

**UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS HUMANAS**

FABRÍCIO LEONARDO RODRIGUES

**EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL, DISCURSO E REALIDADE: UM OLHAR EM
PERSPECTIVA ATRAVÉS DAS REGRAS DE MANDELA.**

Diamantina

2020

FABRÍCIO LEONARDO RODRIGUES

**EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL, DISCURSO E REALIDADE: UM OLHAR EM
PERSPECTIVA ATRAVÉS DAS REGRAS DE MANDELA.**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas, como requisito para obtenção do título de Mestre, na Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri.

Linha de Pesquisa: Política, Cultura e Sociedade.

Orientadora: Profa. Dra. Teresa Cristina de Souza Cardoso Vale.

Diamantina

2020

Elaborado com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

R696r Rodrigues, Fabricio Leonardo
 Execução penal no Brasil, discurso e realidade: um olhar em
 perspectiva através das regras de Mandela / Ronaldo Lopes
 Guimarães, 2020.
 157 p. il.

 Orientadora: Teresa Cristina de Souza Cardoso Vale

 Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Ciências
 Humanas) - Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e
 Mucuri, Diamantina, 2020.

 1. Dignidade humana. 2. Direitos humanos. 3. Regras de Mandela.
 4. Execução penal. 5. Discurso. 6. Estado. 7. Pena. 8. Prisão. I. Vale,
 Teresa Cristina de Souza Cardoso. II. Título. III. Universidade Federal
 dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri.

CDD 341.1219

Ficha Catalográfica – Sistema de Bibliotecas/UFVJM

Bibliotecária: Viviane Pedrosa – CRB6/2641

05/06/2020

SEI/UFVJM - 0108783 - Documento



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO JEQUITINHONHA E MUCURI

FOLHA DE ROSTO DE DISSERTAÇÃO

FABRÍCIO LEONARDO RODRIGUES

EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL, DISCURSO E REALIDADE: UM OLHAR EM PERSPECTIVA ATRAVÉS DAS REGRAS DE MANDELA

Dissertação
apresentada ao
MESTRADO EM
CIÊNCIAS
HUMANAS, nível
MESTRADO como
parte dos requisitos
para obtenção do
título de MESTRE
EM CIÊNCIAS
HUMANAS.

ORIENTADORA:
Profa. Dra. Teresa Cristina
Souza Cardoso Vale

Data de
Aprovação: 22 /04/ 2020

Prof. Dr. Davidson Afonso de Ramos - UFVJM
Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati - PUC-MINAS
Profa. Dra. Ana Cristina Pereira Lage - UFVJM
Presidente da Banca



Documento assinado eletronicamente por **Ana Cristina Pereira Lage, Coordenador(a)**, em 04/06/2020, às 14:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Davidson Afonso de Ramos, Servidor**, em 04/06/2020, às 16:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **José Emílio Medauar Ommati, Usuário Externo**, em 04/06/2020, às 20:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site
https://sei.ufvjm.edu.br/sei/controlador_externo.php?

05/06/2020

SEI/UFVJM - 0108783 - Documento



[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](#), informando o código verificador **0108783** e o código CRC **38B6A4E2**.

Referência: Processo nº 23086.006537/2020-38

SEI nº 0108783

DIAMANTINA

2020

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade a apresentação de estudo sobre a execução penal no Brasil, contrapondo a realidade existente nos cárceres à posição discursiva e de ação do Estado brasileiro, trazendo para o cerne das discussões as causas históricas que resultaram no atual sistema prisional que notadamente se mostra marcado por uma profunda contradição entre o discurso e a realidade. Visa-se averiguar se há no país, no âmbito do sistema da execução penal, o mínimo de respeito aos direitos humanos, materializados na Constituição de 1988 e nos tratados de direito internacional, ratificados pelo Brasil, dentre estes as Regras de Mandela. Inicialmente se buscará conhecer quais foram as condições históricas que proporcionaram o surgimento do modelo de execução penal que hoje formalmente vigora no Brasil, perpassando pelo conjunto das principais normas que hoje estruturam a base jurídica desse sistema. Após compreendermos a historicidade na qual se erigiu o nosso sistema de execução penal se buscará através de fontes variadas fazer uma imersão na realidade vivenciada no país no que tange a questão carcerária e as suas contingências. A partir de tais estudos, os quais se espera sejam suficientes para uma compreensão adequada “das estruturas” que hoje compõem o sistema de execução penal vigente em nosso país, se buscará estabelecer uma correlação entre o discurso estatal oficializado e a realidade existente, objetivando assim a compreensão da historicidade causal desse sistema, bem como identificar as consequências da posição de inércia adotada pelo Estado, frente as reiteradas tragédias que marcaram a história dos presídios brasileiros com sangue e terror.

Palavras Chave: DIGNIDADE HUMANA. DIREITOS HUMANOS. REGRAS DE MANDELA. EXECUÇÃO PENAL. DISCURSO. ESTADO. PENA. PRISÃO.

ABSTRACT

This paper presents a presentation of a study on criminal execution in Brazil, compared to the reality existing in discourse and action positions of the Brazilian State, bringing to the interest of discussions as historical issues that result in no current prison system that do not be shown to be marked by a profound contradiction between discourse and reality. Seen if there is no country, no scope of the criminal enforcement system, the minimum respect for human rights, materialized in the 1988 Constitution and in the rights of international law, ratified by Brazil, among them as Mandela Rules. Initially, one seeks to know what are the historical conditions that provide or operate the model of criminal execution that today formally prevails in Brazil, going through the set of main rules that today structure the legal basis of this system. After understanding the qualified historicity, or our system of criminal execution, it will seek, through different sources, to immerse itself in the reality experienced in a country that does not have a prison issue and its contingencies. From these studies, what are the questions of waiting -without being executed according to the method of criminal execution in force in our country, if you seek a correlation between the official statistical discourse and the existing reality, aiming at an understanding of historicity causal of this system, as well as to identify as consequences of the position of inertia adopted by the State, facing as repeated tragedies that mark the history of Brazilian prisons with blood and terror.

Keywords: HUMAN DIGNITY. HUMAN RIGHTS. MANDELA RULES. PENAL EXECUTION. SPEECH. STATE. PITY. PRISON.

Dedico essa dissertação ao meu amado avô Custódio, falecido no ano de 2018, pessoa que mesmo sem instrução escolar, detinha uma grande sabedoria de vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos meus familiares que de algum modo contribuíram para que Eu, um filho de doméstica, saído dos confins do sertão mineiro, tivesse acesso à educação e contra todos os prognósticos está recebendo o título de Mestre em uma Universidade Federal.

Agradeço ainda a todos os professores pelos ensinamentos e principalmente pela paciência em me ajudar a trilhar esse caminho, em especial a minha orientadora Professora Teresa Cristina e ao professor Davidson os quais tenho profunda estima e consideração.

LISTA DE SIGLAS

ADCT. - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
ART / art. - Artigo;
CDB. - Convenção da Diversidade Biológica;
CF. – Constituição Federal
CNJ. - Conselho Nacional de Justiça;
CP. - Código Penal;
CPP. - Código de Processo Penal;
DAI. - Divisão de Atos Internacionais;
IBCCCRIM. - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais;
INFOPEN. - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias;
LEP. - Lei de Execução Penal;
ONU. - Organização das Nações Unidas;
PEC. - Projeto de emenda constitucional;
STF. - Supremo Tribunal Federal.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Gráficos com a distribuição por gênero dos crimes tentados e consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal;

Figura 02: Gráfico com a evolução do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil (dados expressos em múltiplos de mil);

Figura 03: Gráfico com a faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil;

Figura 04: Gráfico com a Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total do Brasil;

Figura 05: Crescimento da população privada da liberdade entre 2006 e 2016;

Figura 06: Quadro com a população privada da liberdade no Brasil em 2016;

Figura 07: Gráfico com a faixa etária das vítimas no massacre do Carandiru;

Figura 08: Gráfico com a cor das vítimas no massacre do Carandiru;

Figura 09: Gráfico com as características das vítimas no massacre das rebeliões prisionais de Manaus, Boa Vista e Natal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
I - DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS: PENA, DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS HUMANOS E ESTADO	24
1.1 Delimitação do conceito de pena e suas finalidades	24
1.1.1. As finalidades da pena	28
1.2 Conceituação de Dignidade Humana e Direitos Humanos	33
1.2.1 Delimitação do conceito de Dignidade Humana	34
1.2.2 Delimitação do conceito de Direitos Humanos	40
1.2.3 Direitos humanos no Brasil	46
1.3 Delimitação do conceito de Estado	50
II - AS REGRAS DE MANDELA, OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	59
2.1 A força normativa das Regras de Mandela no ordenamento jurídico brasileiro	68
2.2. As influências dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro	73
2.3 Os Direitos Humanos na execução penal	78
III - O DISCURSO E A REALIDADE DO SISTEMA DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO	83
3.1 Formação da sociedade brasileira	83
3.2 Presídios, para quem foram feitos?	91
3.3 A estrutura formal do sistema de execução penal brasileiro	100
3.3.1 O direito penal e a Constituição de 1988	100
3.3.1.1 Princípio da legalidade	103
3.3.1.2 Princípio da individualização da pena	114
3.3.1.2 Princípio da humanidade	116
3.4 Lei de execução penal brasileira (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEP)	121
3.4.1 Direitos e garantias previstos na LEP	124
3.5. As interações do Código Penal, Código de Processo Penal e legislações penais especiais com a execução penal	128
3.6. As decisões judiciais e a execução penal	135
3.7 A realidade da execução penal no brasil	139
CONCLUSÕES.....	144
REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

Diuturnamente somos bombardeados pela grande mídia e também literatura especializada com um enorme volume de informações sobre as mais variadas mazelas que assolam o sistema de execução penal brasileiro, que no mais das vezes é apresentado como caótico e sem qualquer expectativa de melhorias. Evidencia-se, quase sempre, além dos aspectos mórbidos e de aflição cotidiana vivenciada nos presídios, a falta de políticas públicas de abrangência nacional que apontem soluções perenes para a questão, que dia após dia parece se agravar cada vez mais.

Afigura-se uma realidade com episódios que podemos, sem dúvida nenhuma, comparar aos apresentados por Foucault (1987, p. 08) em sua obra “Vigiar e Punir”, com a diferença de que os horrores dos suplícios descritos pelo escritor francês ocorriam em formato de espetáculo público e os ocorridos no âmbito do sistema de execução penal brasileiro ocorrem ábditos nos porões das delegacias, quartéis e presídios, nos dias atuais.

Foucault (1987, p. 08), em: “Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão” relata a agonia de uma execução penal através do chamado suplício público,¹ fato que teria se passado no ano de 1757, em que a condenação penal sobre o corpo do personagem “Damiens” fora levada a cabo, conforme descrito abaixo.

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d’Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar lhe os nervos e retalhar lhe as juntas (FOUCAULT, 1987, p. 08.)².

¹ Suplício Público era a punição em praça pública em que os condenados eram torturados até a morte como forma e expiar os seus crimes sendo tal prática assim definida por Foucault (1975, p. 37): “O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder”.

² Texto retirado do capítulo I do livro Vigiar e Punir de Michel Foucault que retrata a execução de um condenado ao suplício público no ano de 1757.

O texto acima traz um relato aterrorizante de imposição de sofrimento a uma pessoa, situação que hoje, dentro de um contexto social minimamente racional, provavelmente seria considerada como desumana e inapropriada.

Entretanto, não obstante à primeira vista, a narrativa trazida acima nos aparentar irracional e algo fora de nossa atual realidade, abaixo colacionamos outras narrativas de casos que evidenciam que no Brasil tais práticas de imposição de sofrimento sobre o corpo do indivíduo ainda parece ser algo que acontece de forma rotineira, só que não mais sob os olhares curiosos daqueles que se aglomeravam nas praças e coretos para degustarem o suplício alheio.

O primeiro relato é sobre um fato corrido no fim de 2013, dentro do Complexo de Pedrinhas no Estado do Maranhão, em que um preso foi torturado por outros presos; morto a facadas; esquartejado em 59 partes, tendo alguns de seus órgãos comidos por outros detentos.

Tudo se iniciou a partir de desentendimento com um detento de uma facção, relata o promotor Gilberto Câmara França Júnior na denúncia. A vítima também teria “ofendida” outro detento, que seria “torre” desse grupo, “última instância antes da liderança geral”. Após a tortura, ligaram para o “comandante” do grupo — “preso em estabelecimento prisional federal” —, e o veredito foi a morte. Após execução e esquartejamento, “chegaram a pôr sal nos pedaços do corpo (...), para que não exalasse odor desagradável”. Então, os denunciados “fizeram um fogo e assaram o fígado (...), repartindo esse órgão em pedaços, que foram ingeridos por esses indivíduos, os quais mandaram pedaços para outros detentos também comer”. O corpo só pôde ser reconhecido por um familiar porque um dos pedaços trazia uma tatuagem: “Vitória razão do meu viver”, dizia a homenagem da vítima à filha (DUARTE, 2015)³.

