

Geovana Serra Dantas

**ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL
NA QUESTÃO PENITENCIÁRIA**

Centro Universitário Toledo

Araçatuba

2017

Geovana Serra Dantas

**ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL
NA QUESTÃO PENITENCIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso (monografia jurídica) apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação da Prof^ª. Ms. Camila Paula de Barros Gomes.

Centro Universitário Toledo

Araçatuba

2017

Banca examinadora

Prof^a. Ms. Camila Paula de Barros Gomes

Prof^a Ms. Leiliane Sella Emoto

Prof^o Thiago de Barros Rocha

Araçatuba/SP, 29 de agosto de 2017.

Dedico este trabalho aos meus pais, meu avô e ao meu irmão por acreditarem na minha capacidade e não medirem esforços para que eu alcançasse meus objetivos. Sei o quanto se empenharam para que eu chegasse até aqui. Compartilham o meus sonhos e me auxiliam como se deles fossem. Sou muito grata por tê-los todos os dias ao meu lado. Além desse trabalho, dedico meu agradecimento e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

A contribuição de todas as pessoas que estiveram ao meu lado nestes últimos cinco anos foi significativa para a conclusão deste estudo. Cada atitude amiga me fez capaz de compreender que posso alcançar meus objetivos e tenho com quem contar.

Desta forma, gostaria de agradecer a todos meus amigos e a todos que estiveram comigo nos estágios que realizei e que de alguma forma contribuíram para a conclusão desta pesquisa.

O apoio da minha orientadora, Prof^a. Ms. Camila Paula de Barros Gomes, foi de suma importância para a conclusão deste trabalho. Por ela tenho admiração e respeito pela profissional e pessoa que é. Na mesma vertente devo meus agradecimentos a todos meus professores do curso de direito e em particular aos professores que me auxiliaram nas aulas que levaram a minha aprovação no XXII exame de ordem.

O meu agradecimento especial deve ser à Deus e a minha família por abrirem mão de suas vontades para ver meu sonho se realizar e por acreditar na minha capacidade, quando a impaciência, dúvidas tomavam conta de mim.

O Bicho

Vi ontem um bicho
Na imundície do pátio
Catando comida entre os detritos.

Quando achava alguma coisa,
Não examinava nem cheirava:
Engolia com voracidade.

O bicho não era um cão,
Não era um gato,
Não era um rato.

O bicho, meu Deus, era um homem.

(Manuel Bandeira. Rio, 27/12/1947)

RESUMO

O trabalho aborda a evolução histórica dos direitos humanos e adentra na dignidade da pessoa humana. Com este entendimento é possível compreender o princípio da humanidade que baseia todos os direitos dos presos na execução penal. Alguns direitos foram elucidados de forma a ficar evidente a necessidade de sua observância. Em que pese existir tantas disposições legais, atualmente muitos destes direitos são violados, desta forma, algumas transgressões foram elucidadas. Após foi explanado questões relativas a tripartição dos poderes e o ativismo judicial. Esta problemática se faz necessária para entender o Estado de Coisa Inconstitucional e a sua existência no sistema carcerário brasileiro, ressaltando a maneira de resolução deste conflito estrutural por meio do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos dos presos. Estado de Coisa Inconstitucional. Sentença estrutural.

ABSTRACT

The work addresses the historical evolution of human rights and enters the dignity of the human person. With this understanding it is possible to understand the principle of humankind which bases all the rights of prisoners in criminal execution. Some rights have been elucidated in such a way as to make evident the need for their observance. Although there are so many legal provisions, many of these rights are currently violated, in this way, some transgressions have been showed. Knowledge, questions were raised regarding the tripartition of powers and judicial activism. This problem is necessary to know the State of Unconstitutional Thing and its existence in the Brazilian prison system, highlighting the way of solving this structural conflict through the Judiciary.

Key-words: Rights of prisoners. State of Unconstitutional Thing. Stressful judgment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS:

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIDS - Vírus da Imunodeficiência Humana

CCC – Corte Constitucional da Colômbia

ECI – Estado de Coisa Inconstitucional

LEP – Lei de Execuções Penais

ONU – Organização das Nações Unidas

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| I - DIREITOS HUMANOS | 14 |
| 1.1 Conceito de direitos humanos | 14 |
| 1.2 Evolução histórica dos direitos humanos..... | 14 |
| 1.3 Dimensões de direitos humanos | 18 |
| 1.4 Direitos humanos na atualidade no Brasil | 20 |
| 1.5 Direitos humanos e direitos fundamentais | 22 |
| 1.6 Dignidade da pessoa humana | 23 |
| II - DIREITOS E GARANTIAS NA EXECUÇÃO PENAL | 25 |
| 2.1 Princípios da humanidade | 25 |
| 2.2 Direitos dos presos..... | 25 |
| 2.3 Direitos em espécie..... | 27 |
| 2.3.1 Direito à assistência material | 27 |
| 2.3.2 Direito à assistência à saúde | 28 |
| 2.3.3 Direitos específicos das mulheres submetidas ao cárcere | 29 |
| 2.3.4 Acesso à assistência jurídica..... | 30 |
| 2.3.5 Direito à assistência educacional | 31 |
| 2.3.6 Direito à assistência social..... | 33 |
| 2.3.7 Direito à assistência religiosa | 33 |
| 2.3.8 Direito ao trabalho..... | 34 |
| 2.3.9 Direito à visita..... | 36 |
| 2.3.10 Direito ao respeito à integridade física e moral | 37 |
| 2.3.11 Direito ao descanso e recreação | 38 |
| 2.3.12 Direito à igualdade | 38 |

| | |
|---|-----------|
| 2.3.13 Vedação ao sensacionalismo | 39 |
| 2.3.14 Princípio da Presunção de Inocência..... | 40 |
| 2.3.15 Audiência de custódia | 41 |
| 2.4 Alguns exemplos de violações aos direitos dos presos | 41 |
| III - ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL..... | 53 |
| 3.1 Divisão dos Poderes e participação do Executivo e Legislativo na concretização de políticas públicas: | 53 |
| 3.2 Ativismo judicial | 55 |
| 3.3 O Estado de Coisa Inconstitucional..... | 59 |
| 3.3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 | 63 |
| 3.4 Decisão Estrutural e Monitoramento | 68 |
| CONCLUSÃO..... | 72 |
| REFERÊNCIAS..... | 76 |

INTRODUÇÃO

Inicialmente, será abordado o conceito e as principais questões relativas evolução histórica dos Direitos Humanos, de modo que fique evidenciado que em cada momento a sociedade almeja um direito. A discussão permanece nos dias de hoje até elucidar a relevância da dignidade da pessoa humana.

O direito supramencionado substancia o princípio da humanidade que é muito relevante para melhor compreender os direitos dos presos, que serão abordados no segundo capítulo, sendo explicado alguns direitos em espécie, bem como a necessidade de sua observância, tais como o direito a assistência material, saúde, direitos específicos das mulheres, assistência jurídica, educacional, social, religiosa, direito ao trabalho, visita, descanso, recreação, respeito a integridade física e moral, vedação ao sensacionalismo, princípio da presunção de inocência e audiência de custódia. Estes direitos estão previstos na Lei de Execução Penal, Constituição Federal, Tratados Internacionais e outras leis infraconstitucionais.

Após elucidar os direitos, será demonstrado o que realmente ocorre na prática, sendo evidenciadas algumas violações a estes direitos, como frequentemente se vê em notícias e dados oficiais do Ministério da Justiça. Juntamente com estas explicações será demonstrado os reflexos que acarretam na vida do sentenciado, como por exemplo o número de reincidência.

Ao final da explanação acerca da violação foi esclarecido que o Partido Socialismo e Liberdade interpôs uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental em que se busca a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário.

No último capítulo foi estudada a divisão de poderes e a atuação típica e atípica de cada um deles para que fosse possível entender o Ativismo Judicial.

Diante destas premissas, foi elaborada a compreensão acerca do Estado de Coisa Inconstitucional, demonstrando seu surgimento, conceituação, configuração e a posição que acredita que esse instituto é desfavorável e favorável ao Estado Democrático de Direito. Adentrou-se nas questões relativas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº: 347 que versa a respeito do conflito estrutural existente no sistema carcerário.

Por fim, foi levantado o meio possível a ser utilizado pelo Poder Judiciário para resolver conflitos estruturais, conhecido como decisão estrutural e monitoramento das decisões.

O trabalho colacionou jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e jurisprudências brasileiras para a melhor atuação judicial na resolução do Estado de Coisa Inconstitucional. Além disto, foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais como metodologia de pesquisa.

I - DIREITOS HUMANOS

1.1 Conceito de direitos humanos

Os direitos humanos estão presentes em todos os momentos da vida de uma pessoa, por isto são muito conhecidos dentro da sociedade. São frutos de lutas incessantes no decorrer da história, conforme será esmiuçado posteriormente.

Como bem ensina André de Carvalho Ramos (2014, p. 27):

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direito indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Em que pese resguardar a dignidade humana e ser um direito de todos, a polêmica atinente a este tema é grande e preocupante. Conforme corriqueiramente se vê, muitos não conseguem assimilar a sua importância e acreditam que estes direitos protegem apenas aqueles que não deveriam ser protegidos, referindo-se, muitas vezes a população carcerária.

Em que pese este inquietante estigma, é certo que os direitos humanos não são seletivos. Não protegem apenas uma categoria de pessoas, ao contrário disto, tem caráter de universalidade. É neste sentido a conceituação em que se pauta a Organização das Nações Unidas (ONU, 2017) determina os direitos humanos como:

Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.

1.2 Evolução histórica dos direitos humanos

Para entender a evolução dos direitos humanos, deve-se retornar a um passado remoto. Em cada momento buscava-se um direito distinto, baseado na necessidade que pairava na sociedade.

Durante toda a existência humana os direitos humanos estiverem presentes. Algumas épocas históricas foram mais acentuadas, os principais marcos históricos serão mencionados neste trabalho, para que se possa entender o que são os direitos humanos na atualidade.

Um dos grandes marcos surgiu na Inglaterra, no ano de 1215, durante a idade média, ocasião em que foi editada a Carta Magna durante o reinado do Rei João sem Terra. Neste momento o pleito pela liberdade foi inserido dentre os artigos, beneficiando os membros da sociedade e a igreja. O devido processo legal, o habeas corpus e o direito à propriedade nasceram neste momento histórico.

Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levou ao surgimento do constitucionalismo. É que o documento garantiu certas liberdades civis e políticas aos ingleses, tornou a igreja livre da ingerência da monarquia, reformou o direito e a justiça e regulou o comportamento dos funcionários reais. Destacam-se a necessidade de se ter o crivo de um juiz para a prisão de um homem livre, a garantia da liberdade de ir e vir, a defesa da propriedade privada e a gradação da pena à importância do delito cometido. É a primeira vez na história medieval que fica explícito o fato de que o rei se encontra vinculado pelas leis que edita, tendo seu poder limitado não só por elas, mas também pelos direitos subjetivos daqueles que ele governa. (MACIEL, 2017)

É neste contexto em que se encaixa a primeira geração de direitos humanos.

Nos anos compreendidos entre 1453 e 1789 ocorreu o período denominado Idade Moderna. Neste momento histórico, um marco importante foi a Declaração de Direitos, editada em 1689, na Inglaterra. Ela se destaca porque limitou o poder legislativo do rei, nas palavras de André de Carvalho Ramos (2014, p. 38):

O poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se “que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento”; “que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento” e que “a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento”.

A Declaração de Direitos do Povo da Virginia e a Constituição dos Estados Unidos fizeram parte dos marcos da Idade Moderna. Esta Constituição foi a primeira do mundo a ser criada, sendo o resultado da independência das colônias britânicas na América do Norte. Nas

palavras de Ramos (2014, p. 42): “Várias causas concorreram para a independência norte-americana, sendo a defesa das liberdades públicas contra o absolutismo do rei uma das mais importantes, o que legitimou a emancipação”.

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia trouxe, em seu conteúdo, os ideais traçados por Locke, Rousseau e Montesquieu. A estrutura do Estado e um governo limitado, protegendo o indivíduo, eram as preocupações do documento (SILVA, 2013, p. 155).

Em síntese, como ensina Castilho (2011, p. 18):

É importante notar que a Declaração de Virgínia traz o reconhecimento de direitos inatos de toda pessoa humana e também o princípio de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. Afirma os princípios da igualdade de todos perante a lei, rejeitando privilégios e hereditariedade dos cargos públicos.

A idade contemporânea teve início com a Revolução Francesa, no ano de 1789. Em consonância com as necessidades e reivindicações da época, foi criada a chamada Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão. Nas palavras de Ramos (2014, p. 43):

O Estado francês pré-Revolução era ineficiente, caro e incapaz de organizar minimamente a economia de modo a atender as necessidades de uma população cada vez maior. As elites religiosas e da nobreza também se mostraram insensíveis a qualquer alteração do *status quo* capitaneada pela monarquia. Esse impasse político na cúpula dirigente associado à crescente insatisfação popular foi o caldo de cultura para a ruptura, que se iniciou na autoproclamação de uma “Assembleia Nacional Constituinte”, em junho de 1789, pelos representantes dos Estados Gerais [...]. Em 27 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte adotou a “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Povos”, que consagrou a igualdade e liberdade como direitos inatos a todos os indivíduos.

O autor acrescenta que lema dos revolucionários era evidente: “liberdade, igualdade e fraternidade” e ressalta a importância desta declaração de direitos, ilustrando que várias ideias encontradas nesta foram introduzidas no preâmbulo da Constituição francesa de 1791 e Constituições e tratados posteriores:

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: *todos os homens nascem livres e com direitos iguais*. Há uma clara influência *jusnaturalista*, pois, já no seu início, a Declaração menciona “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. São apenas *dezessete* artigos, que acabaram sendo adotados como preâmbulo da Constituição francesa de 1791 e que condensam várias ideias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humano posteriores, como por exemplo: soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado

Constitucional de garantir os direitos humanos. Esse *dever de garantia* ficou expresso no sempre lembrado artigo 16 da Declaração, que dispõe: “Toda Sociedade onde a garantia dos direitos está assegurada, nem a separação dos poderes determina, não tem Constituição” (RAMOS, 2014, p.43).

Adentrando aos acontecimentos do século XX, é imperioso ressaltar as duas grandes guerras que ocorreram. A Primeira Guerra Mundial iniciou no ano de 1914 e terminou em 1918. Conforme a doutrina de Flávia Piovesan (2013), o fim desta guerra deu ensejo à criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, que reforçou o direito humanitário (direito de guerra) discutido na época. Além disto, reforçou a ideia de internacionalização de direitos humanos, limitando a soberania dos Estados:

A proteção humanitária se destina, em caso de guerra, a militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e a populações civis. Ao se referir a situações de extrema gravidade, o Direito Humanitário ou o Direito Internacional de Guerra impõe regulamentação jurídica do emprego de violência no âmbito internacional.

Neste sentido, o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado.

A Liga das Nações, por sua vez, veio a reforçar essa mesma concepção, apontando para a necessidade de relativizar a soberania dos Estados. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões extremas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais dos direitos ao trabalho – pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos direitos humanos.

Ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho [...] também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. (PIOVESAN, 2013)

Após a Segunda Grande Guerra, os direitos humanos tornaram-se mais nítidos. A barbárie ocorreu durante o período compreendido entre os anos de 1939 até 1945 e ficou marcada pelos ideais Nazistas de Adolf Hitler.

A violação de direitos neste período levou à necessidade de elucidá-los e para tanto foi criada a Carta das Nações Unidas e posteriormente a Declaração Universal de Direitos do

Homem. A preocupação foi tamanha, a ponto de ser internacionalizada. Como leciona Flávia Piovesan (2013):

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como a resposta às atrocidades e os horrores cometidos durante. [...] Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós guerra deveria significar sua reconstrução.

Após a Segunda Guerra foi criada a Organização das Nações Unidas, em 1945. Embora previstos em várias oportunidades, não foram enumerados os direitos necessários. Para suprir esta lacuna foi editada a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, ocasião em que foram explicitados os direitos (RAMOS, 2014, p. 47).

1.3 Dimensões de direitos humanos

Para que fosse capitulado o que hoje são denominados direitos humanos e direitos fundamentais, longos caminhos de lutas e vitórias foram percorridos. O direito, em decorrência dos grandes avanços sociais, está em constante mudança. O que outrora fora um objeto de luta, pode já estar pacificado. Este fenômeno ocorre de forma interminável, conforme o entendimento de Norberto Bobbio (1909, p. 18-19), o qual, por isto, acredita na relativização dos direitos fundamentais:

O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento.

Uma forma de ilustrar algumas mudanças relacionadas aos direitos do homem são as classificações de gerações de direitos fundamentais, idealizada por Karel Vasak (RAMOS, 2014, p. 55)

Como direitos de primeira geração, é possível lembrar que, em tempos marcados pela submissão de um povo à vontade do Estado, iniciam-se as revoluções liberais. França e Estados Unidos, amparados por ideais de liberalismo traçados por John Locke, pleiteiam a minimização dos poderes e buscam a liberdade como um direito.

