sua atuação permite a efetivação do direito através da rápida prestação jurisdicional, tendo em vista o programa dar assistência jurídica gratuita tanto aos presos quanto aos seus familiares, que não têm condições de pagar um advogado e não tem acesso a Defensoria Pública. Os NAV's, assim, possibilitam atualizar e acompanhar a execução da pena, dando maior celeridade ao trâmite processual de forma permanente, principalmente em razão do pequeno número de defensores públicos existente no País.

Desta forma, fica claro que a atuação dos instrumentais criados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ realiza uma forte modificação no quadro de defasagem de cidadania imposto pela administração carcerária brasileira, conclamando aos vários setores governamentais para cumprirem as suas competências constitucionalmente estabelecidas, tentando encurtar o distanciamento entre a má gestão pública e as normas de defesa dos direitos fundamentais dos encarcerados, na busca final pela efetivação desses direitos.

## REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/1998.

\_\_\_\_\_. **Theorie der Grundrechte**, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Edusp, 1979.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos Direitos Fundamentais**. Revista da AGU – Advocacia-Geral da União – Ano XI - Número 32 – Brasília-DF, abr./jun. 2012, p. 7-50.

**Audiência pública discutirá substituição de pena em regime semiaberto por prisão domiciliar**, Notícias STF.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232309>

Acessado em: 20/03/14.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1996

BELLI, Benoni. **Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed.São Paulo: Martin Claret, 2009.

BERGAMO, Monica. **Para Gilmar Mendes já é hora de discutir de maneira franca o sistema carcerário brasileiro**. 2013

Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/12/1381683-para-gilmar-mendes-ja-e-hora-de-discutir-de-maneira-franca-o-sistema-carcerario-brasileiro.shtml>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BICUDO, Hélio. **Direitos Humanos e sua proteção**. São Paulo: FDT, 1997.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. Ed.São Paulo: Saraiva. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, 11ª Edição,SãoPaulo,2001.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014 às 11:45.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL. **Lei nº 12.106, de 02 de dezembro de 2009**. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras

providências. Lei Nº 12.106, de 2 de Dezembro de 2009.. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12106.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2009.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Lei Nº 12.403, de 4 de Maio de 2011.. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Série Ação Parlamentar nº 384, de 2009.** Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal - LEP.. Cpi Sistema Carcerário. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 15 fev. 2014 às 12:00.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASA CIVIL. **Decreto nº Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Cria o Código Penal Brasileiro. Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 21 mar. 2014.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** 34. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Alguns apontamentos sobre direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 242, 6 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4836>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas - DMF. **Novo Diagnóstico De Pessoas Presas No Brasil**. 2014. às 12 horas.

Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Mutirão Carcerário** Relatório Geral. . <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>

\_\_\_\_\_. **Mutirão Carcerário** Relatório Geral. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>

\_\_\_\_\_. **Mutirão carcerário do Estado do Acre**: Relatório Final. 2010. Disponível em:

<[http://www.tjac.jus.br/noticias/pdf/mutirao\\_carcerario\\_no\\_estado\\_do\\_acre\\_relatorio.pdf](http://www.tjac.jus.br/noticias/pdf/mutirao_carcerario_no_estado_do_acre_relatorio.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Mutirão Carcerário - DF. 2010**.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/df.pdf>>.

Acesso em: 16 fev. 2014 às 14h.

\_\_\_\_\_. **Mutirão Carcerário do Estado de Minas Gerais**: Relatório Geral. 2010.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/minasgerais.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Mutirão Carcerário realizado no Estado do Pará**: Relatório Final. 2010.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/para.pdf>>.

Acesso em: 16 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Mutirão Carcerário do Estado de Pernambuco: Relatório Geral.** 2011.

Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio\\_final\\_pernambuco.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/relatorio_final_pernambuco.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 88, de 16 de maio de 2013.** Designa Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 16 maio 2013.

Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/port\\_gp\\_88\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/port_gp_88_2013.pdf)>. Acesso em 15/02/2014 às 11:00.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 513, de 14 de abril de 2009.** Constitui o Grupo de Monitoramento Acompanhamento e Aperfeiçoamento do Sistema Carcerário. (Publicada no DOU, Seção 1, em 15/4/2009, p. 114-115.). Portaria Nº 513, de 14 de Abril de 2009. Brasília, DF.

Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=11782:desembargador-do-tjpi-e-afastado-preventivamente-pelo-cnj&catid=1:notas&Itemid=169](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11782:desembargador-do-tjpi-e-afastado-preventivamente-pelo-cnj&catid=1:notas&Itemid=169)>. Acesso em 15/02/2014 às 11:10.