Não menos estarrecedor é o próximo relato que traz o depoimento de um sobrevivente do chamado massacre do Carandiru ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, no dia 02 de outubro de 1992, em que 111 pessoas foram assassinadas.

Eu sabia que ia apanhar que ia correr que ia ficar pelado no pátio. Isso era a rotina. Mas, quando abrem as portas para todo mundo, todos os policiais, dão início ao massacre. Estava no terceiro andar do Pavilhão 9. Eles mataram sem critério. Entraram atirando, abriam as “boquetas” das portas e iam atirando nas celas. Nas celas que já estavam abertas, eles atiravam nos presos. Até os irmãos, os crentes, foram mortos, que não tinham nada a ver com nada, eles não participavam dos conflitos. O rio de sangue que se tornou uma das marcas do massacre formou-se porque os tiros dos policiais acertaram os encanamentos. A água que desceu pelas galerias misturou-se ao sangue das vítimas (SILVA; COSTA, 2017).

³ Texto retirado de uma reportagem do jornal “O Globo” do dia 02/11/2015 que traz o caso de um detento do Complexo de Pedrinhas no Estado de Maranhão – Brasil, que no fim de 2013 foi torturado por horas por outros presos; morto a facadas; esquartejado em 59 partes; e teve pedaços de seu fígado assados e comidos. (DUARTE, Alessandra. **Presídios brasileiros têm “códigos penais” criados pelos próprios presos**. O Globo, [SI], 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presidios-brasileiros-tem-codigos-penais-criados-pelos-proprios-presos-17943041>>, acesso em: 21/01/2019).

A violência dentro dos presídios não poupa nem mesmo os recém-nascidos, conforme se verifica no relato abaixo, que traz a história de uma mulher presa em um presídio misto com um filho recém-nascido.

No cubículo do Conjunto Penal de Jequié, no sudoeste da Bahia, cabiam seis mulheres, mas a polícia havia insistido em meter dez. Por isso, nas duas primeiras noites, Glicéria e Eru dormiram no chão frio, até que uma das detentas antigas se apiedou e cedeu a “*jega*”⁴ aos dois. Ali não tinha berçário — era um presídio misto de homens e mulheres e, onde há os dois sexos misturados, a preferência é sempre masculina. Para elas e seus bebês, sobrava o espaço improvisado. Estava longe de sua aldeia. Longe demais. — Comecei a ter várias sonhações com as coisas que aconteciam na comunidade, com meu irmão (cacique Babau), de quem não sabia notícia — conta Glicéria. — As pessoas me visitavam, eu fazia um montão de perguntas, mas elas não queriam me dizer a verdade. Nos sonhos, via painho e mainha doentes. Sabia que alguém tava mal e não me contavam quem. Era Magnólia, minha irmã, que estava com pedra no fígado e não podia ir pro hospital por causa da situação delicada — podia acabar presa que nem eu. E o peito empedrado, que doía. Comecei a entrar em pranto. As carcereiras só se sensibilizaram com as dores de Glicéria quando Eru começou a chorar de fome. Ela quase não amamentava mais, nem sabiam se ainda produzia leite, e ele ia começar a perder peso. A mãe tinha pedido ajuda diversas vezes, mas a administração do presídio nunca se preocupava em levá-la a um médico especialista. A situação foi piorando e pequenos tumores externos de pus surgiram nos seios duros de Glicéria, que enfrentava a febre para continuar cuidando do filho. Um mutirão de presas, então, organizou uma coleta de leite em pó e mamadeira para Eru poder comer e as carcereiras deixaram os itens entrar no presídio. Quando os ativistas descobriram que Glicéria estava sendo ameaçada pelas colegas de cela, fizeram a direção transferi-la para um xadrez de rés primárias. Assim que viu que as mulheres do novo quarto eram mais confiáveis, desmaiou em um delírio de febre e implorou que não deixassem Eru desassistido. Glicéria passou quinze dias meio torpe enquanto as demais amamentavam, banhavam e brincavam com o pequenino. A Pastoral Carcerária conseguiu um médico para atendê-la gratuitamente, mas os carcereiros se recusaram a levá-la à consulta. Só a enchiam de paracetamol para controlar as lamúrias de dor. Uma noite, Glicéria sonhou que mainha pulava os muros do presídio e entregava a ela um remédio que iria curar suas dores. No sonho, bebeu o líquido caseiro. Ao acordar, a dor se intensificou e ela sentiu o peito quente. Ergueu o sutiã: as bolhas de pus haviam estourado. O peito voltou a ficar maleável, mas nunca mais produziria leite. Pediatras consideram essencial a amamentação até seis meses de vida para que o bebê cresça saudável. Eru deixou de ser amamentado aos três, por culpa do estresse da cadeia e do desleixo dos carcereiros com a saúde de sua mãe. Dois meses e treze dias depois, o juiz da comarca de Buerarema, Antônio Carlos de Souza Hygino, respondeu a um pedido de habeas corpus, feito pela Procuradoria Especializada da FUNAI, para soltar Babau, Gil e, num adendo de última hora, feito à mão mesmo, Glicéria. Sobre a acusação de “sequestro” do caminhão, o próprio juiz voltou atrás e decidiu anular o processo. Glicéria acredita que não havia provas para que o processo seguisse adiante sozinho (QUEIROZ, 2015, p. 80).

A perversidade no sistema carcerário parece contaminar a todos que ali estão sendo ainda mais cruel com as mulheres. Abaixo se tem um texto que traz uma conversa entre

⁴ Gíria utilizada pelos presos para designar as camas dentro das celas. Ver mais em: (TERMOS E GÍRIAS UTILIZADOS POR DETENTOS: Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/legislacao/grupogestordeunidades/girias_detentos.pdf>, acesso em 22 de ago. de 2019).

carcereiros que atuaram em presídios femininos nas quais estes emitem suas opiniões sobre as mulheres que ali estão.

Opinião de gaioleiro — Eu trabalhei muito tempo com prisão masculina, mas, um dia, pedi para ser gaioleiro de mulher. — Gaioleiro? — É, que cuida quem entra e quem sai de cela, essas coisas. Primeiro dia e uma mulher me perguntou se poderia atravessar para pegar cigarro do outro lado e eu disse que não. E ela vira e diz: “Ué, não pode por quê?” E eu: “Porque não pode.” “Não pode não é explicação”, retrucou ela. E eu fiquei surpreso porque um homem nunca questionaria questionar é típico de mulher. Elas respeitam menos e são mais sujas também. Em penitenciária masculina, mulher não pode entrar de saia porque senão o chão reflete o que está por baixo. Já na feminina: uma sujeira! — Engraçado. A gente espera o oposto, já que as mulheres são normalmente as responsáveis pela arrumação da casa. — Não a mulher do crime! Essa aí tem um malandro que banca alguém limpando a casa para ela. São umas sem-vergonha, você não conhece. — Ei, você! — para um segundo funcionário. — Que você acha? — Sobre o quê? — As mulheres, são mais sujas ou não são? — Oh, sim! Muitas delas têm depressão (QUEIROZ, 2015, p. 87)⁵.

Todos os textos acima retratam situações de barbárie promovidas ou permitidas pelo Estado, sendo que enquanto o primeiro texto relata uma situação ocorrida no ano de 1752, os outros relatam fatos ocorridos em tempos atuais dentro de presídios brasileiros.

Quando Foucault na obra “Vigiar e Punir” descreve a situação do primeiro texto, o mesmo o faz com o objetivo de demonstrar as formas de castigos existentes naquela época que perduraram até o fim do século XVII e início do século XVIII, tendo como cenário principal das suas descrições as regiões da Europa sobre regimes monárquicos, o que se estendia as áreas colonizadas como foi o caso do Brasil.

O autor francês traz na primeira parte de sua obra Vigiar e Punir, relatos bastante sombrios e aterrorizantes de condenações levadas a cabo na forma do chamado suplício público. Método punitivo no qual a pena era imposta e executada diretamente sobre o corpo do indivíduo, sendo infringido ao condenado um sofrimento físico incessante e sem limites, com mutilações, banhos em caldeiras ferventes, dilacerações, entre outras formas cruéis de castigo, prática que nas palavras do escritor era “*a arte quantitativa do sofrimento*” (FOUCAULT, 1987, p. 37).

Diferentemente das atrocidades que hoje ocorrem dentro dos muros das prisões, o suplício o qual Foucault descreve era realizado em praça pública e simbolizava a expressão máxima do exercício de poder do Estado, representado pelo Rei sobre o indivíduo (súdito), em uma verdadeira exortação do sofrimento e violência que recaia sem qualquer piedade

⁵ Textos retirados do livro “PRESOS QUE MENSTRUAM. A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras” publicado pela Editora Record no ano de 2015. (QUEIROZ, Nana. **PRESOS QUE MENSTRUAM. A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015).

sobre o corpo do condenado, em um processo definido como a “economia do poder” (FOUCAULT, 1987, p. 37).

O que se tinha a época era uma prática de violência legitimada dentro de uma estrutura na qual a própria vida dos subordinados pertencia ao Rei, sendo tal violência justificada na medida em que servia como elemento de uma suposta restauração da ordem violada pelo “criminoso”, sendo tudo isso tutelado pela formalidade processual penal. Processo este que era sempre sigiloso e inquisitorial, no qual “o saber era privilégio absoluto da acusação” (FOUCAULT, 1987, p. 38).

O que Foucault (1987, p. 38) está nos evidenciando é que o Suplício Público funcionava como um agente de poder, servindo como elemento garantidor e legitimador do poder do Estado, personificado na figura do monarca que sobre o povo exercia o poder absoluto de vida e morte, poder que era exercido e reafirmado pela exposição pública da violência sobre o corpo do condenado.

No entanto, para o escritor francês ao longo de dois séculos, teriam ocorridas significativas mudanças nas formas de se punir alguém condenado por algum crime, aonde “gradualmente foram desaparecendo as chamadas penas corporais, passando-se a adotar progressivamente estilos de penas sem a ostentação do suplício público, que com o tempo passou a ter um viés negativo se tornando gradativamente sinônimo de barbárie” (FOUCAULT, 1987, p. 19 e 20).

Com a progressiva mudança na compreensão das finalidades da pena, teria ocorrido em algumas dezenas de anos o desaparecimento do corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo, desapareceu assim o corpo como alvo da repressão penal (FOUCAULT, 1987, p. 20).

Os sistemas punitivos se tornam mais sofisticados e o suplício do corpo já não mais agrada aos olhos, as punições tornam-se menos diretamente físicas, passa-se a adotar certa discrição na arte de fazer sofrer em um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação e que não suscitasse riscos de manifestações ou levantes de pessoas que viessem a compadecer com o sofrimento do supliciado (FOUCAULT, 1987, p. 20).

Embora todo o processo tenha se desenvolvido de forma irregular entre avanços e recuos ao redor do mundo “podemos considerar o desaparecimento dos suplícios públicos como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848” (FOUCAULT, 1987, p. 18).

Nas décadas derradeiras do século XVIII, para meados do século XIX a concepção do sistema punitivo e de sua eficácia abandona a intensidade das crueldades públicas contidas nos suplícios, agora sinônimo de barbárie e de perpetuação de violência, para dar lugar à uma percepção de imputação penal abstrata, diária e duradoura, que inculcasse nas pessoas a certeza da punição, sendo essa certeza supostamente o elemento que desviaria o sujeito do crime.

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício (FOUCAULT, 1987, p. 13).

O processo de transformação dos sistemas punitivos vai se desenvolver com sustentação nas teorias iluministas, que trouxe como discurso justificante uma suposta humanização das penas, vinculando a punição a alguma compreensão de justiça. Dentre os teóricos que tratou do tema, um dos mais celebres é o Marquês Cesare Beccaria, com a sua obra atemporal “DOS DELITOS E DAS PENAS”, na qual é muito evidente a tentativa de aproximar a ideia de pena com a ideia de justiça.

Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e inúteis, inventados e empregados friamente por monstros que se davam o nome de sábios? Quem poderia deixar de tremer até ao fundo da alma, ao ver os milhares de infelizes que o desespero força a retomar a vida selvagem, para escapar a males insuportáveis causados ou tolerados por essas leis injustas que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para favorecer unicamente um pequeno número de homens privilegiados? Mas, a superstição e a tirania os perseguem; acusam-nos de crimes impossíveis ou imaginários; ou então são culpados, mas somente de terem sido fiéis às leis da natureza. Não importa! Homens dotados dos mesmos sentidos e sujeitos às mesmas paixões se comprazem em julgá-los criminosos, têm prazer em seus tormentos, dilaceram-nos com solenidade, aplicam-lhes torturas e os entregam ao espetáculo de uma multidão fanática que goza lentamente com suas dores. Quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los. Acumulará os crimes, para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro. Os países e os séculos em que os suplícios mais atrozes foram postos em prática são também aqueles em que se viram os crimes mais horríveis (BECCARIA, 2001, p. 29-30).