Após o decurso de algum tempo, percebeu-se que a inércia estatal trouxe a necessidade de implantação de um estado mais ativo e com isto uma segunda geração de direitos. Frente à acentuação de desigualdades econômicas, o cenário mudou e o resultado está claro nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 137): “Como consequência, uma diferente plethora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas”.

O advento dos direitos econômicos, sociais e culturais trouxe na bagagem o princípio da igualdade como justificativa. Saúde, educação, lazer, entre outros, são neste momento pleiteados como forma de existir uma justiça social (MENDES; BRANCO, 2015 p. 137).

Saindo da esfera de direitos singulares, nasce os direitos de terceira geração, com objetivos direcionados a coletividade. Diante dos destroços e marcas deixadas pelo fim da Segunda Guerra Mundial o pleito era voltado para solidariedade e fraternidade, ou seja, preocupação com o meio ambiente, infância e juventude, patrimônio comum do povo, entre outros (MASSON, 2015).

Conforme ensina Pedro Lenza (2013, p. 1030), existem direitos de quarta geração, com base no entendimento de Norberto Bobbio e Paulo Bonavides. Para Bobbio tratam-se de direitos que regulam a engenharia genética e com isto métodos de desenvolvimento da vida humana. No entendimento de Bonavides referem-se à globalização dos direitos fundamentais, sobressaindo a democracia, informação e pluralismo.

O direito a paz está inserido na terceira geração, na divisão idealizada por Karel Vasak. No entendimento de Paulo Bonavides (2009, p. 583) este direito, com o passar dos anos, tomou proporções maiores e por isto, é necessária a elaboração de mais uma dimensão para implanta-lo.

Karel Vasak o classificara entre os direitos de fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento; o mais característico, portanto, em representar os direitos da terceira geração. Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta, e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta. De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos

humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior. (BONAVIDES, 2009, p. 583)

A divisão dos direitos em gerações que foi idealizada por Karel Vasak atualmente é criticada em alguns aspectos.

Como bem leciona Pedro Lenza (2013, p. 1028), a doutrina acredita ser mais adequada a nomenclatura dimensão ao invés de geração: “uma nova ‘dimensão’ não abandonaria as conquistas da ‘dimensão’ anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária”.

Outras controvérsias são trazidas, tais como a noção de antiguidade e posteridade. O autor André de Carvalho Ramos (2014, p. 57) esclarece que a ordem com que os direitos foram pleiteados não respeita a ordem cronológica pela numeração de dimensões. Para Ramos (2014, p. 58) o estudo de gerações é interessante apenas para a finalidade didática, pois, desrespeita a característica da indivisibilidade dos direitos humanos ao apresentá-los de forma fragmentada.

Por fim, André de Carvalho Ramos (2014, p. 58) anuncia que as mudanças nas interpretações são constantes e a inserção de um direito em uma geração pode ser inoportuna em outra oportunidade em decorrências destas alterações.

Além disto, com estas novas explicações surgiram, inclusive, novas gerações. Com a evolução mencionada, pode-se perceber o quanto existe uma constante alteração na busca pelos direitos. Nas palavras de Marcelo Novelino (2014):

A incorporação de novas dimensões de direitos fundamentais revela o caráter dinâmico de sua trajetória histórico-evolutiva, ainda que, em essência, esses novos direitos guardem uma ligação mais ou menos direta com os três valores tradicionais (liberdade, igualdade e fraternidade).

1.4 Direitos humanos na atualidade no Brasil

O momento histórico situado na criação da Constituição Federal de 1988 foi o fim de um período ditatorial. Segundo Flávia Piovesan (2013):

A transição democrática, lenta, gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político social. Tal Processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de 1988.

Desta maneira, é possível entender que a Constituição de 1988 nasceu para reinventar os direitos, alterar o momento histórico que era vivido. Para Bonavides (2008, p. 547) “A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais”.

A Constituição atual prevê uma série de direitos e garantias fundamentais. Além destes direitos outros são especificados em tratados internacionais.

O tratado que detém maior relevância para este trabalho, ratificado pelo Brasil, é o Pacto de San José da Costa Rica. No ano de 1992 o Brasil ratificou-o e em 1998 aceitou ser submetido a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O pacto versa a respeito de direitos humanos e prevê diversos direitos e garantias para efetivá-los.

A convenção internacional procura consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.

O Pacto baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

O documento é composto por 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. A convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção à família (STF, 2017).

Algumas alterações no ordenamento jurídico brasileiro devem-se a este tratado. Como por exemplo, a proibição à prisão do depositário infiel, salvo no caso de devedor de alimentos.

Em que pese todas as previsões acerca dos direitos humanos, muitas vezes o Brasil peca na sua efetivação. Há mais de vinte anos o Brasil ratificou o tratado internacional de direitos humanos supracitados, e ainda hoje, peca em algumas alterações exigidas no pacto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Um exemplo relevante para este estudo é a audiência de custódia para presos em flagrante delito.

A Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais (ADPF) nº 347, versa a respeito da situação carcerária. Nesta oportunidade o Supremo Tribunal Federal entendeu, em caráter liminar, que deverá ser implantada a audiência de custódia imediatamente, com fulcro no artigo 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (GALLI, 2017).

Esta ADPF versa a respeito de inúmeras ofensas aos direitos humanos relativos a pessoas submetidas ao cárcere e posteriormente será analisada.

Além de ofensas relativas ao sistema carcerário, outras podem ser delineadas. Esta é a realidade atual do Brasil. Muitas conquistas ao longo dos anos foram alcançadas, entretanto, um longo caminho deve ser percorrido para que mais direitos sejam satisfeitos.

1.5 Direitos humanos e direitos fundamentais

Os direitos humanos e os direitos fundamentais guardam algumas diferenças, mas em suma detêm a mesma finalidade, ou seja, visam à dignidade da pessoa humana. (MASSON, 2015).

Há o entendimento de que os direitos humanos estão capitulados em um plano abstrato. Ou seja, não estão positivados. Outros, ao contrário, os direitos fundamentais enquadram-se nos direitos positivados. Para Mendes e Branco (2015, p. 147):

A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

A expressão direitos humanos, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Os autores complementam que os direitos, humanos e fundamentais, não se opõem. Os direitos interagem-se:

Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 147)

Para Ingo Sarlet (2012) a distinção que existe entre direitos humanos e fundamentais são meramente relevantes no campo didático, vez que complementam-se. Todavia, o autor observa a distinção no campo internacional e constitucional existente em cada espécie de direito. No que se refere aos direitos fundamentais, em suas palavras, ressalta: “os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados (...)”. Já os direitos humanos estão relacionados ao campo internacional.

Para enfatizar seu entendimento, Ingo Sarlet (2012), mencionada a percepção de Otfried Höffe:

Neste contexto, situa-se – apenas para citar um posicionamento extraído da literatura filosófica – o recente magistério de Otfried Höffe, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), ao passo que os direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.

1.6 Dignidade da pessoa humana

Logo no início da Constituição Federal está elencada a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito. Ao longo do texto existem outras vertentes deste direito, como no direito de família, ações econômicas, dignidade das crianças, adolescentes e idosos. Em tratados internacionais a dignidade também está presente. (RAMOS, 2014, p. 73)

Desta forma, observa-se o quão significativo é a dignidade da pessoa humana.

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional, imprimindo-lhe uma feição particular. (PIOVESAN, 2013)

Diferente de regulamentações comuns, a dignidade da pessoa humana é um princípio, ou seja, irradia seu conteúdo a todo o ordenamento jurídico:

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica.

É um princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.

É um critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta (MOTTA, 2017).

Para Mendes e Branco (2015, p. 140), a dignidade é o ponto de partida da capitulação dos direitos fundamentais. Ou seja, seus reflexos ensejam a criação de demais direitos:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Ramos (2014, p. 75) ressalta que a dignidade é um conceito aberto e em uma constante mudança. Acrescenta que a dignidade trás uma vertente de direito negativo e positivo, como é possível perceber na Constituição Federal, àquele ao proibir tratamentos degradantes ao ser humano, inclusive, punindo atos atentatórios a isto. Como elemento positivo, o autor elenca a necessidade de se assegurar condições mínimas para sobrevivência.

Como já foi explicado, os direitos fundamentais são universais, aplicam-se a todos indistintamente, sendo verdadeira expressão da dignidade da pessoa humana. Todavia, muitas vezes, é possível perceber que existem problemas na sua implantação efetiva. Um exemplo gritante, no Brasil, é o que concerne à população carcerária, ocasião em que se veem seus direitos violados diuturnamente. Exemplo disso são as rebeliões em que pleiteiam melhores condições de vida dentro das penitenciárias e a ausência de segurança, dentro destes recintos.

A fim de que analisar a situação das políticas de encarceramento no Brasil, impõe-se o prévio estudo dos direitos garantidos na Lei de Execução Penal, objeto do próximo capítulo.

II - DIREITOS E GARANTIAS NA EXECUÇÃO PENAL

2.1 Princípios da humanidade

Existem alguns princípios que regem a execução penal, como por exemplo, o princípio da legalidade, contraditório, ampla defesa, entre outros. Um princípio que é relevante o estudo neste trabalho é o da humanidade.

A incidência do princípio está pautada, inicialmente em um dos objetivos traçados pela República Federativa do Brasil na Constituição Federal, ou seja, a dignidade da pessoa humana, explicitada anteriormente. A incidência na execução penal não poderia ser diferente. Desta forma, penas perpétuas, cruéis, de morte (na ausência de guerra declarada) e trabalho escravo são banidas. O respeito aos direitos humanos e em consequência à integridade física do condenado são primordiais. (AVENA, 2014)

O artigo 1.1 da Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, prevê que “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”.

NUCCI (2014) elucida a previsão na Lei de Execução Penal que versa a respeito do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, adequando-se as necessidades do reeducando, levando-se em conta a idade, natureza do delito e sexo. Além disto, o autor acrescenta a necessidade de amamentação dos filhos das mulheres submetidas ao cárcere.

Uma série de direitos advém deste principio, conforme será analisado a seguir.

2.2 Direitos dos presos

A Constituição Federal prevê uma série de direitos e garantias para cidadãos que não estão livres. A Lei 7.210/1984, intitulada de Lei de Execuções Penais, também regulamenta estes direitos. Por outro lado, outros direitos são restringidos. Como bem leciona AVENA (2014), alguns exemplos são:

São exemplos de direitos preservados pela Constituição Federal: à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (art. 5º, *caput*, da CF); liberdade de consciência e de religião (art. 5º, VI, VII e VIII, da CF); de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF), de expedição de certidões requeridas às repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, *b*, e LXXII, *a* e *b* da CF); à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, da CF); à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV, da CF); e a indenização por erro judiciário (art. 5º, LXXV, da CF).

Por outro lado, são exemplos de direitos assegurados pela legislação infraconstitucional: à alimentação, vestuário e instalações higiênicas (art. 12 da LEP); ao trabalho remunerado (art. 14, II da LEP); a assistência material, à saúde, à jurídica, educacional, social e religiosa (art. 41, VII da LEP); à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (art. 41, VIII da LEP); ao uso do nome (art. 41, XI, da LEP); à audiência especial com o diretor do estabelecimento (art. 41, XIII, da LEP) e de atestado de pena a cumprir, emitido anualmente (art. 41, XVI, da LEP).

Por fim, são exemplos de direitos que podem ser atingidos ou ficar restritos como decorrência da condenação: à liberdade de ir, vir e ficar, principalmente no caso de condenação à pena de prisão; à naturalização (art. 12, II, *b*, da CF); políticos (art. 15, III, da CF); à propriedade dos bens adquiridos com o proveito do crime (art. 91, II, *b*, do Código Penal); ao exercício de cargo, função ou emprego públicos (art. 92, I, do Código Penal; art. 83 da L. 8.666/1993; art. 16 da L. 7.716/1989; art. 1º, § 5º, da L. 9.455/1997 e art. 7º, II, da L. 9.613/1998); ao exercício do mandato eletivo (art. 92, I, do Código Penal); ao exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II, do Código Penal) e à direção de veículo automotor (art. 92, III, do Código Penal).

É neste sentido o artigo 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”.

O artigo 10 da Lei de Execuções Penais preceitua que: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. O parágrafo único deste artigo versa a respeito da extensão deste direito ao egresso.

Esta assistência, para Rosa (1995, p. 85), é muito relevante, em suas palavras:

Essa assistência, conforme consta expressamente no art. 10, não é favor – é direito do condenado.

Se o Estado é realmente apenas uma instituição saída do contrato social para utilidade e vantagem da sociedade, como soma dos indivíduos, há somente uma razão de justificação para todas as normas do Estado, e, por conseguinte, também para suas normas penais: é a utilidade das mesmas para a sociedade e para os indivíduos. A pena torna-se meio para a segurança e bem estar da sociedade.

A partir deste ensinamento extrai-se a relevância da preservação dos direitos do preso, tanto para a sociedade, quanto para o indivíduo submetido ao cárcere.

O artigo 11, da mesma lei, assinala a espécie da assistência que será atribuída ao reeducando, sendo ela material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme preceituam os incisos do referido artigo.

2.3 Direitos em espécie

Além de todos os deveres a que se submete um reeducando, existem muitos direitos que lhe são assegurados, conforme mencionado anteriormente. De acordo com por Rosa (1995, p. 89): “O estado, que se arroga no direito de impor a pena ao condenado, investe-se, por outro lado, no dever de fazer com que no cumprimento dessa pena sejam respeitados direitos humanos e a dignidade pessoal do condenado.”

Os direitos dos presos estão presentes no ordenamento jurídico em várias oportunidades, como por exemplo em tratados internacionais, lei de execuções penais e na Constituição Federal. Alguns dos direitos mais relevantes serão explicitados a seguir.

2.3.1 Direito à assistência material

A regulamentação desta assistência está elencada nos artigos 12 e 13 da Lei 7.210/1984. Conforme previsto nestes dispositivos, assistência material compreende: fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. O artigo 41, inciso I, do mesmo dispositivo legal, também regulamenta estes direitos à assistência material.

Este tipo de assistência é relativa às necessidades básicas, imperiosa para um dia a dia digno da pessoa submetida ao cárcere.

No que tange a estes dispositivos, Paulo Fernando dos Santos (1999, p. 68) entende que “a norma sob comento relaciona-se diretamente à obrigatoriedade de o estabelecimento prisional estar aparelhado para atender as necessidades do recluso”.

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 114) explicam o que pode se extrair destas regulamentações:

Tem o preso direito a “alimentação suficiente e vestuário” (art. 41, I). Trata-se de regra em que se desdobra o princípio geral de preservação da vida e saúde do preso, fundamental para a existência dos demais direitos. Deve a administração, assim, de um lado, proporcionar ao preso alimentação controlada, convenientemente preparada e que corresponda em quantidade e qualidade às normas dietéticas e de higiene, tendo em conta o seu estado de saúde e, de outro, vestuário apropriado ao clima, para que não lhe seja prejudicada a saúde ou dignidade. O dispositivo está em consonância com o disposto nas Regras Mínimas da ONU (nº 20.1 e 20.2) e é regulado no art.12, que dispõe sobre a assistência material.

O Direito à assistência material, para Norberto Avena (2014) é uma obrigação do Estado, pela privação da liberdade do reeducando:

Considerando que o Estado mantém o indivíduo segregado, é claro que lhe incumbe prover a alimentação necessária, em quantidade e qualidade, à sua subsistência. Também é adequado o fornecimento de uniforme para identifica-lo entre as demais pessoas (agentes, servidores, funcionários terceirizados e outros) que circulam no estabelecimento prisional, não podendo, contudo, ser algo que afronte a dignidade humana ou exponha os detentos ao ridículo, dados os nossos padrões culturais.

2.3.2 Direito à assistência à saúde

Assim como a Constituição Federal prevê que o direito à saúde é um direito de todos, a Lei de Execuções Penais reforça a ideia e adequa a assistência à realidade das pessoas com privação da liberdade.

Pedro Lenza (2013, p. 1.153) enfatiza a universalidade deste direito social, ensinando que as políticas aplicadas são preventivas e repressivas:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nos termos do art. 197, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Na mesma esteira é a previsão do artigo 14 da Lei de Execuções penais: “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.”. O estabelecimento deve compreender as necessidades de seus reeducando, o § 2º do mesmo artigo, estabelece, inclusive, a ausência de atendimento

médico: “Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.”.

O artigo 43, do mesmo diploma legal, enfatiza que o reeducando não necessita submeter-se tão somente ao tratamento gratuito, podendo contratar tratamento particular, em caso de divergência, a discussão será dirimida pelo juiz da execução criminal competente.