\_\_\_\_\_. **Projeto Começar de Novo. Relatório de Vagas Disponíveis.** 2010.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/projetocomecardenovo/index.wsp>>. Acesso em: 11 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 62, de 10 de fevereiro de 2009.** Disciplina, no âmbito do Poder Judiciário, os procedimentos relativos ao cadastramento e à estruturação de serviços de assistência jurídica voluntária. Resolução Nº 62, de 10 de Fevereiro de 2009. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12181-resolucao-no-62-de-10-de-fevereiro-de-2009>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009.** Cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 85, de 08 de setembro de 2009.** Dispõe sobre a Comunicação Social no âmbito do Poder Judiciário. Resolução Nº 85, de 08 de Setembro de 2009. Brasília, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12200-resolucao-no-85-de-08-de-setembro-de-2009>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 89, de 16 de setembro de 2009.** Institucionaliza os mutirões carcerários como mecanismo de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes.. Resolução Nº 89, de 16 de Setembro de 2009. Brasília , DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12220-resolucao-no-89-de-16-de-setembro-de-2009a>>. Acesso em: 15 fev. 2014 às 11:30.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 96, de 27 de outubro de 2009.** Dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário, institui o Portal de Oportunidades e dá outras providencias. Resolução Nº 96, de 27 de Outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12209-resolucao-no-96-de-27-de-outubro-de-2009>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 101, de 15 de dezembro de 2009.** Define a política institucional do Poder Judiciário na Execução das Penas e Medidas Alternativas à Prisão. Resolução Nº 101, de 15 de Dezembro de 2009. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12219-resolucao-no-101-de-15-de-dezembro-de-2009>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010.** Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências.. Resolução Nº 113, de 20 de Abril de 2010. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12231-resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 137, de 13 de julho de 2011.** Regulamenta o banco de dados de mandados de prisão, nos termos do art. 289-A do CPP, acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, e dá outras providências. Resolução Nº 137, de 13 de Julho de 2011. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/15089-resolucao-n-137-de-13-de-julho-de-2011>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 162, de 13 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a comunicação de prisão estrangeiro à missão diplomática de seu respectivo Estado de origem. Resolução Nº 162, de 13 de Novembro de 2012.. Brasília, DF, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/22172-resolucao-n-162-de-13-de-novembro-de-2012>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Seminário Justiça em Números**, 23/09/10, na ESMAF, em Brasília-DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios> Acessado em: 22/03/2014.

\_\_\_\_\_. **Termo de Acordo nº 001/2010, de 13 de janeiro de 2010.** Acordo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, órgãos e entidades participantes da matriz de responsabilidades e da consecução das tratativas para realização da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo FIFA de 2014 para fins específicos (processo CNJ nº 338576). **Tratado de Acordo de Cooperação Técnica Nº001/2010.** Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/acordos\\_termos/ACOT\\_001\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/acordos_termos/ACOT_001_2010.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório de Visitas ao Sistema Prisional do Estado do Maranhão pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.** 2013.

Disponível em:

<[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatório\\_Maranhão.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatório_Maranhão.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Relatório Ministério Público**

Disponível em:

[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional\\_w\\_eb\\_final.PDF](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_w_eb_final.PDF)>. Acesso em 03/11/2013.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Presidência da República (Ed.). **Relatório de Auditoria Anual de Contas**: Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. 2011.

Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ01A851E7PTBRNN.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2014

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 123-170, jan./jun. 2006.**

Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em: 9 de jul. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: História da Violência nas Prisões. 38. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Trad. Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse**. New York: Free Press, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; COSTA, Roberta Calix Coelho da. **Projeto "Começar de Novo"**: luz no fim do túnel. 2011.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18893/projeto-comecar-de-novo-luz-no-fim-do-tunel#ixzz2sq52Y55>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal 1º volume: parte geral**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNG, Daniel Radici. [Os direitos fundamentais materiais na ordem jurídica brasileira - Página 2/2](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 11](#), [n. 1095](#), [1 jul. 2006](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8596>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Trad. Aurélio Wander Bastos. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, César Barros. **Execução penal da América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor**. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito 1**. São Paulo: Tempo Brasileiro, Coleção Tempo Universitário nº 75, 1983.

MACIEL, Rebeka. **Ministro Gilmar Mendes fala sobre mutirão carcerário e Meta 2 em Pernambuco**. 2009.

Disponível em:

<[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/imprimirNoticia.asp?id=6192](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/imprimirNoticia.asp?id=6192)>. Acesso em: 20 jan. 2013 às 23h.

MARANHÃO. **Lei nº 9116, de 11 de janeiro de 2010**. Institui a Política Estadual de inserção de egressos do sistema prisional no mercado de trabalho, e dá outras providências. Lei Nº 9.116 de 11/01/2010. São Luís, MA, Disponível em: <[http://www.normasbrasil.com.br/norma/lei-9116-2010-ma\\_130093.html](http://www.normasbrasil.com.br/norma/lei-9116-2010-ma_130093.html)>. Acesso em: 21 mar. 2010.