Nesse processo de ressignificação da pena teria ocorrido a instituição de uma nova moralidade, que atendesse aos interesses da nova classe burguesa emergente, moralidade essa que exigia novos comportamentos necessários a evitar a todo custo, levantes ou sentimentos revoltosos, o que requeria métodos que ocultasse a face negativa da punição e da dor, a parte violenta do direito penal passa a ser um ato velado.

Com a nova moralidade punitiva na qual se deve atribuir um significado para a pena, ocorre também uma mudança do objeto da ação punitiva, que não mais visa somente o corpo,

mas também a alma. A expiação que outrora tripudiava de forma cruel e pública sobre o corpo é sucedida por uma forma de castigo que atua profundamente sobre o coração, o intelecto, a vontade e todas as disposições do sujeito, mas, agora de forma velada, duradoura e oculta nos calabouços das prisões.

Diria Foucault (1987, p. 20), que nesse momento se instituiu um sistema punitivo capaz de dominar por completo o sujeito, tanto do corpo como da alma, ampliou-se o aparelho punitivo para dominar por completo todos os desígnios daquele considerado como delinquente.

Não obstante o abandono da expiação física de algum modo, significar uma forma mais amena de punição, é certo que toda essa mudança do sistema penal ocorreu não por benevolência ou evolução humanitária, mas em atendimento às necessidades da nova classe burguesa que tem novos bens jurídicos a serem protegidos pelo direito penal, sobretudo bens jurídicos de natureza patrimonial, o que passou a exigir que o sistema penal abandonasse as suas velhas bases lastreadas na ideia de vingança do soberano para se estabelecer sob a ideia e justificativa de defesa da sociedade e os seus bens jurídicos (FOUCAULT, 1987, p. 195).

Surge assim, segundo Foucault (1987, p. 195) os sistemas prisionais modernos, que não mais têm como objetivo atingir apenas o corpo do indivíduo, antes considerado propriedade do Rei, mas agora também deve se encarregar de impor aos rebeldes em desconformidade com o sistema, o processo de “docilização” e adestramento em que os métodos punitivos deveriam de algum modo, se vincularem à alguma ideia de justiça.

Assim, a pena deixa de ser um ato de vingança e passa a ter uma finalidade, sendo justificada por um discurso de razões sociais, discurso esse construído e engendrado pela classe burguesa que para dar uma aparência de racionalidade ao sistema punitivo passa a exigir que o adestramento do indivíduo fosse precedido de regras que observassem alguns princípios mínimos capazes de conferirem a legitimação necessária a justificar a imposição das penas aos violadores do pacto social construído em prol da nova sociedade burguesa, capitalista.

As prisões deveriam ser capazes, através da disciplina institucional, de moldar o sujeito de forma a submetê-lo por completo (corpo e alma) ao sistema, canalizando assim toda a sua energia individual aos objetivos da produção do capitalismo (FOUCAULT, 1987, p. 20).

No processo de “docilização” dos desajustados o tempo e as instituições atuavam em conjunto, sendo estes agentes implacáveis no processo de disciplina, processo que ia muito

além das barreiras físicas de muros ou cercas se mostrando como verdadeiras armas de poder de amplo alcance social.

Foucault (1987, p. 293), desvelando o processo de transformação e de atribuição de significado da pena o qual deu origem aos atuais modelos penais e prisionais, nos mostra que embora o discurso das classes dominantes, desde o início, tenta justificar o novo modelo penal tendo como retórica principal a defesa de bens e valores sociais, sempre apresentando como objetivo a reprimenda e a redução da criminalidade, com o tempo esse sistema passou a contribuir para a manutenção da delinquência, se auto alimentando, em um círculo perverso e vicioso, constituindo-se em um verdadeiro paradoxo.

Embora o autor francês tenha desenvolvido sua teoria tendo em seu horizonte realidades situadas na Europa, as suas constatações se mostram em demasia adequadas para se discutir a atual realidade do sistema de execução penal brasileiro, visto que o Brasil adota o mesmo sistema punitivo burguês, padecendo por consequência do mesmo paradoxo apontado por Foucault, com o agravante de que, e assim demonstram todos os indícios, em nossos presídios vigora a barbárie e a crueldade sem limites.

As inúmeras situações de atrocidades ocorridas dentro dos presídios brasileiros das quais trouxemos uma pequena demonstração nos textos acima, juntamente com a publicação das Regras de Mandela pela ONU, assim como a urgente necessidade de implementação da nova ordem constitucional, nos evidencia de maneira muito clara a urgência em se discutir, de forma séria e propositiva o sistema de execução penal brasileiro, que ao que tudo indica nem mesmo completou o processo de transformação proposto pelos iluministas, persistindo práticas cruéis e desumanas.

Com a publicação das Regras de Mandela emerge-se um quadro normativo que tem como precípua finalidade o respeito aos direitos humanos no ambiente prisional e que exige dos Estados uma série de medidas e compromissos no sentido de promoção da dignidade da pessoa humana, pois como bem lembrou o presidente da Assembléia Geral da ONU, Mogens Lykketoft ⁶ “ prisioneiros são seres humanos, nascidos com dignidade e com direito à segurança e proteção dos seus direitos humanos” (ONU, 2018).

Mediante clara posição internacional no sentido de respeito, promoção e defesa dos direitos humanos, não podemos aqui no Brasil, aceitarmos passivamente a atual situação do nosso sistema de execução penal que escancaradamente o Estado não só desrespeita tais

⁶Secretário-geral assistente da ONU para os direitos humanos, Ivan Šimonović sobre as Regras de Mandela.

direitos, mas, como também constrói um discurso demagogo e “marginalizante” que mascara a realidade e a sua política de inércia e esquecimento daqueles que ocupam os cárceres.

Ao que tudo indica, a retórica discursiva do Estado Brasileiro sobre a questão da execução penal, serve como instrumento de suporte para que esse mesmo Estado adote uma postura política de inação, situação que parece revelar um quadro extremamente perverso e arquitetado em que a solução do problema não é e nunca foi o objetivo posto no horizonte, visto que se trata de um problema que afeta somente aquelas pessoas consideradas como “*não cidadãos*”⁷.

Diante desse cenário, em que de um lado temos normas de direitos humanos, as quais o Brasil é signatário e que estabelecem condições mínimas à preservação da dignidade do preso e do outro a constatação de uma realidade amplamente marcada por mazelas, desgraças, injustiças e abusos, sem qualquer elemento que a vincule ao mais basilar senso de dignidade humana, que esse trabalho se mostra relevante.

Acreditamos que embora o direito ocupe o mundo utópico do “dever ser” a realidade existente no Brasil no âmbito da execução penal, ou seja, o “ser”, está situada em uma posição de extremidade daquilo que se possa designar como minimamente aceitável, ademais jamais podemos perder de vista que embora projeção de utopias seja o “dever ser” que deve orientar as nossas práticas, sobretudo quando estamos tratando de direitos humanos.

Para desenvolver nossos estudos será adotado como substrato teórico as regras formais que estruturam nosso sistema de execução penal, incluindo a Constituição de 1988, a Lei de Execução Penal, os direitos humanos materializados em tratados internacionais, principalmente as Regras de Mandela, a realidade constatada nos presídios verificada através de fontes variadas, como reportagens jornalística e dados do INFOPEN, 2016, assim como a historicidade de formação da sociedade brasileira.

A importância dessa pesquisa situa-se no fato de que embora seja o cenário da execução penal, colocado em demasia como sombrio e catastrófico, esse parece ser um problema o qual a atual estrutura estatal brasileira e suas elites não têm qualquer interesse em resolver, preferindo se engendrar um discurso que tem nítido caráter legitimador do “*status quo*” que por sua vez gera um completo esvaziamento das políticas públicas voltadas para a questão prisional.

Tudo isso, juntamente com as falhas existentes nas engrenagens sociais e do sistema judicial penal brasileiro, acarretou no surgimento de uma lacuna demasiadamente alargada

⁷ JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, p. 23.

entre o “dever ser” discurso estatal⁸ e a realidade vivenciada “ser” dentro dos cárceres brasileiros, gerando um sistema de execução penal historicamente marcado pelo sangue daqueles eleitos como inimigos e inadequados ao sistema, em total antagonismo a todos os princípios que norteiam os direitos humanos.

Todo o arcabouço de informações que trata sobre o tema, seja através das mídias de massa ou literaturas especializadas, parece convergir para a constatação de que o sistema de execução penal brasileiro se tornou uma fonte inesgotável de todo tipo de injustiça e violência, marcado pelo total desrespeito aos direitos humanos, um sistema tão atroz e violento quanto aqueles baseados no suplício público relatados por Foucault.

No entanto, quando analisamos os discursos formalizados pelo Estado brasileiro, sobretudo os discursos contidos nas legislações que tratam sobre a matéria, notamos que estes em sua grande maioria, baseiam-se em uma retórica que se apresenta como garantista mostrando uma aparente preocupação com a proteção dos direitos humanos no âmbito prisional, sempre justificando as supostas finalidades sociais da pena e a sua associação à ideia de justiça.

De tal modo, o problema que se coloca em pauta no presente estudo constitui em se averiguar as causas históricas que levaram ao surgimento desse aparente paradoxo entre o que se formaliza, seja através do processo de positivação normativa ou de posição de fala do Estado e de seus agentes, e o que de fato é colocado em prática, situação que aparentemente resultou em nosso atual sistema carcerário, notadamente marcado pela violência e crueldade.

No desenvolvimento dos estudos se buscará conhecer como se deu o processo histórico de formação da sociedade brasileira, identificando quais foram as condições sociais do surgimento do nosso sistema de execução penal e para qual finalidade e para quem este foi criado.

A hipótese levantada no presente estudo é de que apesar de existir uma profunda crise no sistema de execução penal no Brasil; marcado pelo desrespeito aos direitos humanos, o Estado brasileiro mantém um discurso que embora aparentemente garantista sirva apenas para legitimar o exercício de poder das elites por meio do Estado, servindo assim para sustentar uma fachada falsa de respeito aos direitos humanos, sendo tudo isso o resultado do processo

⁸ Michel Foucault e Émile Benveniste, constroem uma significação do termo “discurso” em uma perspectiva ideológica na qual determinado grupo ou instituição social através de um conjunto de pensamentos externados de variadas maneiras se mantêm perante a sociedade, legitimando e defendendo as suas ideologias, que estão sempre em sintonia com os seus interesses. Ver mais em: (BENVENISTE, 1989) e (FOUCAULT, 1996).

histórico de formação de nossa sociedade elitizada e com uma elite branca profundamente escravocrata e racista.

Assim, com o intuito de buscar as respostas almejadas testando, portanto, a nossa hipótese trazendo à tona as causas que resultaram em nosso atual sistema carcerário e todas as suas mazelas, o presente trabalho será desenvolvido com a estrutura abaixo delineada.

Para a realização do presente trabalho serão utilizadas as metodologias de revisão bibliográfica e análise de documentos. Os dados utilizados para identificarmos a realidade existente em nosso sistema de execução penal serão extraídos de fontes variadas o que inclui reportagens, textos jornalísticos, livros, relatos de casos, entre outros, sendo que a base de dados a ser utilizada será a do INFOPEN, 2016⁹.

No primeiro capítulo serão delimitados os conceitos de Pena, Dignidade Humana, Direitos Humanos e Estado. No segundo capítulo serão discutidas as Regras de Mandela, os tratados de direitos humanos e suas influências no sistema de execução penal brasileiro e no terceiro capítulo se tratará sobre a estrutura formal que compõe o sistema de execução penal brasileiro fazendo-se uma correlação com a realidade encontrada dentro dos nossos presídios, buscando conhecer o processo histórico de formação da sociedade brasileira para que assim se possa identificar e compreender quais são as causas que originaram o nosso atual sistema carcerário.

⁹ Será utilizado o INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) do ano de 2016, pelo de fato deste ser o último divulgado pelo Governo Brasileiro, conforme se verifica no site do Ministério da Justiça: < <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 13 de outubro de 2019.

I - DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS: PENA, DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS HUMANOS E ESTADO

Neste capítulo vamos delimitar os conceitos acima descritos, fazendo uma retrospectiva histórica de cada um, abordando de forma geral as origens e os principais acontecimentos e circunstâncias que resultaram a atual compreensão destes. Compreender a historicidade dos conceitos acima se mostra essencial para o desenvolvimento dos estudos aqui realizados, visto que têm correlação direta com o nosso objeto de estudo.

1.1 Delimitação do conceito de pena e suas finalidades

Para discutirmos a questão da execução penal no Brasil, forçoso que compreendamos a ideia de pena, englobando nessa discussão as suas origens, o seu desenvolvimento e as suas finalidades.

Embora haja uma ou outra diferenciação de classificação ou de nomenclaturas, não parece haver na literatura qualquer tipo de dissenso relativo à gênese da ideia do que mais tarde denominar-se-ia como direito penal, que embora seja algo mais amplo do que a categoria pena, tem nesta a sua essência existencial, sem a qual não se sustenta.