O sistema carcerário deve ser dotado de uma grande estrutura para abarcar a saúde de milhares de pessoas detidas. Os estabelecimentos devem ser organizados, buscando efetivar este direito da melhor forma, neste sentido é o entendimento de Antonio José Miguel Feu Rosa (1995, p. 93):

Para verificar o estado físico dos condenados, mantê-los em boa saúde, e em caso de doença, prestar-lhes os cuidados necessários, a administração do estabelecimento penal tem que estar disposta de um pessoal sanitário, sob controle médico; um ou vários médicos são nomeados, segundo a importância da instituição. Sua função é visitar portadores de doenças, ou que se declaram como tais, os colocados em pavilhões disciplinares, os que pedem isenções ou favores em razão de saúde, os que requerem transferência, tratamento externo ou hospitalização, bem como os que pretendem reintegração.

O autor acrescenta que em casos urgentes, ou não sendo possível sua transferência, o detento poderá ser encaminhado a estabelecimento não prisional (ROSA, 1995, p. 94).

A legislação também permite outros direitos ao reeducando doente, como por exemplo, indultos humanitários e a imposição de regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

2.3.3 Direitos específicos das mulheres submetidas ao cárcere

A distinção do tratamento às mulheres ocorre pelas necessidades distintas em relação aos homens.

Além das informações tecidas acima, o artigo 14, § 3º da Lei de Execuções Penais, prevê o amparo médico das reeducandas grávidas: “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”.

Outros dispositivos regulamentam esta necessidade de tratamento diferenciado às mulheres e mães no cárcere.

Existe a necessidade de estabelecimentos prisionais diferenciados para o cumprimento da pena pela condição de mulher. Nestes locais, a Lei de Execuções Penais, com respaldo no artigo 5º, inciso L, da Constituição, estabelece que penitenciárias femininas sejam dotadas de berçário, local em que as sentenciadas poderão cuidar de seus filhos, amamentá-los, até no mínimo seis meses de idade. O mesmo dispositivo prevê que os funcionários do estabelecimento serão exclusivamente mulheres.

Além destas disposições, o artigo 89 dispõe que presídios femininos serão dotados de seção para gestante, parturiente e de creche, para crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir à criança cuja responsabilidade se restringe apenas à presa.

Há previsão legal, inclusive, dispondo acerca da educação da mulher dentro da unidade prisional, a qual deverá ser realizada respeitando suas condições. A respeito desta disposição, leciona Avena (2014), dispondo que, atualmente, mulheres desempenham as mesmas atividades dos homens, todavia, deve-se preservar a adequação destas atividades ao gênero:

O legislador preocupou-se com a situação da mulher condenada. Ora, é certo na atualidade, cada vez menos o gênero é fator de distinção na escolha das profissões, sendo comum não apenas a presença de mulheres exercendo profissões que antes eram típicas dos homens (construção civil, mecânica de automóveis, carpintaria) como também homens desempenhando funções que há até algum tempo eram próprias do gênero feminino (confecção de roupas, emprego doméstico, artesanato). Não obstante essa realidade, por força de determinação legal inserta ao art. 19, parágrafo único, da LEP, devem ser disponibilizados nos estabelecimentos prisionais atividades que sejam habitualmente adequadas ao público feminino, visando-se, assim, facilitar a sua reinserção social após o cumprimento da pena imposta.

Assim como aos presos com problemas de saúde, a presa grávida, terá direito à indulto e regime aberto.

2.3.4 Acesso à assistência jurídica

Conforme previsto no artigo 10 da Lei 7.210/1984, o preso terá direito à assistência jurídica. Nestes termos são os artigos 15 e 16 do mesmo diploma legal, os quais regulamentam a forma em que se dará o amparo jurídico. Conforme este dispositivo o

estabelecimento prisional deverá conter estrutura para atender a necessidade da assistência jurídica.

Estas disposições guardam amparo constitucional, como ensina Noberto Avena (2014), ressaltando princípios expressos e não expressos na Carta Magna:

A incidência na fase executória do princípio da jurisdicionalidade faz que sejam asseguradas aos presos e internados as garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, imparcialidade do juiz, devido processo legal, direito à produção probatória, direito de petição, entre outros. Sendo assim, revela-se de fundamental importância a prestação de assistência jurídica aos segregados, visando tornar efetivas essas garantias aos longo da execução.

Além destas disposições, na Lei de Execução Penal há a previsão do artigo 41, inciso IX referente à entrevista pessoal com advogado, reforçando a necessidade de da assistência jurídica. A relevância deste direito é incontestável e exige uma estruturação do sistema para comportá-lo, em razão da sala individual exigida. Neste sentido dissertam Mirabete e Fabbrini (2014, p. 118):

A proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e a ampla defesa no processo penal não estariam asseguradas se não se permitisse a livre entrevista deste com seu advogado têm especial importância no meio penitenciário, dada à importância que tem para este essa relação profissional, tanto no caso de estar respondendo a uma ação penal, como na hipótese de execução penal. Assim, devem ser concedidas as maiores facilidades para essa comunicação pessoal que, por ser reservada exige que lhe destine lugar apropriado e digno no estabelecimento penitenciário, garantindo o sigilo que deve presidir essas relações do cliente com seu procurador judicial. Não é indispensável que o advogado, para manter entrevista com o preso, já seja seu procurador constituído ou designado, pois o preso poderá decidir-se durante a comunicação pessoal por constituí-lo.

2.3.5 Direito à assistência educacional

Antes de analisar este direito no âmbito da Lei de Execução Penal, devemos entender que se trata de um direito constitucional. Conforme previsto no artigo 205 da Constituição Federal, é um direito de todos e um dever do Estado, é neste sentido o artigo 18-A da Lei 7.210/84. Avena (2014) enfatiza esta vertente e acrescenta mencionando que “o estudo funciona como fator ressocializador, adaptando-o ao reingresso no convívio em sociedade”.

Os artigos 17 e seguintes da Lei de Execução Penal dissertam a respeito da maneira como deverá se dar a educação no âmbito do sistema carcerário, enfatizando a

disponibilização de instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. O artigo 18 ordena a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau. Renato Marcão (2007, p. 54 e 55) prescreve regulamentações que mencionam esta obrigatoriedade e acrescenta a relevância do ensino na reeducação de um preso.

O art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que: "Todo homem tem direito a instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito".

Em conformidade com o item 77 das Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes: "Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos que daí tirem proveito, incluindo instrução religiosa nos países em que tal for possível. A educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração especial atenção, Tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua educação".

A assistência educacional tem por escopo proporcionar ao executado melhores condições de readaptação social, preparando-o para o retorno à vida em liberdade de maneira mais ajustada, conhecendo ou aprimorando, certos valores de interesse comum. E inegável, ainda, sua influencia positiva na manutenção da disciplina do estabelecimento prisional. (MARCÃO, 2007, p. 54-55)

Também há a previsão da necessidade de bibliotecas nas unidades prisionais. Para Mirabete e Fabbrini (2014, p. 68), esta obrigação é muito relevante e neste sentido versa em sua obra:

Além das salas de aulas destinadas ao ensino básico e profissionalizante (art. 83, § 4º), é também obrigatória a existência em cada estabelecimento penitenciário de uma biblioteca, para uso de todos os presos e internados, devendo ser ela provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos. O art. 21, que estabelece essa obrigatoriedade, foi inserido no projeto que deu origem à Lei de Execução Penal pela Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, que se inspirou no Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delincente. A exigência da biblioteca, que é um meio de educação, também pode auxiliar na disciplina do estabelecimento. Além de utilização para o acompanhamento dos estudos e aprimoramento intelectual, permite-se a saudável recreação para os que têm gosto e o interesse pela leitura.

Além do valor atinente à reinserção social, nota-se que maior valia deste direito é no que concerne à possibilidade de remição da pena pelo estudo. Conforme o artigo 126 da Lei de Execuções Penais, a cada doze horas de estudo, divididas em três dias, será computado um dia de pena, ou seja, anota-se este dia como pena cumprida.

2.3.6 Direito à assistência social

Esta assistência esta amplamente ligada com a reinserção de um reeducando na sociedade. Os artigos 22 e 23 da Lei de Execução Penal versam a respeito deste direito. O que se extrai destes dispositivos é que o serviço de assistência social nos estabelecimentos é muito relevante, por avaliar o cotidiano do preso, avaliando suas dificuldades, acompanhar o histórico do que ocorreu durante uma saída temporária, promover a ressocialização, recreações na instituição, orientar o reeducando acerca do retorno à sociedade, benefícios da previdência social, seguro por acidente de trabalho e amparar os familiares do preso e vítimas.

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 71) anunciam a importância da assistência social destacando que:

Dentro da concepção penitenciária moderna, corresponde ao Serviço Social uma das tarefas mais importantes dentro do processo de reinserção social do condenado ou internado, pois ao assistente social compete acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre problemas do preso, promover a orientação do assistido na fase final do cumprimento da pena etc., tudo para colaborar e consolidar os vínculos familiares e auxiliar na resolução dos problemas que dificultam a reafirmação do liberado ou egresso em sua própria identidade. Seu método básico consiste no estudo do indivíduo, do grupo ou da comunidade em seus elementos essenciais, bem como a interpretação e diagnóstico das necessidades e potencialidades do assistido, para ajuda-lo a desenvolver o próprio senso de responsabilidade e a ter condições pessoais para o ajustamento ou reajustamento social.

2.3.7 Direito à assistência religiosa

A Constituição Federal dispõe acerca da inviolabilidade de consciência e crença, assegurando cultos religiosos (artigo 5º, inciso VI). As Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos da ONU também dispõe acerca desta assistência.

A Lei de Execução Penal prevê este direito em relação aos reeducandos (artigo 24). Mirabete e Fabbrini noticiam a importância deste direito em uma pesquisa realizada no estado do São Paulo (2014 p. 74-75):

Na atualidade, a assistência religiosa no mundo prisional não ocupa lugar preferencial nem é o ponto central dos sistemas penitenciários, tendo-se adaptado às

circunstâncias de nossos tempos. Não se pode desconhecer, entretanto, a importância da religião como um dos fatores da educação integral das pessoas que se encontram internadas em um estabelecimento penitenciário, razão pela qual a assistência religiosa é prevista na legislação mais modernas. Em pesquisa efetuada nos diversos institutos penais subordinados à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo por um grupo de trabalho instituído pelo então Secretário Manoel Pedro Pimentel, concluiu-se que a religião tem, comprovadamente, influência altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado ou livre. Foram as seguintes conclusões desse trabalho de pesquisa: I – há necessidade de conscientização dos homens que lutam pela reabilitação do presidiário da marcante e benéfica influência da religião no comportamento humano e de que ela constitui a única forma de tratamento que subsiste por si mesma, independente de qualquer outro para atuar como fator de valorização do homem; II – essa influência reflete-se em todas as áreas de tratamento penal e pode levar a consideração dos delinquentes; III – é de fundamental importância dar ao presidiário condições de expressar sua religiosidade ou de conscientizar-se de que ela existe por meio da liberdade de culto, propiciando-lhe o exercício do direito de opção por uma religião com a qual se identifique; IV - impõe-se, portanto, que se proceda com urgência à sistematização, melhoria e expansão dessas atividades nos estabelecimentos penais, para que toda a população carcerária seja beneficiada, possibilitando o ensino religioso, leitura, diálogo, conforto espiritual, contribuindo, assim, para sua evolução moral e cultural.

Em que pese o direito à assistência religiosa ser uma liberdade, sua organização deverá ser realizada pelo estabelecimento prisional, de modo que não prejudique o desenvolvimento dos trabalhos dentro das prisões. É dever da instituição empenhar os mecanismos para efetivar este direito (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p. 76).

2.3.8 Direito ao trabalho

O intuito do trabalho do preso é delineado na Lei de Execuções Penais, objetivando a produção e a educação. Muito mais do que um simples trabalho, quando o preso está exercendo o labor, a contribuição ao seu desenvolvimento é muito maior. Neste ambiente é de grande valia a profissionalização do trabalho, com o intuito de reinserir o preso na sociedade, mediante um trabalho digno, capaz de suprir suas necessidades.

Este posicionamento é extraído do entendimento de Mirabete e Fabbrini (2014, p. 82) que ressalta a importância do trabalho, aduzindo que:

O trabalho tem seu sentido ético, como condição da dignidade humana, e assim assume um caráter educativo. Se o condenado já tinha o hábito do trabalho, depois de recolhido ao estabelecimento penal seu labor irá manter aquele hábito, impedindo que degenere; se não o tinha, o exercício regular do trabalho contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta, instalando-se em sua personalidade o hábito de atividade disciplinadora. Para a consecução dessa finalidade educativa, porém o trabalho prisional deve ser organizado de forma tão aproximadamente

quanto possível ao trabalho em sociedade. Aliás, conforme decisão do II Congresso das Nações Unidas, em 196º, a “assimilação do trabalho penitenciário livre repousa sobre a idéia de que, na maior parte dos casos, o recluso é um trabalhador privado de sua liberdade”.

Não descuro a lei, também recomendação de se dar ao trabalho prisional um sentido profissionalizante, como aliás, preconizam as Regras Mínimas da ONU (nº 71.5). Embora se tendo em conta as limitadas possibilidades do trabalho penitenciário, o propósito de profissionalização deve ser acentuado no trabalho penitenciário quando o preso não tem capacitação profissional. A aquisição de um ofício ou profissão, fator decisivo à reincorporação social do preso, contribuirá para facilitar-lhe a estabilidade econômica assim que alcançar a liberdade. É preparando o indivíduo pela profissionalização (mão de obra qualificada), pela segurança econômica que vai adquirindo, pela ocupação integral de seu tempo em coisa útil e produtiva e, conseqüentemente, pelo nascer da razão de viver pelo reconhecimento dos direitos e deveres, das responsabilidades e da dignidade humana que se obterá o ajustamento desejado. Evidentemente, a profissionalização deve combinar-se com a atividade produtiva e o processo de assistência social, devendo o condenado dividir seu tempo, conforme determinarem as leis complementares e os regulamentos, entre o aprendizado e o trabalho.

O reeducando recebe pelo seu trabalho e, além disto, a cada três dias trabalhados serão computados um dia de pena cumprida. Como bem recorda Costa (2016, p. 320-321), o benefício da remição existe apenas para presos nos regimes fechado e semiaberto.

O trabalho poderá ser interno ou externo, ou seja, dentro do estabelecimento ou fora. No caso de preso provisório, o trabalho apenas pode se dar dentro do estabelecimento, conforme o artigo 31, parágrafo único da Lei de Execuções Penais. O reeducando submetido ao regime fechado, poderá exercer o trabalho externo, entretanto, como previsto no artigo 36 da referida lei: “somente poderá ser exercido em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas às cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”.

A licença do trabalho do preso no regime fechado será pendente de autorização do diretor da unidade (MARCÃO, 2005, p. 61).

Quanto ao trabalho o sentenciado em regime semiaberto, Mirabete e Fabbrini (2014, p. 96) lecionam:

O condenado que estiver cumprido a pena em regime semiaberto está sujeito a trabalho em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, § 1º, do CP), sendo admissível a atribuição do trabalho externo, bem como a frequência a cursos profissionalizantes (art. 35, § 2º do CP). Nada impede que esse trabalho seja prestado a empresas privadas ou mesmo que tenha caráter autônomo. [...]

Permite-se, evidentemente, que o preso e regime semiaberto também trabalhe em obras ou serviços públicos realizados pela Administração ou empresas particulares, mas sempre num regime de direito público, inerente ao trabalho prisional. A única distinção entre os dois regimes, no que tange ao trabalho externo, é a desnecessidade de vigilância no caso do semiaberto.

Marcão (20007, p. 61-62), em faz referência aos principais aspectos que devem ser lembrados em relação ao trabalho interno e externo:

Assim como para o trabalho interno, devem ser observadas e respeitadas, com relação ao preso, suas aptidões, sua idade, sua habilitação, sua condição pessoal (doentes ou portadores de necessidades especiais), sua capacidade e necessidades futuras.

O trabalho externo submete-se a satisfação de dois requisitos básicos. Um *subjetivo*, qual seja, a disciplina e responsabilidade, e outro *objetivo*, consistente na obrigatoriedade de que tenha o preso cumprido o mínimo de um sexto de sua pena. Não basta, assim, o atendimento a apenas um dos requisitos. A autorização está condicionada à conjugação dos requisitos subjetivo e objetivo.

2.3.9 Direito à visita

O inciso X, artigo 41 da Lei 7.210/1984, estabelece que o reeducando terá direito à visita do cônjuge, companheira, parente e amigos nos dias determinados. Diferente de outros direitos, este é muito conhecido na sociedade, em razão de particularidades em que frequentemente encontram-se problemas.

Assim como vários outros direitos, este resguarda um ponto positivo para a ressocialização de um sentenciado. A visita integra o preso em seu ambiente, edificando condições positivas para quando tornar-se egresso do sistema.

Para visitar um familiar a pessoa é submetida a revistas, para que nada inoportuno seja inserido na unidade prisional.

Estes entendimentos foram construídos a partir da leitura de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2014, p. 118):

Fundamental ao regime penitenciário é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos ao preso, porque o levam a sentir a que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzirá de forma natural e mais facilmente sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário. Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar particularmente para se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (nº 79), devendo ser autorizadas visitas de familiares e amigos, ao menos periodicamente e sob devida vigilância (art. 41, X). Deve a segurança do estabelecimento, porém, submeter as visitas e o material que transportam a busca pessoal rigorosa, a fim de

evitar a entrada de armas, drogas ou objetos que possam comprometer a boa ordem, a disciplina e a segurança do presídio.