MARANHÃO (Estado). **Lei nº 9551, de 04 de janeiro de 2012**. Cria a Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, e dá outras providências. Lei Nº 9551, de 04 de Janeiro de 2012. São Luís, MA, 04 jan. 2012. Disponível em: <[http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/9293/20120208\\_20120208\\_lei\\_95512012.pdf.pdf](http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/9293/20120208_20120208_lei_95512012.pdf.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. [O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 9](#), [n. 378](#), [20 jul. 2004](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, **Relatório Infopen**

Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=&params=itemID={C84D8405-7385-4035-B781-FF92AE6EDB6F};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>

Acessado em: 22/03/2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

**Núcleo de atenção permanente aos presos começa a funcionar este mês.**  
Agência CNJ de Notícias

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/transparenciacnj/acordos-terminos-e-convenios/terminos-de-doacao/96-noticias/7112-nucleo-de-atencao-permanente-aos-presos-comeca-a-funcionar-este-mes-no-maranhao>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. - Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fonte. 2011.

**Relatório do Banco Nacional de Mandado de Prisões** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/>>. Acesso em 03/11/2013.

**Relatório da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário.**

Disponível em:

<http://www.pcn.ma.gov.br/images/stories/arquivos/RelatoriosUMF/2RelatorioAnual2013UMF.pdf> Acessado em: 21/03/2014.

**Relatório ICPS** Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest?dyfield=field\\_integer\\_1&field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All&field\\_names=a%3A6%3Afi%3A0%3Bs%3A15%3A%22field\\_integer\\_1%22%3Bi%3A1%3Bs%3A13%3A%22field\\_integer%22%3Bi%3A2%3Bs%3A16%3A%22field\\_percentage%22%3Bi%3A3%3Bs%3A18%3A%22field\\_percentage\\_1%22%3Bi%3A4%3Bs%3A18%3A%22field\\_percentage\\_2%22%3Bi%3A5%3Bs%3A18%3A%22field\\_percentage\\_3%22%3B}&combined=a%3A0%3A{}](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest?dyfield=field_integer_1&field_region_taxonomy_tid=All&field_names=a%3A6%3Afi%3A0%3Bs%3A15%3A%22field_integer_1%22%3Bi%3A1%3Bs%3A13%3A%22field_integer%22%3Bi%3A2%3Bs%3A16%3A%22field_percentage%22%3Bi%3A3%3Bs%3A18%3A%22field_percentage_1%22%3Bi%3A4%3Bs%3A18%3A%22field_percentage_2%22%3Bi%3A5%3Bs%3A18%3A%22field_percentage_3%22%3B}&combined=a%3A0%3A{}) Acessado em: 22/03/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Ver. Atual e ampl.: 2. Tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Execução penal: Controle da legalidade.** 2013. Disponível em: <<http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/01/execucao-penal-controle-da-legalidade-marco-antonio-bandeira-scapini/>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas (dialética erística).** Trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. **Direitos Humanos: instrumentos internacionais, documentos diversos,** 1997, 638 páginas.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia.** In: Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998.

\_\_\_\_\_. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus** HTF - HC 91.952 STF

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, Habeas Corpus HC 207.907

Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077465/habeas-corpus-hc-207907-pe-2011-0121081-3-stj/relatorio-e-voto-21077467>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Habeas Corpus HC 194.502

Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21106719/habeas-corporus-hc-194502-sp-2011-0007658-8-stj/relatorio-e-voto-21106721>

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus 42.543

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7223927/habeas-corporus-hc-42543-sp-2005-0042902-8/relatorio-e-voto-12972771>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, Habeas Corpus HC 51.324 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/30102092/pg-3731-superior-tribunal-de-justica-stj-de-31-08-2011>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Habeas Corpus 221.708 Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24989182/habeas-corporus-hc-221708-rj-2011-0246359-4-stj/inteiro-teor-24989183>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO Mato Grosso do Sul, Habeas Corpus 41.596 Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24992324/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporus-agrg-no-rhc-41596-ms-2013-0343750-1-stj/inteiro-teor-24992325>

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, **Recurso de Agravo**: Recurso De Agravo. Pedido de autorização de visita formulado pela irmã do sentenciado. Adolescente com 17 (dezessete) anos de idade. Indeferimento. Recurso da defesa. Violação ao direito fundamental de assistência familiar. Inexistência de fundamento idôneo para a negativa de autorização de visitas. Recurso conhecido e provido. 2010. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122134463/recurso-de-agravo-rag-20140020094396-df-0009497-8120148070000>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

VASCONCELLOS, Jorge. **ONU aponta a falta de defensores públicos entre as causas da superpopulação carcerária no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27389-onu-aponta-a-falta-de-defensores-publicos-entre-as-causas-da-superpopulacao-carceraria-no-brasil>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013, às 23h.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez Conceição. - Rio de Janeiro: Renavan, 1991.