Classicamente divide-se a história do direito penal em períodos, sendo que cada lapso temporal traz características intrinsecamente correlacionadas às relações sociais travadas naquela temporariedade e espaço. Desde já esclarece que tal divisão se dá apenas para fins didáticos.

A divisão histórica, até então adotada, aparentemente ao mesmo tempo em que sugere um fracionamento também indica uma linearidade evolutiva da compreensão das dimensões e dos elementos de formação do direito penal e da pena, que não raramente se fundem em uma mesma categoria de conceitos, linearidade que ao que tudo indica é adotada apenas para efeitos de facilitação de compreensão.

Segundo a doutrina clássica, o termo inicial evolutivo do direito penal situa-se nas relações sociais pautadas pela prática da chamada “vingança privada”, esse momento coincidiria, em termos de temporalidade, com a chamada “antiguidade”, período em que vigorou a ideia da vingança como forma de punição, prevalecendo a lei do mais forte (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 23-25).

Segundo Shecaira; Corrêa Junior, (2002, p. 23) a pena nesta época, não obstante ter um objetivo satisfativo/reparatório e pessoal, também se dotava de um caráter sacral, sendo uma forma do infrator se resignar perante a divindade ofendida pela ação considerada

reprovável, embora, segundo Zaffaroni; Pierangeli (2009, p. 163), em Antenas a lei penal já tinha características predominantemente antropocêntrica, embora ainda com vinculações sacrais.

O Código de Hamurabi de acordo com Bitencourt (2001, p. 28), demonstra que nesse período a pena era infringida no próprio corpo do apenado, sendo a morte e mutilações as formas mais comuns de castigo, vigorando a chamada “lei de talião”, “olho por olho, dente por dente”.

Dentro de tais princípios se alguém enganasse ou difamasse uma pessoa e esta pessoa, pudesse provar então aquele que o enganou deveria ser condenado a morte.

Se alguém fizer uma acusação a outrem e o acusado pular no rio e afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se o acusado escapar sem ferimentos, ele não será culpado, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador (Código de Hamurabi).

As prisões nesse período não tinham a função específica de punir, eram locais de custódia daqueles que iriam ser julgados, ou que já condenados, esperavam a execução do castigo (BITENCOURT, 2001, p. 28).

Na Grécia, no entanto, segundo Bitencourt (2001, p. 29) no livro 9º de “As Leis”, de Platão já seria possível identificar duas funções da prisão, a primeira de custodiar aqueles que iriam a julgamento e a outra como estabelecimento de cumprimento de pena de restrição da liberdade.

Na idade média a pena ainda tinha características parecidas com o período anterior, conservando grande parte de seus aspectos característicos, permanecendo o estabelecimento prisional como um local apenas de custódia daqueles que já sentenciados aguardavam o castigo imposto (Bitencourt, 2001, p. 31).

Entretanto, atribui-se a idade média a saída do direito penal do âmbito pessoal/individual e privado para a esfera pública, mudança que teria ocorrido inicialmente no Direito Penal Germânico (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 30).

Embora a mudança do direito penal para a esfera pública, mesmo que de forma limitada, significasse o rompimento da ideia da pena enquanto exercício da “vingança privada” é certo que as práticas anteriores baseadas no castigo infringido sobre o corpo da pessoa através da morte e mutilações continuaram (BITENCOURT, 2001, p. 31).

Nesta época, segundo Bitencourt (2001, p. 32) havia dois tipos de prisões: A de Estado que se destinava a custodiar os inimigos dos senhorios ou dos reis, na qual as práticas de castigos cruéis ainda permaneciam e as prisões Eclesiásticas, destinadas aos clérigos rebeldes,

sendo tais prisões eclesiásticas locais que funcionavam como estabelecimentos de purgatório e de penitência com a finalidade de expiação dos pecados, ou seja, local de penitência.

Com as prisões eclesiásticas a privação da liberdade adquiriu um caráter punitivo, pois nestes locais tal penalidade tinha a função de penitência, sendo um lugar no qual o recluso iria meditar para que sua alma tivesse a redenção divina, afastando, portanto, a aplicação de penas cruéis sobre o seu corpo. De tal maneira, é na idade média, especificamente no âmbito da igreja católica que encontramos a semente da ideia da reclusão enquanto modalidade de castigo penal (BITENCOURT, 2001, p. 31).

Com a extinção do Feudalismo e a queda de Constantinopla no século XVI, surge a Idade Moderna, que também trouxe consigo inúmeras guerras, generalização da pobreza e violência, que por sua vez levou a utilização do direito penal como instrumento de segregação social em que penas de expulsão, exílios, trabalhos forçados em esgotos e galés eram formas comuns de punição (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 31).

Na Inglaterra por volta da metade do século XVI nasceu um movimento de construção de prisões para correição de delitos considerados menores, permanecendo, no entanto, a aplicação de penas cruéis, inclusive as penas de galés em que os acusados de crimes graves ou prisioneiros de guerra eram escravizados e obrigados a remarem em navios até a exaustão completa, sob ameaça de serem chicoteados (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 32).

Nos séculos XVII e XVIII, com os iluministas, ocorre a atribuição de uma nova compreensão das finalidades da pena, passando a ser vista também como uma possibilidade de correição, prevenção e reforma do apenado, através de uma disciplina extremamente rígida baseada no trabalho forçado (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 33).

Para Foucault (1987, p. 120-129), no entanto tais mudanças de paradigma de imputação penal que exigiram a extinção das penas corporais tiveram como razão central a incapacidade do suplício, diante da nova ordem social burguesa, de manter a legitimação do poder estatal e a garantia da lei e da ordem, visto que a violência além de não raro causar comoções sociais, não conseguia mais proteger os chamados novos bens ou valores jurídicos.

Assim, para Foucault (1987, p. 120-129) a mudança de paradigma ocorreu devido a necessidade de se justificar um sistema de punição apto a legitimar o poder estatal que por sua vez deveria garantir a estabilidade e validade do contrato social baseado nas novas relações sociais resultantes da economia de mercado que tinha na circulação de mercadorias as suas bases, sendo estas constantemente alvo de roubos e furtos.

Passa-se então a justificar a imposição da pena privativa de liberdade sob o prisma da ressocialização do indivíduo, lembrando que tais modalidades de castigos eram destinadas somente aos delitos considerados menores, subsistindo ainda as penas cruéis.

A ideia da pena privativa de liberdade como uma possibilidade de ressocialização tendo como elemento de correição o trabalho se espalhou para a Europa culminando nos atuais sistemas penitenciários que têm sua gênese de forma sistêmica e mais conhecida nos Estados Unidos, embora já houvesse experiências nesse sentido, em Bredwellsingleses na Alemanha e na Suíça (BITENCOURT, 2001, p. 75).

A constatação acima pode ser lida no próprio Foucault quando esse nos assevera que:

Em todo caso em menos de vinte anos, o princípio tão claramente formulado na Constituinte, de penas específicas, ajustadas, eficazes, que formassem, em cada caso, lição para todos, tornou-se a lei de detenção para qualquer infração pouco importante, se ela ao menos não merecer a morte. Esse teatro punitivo, com que se sonhava no século XVIII, e que teria agido essencialmente sobre o espírito dos cidadãos, foi substituído pelo grande aparelho uniforme das prisões cuja rede de imensos edifícios se estenderá por toda a França e a Europa (FOUCAULT, 1987, p. 136).

No Brasil, as penas cruéis e corporais eram largamente praticadas até que no período imperial foi outorgada a primeira constituição em 1824, na qual havia a previsão de criação de um Código Criminal, o qual substituiu as penas corporais por pena de prisão, passando desde então essa modalidade de castigo vigorar sobre as demais formas de punição, lembrando que aos escravos ainda eram reservadas as mais cruéis formas de punitivas (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 40).

Com o processo de independência do Brasil, surgiu também a necessidade de uma nova legislação penal, e em 1830 foi sancionado por Dom Pedro I o chamado Código Criminal do Império, que trouxe inúmeras previsões notadamente advindas do liberalismo, tais como: individualização da pena, existência de agravantes e atenuantes e julgamento especial para menores de 14 anos de idade (MIRABETE, 2006, p. 20-24).

Nos períodos de 1937 a 1984 a prisão se manteve como principal forma de castigo no Brasil, ocorrendo neste intervalo de tempo a instituição de outras modalidades de castigos como multas, restrição de direitos, interdição, perda de função pública, entre outros, passando a pena a se justificar sob o prisma da prevenção especial, incorporando ainda a finalidade da ressocialização do indivíduo.

Em 1940, com o regime político apelidado de Estado Novo, institui-se o Código Penal Brasileiro, que vigora ainda hoje, e em 1941 instituiu-se também o Código de Processo Penal, estando nestes dois documentos as principais regras para que uma pessoa sofra algum tipo de

castigo de natureza penal no Brasil. Lembra-se que tais legislações hoje devem ser interpretadas e aplicadas em consonâncias com os princípios constitucionais presentes na Carta Magna de 1988.

No ano de 1984 foi criada no Brasil a lei de execuções penais, que estabelece as regras que devem ser observadas no cumprimento de penas em todo território nacional, determinando todas as diretrizes a serem seguidas dentro dos estabelecimentos prisionais.

Com o advento da Constituição de 1988, permaneceu tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal, no entanto, ambos deveriam se subsumir aos princípios constitucionais e sob a luz constitucional serem interpretados.

1.1.1. As finalidades da pena

Ao longo da história muito se discutiu qual seria a finalidade da pena, surgindo inúmeras correntes teóricas acerca do assunto, discussão que, aliás, ainda hoje não se esgotou ou mesmo atingiu um consenso sendo diuturnamente pautado nos mais fervorosos debates.

Beccaria (2001, p. 10) em sua celebre obra “Dos Delitos e das Penas”, nos evidencia que “só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela”.

Esclarecendo ainda, o mencionado autor, que “o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade seria o fundamento do direito de punir” resultando daí a consequência de “que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (BECCARIA, 1764, p. 10).

Partilhando e inclusive sofrendo influência direta de Beccaria o inglês Jeremy Bentham, vai defender a ideia de proporcionalidade das penas, criticando a utilização de meios cruéis e infames como forma de penalização do indivíduo asseverando que: “A pena deve ser econômica, isto é, não deve ter senão o grau de severidade necessário para alcançar o seu fim” (BENTHAM, 1843, p. 41).

Para aqueles que se filiam as correntes das teorias absolutas, a pena seria um mal justo para punir um mal injusto, dentre estes Kant vai asseverar que:

[...] a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais. Para Hegel, a pena, razão do direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica (MIRABETE, *apud* KANT, 2006).

Já os que se filiam as correntes das teorias relativistas, vão asseverar que a pena é uma forma de prevenção que intimida e corrige tanto a sociedade quanto ao indivíduo, evitando assim que novos delitos aconteçam, tendo esta, caráter preventivo da criminalidade (MIRABETE, 2012).

Já as chamadas teorias unitárias ou ecléticas, tentam conciliar a retribuição ou a punição, com os fins da prevenção, tanto geral (destinada a sociedade) quanto especial (destinada ao indivíduo), assim para estes a pena mais justa seria aquela que consiga assegurar melhores condições de prevenção geral e especial (PRADO, 2004, p. 496).

Atualmente muito ainda se discute quais seriam as verdadeiras finalidades da pena, e mais, se a pena de prisão é realmente uma medida eficaz na prevenção da criminalidade, existindo inúmeros críticos como Foucault, que claramente asseveram que a pena é um instrumento de domínio e poder das elites.

Questiona-se ainda se é possível, após o desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos, tolerar penas cruéis que nitidamente não desapareceram sendo, mesmo que de forma velada, diuturnamente utilizadas mundo afora, não sendo diferente no Brasil.

O atual modelo de execução penal adotado em grande parte do mundo, e inclusive no Brasil, a cada dia se mostra ineficiente e incapaz de cumprir qualquer finalidade reintegrativa do indivíduo, servindo os presídios apenas como instrumentos de segregação e de violação de direitos humanos, servindo como verdadeiros centros de formação de delinquentes.

Foucault (1987) mostra o seu enorme ceticismo em relação ao modelo de execução penal instituído a partir do século XVIII, no qual a punição ocorreria através do confinamento dos criminosos em um espaço fechado e vigiado, “*panóptico*”, asseverando tal autor que:

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta (...) a prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos (Foucault, 1987).

O filósofo Manoel Barros da Motta (2011) constatando a situação acima descrita faz em sua obra “Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil” um retrato extremamente fiel do que é hoje o sistema de execução penal brasileiro, demonstrando que a despeito da caótica realidade existente nos cárceres, não há qualquer interesse em se resolver tal questão, asseverando que:

Não há condições mínimas de sobrevivência. Há superlotação, gente sendo violada sexualmente, desrespeito ao direito à educação e ao trabalho. Muitas pessoas hoje acham que os presos têm direitos demais. Existe essa ideia, que vem do século XIX, de mais castigo, mais repressão. E vemos que isso não mudou, talvez esteja até mais

forte. Há uma oposição enorme ao governo ter despesas para se respeitar o que a prisão significa, ou seja, um espaço que retira o direito de ir e vir da pessoa e não um espaço para bater, castigar ou passar fome. Mas nunca houve mesmo muita disposição para se investir nisso (MOTTA, 2011).