Outro desdobramento deste direito são as visitas íntimas. Norberto Avena (2014) explica a necessidade deste direito e enfatiza a estrutura que deve ser adotada para efetivá-lo:

Essa forma de visita, que hoje é viabilizada em grande número de estabelecimentos prisionais, reduz a tensão interna das casas prisionais, favorece a disciplina do preso, estimula a manutenção dos vínculos conjugais e familiares e reduz a violência entre os presos, em especial a de natureza sexual. Independentemente dessas vantagens, é certo que algumas cautelas devem ser adotadas para sua efetivação, entre elas a exigência de que o visitante esteja previamente cadastrado e vinculado a preso determinado, evitando-se, destarte, a prática de atos de prostituição no interior dos estabelecimentos prisionais. Em muitos casos, a visita íntima tem sido limitada ao cônjuge e ao companheiro estável do preso.

2.3.10 Direito ao respeito à integridade física e moral

Os efeitos de uma condenação criminal mitigam vários direitos. Todavia, mantêm-se os direitos fundamentais e humanos que não foram atingidos. Desta forma, a integridade física e moral permanecem invioláveis. (SANTOS, 1999, p. 82)

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 40 resguarda a integridade física e moral do sentenciado. Em várias oportunidades esta lei ampara este direito, como por exemplo, vedando sanções que o ofendam e considerando faltoso o reeducando que ofenda a este direito.

O artigo 84, § 4º da Lei 7.210/84 assegura uma cela separada dos demais presos para àquele que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada por outros companheiros. Este dispositivo foi inserido pela Lei 13.167, de 2015, o que revela a preocupação com a segurança do sentenciado.

O artigo 85 da Lei 7.210/84 é enfático ao mencionar a necessidade de observância da lotação máxima de um presídio. Este dispositivo visa preservar a dignidade do preso e desta forma sua integridade física

2.3.11 Direito ao descanso e recreação

Este direito está disposto no artigo 41, inciso V em que dispõe acerca da necessidade de proporcionar o tempo relacionado ao trabalho, descanso e recreação.

Salta aos olhos este direito, em decorrência da caracterização de desocupação atribuída ao preso. Entretanto, ao contrário do que se pode imaginar este direito existe justamente por esta razão, ou seja, para minimizar o ócio existente na diária de um preso. Mirabete e Fabbrini (2014, p. 115-116) ressaltam esta diferença, ao mencionar que:

Exigindo-se do preso que trabalhe, não há que se descuidar de que são também necessários para ele os momentos de descanso e recreação. Por isso, prevê a lei a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação (art. 41, V).

Os momentos de repouso são necessários, não se confundindo com a simples ociosidade, porque, diversamente dela, é tão somente uma necessária interrupção da atividade laborativa. A execução ou exercício de uma atividade, principalmente no caso do trabalho, exige esforço, e a intensidade ou a duração dele produzem um estado físico ou psíquico de tensão e fadiga. Nesse estado, a atividade sofre qualitativa e quantitativamente, o que se reflete na produtividade, podendo até ser contraproducente e a causar algum acidente. Impõe-se, pois, uma parada, um “não fazer nada”, cuja finalidade não está em si mesma, pois que visa ao repouso, descanso, a fim de se readquirirem as condições necessárias para a atividade interrompida. Por isso, deve estar sempre assegurado período de descanso, para o sono, durante a jornada normal de trabalho, assim como nos domingos e feriados, como determina a lei.

Mesmo prevendo uma jornada normal de trabalho entre seis e oito horas e considerando também os períodos de descanso, o preso dispõe de bastante tempo livre nas prisões, normalmente destinado ao ócio. Este, considerado a “mãe de todos os vícios”, produz efeitos deletérios (indolência, preguiça, egoísmo, desocupação, jogo, contágio moral, desequilíbrio), num conteúdo antiético que pode lançar por terra as esperanças do reajustamento social do condenado. Deve-se, portanto, ocupar o tempo livre do preso, impedindo o ócio, por meio da recreação. A recreação é o lazer-distração, atividade que repousa ou que proporciona salutar fadiga propícia para o repouso, de qualquer natureza, ou visando a alguma vantagem lucrativa e por isso não é preocupante, nem cria o bem-estar físico e mental dos presos, e ela deve ser organizada em todos os estabelecimentos, segundo as Regras Mínimas da ONU.

2.3.12 Direito à igualdade

O mesmo inciso que prevê este direito, resguarda a exceção. Conforme capitulado (artigo 41, inciso XII da Lei de Execuções Penais) a igualdade é um direito do preso, salvo no que concerne às exigências da individualização da pena.

A individualização da pena consiste em um cumprimento da reprimenda de modo personalizado, ou seja, classifica-se o sentenciado de acordo com suas características pessoais, ou seja, de acordo com seus antecedentes e personalizando, com base no artigo 5º da Lei de Execuções Penais. Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2014, p. 32): “Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto.”. Desta forma, qualquer distinção proveniente da individualização da pena é legítima.

A individualização da pena encontra respaldo, inclusive, na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVI.

A igualdade que se impõe neste dispositivo é mais bem explicada por Norberto Avena (2014): “Os presos devem ser tratados de forma isonômica, em termos de direitos e obrigações, sendo proibidos tratamentos discriminatórios por motivos de raça, convicção política, orientação sexual, condição econômica, crença religiosa ou qualquer outro”.

Assim, percebe que o tratamento isonômico deve ser sempre buscado, sendo apenas autorizada diferenciação no que concerne a individualização da pena. Esta exceção é cabível, pois revela uma preocupação em ressocializar cada indivíduo, resguardando suas peculiaridades e atendendo suas necessidades principais.

Imperioso ressaltar que determinados sentenciados necessitam de cuidados específicos, como por exemplo, deficientes físicos, mentais e homossexuais. O respeito à igualdade e integridade físicas destes deve ser uma preocupação, cuidados diferenciados para resguarda-los são sempre necessários.

2.3.13 Vedação ao sensacionalismo

Sensacionalismo nada mais é do que propagar informações exageradas, que causem impacto na população. A lei 7.210/84 resolveu proteger este tipo de atitude. É certo que atualmente, é frequente esta prática pela mídia.

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 117) enfrentam este dispositivo e revela sua importância ao mencionar que:

Prejudicial tanto para o preso como para a sociedade é o sensacionalismo que marca a atividade de certos meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádio,

televisão etc.). Noticiários e entrevistas que visam não à simples informação, mas que têm caráter especuloso não só atentam contra a condição da dignidade humana do preso, como também podem dificultar sua ressocialização após o cumprimento da pena.

Norberto Avena (2014) enfatiza a necessidade em preocupar-se com a integridade física e moral do sentenciado, previstas em várias oportunidades no ordenamento jurídico pátrio. Outra vertente levantada pelo autor é à disposição do artigo 198 da Lei de Execução Penal, que versa a respeito da exposição do reeducando e a preocupação com a segurança e disciplina do estabelecimento prisional. O autor ainda acrescenta que não é vedada exposições concernentes a estabelecimento prisionais, bem como a entrevista autorizada com os presos, sendo que sempre deve ser respeitada a dignidade do detento.

Mirabete e Fabbrini (2014, p. 117) ressaltam a Resolução nº 14, de 11.11.1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que se preocupa com a exposição do preso. Esta disposição veda o constrangimento do preso em prestar suas informações e imagem aos meios de comunicação de massa. Além disto, esta resolução destaca a atitude da autoridade responsável, que deverá preservar este direito.

2.3.14 Princípio da Presunção de Inocência

Para uma boa compreensão deste princípio expresso na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, se faz imperativa a leitura do entendimento de Nestor Tavora (p. 54-55, 2013):

Pela presunção de inocência, as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura. Atenta a estas premissas, a recente alteração introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que instituiu novas medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal, estabelece que "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

A partir deste entendimento é possível notar que a prisão antes do trânsito em julgado apenas deverá ser efetuada em casos extremos. O Código de Processo Penal e outras Leis

Especiais em seus artigos regulamentam a possibilidade de prisão antes de passar em julgado sentença penal condenatória. A relativização deste princípio será ressaltada posteriormente, como violação aos direitos dos presos.

Este princípio ganha grande influência na seara da execução penal, em decorrência das prisões preventivas decretadas.

2.3.15 Audiência de custódia

Conforme anteriormente mencionado, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu 7º dispositivo disserta a respeito da necessidade de condução do preso em flagrante à autoridade judicial, antes de ser submetido à prisão. É mister colacionar a disposição:

7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A previsão é enfática ao mencionar que sem demora a pessoa deverá ser conduzida a presença de um Juiz. É deste dispositivo em que se extrai a necessidade de implementação da audiência de custódia no Poder Judiciário brasileiro, o que foi feito, após o julgamento da liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

2.4 Alguns exemplos de violações aos direitos dos presos

Finalizadas as exposições acerca dos direitos em espécie, é notório o quanto o ordenamento jurídico brasileiro preocupa-se em resguardá-los aos detentos. Em que pese esta imensidão, muitas vezes estes direitos não são efetivados. Nos dias de hoje esta é a realidade que persiste.

Alvaro Mayrick da Costa (2016, p. 65), faz uma contraposição do princípio da humanidade e as violações à dignidade da pessoa humana, ressaltando o posicionamento de Marc Ancel (1981):

O princípio da humanidade, defluente da dignidade da pessoa humana, emergente do princípio da secularização, é o fundamento do Estado Democrático de Direito, deduzido pelo conjunto de normas contido em nossa Carta Política. Marc Ancel dizia que a verdadeira justiça penal é humanista. Lamentavelmente, nesta década do século XXI, sob as rubricas da sociedade de riscos e da impunidade, pelo estímulo midiático, tudo se permite em nome da “segurança pública” e da política oportunística, vulnerando a sustentabilidade da execução penal, como: a) volta das prisões legais (“para averiguações”); b) violação da intimidade e a ilimitada quebra do sigilo de correspondência; c) exposição à notoriedade pelos meios de comunicação de massa; d) manutenção, ainda com a existência de vagas, em unidade distante do acesso à família; e) ainda perda dos dias remidos pelo trabalho, pelo estudo e pela leitura, como pena cumprida; f) revistas humilhantes e degradantes dos parentes e visitantes nas unidades prisionais, ainda não substituídas por *scanners* corporais pela recusa dos governadores em arcar com gastos em sua implantação; g) a seleção de presos em estabelecimentos penais por participação em organização criminosa dominante; h) manutenção, sem fato novo, em regime prisional diferenciado; i) medidas de segurança e a internação em hospital-presídio, diante de regime de encarceramento do doente mental; j) maus tratos; k) superpopulação carcerária e ausência de atribuição de trabalho e ensino reforçado a ociosidade e a contracultural; i) cumprimento de pena acima do tempo da condenação imposta, consagração do desvio da execução, em nome do combate vingativo do inimigo. (COSTA, 2016, p. 65)

A violação aos direitos dos presos mais evidente atualmente é a relativa à superlotação do sistema carcerário. O déficit no número de vagas e o superávit de pessoas submetidas ao cárcere acarretam muitas consequências negativas. Essa transgressão ocorre por diversos motivos, como por exemplo, as prisões preventivas, que deveriam ocorrer em exceção e é repetidamente usada sem a devida necessidade.

Frequentemente o noticiário trás informações acerca desta problemática, recentemente o G1 (VELASCO; D'AGOSTINO; REIS, 2017), realizou um levantamento que demonstra em números a escassez de vagas no sistema:

Com o aumento no número de presos no sistema penitenciário, o Brasil já contabiliza um déficit de 273,3 mil vagas. Existem hoje 668.182 presos, sendo que 37% deles são provisórios. É o que mostra um levantamento feito pelo G1 com base nos dados mais atualizados dos governos dos 26 estados e do Distrito Federal.[...]

Os números se referem especialmente aos meses de dezembro do ano passado e janeiro deste ano. Há superlotação em todas as unidades da federação. A média, no país, é de 69,2% – maior que a registrada no último levantamento feito pelo G1, em maio de 2015, quando era de 65,8%.

Desde o último levantamento do G1, foram acrescentados ao sistema 23,4 mil lugares – insuficientes, no entanto, para a nova demanda, de 52,2 mil presos. Há atualmente 394,8 mil vagas no sistema.

Mirabete e Fabbrini versam a respeito desta violação aos direitos dos presos e enfatizam previsões legais relacionadas.

A superlotação dos presídios no Brasil constitui um dos mais graves problemas penitenciários, longe de ser resolvido, pois a par do incremento da criminalidade violenta, a construção de novos estabelecimentos penais não se tem mostrado suficiente para reduzir o déficit prisional do país.

No sentido de disciplinar a lotação dos estabelecimentos penais, determina a lei que deverá ele ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade (art. 85, *caput*), e, para evitar o inconveniente de prefixar o número adequado de presos ou internados, defere ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a atribuição para determinar os limites máximos de capacidade de cada estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades (art. 85, parágrafo único). Pela Resolução nº 3, de 23-9-2005, o Conselho Nacional estabeleceu as diretrizes básicas a serem observadas na construção, ampliação e reforma dos estabelecimentos penais, prevendo a sua capacidade máxima, conforme sua natureza e destinação. A violação da regra sobre a capacidade de lotação pode ser punida com a interdição do estabelecimento a ser determinada pelo juiz da execução (art. 66, VIII). Além disso, o descumprimento injustificado desse dever de obediência ao limite máximo de capacidade do estabelecimento pela unidade federativa implica suspensão de qualquer ajuda financeira a ela destinada pela União para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança (art. 203, § 4º). Essa sanção, porém, dificilmente será aplicada, pois os Estados-membros não dispõem de recursos materiais suficientes para a construção de todos os estabelecimentos penais necessários a obrigar a população de condenados, e a suspensão da ajuda financeira terá por consequência o agravamento do problema penitenciário. (MIRABETE; FABRINI, 2014, p. 285-286)

Com os números recentemente atualizados, nota-se que de fato, esta violação é acentuada. Da maneira como abordou Mirabete e Fabbrini, é evidente que regulamentações a respeito de como devem ser obedecidos este direito não faltam, o que realmente é escasso são recursos que possibilitem o ajustamento e em decorrência disto, políticas públicas que adequem as necessidades.

Existem diversos outros direitos violados, na maioria das vezes os demais problemas existentes são decorrentes deste primeiro, havendo, desta forma, uma cadeia de abusos. É evidente que o a superlotação do sistema carcerário não implica tão somente em transbordar o número de vagas, além disto, desrespeitando a quantidade máxima é impraticável atender as demandas relativas à saúde, segurança, alimentação, educação, integridade física, moral e demais direitos assegurados.

O número de doenças transmissíveis via aérea, cutânea e sexualmente transmissíveis nas unidades é elevado. Isto ocorre em razão da ineficiência do sistema de saúde, bem como da própria estrutura das unidades prisionais. É nestes termos o entendimento de Costa (2016, p. 314-315):

A assistência à saúde, de caráter preventivo e curativo, do preso ou do internado, deverá compreender atendimentos médicos, farmacêuticos e odontológicos. A LEP preceitua que quando a unidade não estiver aparelhada para prover assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. Na omissão e na ausência a matéria deve ser comunicada e decidida pelo juiz da execução (princípio humanitário). As mulheres

deverão ter acompanhamento médico principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Reitere-se que, à mulher grávida não pode ser aplicada e recolhida a cela de isolamento.

A Proposta de Alteração da Lei de Execução Penal (2013) endereça que a assistência à saúde dos presos deverá ser pautada nas premissas do Sistema Único de Saúde (SUS), “sendo garantida como direito básico, de caráter universal e multidisciplinar, com equidade, integralidade e resolutividade.”.

Sabe-se que previsões amplas sem suporte arquitetônico e gerencial, com a falta de recursos humanos e materiais, inviabilizam o direito constitucional à saúde, garantido por políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doenças. As “Regras mínimas da ONU ” são descumpridas nos estabelecimentos penais brasileiros, diante da falta de médicos, dentistas e psicólogos, e daí a ausência de fiscalização da preparação e distribuição de alimentos, higiene e anseio, condições sanitárias, calefação, iluminação e ventilação e assistência psicológica aos apenados ou custodiados. A superlotação é uma das causas de grave incidência da tuberculose e do HIV. Enfim, faltam médicos, enfermeiros e remédios. O próprio ambiente carcerário é *per se* um estímulo à proliferação de doenças infectocontagiosas (respiratórias, alérgicas e sexualmente transmissíveis). Não pode impedir que, em casos especiais, o preso possa ser atendido por seu médico particular e uso seu plano de saúde. Diante de um quadro realístico, observado o caso concreto, deve-se autorizar “licença especial domiciliar para tratamento médico”, presente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A prisão processual deveria ser exceção, conforme disciplina o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça em 2014 (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2014, p. 20), 41% das pessoas submetidas as reprimendas penais não detém condenação.