Em uma posição ainda mais crítica sobre as finalidades da pena Günther (2006, 189-190) vai dizer que “nenhuma das justificativas defendidas publicamente para a pena resiste a uma análise mais detida” e que assim, já que “a pena não resiste a uma crítica racional, resta perguntar se não existem talvez justificativas não oficiais nas quais se apoiem, de maneira não expressa, a exigência de punição”.

Segundo Guinther (2006, 196) nenhuma das justificativas tradicionais que centram as finalidades da pena, na retribuição e prevenção (nas suas três dimensões: prevenção geral negativa e positiva, prevenção especial positiva e prevenção especial negativa)¹⁰, conseguem passar pelo crivo crítico racional, visto que até hoje nenhuma corrente teórica conseguiu demonstrar que a pena verdadeiramente tenha conseguido atingir qualquer uma de suas finalidades.

No aspecto da retribuição, que teria como objetivo original estabelecer um nexo de reparação entre o prejuízo causado pelo autor do ilícito e a vítima e que hoje tem como monopolizador do ato de punir, que o faz em seu próprio nome, em uma conseqüente marginalização da vítima, o Estado, a pena é reduzida há um mero “ato performativo” que tem a finalidade de comunicar “publicamente que ocorreu uma injustiça e que essa injustiça deve ser imputada a uma pessoa para que se responsabilize” (GUINThER, 2006, 193).

Assim, considerando que a pena quando analisada sob ponto de vista do seu aspecto retributivo não passa de um canal de transmissão de uma mensagem pública de comunicação de uma injustiça e de apontamento de responsabilidades, ou como o autor disse, “na melhor das hipóteses como uma convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes, da qual as sociedades costumam se servir regularmente quando quer comunicar esse tipo de mensagem” qual a justificativa que se pode ofertar para que o Estado atrele a esta mensagem uma “suplementar inflição de um mal?” (GUINThER, 2006, 193).

¹⁰ Atribuem-se à pena, objetivos preventivos em pelo menos três aspectos: ela deve desencorajar possíveis futuros autores de ilícitos penais a colocar seus planos em prática (prevenção geral negativa); ela deve impressionar o delinqüente de maneira tão negativa, que na situação de iminente reincidência ele, por medo, deixe de praticar o ilícito penal planejado (prevenção especial negativa); ela deve estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e desse modo levá-lo a uma vida de respeito à lei (prevenção especial positiva); e ela deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade, para que cidadãos respeitadores da lei não se sintam fraudados em seus bons motivos, quando obrigados a presenciar a situação em que alguém se deixa levar por seus maus motivos (prevenção geral positiva) (GUINThER, 2006, 196).

A resposta para a pergunta acima parece ainda não ter sido construída ou pelo menos não foi apresentada ao debate pela literatura clássica, o que demonstra claramente que ao menos do ponto de vista da retributividade, tal qual é colocada, a pena não se justifica quando analisada racionalmente, visto que existem meios mais racionais e menos danosos de se veicular tal mensagem.

Sobre o aspecto da prevenção geral negativa Günther (2006, 189-190) apresenta razões de ordem normativa para refuta-la, visto que sob esse aspecto a pena serviria como elemento de exemplo a terceiros, transformando o apenado em instrumento meio para alcançar fins, que nada têm haver consigo ou com o delito cometido e muito menos com a vítima, o que no fim das contas torna a pena sob essa fundamentação no mínimo ilógica e injusta.

Ademais, o autor levanta dúvidas quanto aos efeitos intimidatórios de cunho empírico da pena, visto que não há qualquer demonstração científica que o delinquente vá fazer um exercício de cognição se o seu ato vai ser punido de forma mais ou menos grave, ou mesmo que ao realizar tal ato ilícito, está ferindo uma ou outro objetivo posto em uma determinada lei, o que torna a prevenção pela intimidação uma falsa alternativa.

Sobre o aspecto da prevenção especial negativa que deve infringir um efeito intimidatório ao próprio delinquente, tomando como base o raciocínio que a pena fará com que o criminoso reflita sobre seu ato e a punição recebida e assim não mais venha a cometer crimes, Günther (2006, 189-190), nos evidencia que tal proposição se mostra problemática “pois na realidade quase nenhum autor de ilícitos penais se comporta, ou poderia comportar-se, de modo tão racional”.

Além disso, caso fosse verdadeira tal proposição a reincidência criminosa já teria sido resolvida, o que de fato nunca aconteceu, sendo este um dos principais problemas enfrentados pelos sistemas carcerários. Ademais não há qualquer evidencia científica que a imputação do medo possa incutir ao criminoso qualquer elemento de cunho moral, ou mesmo lhe mover na direção de construção de um processo de compreensão do ato que praticou e os seus danos.

Resta assim concluirmos que a pena como elemento de imposição de medo ao indivíduo sem qualquer outro elemento que o faça de fato se encorajar em um processo de compreensão do seu comportamento e de seus efeitos, serve apenas para deixá-lo abandonado e enredado nos seus demônios cotidianos sem qualquer resolução, para os quais a solução encontrada foi o ato da delinquência, o que obviamente tenderá a se repetir quando colocado novamente em liberdade.

Sobre o aspecto da prevenção especial positiva, o qual diz que o delinquente deverá se arrepende e regenerar se adequando à ordem legal estabelecida, não podemos deixar de concordar com o autor que nos evidencia que o ambiente prisional em nada contribui para tais objetivos, mas muito pelo contrário, o ambiente prisional serve como meio de internalização dos valores que permeiam o mundo da criminalidade, servindo como verdadeira escola de formação a serviço do crime.

A famigerada ressocialização se tornou apenas elemento de discursos políticos, utilizado em larga escala por todos os nichos da política partidária, ora para buscar exaltar o punitivíssimo como alternativa a criminalidade, se exaltando discursos do tipo que alegam que o Estado é leniente com criminosos e que estes devem sofrer, ora para estabelecer determinadas posições discursivas pseudo garantistas frente a demanda pela observância dos direitos humanos.

Aceitar as necessidades do preso não é, portanto, um fim em si mesmo ou uma pretensa boa ação feita por uma mal compreendida compaixão por malfeitores, mas condição para uma mudança duradoura de atitude e comportamento do delinquente. De todas as opções que uma sociedade tem para reagir à criminalidade, a ressocialização bem-sucedida é na verdade a única que se pode justificar racionalmente.

No entanto, é pequena a disposição da sociedade para investir o dinheiro necessário em socioterapias custosas, com as quais tais déficits poderiam ser superados ou pelo menos ter seus efeitos negativos minimizados. A ressocialização não consta da agenda sociopolítica de investimentos futuros. Por que – perguntam muitos – o Estado deveria gastar tanto dinheiro de tributos com criminosos? (Günther, 2006, 198-199).

No aspecto da prevenção geral positiva o autor vai nos evidenciar que se trata da mesma questão posta nas teorias retributivas, sendo aquela (prevenção geral positiva) apenas uma variação moderna desta última (teorias retributivas), sendo a pena não passando de um meio de comunicação ao qual o Estado inflige de forma adicional, um mal ao sujeito considerado delinquente.

Diante de todo esse quadro, podemos concluir claramente que “as razões e justificativas apresentadas no discurso oficial sobre a pena não resistem, portanto, a um exame mais detalhado” e que em uma sociedade democrática organizada em um Estado de Direito “deve-se tratar comportamentos desviantes de maneira a respeitar a dignidade humana”, pois somente assim a ressocialização outrora almejada, mas jamais alcançada, possa acontecer de forma racional e que de fato consiga reduzir a criminalidade, algo que até agora se mostrou uma verdadeira utopia para as práticas tradicionais que se baseiam na violência, terror, sofrimento e medo.

Para finalizar nossa discussão trazemos aqui palavras do Ministro Ricardo Lewandowski que a época era Presidente do Conselho Nacional de Justiça, que retrata de forma muito nítida qual é a posição do Estado brasileiro em relação ao sistema de execução penal no Brasil:

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras Mínimas e sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2015, até o momento não está essa normativa repercutida em políticas públicas no país, sinalizando o quanto carece de fomento em nosso país a valorização das normas de direito internacional dos direitos humanos. As Regras de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira (LEWANDOWSKI, 2018).

De todo o exposto nos resta questionar até quando aceitaremos um discurso baseado em premissas irracionais, demagogo e antagônico que gera uma realidade verdadeiramente podre e perversa no qual a finalidade da pena não tem qualquer proximidade com a ideia de justiça, servindo apenas como instrumento de imposição de sofrimento e segregação social.

Assim não há dúvidas que a finalidade da pena é algo que todos nós temos que questionar, visto que as teorias e conceitos que se apresentaram ao longo da história parece estarem alinhados a satisfação dos interesses das classes dominantes, sendo essa dinâmica adotada, aqui no Brasil de forma ainda mais aprofundada, o que nos levou a trágica situação na qual se encontra os cárceres brasileiros em que a pena de prisão se tornou um aparelho de tortura a serviço das elites.

1.2 Conceituação de Dignidade Humana e Direitos Humanos

Considerando a extensão axiológica dos conceitos acima postos, não temos a pretensão de esgotar ou mesmo de trazer uma discussão delongada sobre os mesmos, o que pretendemos por ora, é fazermos uma abordagem sintética na qual possamos ter uma visão lato-senso sobre a evolução histórica de atribuição de significado a estes.

Não há como falar de Direitos Humanos sem falarmos de Dignidade Humana, visto que esta última é a razão da existência dos primeiros, um está ligado de forma indissociável ao outro em um conjunto de significações que têm como elemento performativo a própria condição humana.

1.2.1 Delimitação do conceito de Dignidade Humana

Os Direitos Humanos têm como razão existencial a proteção da Dignidade Humana em todas as suas dimensões e amplitudes, assumindo-se como elemento de valor axiológico assentado na concretização dos atos de proteção ao indivíduo (SARLET, 2006, p. 12-15).

Tudo isso significa que o sujeito é dotado de dignidade só por ser humano independentemente de qualquer outra coisa, e cabe aos direitos humanos garantir, afirmar e promover essa dignidade, estabelecendo assim princípios normativos garantidores dessa proteção¹¹.

Na narrativa do Mito de Prometeu por Protágoras, Platão nos revela que a tentativa de se definir o conceito de Dignidade Humana remonta desde a antiguidade quando Zeus ordena a Hermes que a todos os homens se distribuisse a justiça, o respeito, senso de dignidade, pudor e sentimento de respeito à opinião do outro¹².

Entretanto, embora as tentativas de se elaborar o conceito sejam bastante remotas na história, a institucionalização e mesmo a empreitada de se conceituar do ponto de vista jurídico a Dignidade Humana é bastante recente se iniciando com a constituição Alemã de Weimar no ano de 1919.

As raízes da história do conceito de dignidade humana remontam à Antiguidade. Tanto teológica quanto filosoficamente, ele é multifacetado. Em clara oposição a isso, contudo, a história da respectiva instituição jurídica é relativamente breve. Ela inicia com uma referência no Art. 151, inciso I, da constituição alemã de weimar de 1919. A constituição irlandesa de 1937 foi mais explícita, mencionando a “dignidade e a liberdade do indivíduo no seu Preâmbulo”. A constituição espanhola de Franco fez uso inflacionário do termo (MAURER, 2009, p. 176).

Foi com os horrores produzidos pela Segunda Guerra mundial com o Nazismo e o Fascismo que a dignidade humana passou a ser de fato tomada como algo a ser urgentemente debatido e elevado a uma nova categoria jurídica, que pudesse ser positivada em instrumentos capazes de emanar a força necessária à sua concretização.

Nasceu assim uma premente e urgente necessidade de se criar um ferramental jurídico capaz de garantir a afirmação da dignidade humana, o que fez surgir inúmeros documentos de direito internacional como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos

¹¹ No prefácio escrito por Paulo Bonavides da obra (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006) em referência ao princípio da dignidade humana nos evidencia que: “[...] se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade de acham consubstanciados”.

¹² PLATÃO: Protágoras. **O Mito de Prometeu segundo Protágoras**. Tradução de Carlos Alberto Nunes, Editora da UFPA, 2002.

(1948) e várias constituições, como a nossa Constituição de 1988, que traz no seu cerne estrutural uma série de garantias consideradas como direitos fundamentais ao ser humano e essenciais a preservação e promoção da dignidade.

Maurer (2009, p. 176), afirma que somente “depois da Segunda Guerra Mundial o instituto da dignidade humana começou a sua procissão triunfal através dos textos do Direito Internacional, Declarações de Direitos Humanos e Constituições”, tendo em vista que embora o debate do ponto de vista filosófico e teleológico sobre a dignidade humana seja antigo a sua institucionalização jurídica e elevação como direito fundamental a ser garantido por instrumentos jurídicos constituintes são fenômenos recentes em nossa história.

No entanto quando analisamos todos esses movimentos de institucionalização jurídica da dignidade percebemos que não foram suficientes para construir um conceito satisfatório e sólido do que seja a dignidade humana, que notadamente contém um amplo espectro axiológico.

Ao longo da história não foram poucos os que tentaram definir o que seria dignidade humana, as proposições teóricas surgiram dos mais variados nichos de representação social, mas nenhum foi capaz de revelar uma definição que de fato expressasse a amplitude axiológica do termo, estando todas as tentativas suscetíveis a críticas e inadequações.

No pensamento clássico pode ser verificada a ideia de que o homem ao ser beneficiado pelos deuses com o domínio do fogo, das artes, do direito (justiça), da política e do respeito (dignidade) teria se tornado um ser que diferente de todos os outros animais se assemelha às próprias divindades, residindo aí segundo tal pensamento, o que seria a dignidade humana.

Com o advento do monoteísmo e a ideia de um Deus onipotente, o homem assumiu novamente um papel de semelhança a tal entidade divina, adotando assim a teoria do criacionismo que vai dizer que o homem, criado a imagem e semelhança de “Deus”, seria dotado de dignidade.

Essa compreensão de que a dignidade humana reside na criação divina do homem pode ser encontrada no antigo testamento no livro (Gêneses, 1,26), no qual se encontra a expressão “façamos o homem a nossa imagem e semelhança”, e essa origem divina daria ao homem um aspecto divino, dotado de um valor próprio (dignidade humana).

O cristianismo vai reafirmar tal ideia de conceituação e fonte da dignidade humana, o novo testamento, por exemplo, traz inúmeras passagens que reforçam a ideia de que o homem teria sido criado à imagem e semelhança de Deus: Um exemplo claro que podemos ver é em Tiago (3.9), que tem a seguinte passagem: “Como ela [a língua] bendizemos ao Senhor Pai, e também com ela, amaldiçoamos os homens, feitos à semelhança de Deus”.

A ideia da criação divina como fonte da dignidade humana também vai ser defendida por pensadores da tradição católico-cristã como Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino, que em suas obras vão tratar a dignidade como algo absoluto considerando-a como a essência de cada um.

A partir dos séculos XVII e XVIII tem-se um constante movimento de secularização da concepção da dignidade humana que passa “por um processo de racionalização e laicização” mantendo-se, no entanto, mesmo que de forma limitada uma noção ou aproximação de igualdade e liberdade (PINHEIRO, 2008, p. 19).

As teorias influenciadas pela tradição *jus naturalista*, vão sustentar “o caráter pré-jurídico da dignidade”, assim além de apresentarem um “conceito teológico de dignidade humana, os autores dessa corrente de pensamento vão considerar a “dignidade como um direito”” (MAURER, 2009, p. 182).

Tais correntes teóricas trazem uma conceituação forte do que seria a dignidade humana e que embora levem em considerações pressupostos que a princípio se mostram radicados na racionalidade ao explicarem o conceito de dignidade humana o fazem tendo como substrato elementos calcados na religiosidade.

Para sustentar sua argumentação, esses autores podem apontar para uma tradição dogmática de séculos que remonta aos chamados "pais da Igreja" (Orígenes). A base de sua dignidade é a característica do ser humano como imagem de Deus. Como imagem, ele não tem as mesmas capacidades divinas, mas, por intermédio da razão ele tem a capacidade de compreender aquilo que Deus tem poder de fazer. Isso, naturalmente, coloca o homem muito acima dos animais, que estão apenas sujeitos à vontade divina, sem ter a capacidade de compreendê-la. Todos os seres humanos possuem, assim, um direito individual ao reconhecimento de sua dignidade, que eles obtêm graças a essa característica. As constituições só podem reafirmar esse direito, que é preexistente ao Estado e suas leis (MAURER, 2009, p. 182).

Parte da tradição do pensamento baseado no *jus naturalismo* vai adicionar à compreensão do conceito de dignidade o elemento da autodeterminação, que seria “a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis”, considerando que “esse atributo seria encontrado apenas nos seres racionais e constituiria o fundamento da dignidade” (PINHEIRO, 2008, p. 19).

O fundamento teológico não é apenas uma garantia, dentre outras, para o caráter absoluto da dignidade humana, mas a única garantia que há. A estratégia existente por de trás desse argumento consiste em expandir a dignidade humana até um ponto infinitesimal em relação ao qual, todos os outros direitos fundamentais pareçam ser pontos finitos de qualidade inferior (MAURER, 2009, p. 182).

Como um dos principais representantes dessa corrente teórica, Kant¹³ vai dizer que os seres racionais têm um fim em si mesmo não podendo ser substituídos ao acaso ou coisificados e justamente por isso seria o ser humano dotado de uma dignidade, característica que o distingue de todos os outros seres.

A concepção da dignidade humana em termos absolutos tal qual propõe os “jus naturalistas”, que se justificaria na própria natureza racional ou divina do homem, embora seja algo louvável, encontrou inúmeras contingências para se adequar ao Direito positivado, que por sua natureza necessita delimitar os seus conceitos para que assim se viabilize concretamente.

Diante das dificuldades que se apresentaram de adequação de um conceito tão extenso e vago ao direito positivo, os ordenamentos jurídicos em sua grande maioria tenderam a relativizar e restringir a fundamentação da dignidade humana, adequando-a aos ordenamentos de forma que pudesse ser operacionalizada de forma prática.

Assim, com o intuito de alcançar ou conferir certa concretude, os ordenamentos jurídicos tenderam a considerar a dignidade não como um direito humano absoluto, mas “como um princípio ou valor objetivo” e como tal, capaz de impor uma obrigação ao Estado, sendo expresso através de instrumentos jurídicos (MAURER, 2009, p. 183-184).

Nesse processo de relativização como forma de possibilitar a adequação do conceito ao mundo jurídico dando-lhe concretude, várias foram as fórmulas utilizadas, todavia nenhuma se mostrou capaz de dar uma conceituação que abarcasse de forma satisfatória toda a extensão de significação do termo, o que expõe as limitações que esses ordenamentos jurídicos encontram quando lançados as contingências características do mundo da vida.

Sobre o processo de adequação do termo Dignidade Humana ao mundo jurídico, Maurer, (2009, p. 188) assevera que:

Todas essas tentativas de especificar o conceito de dignidade humana procuram enquadrar esse conceito geral e fundamental, que se baseia em fortes pressupostos filosóficos ou teológicos, no sistema jurídico. As tentativas formais foram impulsionadas pela intuição de que esta idéia filosófica tão exigente da dignidade humana somente poderia ser recepcionada pelo Direito caso o seu status formal fosse reduzido da categoria de direito à categoria de princípio objetivo, ou, inclusive à categoria de “axioma” não-normativo”. As outras, teorias, que denominamos de “teorias materiais”, tentaram especificar a dignidade humana excluindo certas conotações do seu conteúdo. Essas teorias conseguiram manter o status formal forte da dignidade humana como um direito. Enquanto o primeiro grupo apresenta o risco de acabar tornando irrelevante a aplicação da dignidade humana, na medida em que não mostra as suas consequências jurídicas concretas, o outro grupo apresenta o

¹³ Tal pensamento pode ser verificado na obra: KANT. Fundamentos da metafísica dos costumes. In “Os pensadores” – Kant (II) Tradução de Paulo Quintela, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

risco de minar a dignidade humana a partir do seu interior, uma vez que mesmo na condição de direito ela nem sempre oferece proteção nas situações em que deveria ajudar o indivíduo.

Diante de tal situação em que as contingências para adequação de um conceito jurídico satisfatório para a dignidade humana se mostraram quase que intransponíveis, surgiu a corrente de pensamento que sob a ideia de universalidade, concebe a dignidade humana como um direito universal de o indivíduo ser reconhecido como sujeito de direito¹⁴.

Para tal concepção todo e qualquer ser humano deve ser reconhecido como sujeito de direito, podendo assim, reivindicar todos os seus direitos e obrigações inerentes a sua humanidade. Obviamente que a essa corrente de pensamento não faltaram críticas, sendo uma das principais a sua generalização em face da extensa multiplicidade cultural existente o que acabaria por torna-la limitada ou sem qualquer utilidade prática.

Sobre essa perspectiva compreensiva do que seja a dignidade humana Maurer (2009, p. 191), assevera que:

Se compreendermos a dignidade humana como o direito de ser reconhecido como sujeito de direito, e se a condição de sujeito de direito implica ter direitos e deveres, então esse direito tem a característica de ser juridicamente reivindicado e satisfeito ao mesmo tempo. Tal direito é, de fato, singular. Enquanto outras reivindicações são satisfeitas por intermédio de uma ação complementar, o direito de ser reconhecido como pessoa no Direito é atendido mediante a sua codificação como direito fundamental. Por essa codificação, o ser humano obtém um direito que é necessário à condição de sujeito de direito. O conteúdo do direito da dignidade humana é, assim, o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direito. Esse conteúdo é, de fato, elementar para o direito. Tal reivindicação é cumprida sob a forma de um direito. A forma indicativa da sentença é apropriada porque, uma vez reconhecido tal direito na Constituição, ele não pode ser violado.

Outra corrente de pensamento que também busca estabelecer um conceito universalizante de dignidade, mas, que possa de certo modo implicar em responsabilidades objetivas tanto ao nível individual quanto ao nível institucional e que tem como principal expoente atual Ronald Dworkin, que calcada na tradição Kantiana, vai trazer uma concepção de dignidade que tem suas bases fincadas na ideia da existência de um valor intrínseco da vida humana, a partir do qual nasceria a máxima do respeito mútuo.

¹⁴ No conceito de pessoa de direito, temos um termo técnico que se desenvolveu gradualmente a partir de suas raízes filosóficas. Ele se refere à posição de um substrato homogêneo no Direito. Na forma da pessoa natural, ele designa a posição do homem no Direito, fundamentando-se em sua subjetividade jurídica e significando a capacidade de ser destinatário de direitos e deveres (MAURER, 2009, p.191).

Segundo tal perspectiva a dignidade seria composta por dois aspectos principiológicos éticos, o auto-respeito e a autenticidade, sendo estes lastreados e esclarecidos por outros valores como o da equidade e da liberdade¹⁵.

O princípio do auto-respeito ou da responsabilidade pessoal estaria relacionado à forma com que cada um vive a sua própria vida, devendo o indivíduo ser o responsável por levar a sua vida a sério dando a esta a devida importância, agindo de tal maneira que se engaje de forma comprometida com todas as coisas que o afetem.

Já o princípio da autenticidade seria a liberdade que cada um tem em escolher e se responsabilizar pelo desenvolvimento de suas potencialidades, ou seja, segundo tal tradição caberia à cada um determinar os caminhos e escolhas que conduziria a sua vida, sendo uma tarefa individual e de liberdade de cada um determinar o que seria a vida boa ou de sucesso.

E assim nesse processo de auto comprometimento e de liberdade, ao se respeitar e levar a sério a sua própria vida, o sujeito ao mesmo tempo também estaria se comprometendo com o seu semelhante, visto que não haveria motivos para que o sujeito que respeita a sua própria vida desrespeite a vida do outro.

Vejamos que Dworkin tenta estabelecer um valor intrínseco e universal de dignidade para a vida humana, que se reveste de princípios éticos reguladores de todas as ações tanto do ponto de vista do individual como do ponto de vista institucional, no caso o Estado. Assim está nos dizendo que cabe ao indivíduo quanto a si, naquilo que lhe afeta, ou seja, nas suas liberdades e responsabilidades, e a comunidade, mediante a movimentação de recursos necessários e suficientes, assegurarem independentemente da situação, a dignidade das pessoas.

Tal postulação aponta para um caminho no qual não haveria espaço para aquilo que Dworkin chamou de “indignidade¹⁶” que seria a perda do amor próprio, o que de certo modo, segundo o autor, exigiria uma postura ética de não aceitação, em qualquer hipótese, de qualquer tratamento que possa comprometer a condição de dignidade da pessoa.

E tudo isso teria que se realizar em um movimento dinâmico de construção de um direito que possa de forma objetiva estabelecer obrigações baseadas na sua integridade tendo como pilares sustentadores o igual respeito e igual consideração de todos, sem distinção, o que exigiria de todos nós, incluindo o indivíduo e as instituições (em sentido lato senso: empresas, estados e outros) uma postura ética.

¹⁵ Ver mais em: WOOD. *Globalization, Human Rights and Environmental Sustainability*. 2010, p. 32;

¹⁶ Conferir em: DWORKIN, *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 333.