Fundamentações apenas com base na gravidade do delito em abstrato para autorizar a prisão processual ocasionam a superlotação das cadeias. O Supremo Tribunal Federal vem chancelando a atitude, ao autorizar a execução provisória da pena, ou seja, antes do trânsito em julgado e mitigar o princípio da presunção de inocência:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Para solucionar o problema da superlotação do sistema carcerário, algumas unidades encontraram a solução em alojar os detentos em containers, celas gaiolas, porta-malas de carros e outras formas desfavoráveis para conter a superlotação. Estas medidas apenas geram

novamente um abuso, vez que é impossível solucionar uma transgressão a direitos com outra violação (Folha de São Paulo, 2017).

Muitas vezes os problemas relacionados à saúde tem origem na ausência de saneamento básico dentro das unidades. Problemas estruturais assolam frontalmente a saúde dos submetidos ao cárcere, conforme elucidou a notícia acima referida.

Em pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça em 2014 (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2014, p. 103), apenas 37% das unidades prisionais do país contam com assistência à saúde.

Esta mesma pesquisa contou com estudos acerca do número de pessoas portadoras de Aids e Tuberculose. Dentre as pessoas entrevistadas, as quais totalizam 78% da população carcerária do estado do Rio Grande do Sul, destas, 903 são portadoras do vírus da Imunodeficiência Humana. No estado do Pernambuco, apenas 40% da população encarcerada foi alvo da pesquisa, sendo que destas 565 estão diagnosticadas com Tuberculose (Ministério da Justiça, junho de 2014, p. 113).

Cada reeducando detém uma necessidade de assistência médica específica, para atendê-la é imprescindível uma interação entre a saúde e a segurança pública. Muitas vezes o atendimento é concedido, todavia, o transporte dos detentos não é efetivo, por falta de escolta, como frequentemente observa-se em noticiários. Desta forma, a situação agrava-se pela demora, ocasionando inevitável piora do quadro de saúde.

Como agravamento dos quadros clínicos, ocorrem as mortes dentro das unidades. Os óbitos, muitas vezes ocasionam a responsabilidade civil do estado, que, em regra é objetiva, devendo ser demonstrado somente à culpa e o nexo de causalidade (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 848). Em caso de omissão, predomina-se o entendimento que se trata de responsabilidade subjetiva (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 856). Desta forma, a inércia ocasiona, além da piora na situação da saúde, a responsabilidade do estado.

No início do ano de 2017 ficaram estampados nas manchetes dos jornais os massacres ocorridos dentro das unidades prisionais de vários estados brasileiros. Rebeliões entre facções criminosas fizeram tornar mais evidente a crise no sistema carcerário.

Além da guerra entre facções, muitas vezes os demais companheiros de cela resolvem fazer justiça com as próprias mãos. Esta situação é muito conhecida quando relacionada à crimes contra os costumes, como o estupro. Naná Queiroz, no livro Presos que menstruam (2015) relata histórias que lhe foram contadas e uma chama atenção relacionada a este aspecto:

Uma vez, a Camila me disse:

— Depois que você vai presa, pode implorar, chorar, que ninguém acredita que você é inocente. Que nem aquela menina outro dia, que foi presa porque “deu mamadeira com droga pro bebê”. Ai quando descobriram que não era droga, era amoxicilina, ela já tinha quase morrido na cadeia, já tinha ficado cega de tanto as meninas baterem. E o bebê nem morreu da amoxicilina, morreu da doença que ela tava tratando com o remédio. Ela falava pra elas assim: “Nem eu uso droga, como eu ia dar pro meu filho? Nunca, nunca!” E elas não queriam saber, batiam. Estouraram os tímpanos dela. Eu entrei em pânico de ver aquele desespero dela. Assistir aquela cena horrível. E você pode gritar “não fui eu, não fui eu”. E ninguém acredita. As presas e os policiais. Ninguém. E ela era inocente.

A população homossexual dentro das unidades sofre uma série de violações a direitos. Os abusos a integridade física desses sentenciados é fator preocupante. Em razão disto, vem sendo imprescindível a criação de alas específicas para alojar os reeducandos:

No Brasil, quatro estados já tinham implementado “alas” específicas para o público LGBT por pressão da sociedade civil ligada a movimentos por direitos LGBT, após casos de assassinatos nos presídios. Minas Gerais foi o primeiro estado a implementar uma ala específica, em 2009, seguido de Mato Grosso do Sul, em 2011, Rio Grande do Sul, em 2012, e Paraíba, em 2013. Ainda assim, essas alas existiam somente em alguns presídios específicos. (SESTOKAS, 2017)

Ademais, devem ser respeitados os direitos relativos à identidade de gênero dos sentenciados.

Outro problema social que assombra a população carcerária, é a inexistência de ensino. Há unidades em que o ensino é aplicado, todavia, em muitas, esta ainda não é uma realidade.

A educação é vista como a maior promessa para a reinserção de um sentenciado à sociedade. Conforme dados do Ministério da Justiça (Dezembro de 2014, p. 59) ainda poucos reeducando estão efetivamente estudando:

Atividades educacionais e laborterápicas são extremamente relevantes para a ressocialização do apenado, e prevenção da criminalidade mediante a redução da reincidência e mesmo diminuição dos incidentes prisionais como rebeliões e motins. (...)

Em 2014, 13% da população prisional participava de alguma atividade educacional, formal ou não. As unidades prisionais do Amapá, Espírito Santo e Paraná são as que apresentam maior parcela de pessoas estudando, enquanto Goiás e Piauí possuem os piores índices, com apenas 4% das pessoas envolvidas com atividades educacionais.

A assistência material existente como um direito aos presos, inúmeras vezes é ignorada. Um exemplo marcante é utilização de pão como absorvente por mulheres, bem

ilustrado por Naná Queiroz, em entrevista ao site Terra, realizada por Júlia Paolieri e Wagner Machado (2017):

Conforme explica a jornalista, alguns presídios oferecem um pacote pequeno de absorventes para o ciclo menstrual, mas, conforme muitas detentas relataram, eles não são suficientes para aquelas com fluxo maior. Em casos extremos, quando falta absorvente durante a menstruação, detentas improvisam usando miolo de pão como absorvente interno.

O miolo do pão velho é guardado para essas situações. As mulheres o amassam para que fique no formato de um O.B. e colocam-no dentro da vagina para absorver o fluxo menstrual.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo em visita ao estabelecimento prisional de Colina/SP analisou o descaso com o direito a assistência material dos homens e mulheres presas, ressaltando os valores gastos para suprir as necessidades básicas.

Uma das situações mais graves encontrada pelos defensores foi na Cadeia Pública Feminina de Colina (SP), onde nenhum absorvente íntimo foi entregue às detentas em 2012, fazendo com que elas utilizassem miolos de pão para conter o fluxo menstrual.

O caso foi relatado por familiares das presas aos defensores Patrick Lemos Cacicedo e Bruno Shimizu, do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria paulista. Segundo Shimizu, um levantamento realizado em 2012 aponta que a Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) gastou R\$ 3,84 durante todo o ano com cada detenta em Colina. "As presas tiveram de sobreviver com a entrega de pouco mais de quatro rolos de papel higiênico cada uma durante todo o ano", afirma.

Dados da Defensoria apontam que a região de Ribeirão Preto concentra uma população flutuante de 9 mil presos distribuídos em quatro presídios, 12 cadeias públicas e cinco Centros de Detenção Provisória.

Na Penitenciária de Ribeirão, por exemplo, a SAP teria gasto durante todo o ano de 2011 o valor médio de R\$ 21,87 com cada um dos 1.416 presos, o equivalente à compra de uma escova de dente, um sabonete e meio e uma camiseta. Já a Penitenciária Feminina da cidade gastou R\$ 81,82 por presa, que representariam pouco mais de um absorvente íntimo por mês e menos de uma camiseta ao longo do ano.

Para suprir as necessidades básicas, Shimizu conta que os familiares dos detentos acabam levando produtos por conta própria, além de alimentos. Com base em entrevistas realizadas com 78 famílias de detentos, o defensor estima que o gasto com itens pessoais para eles chega a R\$ 410 por mês.

"Isso faz com que a família, que já é pobre, gaste um dinheiro que não tem com algo que é obrigação do Estado. Nós fizemos audiências públicas em novembro do ano passado com essas famílias e constatamos que era preciso abrir a ação urgentemente", explica o defensor (G1, 2017).

Outro descaso que assombra a realidade das penitenciárias femininas são as relacionadas à precariedade com que as mulheres grávidas e os filhos das sentenciadas são tratados dentro das unidades. Segundo Flávia Villela da Agência Brasil (2017) a maioria das mulheres não receberam tratamento pré-natal, outras sofreram algum tipo de violência e há relatos de uso de algemas no momento do parto.

A legislação autoriza a prisão em regime aberto de mulheres que tem necessidade de cuidar de seus filhos até os doze anos. A jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de conceder a prisão domiciliar a estas mulheres, todavia, ainda há um enorme número de crianças que estão submetidas ao cárcere com sua genitora. Neste sentido:

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Paciente lactante. Revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, concessão de prisão domiciliar. Possibilidade. 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 6. Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP. 7. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar. (HC 134069, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Em razão de tanta defasagem do sistema carcerário, o nível de reincidência é elevado. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Política Econômica Aplicada, a pedido do Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 12):

As taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado. Os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno dos 30%). Esse grave problema tem levado o poder público e a sociedade a refletirem sobre a atual política de execução penal, fazendo emergir o reconhecimento da necessidade de repensar essa política, que, na prática, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas.

Além da ineficiência de assistência material e social, outro fator alarmante que exaspera estes números é a ausência de individualização eficaz da pena e classificação do preso. Norberto Avena (2014) ensina como é a aplicação destes institutos no âmbito da execução penal:

A fim de orientar este último estágio da individualização da pena e, assim, dar início à fase executória, estabeleceu o art. 5º da LEP a necessidade de classificação dos condenados a pena privativa de liberdade, fixando como critérios obrigatórios o exame dos seus antecedentes e da sua personalidade, aos quais, ainda, podem ser agregados outros fatores, tais como a análise de aspectos familiares e sociais e da capacidade laboral. Em outras palavras, a classificação é direito do preso, visando à diferenciação dos inúmeros sentenciados, para que cada um receba o tratamento que favoreça a sua reinserção social, respeitadas as diferenças existentes entre elas, propiciando-se o cumprimento da pena de acordo com suas condições e necessidades.

Na maioria das vezes esta classificação e individualização não são efetivas. O sentenciado é submetido ao cárcere e as avaliações ocorrem somente no momento de

requerimento de progressão de regime e livramento condicional. Desta forma, não há acompanhamento da reinserção do sentenciado à sociedade.

Em meio a um crescente e assombroso número de crimes cometidos, o Poder Legislativo, encontra soluções criando outros novos crimes. Este fenômeno é conhecido como legislação simbólica. Gilmar Mendes em artigo publicado no *Conjur* (2017) assevera que:

De acordo com a última edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2013, registramos 53 mil mortes violentas, incluindo homicídios dolosos, latrocínios e lesões corporais seguidas de morte. No mesmo ano, foram notificados 50 mil estupros, cabendo considerar que nem todas as vítimas desse tipo de crime relatam o caso às autoridades policiais. Isso sem contar os assaltos à mão armada, os sequestros, a corrupção, o narcotráfico, entre tantos outros crimes igualmente graves.

Diante de cobranças da mídia e da opinião pública por soluções imediatas, a resposta das instituições tem se concentrado, em regra, no agravamento de penas e de seu regime de cumprimento. Não é incomum, aqui e em outros países, a chamada legislação simbólica. Em face do clamor público atizado por algum crime grave, lança-se mão da fórmula mágica: “vamos aumentar a pena desse crime”; “vamos transformar a corrupção em crime hediondo” e assim por diante, sem se atentar para o fato, cada vez mais evidente, de que medidas dessa natureza pouco ou nada contribuem para a superação desse quadro.

Agravam-se as penas, como soluções para conter o cometimento de crimes. Vislumbrando as finalidades da pena, em seu caráter preventivo, esta atitude pode ser eficaz. Todavia, em um pensamento voltado à políticas públicas e no caráter repressivo e ressocialização da reprimenda, em relação a situação carcerária, esta medida é indevida.

A ineficiência desta prática esta estampada nas palavras de João Henrique de Melo Elias (2014):

O excesso de leis penais em vez ajudar o Estado a combater a criminalidade causa morosidade no Poder Judiciário, além disso fazem com que a população desconheça o teor das leis. Ademais, várias leis penais tornam-se incompreensíveis às pessoas devido à complexidade que se tornam e pela dificuldade que os cidadãos tem em interpretá-las.(...) Nesse sentido, não adianta elaborar leis momentâneas para um momento de aflição da sociedade diante de um crime que choca o país, mas deve-se fazer leis penais levando em consideração estudos jurídicos, sociais e éticos com profissionais sérios especialistas na seara penal. As leis devem ser de tal forma adequadas ao povo para o qual foram feitas que, apenas por uma grande casualidade, as de uma nação podem convir a outra. Assim, o Princípio da Fragmentariedade e o Direito Penal como “ultima ratio”, são esquecidos, já que é mais conveniente ao Estado a elaboração de leis penais muitas vezes inócuas, mas que apresentam à sociedade uma realidade falsa do que altos gastos com políticas públicas. O aumento de pena ou a criminalização generaliza da não irá acabar com o crime. Na verdade, a sociedade moderna precisa que os direitos fundamentais sejam efetivados com medidas sociais que reduzam a criminalidade de fato e não com o discurso da função simbólica do direito penal que serve para disfarçar a realidade jurídica do Direito Penal no país.

Outra problemática bem recordada por Álvaro Mayrink da Costa (2016, p. 316) é a precariedade na assistência jurídica. O autor ressalta o número reduzido de Defensores Públicos na execução penal e a hipossuficiência econômica dos sentenciados.

No Poder Judiciário, mutirões carcerários são realizados com o intuito de solucionar problemas carcerários dos presos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2017):

Desde que o programa teve início, e após visitar todos os estados brasileiros, cerca de 400 mil processos de presos já foram analisados e mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros.

Pelo menos 45 mil presos foram libertados como resultado do programa, pois já haviam cumprido a pena decretada pela Justiça. No final de 2009, o Mutirão Carcerário do CNJ foi umas das seis práticas premiadas pelo Instituto Innovare, por atender ao conceito de justiça rápida e eficaz disseminado pela entidade.

Com estas informações, é possível constatar o enorme número de sentenciados presos injustamente em razão de excessos e desvios na execução penal, em razão da ausência de celeridade processual.

Os alimentos servidos nas unidades são conhecidos por serem estragados. Em notícia na Carta Capital (MENEZES, 2017) ressaltou-se a situação da comida que é entregue aos reeducandos, com a seguinte classificação: “mau cheiro, aparência, presença de insetos e alimentos fora do prazo de validade”.

Os valores do Fundo Penitenciário Nacional foram contingenciados, desta forma, os objetivos a serem alcançados com as verbas ali existentes não foram efetivados. A situação com que o sistema carcerário se encontra atualmente é caótica, desta forma, estes valores necessitam ser utilizados para conter as violações de direitos:

O secretário-geral da Contas Abertas, Gil Castello Branco, explica que os recursos entram regularmente nos cofres públicos - visto que a maior parte é proveniente das loterias - e são contabilizados no Funpen, no entanto, não são inteiramente utilizados. Ele lembra que, por vezes, o Ministério da Justiça tentou utilizar os recursos, mas recebia da área econômica resposta negativa por “não haver espaço fiscal” para as liberações.

“A liberação de maior parcela de recursos, tal como aconteceu no último dia 28, é bem-vinda, pois, antes tarde do que nunca. Entretanto, os recursos contabilizados no Funpen já deveriam ter sido utilizados há muito tempo e vários governos atrás. O Funpen foi criado exatamente para resolver o problema da geração de recursos para a construção e manutenção dos presídios. As fontes de recursos são regulares, pois decorrem das loterias e das custas processuais. O governo federal, no entanto, há anos, trata o tema com descaso. Não é possível que o país vivencie esse caos, com mais de R\$ 2 bilhões disponíveis no Funpen”, afirma o economista (Contas Abertas, 2017).

Esta questão está sendo discutida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em 2015 foi concedida liminar para liberar os valores, todavia, não foi realizada a liberação, sendo a decisão cumprida após questionamento da Ordem dos Advogados do Brasil (Contas Abertas, 2017).

Inexiste representatividade política da multidão de pessoa submetida ao cárcere. O que realmente ocorre é que as pessoas costumam chancelar o descaso por parte das autoridades com relação aos presos. Álvaro Mayrink da Costa (2016, p. 65-66) bem ilustra esta realidade:

Ao lançar um olhar realístico para uma execução sustentável, defende-se que em primeiro lugar estará um *visão global humanística* sobre os institutos e aplicação das normas de execução às pessoas privadas de liberdade; ao contrário da postura dominante de *vendita*, apoiada no *marketing* midiático, do encarceramento pelo encarceramento, e a coisificação da pessoa, olvidando que o apenado é *sujeito* e não *objeto* de direitos.