Embora não tenhamos a pretensão de esgotar uma discussão milenar que se trava em torno de tão vasto tema, acreditamos que até aqui as discussões foram suficientemente profícuas para termos uma ideia mesmo que geral da evolução histórica da atribuição de significados ao conceito de dignidade humana, compreendendo esta como um valor inerente a condição existencial do sujeito, que embora seja de amplíssimo espectro significativo, deve ser protegida em todos os seus aspectos o que impede qualquer prática, seja no âmbito normativo ou de aplicação concreta, de penas cruéis, torturas ou submissão do indivíduo a situações que aniquilem a sua dignidade que lhe é intrínseca.

1.2.2 Delimitação do conceito de Direitos Humanos

Segundo consta no site da ONU, “os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição” (ONU, 2020).

Acima temos um conceito geral e amplo que é apenas uma formulação geral daquilo que se deve compreender por direitos humanos, e que embora atue como farol norteador das ações dos Estados, exige uma especificação mais adequada que possa conferir facticidade a tal categoria, conforme prognóstico da própria ONU:

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. Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza.

Os direitos humanos são garantidos legalmente pela lei de direitos humanos, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.

Estão expressos em tratados, no direito internacional consuetudinário, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito. A legislação de direitos humanos obriga os Estados a agir de uma determinada maneira e proíbe os Estados de se envolverem em atividades específicas. No entanto, a legislação não estabelece os direitos humanos. Os direitos humanos são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano.

Tratados e outras modalidades do Direito costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos.

Algumas das características mais importantes dos direitos humanos são:

Os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa;

Os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas;

Os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal;

Os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros; Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa. (ONU, 2020).

Não se pode negar que os direitos humanos que se apresentam na hodiernidade foram instituídos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948. Entretanto, antes disso, pode se identificar na história a existência de princípios que tinham como finalidade a proteção ao indivíduo.

É fato que não se tem na literatura qualquer consenso de quando teria surgido os direitos individuais, havendo quem afirme que tais direitos teriam surgido a partir da estrutura política e social da Grécia Antiga, e que tais ideias teriam alimentado o Cristianismo, passando pelos teólogos da idade média, protestantismo, mais tarde pelos renascentistas e, por fim edificando-se nos movimentos e pensamentos dos séculos XVII e XVIII¹⁷ (MACHADO HORTA, 1983, p. 20-21).

No entanto, a ideia de que os direitos individuais teriam surgido na Grécia Antiga deve ser tomada como algo a ser analisado com reservas, visto que a liberdade para os Gregos se baseava na ideia de participação do sujeito na vida pública, algo que exigia determinados atributos que excluía grande parte da população.

“A liberdade do mundo antigo é concebida como participação no poder do Estado: ‘[...] É a liberdade em função da comunidade, dotada de valor transpersonalita’, homem goza de instantes de liberdade ou de momentos de liberdade que se confundem com as decisões tomadas nos comícios ou nos órgãos de deliberação coletiva” (MACHADO HORTA, 1983, p. 21.).

Um dos primeiros textos que relata ações no sentido de proteção do indivíduo está escrito no chamado “Cilindro de Ciro”, que consiste em uma peça de argila que conteria os chamados princípios do Rei da antiga Pérsia “Ciro”, que na conquista da cidade da Babilônia em 539 a.C. teria libertado os escravos, e estabelecido a liberdade religiosa e a igualdade racial (UNIDOSPORAOSDIREITOSHUMANOS, 2020).

O Cilindro de Ciro seria então o primeiro manifesto de direitos de cunho humanitários conhecido na história. As ideias postas em tais escritos teriam se espalhado para a Índia, Grécia e depois Roma, local aonde surgiu a ideia da lei natural, segundo a qual as pessoas

¹⁷ MACHADO HORTA, Raul. Constituição e direitos individuais. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 67, 1983, p.20-21.

tendiam a seguir naturalmente certas leis não escritas que por sua vez justificaria alguns direitos considerado naturais e intrínsecos à própria natureza humana (UNIDOSPORAOSDIREITOSHUMANOS, 2020).

O advento do Cristianismo trouxe para o mundo uma nova perspectiva de igualdade entre os indivíduos, sendo os seus preceitos também considerados como fontes dos Direitos Humanos e aqui devemos aclarar que estamos falando dos fundamentos teleológicos e filosóficos do Cristianismo primitivo, visto que é conhecido na história ocidental o papel que Igreja Católica exerceu nos séculos XVII e XVIII, para a manutenção dos sistemas absolutistas, sendo, portanto, impossível naquele contexto se falar em qualquer iniciativa por parte da Igreja de estabelecer qualquer ação no sentido de construção de um documento ou declaração de direitos em prol do indivíduo.

Deve se adicionar à tais eventos, que claramente são marcos importantes para a história dos Direitos Humanos, todas as contingências históricas que também não só contribuíram para o desenvolvimento dos direitos humanos, mas como também moldaram a forma e conteúdo destes ao longo dos tempos.

Exemplo claro do que foi dito no parágrafo anterior foi o surgimento dos textos e declarações do século XVIII que se originaram da tensão social resultante da contradição existente entre a nova e insurgente sociedade burguesa, marcada por uma premente necessidade de expansão comercial, cultural e de poder, cimentada no regime capitalista e os regimes absolutistas que lutavam pela manutenção do *status quo*.

Juntando as condições objetivas acima postas, com as condições subjetivas que tinham suas inspirações calcadas nos pensamentos de tradição cristã (primitivo) e no *jus naturalismo*, criou-se o meio de cultura ideal para se desenvolver os documentos e as declarações que expressavam as aspirações, se não de todos, mas de significativa parcela da sociedade.

Outro exemplo de que a historicidade é uma das molas mestras de propulsão dos direitos humanos no mundo, é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que foi criada tendo em vistas o recente passado marcado pelas atrocidades dos regimes nazifascistas.

Assim não se pode negar que foram as condições objetivas (historicidade) aliadas as condições subjetivas, que ao longo dos tempos moldaram os direitos humanos, que aos poucos foram inseridos aos ordenamentos jurídicos dos povos, primeiramente em forma de declarações solenes e depois em textos internos nos preâmbulos das constituições, vindo depois a adquirirem o status de norma constitucional e assim sendo positivados e assumindo

em muitos lugares a denominação interna de direitos fundamentais (ROTHENBURG, 2000, p. 145-146).

Com o processo de constitucionalização, os direitos humanos passaram a constituírem obrigações jurídicas concretas para os sistemas governamentais que devem realiza-los aos seus cidadãos em um vínculo jurídico sempre passível de fiscalização pela sociedade a quem também cabe a responsabilidade de vigiar e exigi-los, no constante e cotidiano exercício da cidadania que só pode ser plena em um regime de Estado de Direito Democrático.

Pode se dizer que:

A fixação dos direitos individuais foi obra de séculos, que demandou a lenta maturação do pensamento filosófico; a superação da idéia medieval dos direitos corporativos; o declínio do estado monárquico absolutista. A idéia se localiza no próprio alvorecer do pensamento humano, que procura afirma-se por intermédio da liberdade criadora do espírito. A consagração formal, técnica e jurídica dos direitos individuais é mais recente no tempo, coincidindo com a organização constitucional do Estado. A constituição surgiu para realizar a dupla tarefa originária: organizar os poderes do Estado, dentro de pauta de competências fixadas previamente, e declarar os direitos naturais (MACHADO HORTA, 1977, p. 21).

A quem assevere que foi na Inglaterra que surgiram as primeiras declarações que tinham conteúdo de direitos individuais, sendo possível identificar nesse país diversos documentos que continham disposições dessa natureza como: Magna Carta no ano de 1215, Petição de Direitos no ano de 1628 (como uma declaração de liberdades civis), a Lei de Habeas Corpus (no ano de 1679) que tinha como declaração oficial: “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar” (USP, 2020).

Não obstante se reconheça que foi a Inglaterra a pioneira na confecção de declarações de conteúdo sobre direitos individuais, deve-se ressaltar que tais documentos tinham a finalidade de estabelecer de forma limitada a liberdade do povo inglês, não existindo relatos históricos de que nesse país tenha se construído grandes declarações com conteúdo de princípios de direitos humanos, o que se tinha eram declarações com procedimentos que visavam liberdades específicas e direcionadas ao povo inglês.

Entretanto, vai ser as declarações inglesas que inspirarão o processo de independência dos Estados Unidos que se inicia no ano de 1776 (publicação da primeira declaração de direitos da Virgínia em 12 de junho de 1776) e que vai desembocar na Constituição dos Estados Unidos de 1787, que entrou em vigor no ano de 1789 e na publicação da Carta dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, as chamadas dez primeiras emendas, que entrou em vigor no ano de 1791, “limitando os poderes do governo federal dos Estados Unidos e para proteger os direitos de todos os cidadãos, residentes e visitantes no território americano” (UNIDOSPORAOSDIREITOSHUMANOS, 2020).

Tem-se, portanto a consolidação dos direitos fundamentais nos Estados Unidos através das chamadas dez emendas, marcando assim o início principal de desenvolvimento dos direitos humanos no mundo.

Declaração dos Direitos protege a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de guardar e usar armas, a liberdade de assembleia e a liberdade de petição. Esta também proíbe a busca e a apreensão sem razão alguma, o castigo cruel e insólito e a auto-inculpação forçada. Entre as proteções legais que proporciona, a Declaração dos Direitos proíbe que o Congresso faça qualquer lei em relação ao estabelecimento de religião e proíbe o governo federal de privar qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem os devidos processos da lei. Em casos de crime federal é requerida uma acusação formal por um júri de instrução para qualquer ofensa capital, ou crime infame, e a garantia de um julgamento público rápido com um júri imparcial no distrito em que o crime ocorreu, e proíbe um duplo julgamento (UNIDOSPORAOSDIREITOSHUMANOS, 2020).

O processo de independência dos Estados Unidos influenciou de sobremaneira movimentos similares em todo o mundo, singularmente a chamada Revolução Francesa de 1789 que produziu um dos mais importantes documentos para a universalização dos direitos humanos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária em 26 de agosto de 1789, sendo votada de forma definitiva em dois de outubro do mesmo ano, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, continha 17 artigos e um preâmbulo que trazia ideias libertárias e liberais, inspiradas pelos pensamentos iluministas (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789, USP, BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 1978, 2020).

Embora pouco conhecida, no ano de 1791 foi proposto à Assembléia Nacional da França, durante a Revolução Francesa (1789-1799), por Marie Gouze (1748-1793) a “Declaração dos direitos da mulher e da cidadã – 1791”. A proposta fazia frente a uma grande variedade de temas de luta, incluindo a escravidão, igualdade de gêneros e a liberdade religiosa. A autora de tal proposta propôs uma Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã para igualar-se à outra do homem, aprovada pela Assembléia Nacional.

Girondina, ela se opôs abertamente a Robespierre e acabou por ser guilhotinada em 1793, sendo condenada como contrarrevolucionária e denunciada como uma mulher "desnaturada" (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA CIDADÃ – 1793, USP, BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 1978, 2020).

Não se pode deixar passar o fato de que a Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789 tratava de direitos individuais, expressando as aspirações da classe burguesa e

por isso mesmo inicialmente não se buscava ultrapassar os seus propósitos que era de estabelecer direitos individuais, o que é perceptível logo no seu preâmbulo e no seu 1ª artigo:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

[...]

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789, USP, BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 1978, 2020).

Uma das grandes diferenças e marcas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é que os seus preceitos iniciais não tinham caráter restrito a um povo ou territórios, os seus postulados tinham sentido abstrato e universalizante, indicando que os preceitos preconizados de liberdade se destinavam a todos os povos do mundo. O que os franceses vislumbraram foi a possibilidade de um novo mundo baseado naqueles princípios por eles consagrados e que se destinavam não apenas a um povo, mas a todos do gênero humano.

Reformulada no ano de 1793 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, serviu de base para a construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Esboçada pelo canadense John Peters Humphrey e com a participação de inúmeras pessoas de todo mundo, sendo a comissão da ONU de elaboração e aprovação, presidida pela “primeira dama do mundo” Eleanor Roosevelt, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi construída tendo como cenário recente o terror e todas as atrocidades provocadas pela Segunda Guerra Mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o resultado histórico de um longo processo de construção dos direitos humanos, que tem como sustentação o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, independentemente de sexo, religião, cor, língua, credo, posição política, origem ou qualquer outra coisa.

Consagrou-se uma ética que se pretende universal de igualdade e respeito à dignidade humana, a qual os Estado têm o dever de respeitar e promover. Ocorreu o reconhecimento de

que a humanidade é a única condição para que o sujeito seja considerado e respeitado (PIOVESAN, 2000, p. 142-143).

A compreensão dos direitos humanos enquanto instrumento jurídico de atribuição de responsabilidade aos Estados de garantirem e promoverem o respeito da dignidade humana das pessoas, independente de qualquer outra condição, evidencia de forma muito clara que no âmbito da execução penal o Estado brasileiro deverá urgentemente buscar a implementação de soluções capazes de garantir aos presos a preservação de suas dignidades, não deixando que estes caiam na indignidade ou conforme postula Dworkin, percam o amor próprio.