É necessário ressaltar o entendimento de Rogério Grecco (2011, p. 302-303) que ressalta a empatia da população no que tange aos submetidos ao sistema carcerário e o comportamento derivado dos governantes:

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes de forma que, mesmo velada, no fundo a aceitam como forma de punição para aquele que praticou infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos. Como a população em geral gostaria que, na maioria dos casos, os presos sofressem além da condenação que lhes havia sido imposta na sentença, vale dizer, que além da privação da liberdade, sua permanência no cárcere fosse a pior possível, a fim de que sofressem intramuros o mesmo que suas vítimas sofreram extramuros, os governantes não se preocupam com a causa carcerária, como se não houvesse algum problema a ser resolvido.

Em análise a todas estas problemáticas, é possível perceber que o problema na situação carcerária é exponencial. Por isto, o Partido Socialismo e Liberdade, ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, para que seja resolvido o empasse e garantido os direitos dos reeducandos.

No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal decidiu liminarmente declarando o estado de coisa inconstitucional e determinando algumas providências a serem tomadas pelo executivo e judiciário:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

A decisão foi comentada por Álvaro Mayrink da Costa (2016, p. 42-43) que mencionou os efeitos do descaso dos três poderes perante o sistema carcerário, evidenciando as violações e o impacto na segurança pública:

O Plenário da Corte Suprema registrou que “no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, no que tocante a dignidade, higidez física e integridade física e psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (arts. 1º, III, 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX, LXXIV e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criava o Fupem, teriam sido transgredidos. Em relação ao Fupem, os recursos estariam sido contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou melhoria das desistentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em ‘monstros do crime’. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos, fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social (ADPF 347).

Considerações acerca da competência do poder executivo, legislativo e judiciário serão demonstradas no próximo capítulo, bem como o estado de coisa inconstitucional e a atuação jurisdicional como meio para efetivar direitos e garantias previstos na Constituição Federal, Tratados internacionais e Leis Infraconstitucionais.

III - ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Divisão dos Poderes e participação do Executivo e Legislativo na concretização de políticas públicas:

Logo no início do texto constitucional há a menção dos três poderes, quais sejam, o Poder Legislativo, Executivo e o Judiciário. O artigo 2º da Constituição Federal revela a independência e harmonia entre os três poderes.

Esta disposição é fruto da teoria idealizada por Aristóteles, estudada também por John Locke e aprofundada por Montesquieu, conforme elucidada Alexandre de Moraes (2014, p. 423):

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

A chamada divisão dos poderes, baseada na teoria dos freios e contrapesos, é conhecida por conceder competências próprias a cada um dos poderes, de forma que ao atuarem juntos, as atribuições se harmonizem. Além disto, cada um dos poderes tem a atribuição de conter o outro, com garantias que lhes são atribuídas, todavia estas garantias são “invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre os Poderes e desestabilização do Governo” (MONTESQUIEU, 1996, p. 27).

José Afonso da Silva (2013, p. 111) explica a aplicação do princípio supramencionado e enfatiza como é a aplicação do princípio atualmente, mencionando que:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos

poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

O autor enfatiza o respeito mútuo entre os poderes, bem como intromissões de um em outro de modo a afastar arbitrariedades. Desta forma, vê-se que atualmente é necessário analisar a divisão dos poderes com ponderação.

Tecidas estas informações, é imperioso mencionar as funções primordiais de cada poder e também as funções atípicas desempenhadas para melhor entender o âmbito de atuação de cada um.

Pedro Lenza (2013, p. 517) esclarece de forma sintetizada as atribuições, mencionando que ao Poder Legislativo compete inicialmente legislar e exercer fiscalização do poder executivo. De maneira anômala exerce função executiva ao administrar sua própria carreira e jurisdicional ao julgar crime de responsabilidade.

Como bem salienta Torrens (2013, p. 194), o Poder Legislativo desempenha importante papel no que diz respeito às políticas públicas, salientando que desempenha suas funções típicas e atípicas e as exerce com legitimidade.

O que queremos colocar em questão é que o papel desempenhado pelo Legislativo na condução de determinadas políticas públicas é decisivo, pois representa a legitimação, o controle político, a fiscalização e a vigilância sobre a atividade governamental e canal de comunicação entre os que detêm o poder político e os governados, tornando efetiva a participação do Parlamento na condução política do governo. (TORRENS, 2013, p. 194)

Além disto, o Legislativo desempenha relevante papel no que tange a elaboração de dotação orçamentária, limitando a atuação do Executivo e exercendo importante função nas políticas públicas.

Nessa perspectiva, cabe ao Executivo apenas apresentar propostas de atuação fundadas em diagnósticos, implementar as decisões tomadas pelos corpos legislativos e sistematizadas na Constituição e nas leis – sobretudo nas que aprovam planos e orçamentos – e exercitar os atos de gestão a seu cargo com competência e responsabilidade, de modo a aumentar a eficácia do Governo e a efetividade de suas unidades. (SANCHES, 2005, p. 05)

Assim, o Poder Legislativo tem a competência de criar leis que são fruto dos anseios dos cidadãos, isto pode ser considerado como apenas o início da efetivação de direitos e garantias fundamentais.

O papel do Poder Executivo é explicado por Alexandrino e Paulo (2015, p. 687):

A função típica do Poder Executivo é administrar, compreendendo não só a função de governo, relacionada às atribuições políticas e de decisão, mas também a função meramente administrativa, pela qual são desempenhadas as atividades de intervenção, fomento e serviço público.

As funções atípicas são a legislativa e a de julgamento. Assim, além de gerir, política e administrativamente, a coisa pública, o Poder Executivo também legisla (expedição de medidas provisórias) e julga (contencioso administrativo).

É função deste poder, no que tange as políticas públicas, efetivá-las da melhor forma, atendendo os interesses e necessidades da população, com base na legislação vigente.

O Poder Legislativo, assim como o executivo, é estruturado no âmbito municipal, distrital, estadual e federal. Seus representantes são eleitos pelo povo e por isto suas atitudes são legitimadas por estes.

Ao Poder Judiciário cumpre a resolução das lides, tendo como base a inafastabilidade da jurisdição, delineada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que alude a apreciação do poder judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito. Como atitude equiparada à função típica do Poder Executivo, o judiciário organiza seu pessoal. Além disto, estabelece seu regulamento interno (MASSON, 2015).

Após explicitar a divisão dos poderes e as funções de cada um deles, o estudo irá adentrar a pesquisa acerca do ativismo judicial, o qual será embasado nas premissas recém estudadas neste item.

3.2 Ativismo judicial

Em que pese a idealização das tarefas esclarecidas anteriormente, frequentemente os poderes não cumprem o seu papel. Desta forma, os direitos definidos na legislação não são concretizados. Em razão disto, e com base na inafastabilidade da jurisdição, o poder judiciário acaba tendo a incumbência de suprir as lacunas e omissões.

Inicialmente, cumpre ressaltar a conceituação traçada por Luiz Roberto Barroso (2017):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se

manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O autor ainda acentua o oposto do ativismo judicial, que é conhecido como autocontenção do Poder Judiciário:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2017).

Como bem assevera o entendimento supramencionado, com o advento da Constituição de 1988 e a evolução dos direitos humanos, não cabe mais ao Poder Judiciário se abster de agir.

O ativismo judicial é muito comentado, em razão de seus aspectos positivos e negativos. Acerca deste instituto é possível extrair uma série de problemáticas.

Os membros do Poder Judiciário, ou seja, os juízes, não são eleitos pelo povo, desta forma, não detém a mesma legitimidade que os membros do Executivo e do Legislativo. Além disto, não detém os aparatos necessários para decidir acerca da melhor estratégia de políticas públicas a ser desempenhada e a melhor maneira de destinar recursos. Neste sentido:

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. O juiz nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade

institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, 2017).

Em que pese esta alegação, há entendimento de que esta atuação do Poder Judiciário apenas reflete os preceitos constitucionais e desta forma, a ação é legítima.

E M E N T A: [...] - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL – [...] MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. [...]. O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. [...]. (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

Levantadas as duas vertentes, é imperioso ressaltar que ambas encontram respaldo na legislação vigente. Todavia, devem ser sopesadas.

É certo que a atuação desenfreada do Poder Judiciário em efetivar Políticas Públicas acaba por ferir a divisão dos poderes e além de ilegítima, acaba por inexistir a possibilidade de cumprimento das decisões por parte dos demais poderes, por não ser uma decisão que se preocupa com a possibilidade de cumpri-la.

Por outro viés, julgar improcedente pleitos que visam direitos que lhe são assegurados constitucionalmente não revela o perfil traçado pelo Poder Constituinte.

Para que não sejam proferidas decisões antiquadas, muitos resolvem basear as decisões nos dois princípios basilares da atuação jurisdicional como forma de efetivar políticas públicas, ou seja, o mínimo existencial e a reserva do possível.

O mínimo existencial é conhecido por envolver as condições mínimas para a sobrevivência, ou seja, compreende a concessão de condições ínfimas de subsistência, sem as quais, seria impossível viver de forma digna.

O mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos, pois exige que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos. (NASCIMENTO, 2017)

De outro modo, a reserva do possível relaciona-se com a possibilidade de cumprimento da decisão não só no âmbito financeiro, mas também a verossimilhança de cumprimento se levar em consideração questões relacionadas ao procedimento para a efetivação de políticas públicas:

Observa-se, portanto, que a teoria da “Reserva do Possível”, na sua origem, não se relaciona exclusivamente à existência de recursos materiais/financeiros, suficientes para a efetivação dos direitos sociais, mas, sim, à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização [...]

No Brasil, por outro lado, a interpretação e introdução da teoria, ao ser adequada à realidade pátria, transformou essa teoria, em verdade, em uma teoria da reserva do financeiramente possível, sendo considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. (ÁVILA, 2017).

Frequentemente estes princípios são sopesados e escolhido aquele que mais se adequa ao caso concreto.

Além destes princípios basilares, outras vertentes devem ser levadas em consideração, uma vez que, a inércia estatal vem tomando contornos cada vez maiores e por isto a atuação do Poder Judiciário deve ser mais ampla e também eficaz.

3.3 O Estado de Coisa Inconstitucional

O nascimento do Estado de Coisa Inconstitucional se deu na Colômbia, nos anos de 1997, na Sentença SU – 559 de 1997. Nesta ocasião a Corte Constitucional da Colômbia deveria julgar o caso relativo a questões previdenciárias das professoras de um município. Todavia ao analisar o caso, notou-se que se tratava de um conflito estrutural, que não estava relacionado a atitudes de apenas um ente estatal (EMAGIS, 2017).

Nesse processo, por reconhecer uma violação generalizada de direitos e a existência de falhas estruturais, a CCC decidiu em favor não apenas dos demandantes e nem contra somente os réus do processo, mas também em favor de todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades e entidades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas detectadas.(EMAGIS, 2017)

Este instituto nada mais é do que uma falha estrutural. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 93) elucida o que se entende por falha estrutural:

Essas falhas revestem-se, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas a superação dos problemas de direitos.

No que se refere ao Estado de Coisa Inconstitucional, a Corte Colombiana entendeu na Sentença T- 25/2005 de 2004, que é imperioso a existência de requisitos, a saber: a grande violação generalizada de direitos constitucionais que prejudicam um número amplo de pessoas; a propagada omissão das autoridades em cumprir com as obrigações que garantem direitos; práticas inconstitucionais que lesam direitos constitucionais; problema social cuja resolução demanda intervenção de várias entidades com um conjunto completo e coordenado de ações exigindo um nível de recursos que demanda esforços orçamentários; grande número de pessoas com os direitos violados as quais, se interporem suas próprias ações, iriam asoberbar o Poder Judiciário. (tradução livre)

Com base nestes requisitos, assevera-se que o Estado de Coisa Inconstitucional se resume a uma inércia dos três poderes na observância de direitos fundamentais que ocasionam grandes violações a direitos humanos.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 181) enfatiza estes requisitos e condensa-os em apenas quatro. Ao mencioná-los, assevera que se trata de uma “falha estrutural”, derivadas da ausência de atuações legislativas, administrativas e orçamentárias:

Não seria a inércia de uma única autoridade pública, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural histórico do Estado. [...] A falha estrutural pode ter início na omissão legislativa ou na falta de regulamentação normativa independentemente das tipologias dos enunciados normativos constitucionais, na falta de vontade política ou na ausência de coordenação entre leis e medidas administrativas de execução. Leis e regulamentações defeituosas, insuficientes que promovem proteção deficiente de direitos fundamentais podem ser o ponto de partida de falhas estruturais, mesmo se ausente disposição constitucional expressa do dever de legislar ou regulamentar. Na realidade o ECI acaba sendo um estado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais iniciadas em omissões normativas inconstitucionais (CAMPOS, 2016, p. 181-182)

Em decorrência da inércia dos poderes e diferentemente de outras demandas que chegam ao Poder Judiciário, para solucionar uma lide em que há o Estado de Coisa Inconstitucional se faz necessário medidas voltadas a vários órgãos (CAMPOS, 2016, p. 183).

Além do descaso dos poderes, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 180) assevera a necessidade de:

Violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados. [...] (i) não se trata de violação a qualquer norma constitucional, mas apenas àquelas relativas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, e não basta qualquer violação de direitos, mas apenas aquela espacial e qualitativamente passiva, sistemática e contínua. (ii) não basta o envolvimento de um direito fundamental específico, e sim de uma variedade desses (liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial); (iii) não se trata de violações que alcancem populações locais ou restritas, e sim número elevado e amplo de pessoas e grupos, máxime, minorias e grupos vulneráveis.

Campos (2016, p. 185), elucida um pequeno conceito sobre o Estado de Coisa Inconstitucional que se vê interessante, a saber:

Trata-se de técnica decisória por meio da qual se declara uma “realidade inconstitucional”. Não é uma ação judicial propriamente dita, e sim uma ferramenta processual pela qual cortes produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social

Lenio Luiz Streck (2017) registra seu posicionamento contrário a utilização do Estado de Coisa Inconstitucional, pontuando que o Brasil não aplica várias previsões constitucionais,

sendo impossível distinguir qual privação de direito iria prevalecer sobre a outra. Além disso, iniciar a adoção de declaração de Estado de Coisa Inconstitucional apenas iria prejudicar a divisão de poderes e encaminhar todas as questões ao Judiciário a ser aplicada de forma desordenada:

O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo [...]

Se a Constituição não é uma carta de intenções (e todos pensamos que não o é), o Brasil real, comparado com a Constituição, pode ou é um país inconstitucional, na tese de quem defende a possibilidade de se adotar o ECI. Pensemos no artigo 3º (objetivo de construir uma sociedade justa e solidária; a norma do salário mínimo, o direito à moradia, à segurança pública etc).

Portanto, vamos refazer o dito: se a Constituição Federal não é uma carta de intenções e se é, efetivamente, norma, então o Brasil está eivado de inconstitucionalidades. Mas, de novo: levando isso a fundo, é o Judiciário que vai decidir isso? E como escolherá as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades?

Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? Imaginemos os Estados da federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Como segurar as demandas sociais[...]

Com a crítica ao ECI não estou negando a importância do Judiciário para o cumprimento da Constituição (ele é seu guardião!). [...] Sou um defensor do cumprimento da Constituição; e, quando o Judiciário assim o faz, também sou seu defensor.[...]

Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral. E também discordo em face de outros argumentos.

Com o mesmo entendimento de o Estado de Coisa Inconstitucional não é favorável, é o posicionamento de Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo (2017). Para estes, a intervenção judicial é ilegítima e ineficaz.

Para Campos (2017) as argumentações contrárias a este conflito estrutural vêm alterando o que de fato é o ideal deste instituto. Segundo ele, o ECI deverá ser utilizado em hipóteses excepcionais, sua resolução deve ter base democrática, com o uso de audiências públicas, por exemplo, de modo a viabilizar um diálogo entre os poderes. O autor menciona a capacidade de resolução dos conflitos estruturais por meio de decisões estruturais, que serão mencionadas posteriormente neste trabalho.

É imperioso ressaltar que não serão em quaisquer oportunidades que será declarado o Estado de Coisa Inconstitucional. Recentemente, foi proposta uma ADPF perante o Supremo

Tribunal Federal em que havia o pedido de declaração do Estado de Coisa Inconstitucional. O STF entendeu que por existir outras medidas idôneas para a resolução da demanda e que esta se faz necessário apenas quando existe uma “paralisia institucional extraordinária”, ressaltando a excepcionalidade do pedido requerido:

DECISÃO ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – INADEQUAÇÃO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO PEDIDO. 1. O assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa prestou as seguintes informações: A Confederação dos Servidores Públicos do Brasil ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, buscando o reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário do Estado da Bahia e a adoção de providências estruturais consideradas lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos estaduais. Aponta violação aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, economicidade, isonomia e dignidade da pessoa humana, bem assim ao artigo 37 da Constituição Federal. [...] Segundo narra, em 12 de agosto de 2014, foi publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia edital de abertura de concurso público para o provimento de 490 vagas de Agente Penitenciário. Informa que, no mesmo ano, a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização do ente federado divulgou processo seletivo, no Regime Especial de Direito Administrativo – REDA, para o mencionado cargo, visando a contratação temporária de 490 profissionais. [...] Sustenta a ilegalidade do edital do mencionado certame, porquanto a Lei nº 9.433/2005 não autorizaria a delegação de atividade fim do Poder Público, mas, sim, de serviços laterais, como o fornecimento de alimentação aos presidiários. [...] Discorre sobre situações contrárias à dignidade da pessoa humana, que decorreriam da carência de servidores nas unidades prisionais do Estado. Refere-se ao precedente firmado na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, da relatoria de Vossa Excelência. Sob o ângulo do risco, articula com o prejuízo causado aos candidatos aprovados no concurso público de agente penitenciário pela demora na anulação dos atos atacados. Argui o perigo de ineficácia da tutela jurisdicional definitiva, pois o referido certame é válido até 27 de novembro de 2016. [...] A arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento nobre de controle de constitucionalidade objetivo, destinado à preservação de dispositivo nuclear da Carta da República. Descabe utilizá-la para dirimir controvérsia diversa. Se isso fosse possível, ter-se-ia situação incompatível com o Diploma Maior, transmutando a natureza da ação. Surge inadequado o manuseio da arguição na situação versada na inicial. A autora busca o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário do Estado da Bahia em virtude de ilegalidades na contratação de agentes penitenciários, as quais não justificam a intervenção direta e concentrada do Supremo. Consoante fiz ver no exame da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, o estado de coisas inconstitucional consiste em mecanismo excepcional de atuação jurisdicional, ante paralisia institucional extraordinária. É impróprio utilizar a ação para substituir as medidas processuais ordinárias, voltadas a impugnar atos tidos como ilegais ou abusivos. Ataca-se situação fática cujos contornos, embora relevantes sob o ponto de vista jurídico, não viabilizam o uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Irregularidades na contratação de agentes penitenciários, mesmo quando repetidas no âmbito do ente federado, não abrem campo ao acesso direto ao Supremo. O uso dos meios processuais ordinários mostra-se adequado para reparar ou evitar eventual lesão. A ressaltar esse entendimento, consta no processo a notícia do trâmite de ação civil pública e de ação popular, com amplitude suficiente para resolver a controvérsia. O inconformismo com decisões das instâncias ordinárias enseja a interposição do recurso. A arguição não constitui sucedâneo recursal. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao pedido. 4. Publiquem. Brasília, 30 de maio de 2016. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (ADPF 404, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 30/05/2016,

publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 01/06/2016 PUBLIC 02/06/2016)

Diante da propositura da ADPF 347 o Senado editou o projeto de Lei sob o número 736 de 2015, que visa alteração das Leis 9.882/1999 e 13105/2015. O Projeto de Lei esclarece os requisitos cumulativos para a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional e os parâmetros da decisão deste litígio.

Desta forma, conforme evidenciado, o Estado de Coisa Inconstitucional detém uma complexidade diferenciada. Exigem-se violações incisivas para a declaração, sendo que simples transgressões a direitos não ensejam sua configuração. Para demonstrar a inserção no contexto brasileiro deste instituto, o caso brasileiro de declaração do Estado de Coisa Inconstitucional será a seguir delineado.

3.3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), interpôs a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, visando o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional da situação carcerária brasileira, em face da União e todos os Estados da Federação.

O meio adotado para a declaração deste conflito estrutural parece idôneo. Para Cassio Juvenal Faria (2000, apud, LENZA, 2013, p. 384) a propositura desta ação se faz necessária quando:

Normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os “os princípios fundamentais” do Título I (arts. 1º ao 4º) ; os integrantes de cláusula pétrea (art. 60, §4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34 , VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170).

Desta forma, de fato, conforme delineado no capítulo anterior, existem violações aos chamados preceitos fundamentais, em razão de ações e omissões do Poder Público. Campos (2016, p. 259-260) assevera que:

O objeto de controle pela ADPF, encaixa-se perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de “realidade inconstitucional”. Ato do Poder Público não é apenas ato

isolado ou comissivo de um poder, mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgãos e poderes, e também a omissão generalizada e persistente. Ademais, esses atos podem ser da competência das três distintas esferas federativas. Daí por que podem ser incluídas, como objeto da ADPF, falhas estruturais que configuram deficiências de formulação e implementação de políticas públicas. No mais, não há qualquer dúvida que a violação massiva e persistente de direitos fundamentais satisfaz, com sobras, o requisito da “lesão a prefeito fundamental”.

Assim, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apresenta-se idônea para a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional, por impugnar atitudes do Poder Público.

Na petição inicial evidenciou o quadro em que se encontra o sistema carcerário brasileiro e das matérias que lhe são vinculadas, sendo ao final requerida a concessão de medidas cautelares, tais como a de determinar aos juízes e tribunais a motivação das decisões que decretam prisões processuais e a não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e incorporação de audiências de custódia. Além disso, o pleito foi para que seja levado em consideração o estado do sistema carcerário no momento da fixação da pena e na execução penal, sejam aplicadas penas alternativas à prisão quando cabíveis, amortecidos o requisito objetivo temporal para a concessão de direitos na execução penal e remição em caso de evidentes distorções no cumprimento da pena por violação de direitos sendo imperiosa a realização de mutirões carcerários para viabilizar a concretização destes direitos e, por fim, o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e vedação de novos congelamentos.

No julgamento liminar os únicos pedidos concedidos foram o reconhecimento da aplicabilidade da audiência de custódia e o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

No mérito foi requerida a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, a confirmação das medidas cautelares, a obrigação do Governo Federal elaborar e encaminhar ao Supremo Tribunal Federal um plano nacional de superação do atual descaso com o sistema carcerário. Relativo a este último pedido, a petição inicial relacionou as seguintes prioridades, conforme constou no acórdão que julgou as medidas cautelares:

c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança;

(V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT;

d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas;

e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;

f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma;

h) sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo;

i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;

j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil.

Em 16 de fevereiro de 2017 no voto do Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 580.252 novamente verbalizou o descaso com o sistema prisional e o enquadramento do mesmo como um Estado de Coisa Inconstitucional. Nesta estava sendo analisada a possibilidade de indenização de um sentenciado em decorrência das sérias violações de direitos fundamentais. Nesta oportunidade foi provido o recurso, de modo a reconhecer o dever de indenizar:

Segundo o decano, o sentenciado, ao ingressar no sistema, sofre e tem sofrido punições que a Constituição repudia por culpa da omissão estatal. Ele lembra que já denunciava as violações de direitos quando era membro do Ministério Público, órgão que deixou nos anos 1980, quando foi trabalhar na Presidência da República. “Os problemas são mais graves agora. A questão penitenciária é aflitiva”, disse, ao reconhecer o estado inconstitucional de coisas. (CANÁRIO, 2017)

A Colômbia, assim como o Brasil, foi palco de intensas violações à direitos das pessoas submetidas ao cárcere. Foi declarado o Estado de Coisa Inconstitucional diante daquele cenário.

A Corte Constitucional identificou que o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas implicava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a amplo conjunto de direitos fundamentais. A violação massiva, pode-se dizer, estava dirigida à Constituição como um todo. Destacou a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de “tragédia diária dos cárceres”, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social. [...].

A Corte acusou a absoluta ausência de políticas públicas para resolver ou, ao menos, minimizar a situação. Destacando a insensibilidade dos gestores públicos no tocante a população carcerária, os juízes concluíram estar o tema totalmente fora da agenda política, o que revelou o estado permanente de inércia legislativa, administrativa e orçamentária em face dos grandes problemas sociais. Apesar de o quadro desvirtuar a finalidade do tratamento penitenciário e configurar graves violações de tratados internacionais sobre a ressocialização de presos e o caráter especial das prisões preventivas, o Estado permanecia inerte e mesmo indiferente à situação. (CAMPOS, 2016, p. 129 e 130)

Foi proferida a decisão para resolver o descaso com o sistema carcerário, todavia, mesmo assim, em 2013 a Corte entendeu que estava presente um novo Estado de Coisa Inconstitucional, em razão da superlotação. Em 2015, o conjunto de abusos estava presente ainda e novas providências a fim de efetivar políticas públicas deveriam ser desempenhadas (CAMPOS, 2016, p. 129-130).

O caso do Estado de Coisa Inconstitucional da questão penitenciária da Colômbia é conhecido como um insucesso, em razão das decisões serem inflexíveis e por inexistirem meios que acompanham a efetivação. Sendo que com esta problemática foi repensado o modo de decidir litígios estruturais (CAMPOS, 2017). Questões acerca do modo como o Poder Judiciário deve se posicionar serão levantadas no próximo item.

Ainda dentro deste item, é imperioso ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos editou uma resolução em que indica algumas recomendações ao Brasil. Nesta oportunidade a Corte reuniu três casos conhecidos como violações de direitos dos presos e por isto ficou conhecido como um “supercaso”.

A resolução é de fevereiro de 2017 e entre as recomendações está a disposição de que seria necessária a realização de audiência pública, concessão de informação quantitativa a respeito de algumas violações e informações acerca das medidas tomadas para solucionar determinadas transgressões de direitos.

No que tange estas informações, a Conectas Direitos Humanos (2017) informa que o Brasil não respondeu de forma idônea aos questionamentos:

O Brasil afirmou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão vinculado à OEA (Organização dos Estados Americanos), violou o direito internacional e extrapolou sua competência ao convocar o país a prestar contas sobre a situação de seus presídios. A fala ocorreu em uma audiência pública realizada nesta sexta-feira, 19/5, na sede do tribunal em San José, na Costa Rica. Na fala da delegação brasileira, a Corte “extrapolou os limites de seu mandato convencional”, tendo emitido uma resolução com “acusações genéricas”. A resolução em questão é um documento inédito expedido em fevereiro deste ano, no qual os juízes aglutinam quatro casos de violações em presídios brasileiros em uma espécie de “supercaso”, a fim de verificar a situação do sistema carcerário brasileiro.

Durante a sabatina, no entanto, o Brasil apresentou dados defasados e subestimados, além de informações genéricas e insuficientes para rebater as suspeitas da Corte de que há “indício de eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário”. As estatísticas mais recentes citadas pelos representantes do Estado na audiência foram do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), referentes a dezembro de 2014. A Conectas solicitou, via Lei de Acesso à Informação, a publicação de dados mais recentes, porém a informação foi negada. Especialistas acreditam que o número de presos no Brasil chega a mais de 700 mil, superando os 622 mil apontados pelo Ministério da Justiça. Alguns números informados durante a audiência também se mostraram subestimados: de acordo com o Estado brasileiro, em 2013, ano marcado por uma série de rebeliões violentas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, teria havido 37 mortes em todo o sistema prisional. Segundo dados do próprio Ministério da Justiça e da Secretaria de Administração Penitenciária do Maranhão, no entanto, naquele ano morreram ao menos 78 presos somente nas unidades do conglomerado prisional maranhense.

“A fala do Estado chamou atenção pelo tom cínico. As autoridades afirmaram que as violações de direitos humanos estariam superadas nos presídios, chegando ao ápice de demandar que as medidas emitidas pela Corte fossem revogadas”, diz Guilherme Pontes, advogado da organização Justiça Global. Para Henrique Apolinário, advogado do programa de Justiça da Conectas Direitos Humanos, os “dados e informações recolhidos pelas organizações peticionárias em inspeções recentes nos presídios mostram que a realidade ainda é muito grave e que as violações são sistemáticas. Os pequenos avanços que existem são pontuais e estão longe de resolver os problemas estruturais do sistema prisional e do socioeducativo”, conclui.

O juiz da Corte Interamericana Eugenio Raúl Zaffaroni chamou atenção para o próprio relatório enviado pelo Brasil, que deixa claro que “nada menos do que o Supremo Tribunal Federal brasileiro já está reconhecendo esta situação [a crise generalizada no sistema carcerário]”. O magistrado ainda classificou a política de superencarceramento brasileira de “máquina de mandados de prisão” e sublinhou que, somando os cerca de 700 mil presos atuais com os 600 mil mandados de prisão existente, haveria 1,3 milhão presos no Brasil.

Desta forma, é possível notar que o Brasil realmente apresenta-se indiferente quanto à problemática acerca da situação carcerária, vez que o questionamento da Corte Interamericana foi proporcional, todavia, a resposta do país foi enxergada como “insuficiente”.

Para que a ADPF 347 tenha de fato um processamento e uma resolução positiva o julgamento deverá ser baseado em algumas premissas diferenciadas. Estas questões serão elaboradas no próximo item.

3.4 Decisão Estrutural e Monitoramento

Superada as questões acerca da tripartição de poderes e após a compreensão sobre uma lide em que se pleiteia a resolução de falhas estruturais, é necessário analisar a forma de resolução da demanda.

Por se tratar de uma lide diferenciada, a decisão deve se nos dar mesmos moldes. Diante destes grandes conflitos, a saída para que o Poder Judiciário interfira neste dilema, ao ser provocado, são as decisões estruturais.

Frequentemente é possível vislumbrar juízes julgando procedentes ações relativas a saúde e educação. Na maioria destas oportunidades, o juiz está julgando uma lide que não ultrapassa as partes do processo e demandam atuações simplificadas. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 189) elucida a diferença destes conflitos e a necessidade de decisões estruturais:

Não se trata apenas de determinar obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. A *structural injunction* voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias.

O procedimento trazido por William Flercher (1982, p. 639, apud, CAMPOS, 2016, p. 191) é importante para compreender este instituto:

Nas sentenças estruturais, segundo William Fletcher, “o juiz normalmente requer que as partes acordem sobre um ‘plano’. Se partes concordarem, o juiz estabelecerá uma *injunction* que incorpore esse acordo. Quando solicitar planos das partes ou os formular por conta própria, a corte frequentemente buscará evidências adicionais e ouvirá o testemunho de experts sobre os possíveis efeitos das decisões a serem tomadas; às vezes, a corte apontará seus próprios experts, peritos ou comitês; e às vezes ameaçará impor decisões draconianas que nem mesmo os autores desejam”.

Uma vez tomada a decisão estrutural, o juiz poderá “apontar um perito especial para supervisionar sua implementação” vindo a decisão a vigorar, normalmente por muitos anos, devendo as partes, “periodicamente, submeter relatórios ou outras evidências à corte sobre seu cumprimento. A decisão poderá ser emendada na medida em que as condições mudarem ou tornar-se aparente que a decisão original é inadequada para cumprir seu propósito”.

Com estas premissas levantadas, fica claro que o Poder Judiciário não interfere de forma onipotente nos demais poderes. Há diálogo e flexibilidade no conteúdo da decisão.

Os ensinamentos de Tiago Gagliano Pinto Alberto e de Sabrina Santana Figueredo Pinto Alberto (2017) é no sentido de que as decisões estruturais se preocupam em conceder os direitos pleiteados e buscam melhores formas de execução da decisão:

Sérgio Cruz Arenhart, em trabalho justamente intitulado “Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro”, destaca que as decisões estruturais podem ser compreendidas como aquelas “(...) que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado.” (ARENHART, 2013, p. 07, apud ALBERTO; ALBERTO, 2017)

Tiago Gagliano Pinto Alberto e de Sabrina Santana Figueredo Pinto Alberto (2017) mencionam casos brasileiros de decisões estruturais, como o caso da Ação Civil Pública nº 93.80.00533-4 (4ª Vara Federal de Criciúma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região) proposta pelo Ministério Público Federal em face de algumas Mineradoras. Na decisão foi determinada a realização de um projeto de recuperação da região em determinado prazo, bem como a execução das propostas. Em caso de atraso foi imposta uma multa e em caso de descumprimento, foi determinado que outrem execute os projetos as custas da parte condenada. Além disto, impôs a fiscalização por órgãos responsáveis pela regularidade das mineradoras e ao ator da ação a inspeção por ele ou outro ente indicado, que dependerá da aceitação judicial, até a conclusão.

Este tipo de atuação jurisdicional teve seu marco inicial nos Estados Unidos ocasião “em que a Corte não apenas compreendeu inconstitucionais as políticas de discriminação racial em Universidades, mas também implementou cronograma para eliminação das situações que compreendia incompatíveis com a Carta Constitucional” (ALBERTO; ALBERTO, 2017)

Para que uma decisão com estes atributos alcance os objetivos que almeja, é necessário o monitoramento no cumprimento das determinações, ou seja, a fiscalização do cumprimento da decisão.

Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, ao invés de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Fica de lado a vetusta ideia de supremacia judicial; as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico.(BERNARDI; MEDA, 2016, p. 22)

Carlos Alexandre Azevedo Campos (2016, p. 208-210) disserta a respeito da relevância do monitoramento na execução das decisões estruturais, por tratar-se de decisões que implicam em um difícil cumprimento e, em caso de impossibilidade de execução das tarefas, é aceitável a substituição desta por outra.

Além disso, o autor supramencionado acrescenta a importância do auxílio de comissões, experts, audiências públicas, relatórios periódicos e autos de acompanhamento:

São exemplos de ferramentas que tornam o monitoramento uma prática que aumenta em muito as chances de sucesso das sentenças estruturais. Além de impor ações aos poderes e órgãos desobedientes, o monitoramento permite corrigir tanto os atos de implementação defeituosos como as próprias decisões judiciais que se revelem difíceis ou impossíveis de cumprimento. A flexibilidade das decisões estruturais deve permitir tanto a latitude de ação e discricionariedade substancial dos poderes políticos e da administração em cumprir as ordens, como a modificação dessas ordens quando assim apontar necessário o processo de monitoramento (CAMPOS, 2016, p. 209).

A sentença estrutural e o monitoramento das decisões são a chave para que conflitos estruturais, como Estado de Coisa Inconstitucional, sejam superados. A Corte colombiana, ao julgar a questões relativas ao sistema carcerário, não realizou o monitoramento no momento da execução, de modo que a decisão adotou uma rigidez exacerbada. Assim, não foi superado o Estado de Coisa Inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 134-135).

Contudo, em outras oportunidades a Corte Constitucional da Colômbia, vem levando em consideração a ineficácia desta decisão e vem adotando medidas maleáveis para a fiscalização no cumprimento de outras decisões relativas a Estados de Coisas Inconstitucionais (CAMPOS, 2016, p.135).

Por fim, assegurar-se a representatividade do conteúdo de decisões nestes moldes, vez que está amparada com as previsões constitucionais e as Políticas Públicas serão realizadas da forma mais viável, com a melhor aplicação de recursos.

O ativismo judicial do tipo estrutural e a participação social na discussão e implementação das decisões possuem uma relação de causa e efeito, embora nem sempre linear ou unidirecional. A percepção do ganho democrático das decisões estruturais tem o lado positivo de lançar novas luzes sobre o questionamento acerca da legitimidade democrática do papel do juiz constitucional em intervir sobre falhas estruturais. Aqui entra em jogo a discussão, de um lado, quanto aos limites de

atuação judicial ativista em problemas sociais estruturais e, de outro, quanto à capacidade dialógica dessa atuação e se essa perspectiva pode incrementar legitimidade ao ativismo judicial estrutural. [...] O quanto de ganho democrático pode ser alcançado com as sentenças estruturais e como essa oportunidade depende de um processo aberto e participativo na fase de implementação das medidas, o que é assegurado pelo monitoramento pelas cortes da execução de suas ordens, acompanhado pela própria sociedade civil. Dessa forma, além de favorecer a efetividade, o monitoramento contínuo da implementação das sentenças estruturais proporciona mais qualidade democrática. (CAMPOS, 2016, p. 207-208)

Este tipo de decisão pode ser capaz de resolver o Estado de Coisa Inconstitucional instaurado no sistema carcerário brasileiro, sendo imperiosa a fiscalização na implementação das determinações judiciais.

CONCLUSÃO

Um longo período de lutas foi percorrido para a conquista dos direitos que são garantidos aos cidadãos atualmente. Estes direitos estão dispostos no texto constitucional, leis infraconstitucionais e inclusive em tratados internacionais. Assim, com base na evolução histórica e nas disposições expressas, violações devem ser analisadas de forma cuidadosa.

Os direitos humanos protegem a todos, sem distinção e são fruto de uma evolução histórica. Existem diferentes direitos sendo buscados em cada momento histórico, de forma que com o passar do tempo todos se complementem.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi um marco histórico para o estudo destes direitos, sendo que posteriormente alguns tratados de direitos humanos foram ratificados e promulgados no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre todos os direitos, o princípio da dignidade humana deve ser enfatizado. É com base neste direito que se pode exigir o respeito ao cidadão e a possibilidade de existir uma adequada condição de vida.

Os direitos das pessoas submetidas ao cárcere são embasados no princípio da humanidade que nada mais é do que a existência do direito a dignidade humana. A Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e outras legislações disciplinam estes direitos.

Em que pese à privação da liberdade, o direito a dignidade não será excluído. Este princípio desdobra-se em vários outros direitos como, por exemplo, o direito a assistência material, a saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, direito ao trabalho, visitas, integridade física e moral, descanso, igualdade, vedação ao sensacionalismo, presunção de inocência, audiência de custódia e direitos específicos das mulheres.

Ressalta-se que se trata de direitos processuais e também de direitos diretamente ligados com a execução penal. Ambos estão amplamente relacionados com o sistema carcerário e em caso de inobservância destes implicam no aumento da problemática relativa a violação de direitos existente no sistema carcerário.

No Brasil as violações de direitos das pessoas presas ocorrem de forma drástica. Os números de presídios superlotados são assombrosos. As violações a integridade física, moral e ausência de segurança pública estampam os noticiários de forma frequente.

Além disto, há a incidência do direito penal simbólico pelo Legislativo e o Poder Judiciário assoberba o número de pessoas submetidas ao cárcere ao proferir decisões que autorizam a prisão antes do trânsito em julgado, por exemplo, deixando de lado a conhecida falência do sistema carcerário. Estes são alguns exemplos de violações dentre tantos outros existentes.

Diferentemente de outros abusos, este ocorre de forma sistêmica, de modo que existe em razão de inércias do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disto, inexistente representatividade da população a resolução destas agressões.

A divisão de Poderes adotada pela Constituição Federal atribui a cada ente funções típicas e atípicas. De modo que compete ao Poder Executivo de forma primordial administrar e de forma atípica legislar e julgar. Ao Poder Legislativo cumpre a tarefa de elaborar a legislação pátria e fiscalizar, sendo que de forma atípica compete a este administrar seu pessoal e julgar crimes de responsabilidade do presidente da república, por exemplo.

Ao Poder Judiciário cumpre processar e julgar as lides que lhe são interpostas. De forma anômala é competência deste administrar sua carreira e elaborar regimentos internos.

O problema começa a aparecer quando um Poder interfere na esfera de atuação de outro.

Com o quadro maciço de violação de direitos há a interposição de ações no Poder Judiciário para ver dirimido os abusos. A atuação mais enérgica do Poder Judiciário é conhecida como Ativismo Judicial.

Esta atuação recebe críticas por não acomodar legitimidade. Os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo como os do Poder Legislativo e Executivo. Além disto, juízes não detém aparatos que lhe proporcione aferir a melhor política pública a ser desempenhada.

É em meio a todas estas questões que surge na Colômbia, nos anos 90, o Estado de Coisa Inconstitucional. Este instituto nada mais é do que o reconhecimento de uma violação de direitos que ocorre de forma estrutural, ou seja, que implica na inércia de mais de um ente e que vem sendo adotadas medidas inconstitucionais, grande número de pessoas ofendidas por estas violações, necessidade de atuação de diversos poderes para a resolução da lide, bem como a aplicação de grandes valores orçamentários e a possibilidade de assoberbar o Poder Judiciário com o ajuizamento de ações autônomas pelos envolvidos.

Há quem entenda que a Declaração do Estado de Coisa Inconstitucional não condiz com a tripartição de poderes, ofendendo atuação dos Poderes. Bem como que existem diversas violações a diversos direitos no Brasil e que seria impossível escolher um para se vir

preponderar sobre o outro. Além disto, menciona-se ausência de legitimação do Poder Judiciário para resolver a problemática e a possibilidade de ampliar o número de demandas em que irá pleitear a declaração de Estado de Coisa Inconstitucional.

Ciente do grande número de abusos aos direitos dos presos, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) interpôs uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal em que requer a resolução do descaso com a situação penitenciária de modo que reconheça a existência do Estado de Coisa Inconstitucional.

Perante das opiniões críticas e das favoráveis a atuação do Poder Judiciário no que tange as ações em que pleiteia o Estado de Coisa Inconstitucional, entende-se a mais acertada aquela que legitima a atuação dos juízes.

Esta atuação deverá ser diferenciada. Ou seja, para não adentrar na atuação de outros Poderes a decisão deve ser realizada de forma estrutural.

Neste tipo de decisão adota-se uma atuação que dá alternativas aos poderes. Esta deliberação atribui prazos razoáveis e flexibilidade para que sejam adotadas as melhores providências a fim de que sejam tomadas as melhores medidas para frear e reverter as violações de direitos.

Decisões proferidas nestes moldes detém maiores chances de alcançarem seus fins. Todavia, ainda é necessário que exista um acompanhamento da atuação dos poderes na tentativa de cumprimento das decisões.

O ideal é que este monitoramento seja realizado por membros da sociedade ou entidades interessadas. Exemplos destes “fiscais” podem ser os amigos da corte, Defensoria Pública e inclusive a realização de audiências públicas, com a finalidade de verificar se as melhores medidas estão sendo adotadas.

Desta forma, como compete ao Poder Judiciário a apreciação de lesões a direitos seria outra violação se este quedar-se inerte. De modo a prestigiar as demais previsões Constitucionais, devem ser proferidas decisões razoáveis em que sopesem as limitações dos demais poderes de forma que atribua funções que possam ser substituídas e cumpridas em prazo razoável. Sendo indispensável o monitoramento.

Este entendimento ganha respaldo quando se avalia que decisões que impõem um dever não implicam na resolução do problema e, além disto, não está embasada nas premissas do Estado Democrático de Direito. Quando as decisões não são acompanhadas de monitoramento, a Corte Constitucional da Colômbia já percebeu que não é possível alcançar seus fins.

Assim, diante de um quadro de violações massivas de direitos humanos decisões estruturais e monitoramento são necessárias para concretizar os direitos previstos.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueredo Pinto. *Decisões estruturais e argumentação*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ANCEL, Marc. *La défense sociale nouvelle*. 3 Ed., Paris: Cujas, 1981.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro*. RePro 225, nov. 2013.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Execução Penal: Esquematizado*. São Paulo: Forense, 2014 (E-book, formato EPUB).

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. *Teoria da reserva do possível*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BANDEIRA, Manuel. *O bicho*. Rio, 27 de dezembro de 1947.

BARROSO, Luiz Roberto. *RETROSPECTIVA 2008 Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4> . Acesso em: 23 jul. 2017.

BERNARDI, Renato; MEDA, Ana Paula. *DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O “COMPROMISSO SIGNIFICATIVO”*: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos

sociais fundamentais. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1654-1-4208-1-10-20161214.pdf> . Acesso em: 01 ago. 2017

BOBBIO, Norberto. LAFER, Celso (Apresentador/Tradutor). *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier e Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado, 1940.

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

BRASIL. Lei de Execuções Penais (1984). Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF: Senado, 1984.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 07 ago 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> >. Acesso em: 31 jul. 2017.

CANÁRIO, Pedro. *"FICÇÃO JURÍDICA" País age "com absoluta indiferença à gravidade questão carcerária", diz Celso de Mello*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-01/pais-age-absoluta-indiferenca-questao-carceraria-celso>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. Vol. 30. São Paulo: Saraiva, 2011. (E-book, formato PDF)

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. *Brasil responde à Corte Interamericana de Direitos Humanos com dados defasados sobre sistema prisional*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/48242-cortina-de-fumaca>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão Carcerário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

CONTAS ABERTAS. *Caos nos presídios e R\$ 2,4 bilhões disponíveis no Funpen*. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/transparencia/caos-nos-presidios-e-r-24-bilhoes-disponiveis-no-funpen>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Execução Penal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

COSTA RICA. Pacto de São José da Costa Rica (1969). São José, 1969.

ELIAS, João Henrique de Melo. *Direito Penal Simbólico A dissimulação da supressão do direito fundamental a segurança pública*. São Paulo: Editora Baruna, 2014. (E-book, formato EPUB).

EMAGIS CURSOS JURÍDICOS. *Que negócio é esse?? Estado de coisas inconstitucional: origem e pressupostos* <<http://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/estado-de-coisas-inconstitucional-origem-e-pressupostos/>>. Acesso em: 26 jul 2017.

FARIA, Cássio Juvenal. *Comissões parlamentares de inquérito*. São Paulo: Edições Paloma, 2000.

FLETCHER, William A. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*. Yale Law Journal Vol. 91 (4), 1982.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Após pôr presos em porta-malas, RS vai adotar contêiner para detento.* Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1830747-apos-por-presos-em-porta-malas-rs-estuda-conteiner-para-detento.shtml>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

GALLI, Marcelo. *Estado de coisas. Judiciário deve implantar audiências de custódia imediatamente, decide STF.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/supremo-conclui-julgamento-liminar-sistema-carcerario>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

GENEBRA. Regras mínimas para tratamento de reclusos. 1995. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisa Inconstitucional.* Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 07 ago. 2017

GLOBO. G1. *Presas em Colina, SP, usam miolo de pão como absorvente, diz Defensoria.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2013/01/presas-em-colina-sp-usam-miolo-de-pao-como-absorvente-diz-defensoria.html>>. Acesso em 02 ago. 2017.

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

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural.* Trad: Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

IPEA, *Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro, 2015.*
Disponível em: <
<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>> Acesso em: 13 jun. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodvm, 2015.
(E-book, formato EPUB)

MACIEL, José Fabio Rodrigues. *A história do Direito. A magna carta* – Disponível em: <
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-magna-carta/1190>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (E-book, formato PDF)

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (E-book, formato PDF)

MENDES, Gilmar. *OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL Segurança Pública e Justiça Criminal*. Disponível em: <
<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>> Acesso em: 17 jun. 2017.

MENEZES, Cynara. *Os mercados das cadeias*. Carta Capital. Disponível em: <
<https://www.cartacapital.com.br/revista/772/os-mercadores-das-cadeias-9403.html>>. Acesso em 11 jul. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014*. Disponível em: <
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Infopen_dez14.pdf>. Acesso em 13 jun. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Disponível em: <

http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em 12 jun. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução penal*. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondad; MOTA, Pedro Vieira (Introdução, Tradução e Notas). *O espírito das Leis*. 4ª Ed. Melhorada. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (E-book, Formato PDF)

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. *A dignidade da pessoa humana e sua definição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054>. Acesso em: 20 jan. 2017.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e os Direitos Humanos* - Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direitos-humanos/>> Acesso em: 09 jan. 2017.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho. *Mínimo existencial x reserva do possível*. Disponível em: <<https://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940660/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014 (E-book, formato EPUB).

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Gen e Forense, 2014 (E-book, formato EPUB).

PAOLIERE, Júlia; MACHADO, Wagner. *Prisões femininas: presas usam miolo de pão como absorvente*. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/prisoes-femininas-presas-usam-miolo-de-pao-como-absorvente,cbaec6a46c78ba371bf9e9b00dd051cd2i3uRCRD.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (E-book, formato EPUB)

PROJETO DE LEI Nº 736 DO SENADO FEDERAL. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574912&disposition=inline>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

QUEIROZ, Naná. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015. (E-book, formato EPUB)

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESOLUÇÃO DE 13 DE FEVEREIRO DE 2017. MEDIDAS PROVISÓRIAS A RESPEITO DO BRASIL. ASSUNTOS DA UNIDADE DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA, DO COMPLEXO DE CURADO, DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS, E DO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf>. Acesso em 03 ago. 2017;

RESOLUÇÃO Nº 14, DE 11.11.1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: < <http://www.crsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> >. Acesso em: 15 ago. 2017

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SANCHES, Osvaldo Maldonato. *O papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas e no processo orçamentário*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/artigos/antes-de-2005/Artigo230.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SANTOS, Paulo Fernando dos. *Lei de Execução Penal: comentada e anotada jurisprudencialmente*. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. (E-book, formato EPUB)

SENTENCIA SU-559 DE 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 26 jul. 2017.

SENTENCIA T – 25 de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 27 jul. 2017.

SESTOKAS, Lúcia. *Cárcere e grupos LGBT: Normativas nacionais internacionais de garantias de direitos*. Instituto terra, trabalho e cidadania. Disponível em: <<http://ittc.org.br/carcere-e-grupos-lgbt-normativas-nacionais-e-internacionais-de-gantias-de-direitos/>>. Acesso em 10 jul. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347 Ministro Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP 404, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 30/05/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 01/06/2016 PUBLIC 02/06/2016 . Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+404%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z7k7xho>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23452%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aesmotc>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. *Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos.* Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. HC 134069, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134069%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+134069%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmgn3pj>>. Acesso em 10 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580.252. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estado-indenizar-submeter-presos.pdf>>. Acesso em: 01 ago 2017

TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

TORRENS, Antônio Carlos. *Poder Legislativo e políticas públicas. Uma abordagem preliminar*. Disponível em : <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496980/000991334.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 jul. 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª Região. ação civil pública nº 93.80.00533 (SC). 4ª Vara Federal de Criciúma. Justiça Federal. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=199372040005331&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>>. Sentença Disponível em: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/admin/imagens/noticias/file/acp%2000-25439.pdf>> Acesso em 09 ago. 2017.

VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. *AM supera PE e lidera ranking de superlotação em presídios; Brasil tem 270 mil presos acima da capacidade*. G1 Globo Política, 01 de Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

VILLELA, Flávia. *Gravidas são privadas de direitos em presídios, diz estudo da Fiocruz*. Pastoral carcerária. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/gravidas-sao-privadas-de-direitos-em-presidios-diz-estudo-da-fiocruz.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.