1.2.3 Direitos humanos no Brasil

No Brasil o desenvolvimento dos Direitos Humanos é algo que está intimamente relacionado à nossa situação de dependência da Europa, visto que enquanto colônia, o Brasil depois do ano de 1500 passou a seguir todas as diretrizes determinadas pela metrópole.

De tal sorte, a ideia de se reconhecer como iguais os índios e mais tarde os negros não estava sequer nos horizontes, nem da coroa portuguesa e muito menos da elite brasileira da época, que se beneficiaram amplamente da exploração da mão de obra escrava e do genocídio indígena.

O que se verifica é que muito tardiamente se desenvolveu em nosso país uma consciência de imputar ao indivíduo uma espécie de dignidade limitada. Basta sabermos que a escravidão no Brasil só terminou no ano de 1888, sendo o Brasil o último país independente do continente americano a abolir tal prática.

Lembrando que o fim da escravidão não se deu por questões humanitárias, mas por questões econômicas, visto que com a revolução industrial a Inglaterra necessitava impor o seu modelo econômico que exigia a expansão do mercado consumidor e a disponibilidade de mão de obra assalariada.

Não devemos esquecer que o processo de libertação dos escravos não garantiu qualquer direito social aos mesmos, que foram largados a margem de qualquer tipo de política social, exercendo uma pseudo cidadania. No entanto, mais à frente voltaremos a esse assunto quando tivermos tratando sobre as causas resultantes do atual sistema carcerário brasileiro, momento que devemos compreender mais a fundo como se deu a formação dos extratos sociais em nosso país.

Sob influência do constitucionalismo liberal foi erigida a primeira Constituição imperial brasileira no ano de 1824 que sob efeitos das novas concepções políticas e sociais

vindas da Europa, acomodou de forma limitada, em suas disposições algumas das ideias contidas na Declaração Francesa de Direitos de 1789.

Barreto e Paim (1989) acreditam que o Brasil sempre adotou o modelo francês até a proclamação da república passando a partir daí a adotar o modelo norte americano

Há nesta época um exarcebamento das ideias liberais que apregoavam uma concepção do “Estado mínimo” o qual deveria interferir ou atuar somente nas funções em que os indivíduos não pudessem realizar por conta própria, concepção que influenciou diretamente o conteúdo das constituições brasileiras.

Assim sob os preceitos liberais, e ainda sob-regime monárquico, nasceu a primeira constituição brasileira carregando no seu âmago, de forma amputada, os valores liberais, que transportados da Europa vieram a se estabelecer por aqui, iniciando-se assim, a jornada de lutas para se estabelecer a solidificação dos Direitos Humanos no Brasil, luta que, entre avanços e revezes, não pode parar devendo acontecer de forma cotidiana e sob contínua vigília.

No ano de 1891 instituiu-se no Brasil uma nova Constituição, que baseada nas constituições da Argentina, dos Estados Unidos e também da Suíça, marca a transição do sistema monárquico para o sistema republicano.

A constituição de 1981¹⁸ vai estabelecer a nova estrutura do Estado brasileiro que sob fortíssima influência das oligarquias latifundiárias, embora tenha se baseado em grande parte do seu texto na Constituição Americana, suprimiu de forma acentuada os princípios liberais democráticos contidos na carta constitucional americana, nascendo assim uma constituição liberal abasileirada, na qual os privilégios das oligarquias regionais foram preservados e fortalecidos.

O liberalismo exacerbado produziu um intenso acirramento de disputas dos mercados pelos países europeus o que levou a primeira grande guerra mundial (1914-1918) e a grande crise de 1929, gerada por uma ausência de regulação dos mercados que levou a uma superprodução de bens de consumo sem que houvesse a capacidade do mercado para absorvê-la.

Assim se mostrando incapaz de garantir os direitos e proteção social que as pessoas almejavam o liberalismo baseado no Estado Mínimo, que determinou o modelo constitucional

¹⁸ Brasil, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 24 DE FEVEREIRO DE, 1891, 2020.

no mundo ocidental, inclusive no Brasil, vai entrar em uma profunda crise nos séculos XVIII e XIX.

A solução encontrada pelo sistema capitalista para crise foi a retomada do Estado na economia e o estabelecimento de políticas sociais que pudessem garantir alguns direitos sociais e econômicos aos indivíduos, nascendo assim o chamado “Estado do Bem-Estar Social”.

O modelo do “Estado do Bem-Estar Social” que vai se expandir a partir da década de 1930 vai gerar um ambiente social adequado para que novos direitos sociais de cunho econômico fossem incorporados às constituições, tendo como pioneiras a caminhar nessa direção a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar (1919).

Há nesta época uma mudança nos modelos constitucionais, que antes baseados nos direitos individuais liberais clássicos, passam a incorporar novos direitos sociais e econômicos destinados ao sujeito, como direito à educação, saúde, trabalho, à vida econômica, entre outros, alargando-se de forma significativa a ideia de liberdade e de dignidade humana.

O modelo do Estado de Bem-Estar Social, e suas aspirações chegam na América e no Brasil, e em 1934 é instituída a nova Constituição brasileira, que vai se influenciar pelas ideias desse novo modelo de Estado, estabelecendo em seu texto um amplo espectro de direitos sociais e econômicos, colocando o Estado como instrumento de proteção do indivíduo ao qual deveria ser garantido a proteção social adequada em sentido concreto.

Nesta época, vários direitos foram estabelecidos como: educação, saúde, segurança, trabalho, habeas corpus, mandado de segurança para garantir direito líquido e certo, cultura, enfim, houve um extenso alargamento da proteção constitucional direcionada ao indivíduo que passou a ser instrumento de proteção do Estado, tendo como um de seus fundamentos o bem-estar social e econômico (BRASIL, 1934).

A Constituição democrática de 1934 durou muito pouco, sendo substituída pela Constituição de 1937, que tinha suas bases cimentadas no modelo fascista e autoritário, momento que o Brasil entrou em uma profunda transformação das suas bases políticas e ideológicas, destruindo-se todo alicerce sustentador de um Estado de Direito baseado na democracia (MACHADO, 1983).

Nesta época o Brasil entrou em uma era de autoritarismo absoluto em que não havia qualquer resquício de princípios democráticos. A ditadura passou a vigorar de forma extremamente forte abolindo qualquer direito de liberdade do indivíduo, em nome de uma suposta guerra contra os “comunistas”.

Somente no ano de 1946 é que o Brasil vai retomar o caminho democrático se inserindo em num novo ciclo constitucional do pós-guerra, que embora não resultou em grandes inovações teve a função de fazer com que retomássemos o caminho das garantias individuais e os princípios democráticos.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes alterações em relação a sua antecessora, restringindo, no entanto o direito de reunião, sendo a primeira Constituição brasileira a reconhecer direitos aos presos, garantindo a estes a preservação da integridade física e moral.

Aqui devemos lembrar-nos da Emenda Constitucional nº 01/69 que suprimiu uma série de direitos e garantias individuais, em claro ato de autoritarismo, tornando-se, nas palavras de Machado, (1983) o texto constitucional meramente semântico de efeito puramente decorativo.

Após um longo período marcado pelo autoritarismo o Brasil se insere mais uma vez em uma nova era democrática, que vai alvorecer com a promulgação da Constituição de 1988, que ficou conhecida como a Constituição Cidadã de 1988¹⁹, talvez pelo seu amplíssimo espectro de proteção ao indivíduo e dos fundamentos democráticos.

Tendo como cenário o recente passado de obscurantismo da ditadura, a constituinte buscou colocar na Carta Magna de 1988, uma extensa gama de garantias que têm como finalidade a perpetuação do sistema democrático e a garantia de respeito à dignidade humana em todas as suas dimensões, ao menos é essa a impressão que se tem quando analisamos o conteúdo do texto constitucional.

Embora o texto da Constituição de 1988, em seu extenso e analítico conteúdo consagre inúmeros direitos e garantias ao indivíduo, no mundo da vida a realidade parece não se adequar ao que ali está escrito e assim tem-se no Brasil uma incessante luta para o reconhecimento e principalmente a implementação dos direitos humanos, que são rotineiramente desrespeitados.

Verifica-se que a nossa história, em relação aos direitos humanos é marcada por progressos e retrocessos em uma luta constante que se dá tanto em nível formal e institucional, através da construção de instrumentos jurídicos aptos a garantirem a busca do respeito da dignidade, quanto e principalmente no dia a dia cotidiano, em que individualmente e coletivamente temos que nos manter vigilantes e dispostos a fazer uma defesa inarredável dos direitos humanos e da democracia.

¹⁹ Esse foi o apelido dado a Constituição de 1988 por Ulisses Guimarães.

1.3 Delimitação do conceito de Estado

Tendo em vista que nosso trabalho se dedica a estudar fenômenos sociais que se estruturam a partir de concepções do que seja o Estado e suas funções; imprescindível assim que nos dediquemos a conhecer como se deu a formação e as principais teorias que ao longo da história se apresentaram na busca de uma definição para tal categoria de conceito.

Quando voltamos aos livros de história encontraremos uma clássica divisão do surgimento do Estado, sempre assinalando uma primeira acepção de Estado vinculada a Grécia Antiga com suas cidades-estados, cujas representantes mais significativas foram Atenas e Esparta.

A segunda acepção está relacionada ao período da idade média para a Renascença tendo como representantes as cidades-estados italianas, local aonde muitos defendem teve início a caminhada para o surgimento dos Estados Modernos, tendo como principal expoente teórico Maquiavel.

E por fim uma terceira acepção que seriam os Estados Modernos como o resultado de um processo histórico de dissolução e transformação da sociedade medieval, sendo que para muitos o surgimento do Estado se confundiria com o surgimento da própria modernidade.

Em relação ao Estado Moderno a historiografia clássica elenca como razões preponderantes para o seu surgimento a emergência da burguesia e de seus valores e o declínio e fragmentação do sistema feudal.

Fato é que não há entre os historiadores, qualquer tipo de consenso sobre o momento do aparecimento do Estado, sobre o nome que a ele se deve dar e menos ainda o porquê de seu aparecimento e qual é a sua definição e função, sendo estes últimos, talvez os aspectos mais complexos da discussão.

Sobre as origens do Estado, há basicamente três posições teóricas principais, uma primeira que defende a ideia de que o Estado sempre existiu em conjunto com a sociedade, justificando tal ponto de vista sob o fundamento de que o homem sempre esteve inserido de algum modo, em uma organização social caracterizada pela existência de um poder/autoridade capaz de impor certos padrões de comportamentos.

Depois temos outra posição teórica que se contrapõe a proposta acima, asseverando que em verdade a sociedade é preexistente a organização estatal, atribuindo ao surgimento do Estado, fatores diversos com vistas a atender as necessidades desta sociedade já constituída.

E a terceira posição que divergindo das outras duas teorias postas, vai defender que a figura do Estado só pode ser admitida quando da formação de uma sociedade política com

características bem definidas, o que só teria ocorrido a partir do século XVII com o surgimento dos estados modernos.

Mesmo dentro desta última corrente há dissenso em relação ao momento do surgimento, havendo quem defenda que o Estado teria surgido em meados do século XVI, outros que defendem que tal fato só teria ocorrido no século XVII, e ainda aqueles que defendem que a sua ocorrência teria se dado já no século XV, com os Estados italianos do período do “*quattrocento*”.

Em relação ao Estado Moderno, que seria na visão desta última corrente de pensamento, a única forma de organização com características próprias do Estado, ocorre grande divergência quanto ao local de suas origens, havendo quem assevere que tal estrutura teria surgido na Itália, que embora não estivesse unificada, constituía-se de “uma nação de nações que, na segunda metade do *quattrocento*, vivenciando uma espécie de pioneiro equilíbrio de poder entre os principais Estados” (FLORENZANO, 2007, p. 27).

Cabe esclarecer que na Itália renascentista não havia qualquer unidade política que levasse à formação de uma unidade nacional, o que nos leva a crer que tanto Maquiavel quanto outros autores da época, ao mencionarem o termo “Itália” não se referiam a uma unidade política que se assemelhasse a estrutura de um país ou algo do tipo, mas o faziam em um sentido retórico-cultural.

Na Itália o processo de formação do Estado Moderno teria apenas começado, mas não se efetivado, sendo abortado pela eclosão das guerras da Itália em 1494 e que resultou nos Tratados de Cateau Cambresis, que colocou fim à autonomia política a maioria dos Estados Italianos (FLORENZANO, 2007).

No plano linguístico-conceitual, foram os italianos os primeiros a utilizarem o termo Estado com a atribuição de significado moderno, tal qual o fazemos nos dias de hoje, no entanto o desenvolvimento completo da ideia e a sua materialização só ocorreu ou pelo menos em termos de registros históricos, na França e mais tarde na Inglaterra (FLORENZANO, 2007, p. 30).

Assim, tem-se que embora a ideia de Estado enquanto organização social e política remonta a antiguidade, o emprego do termo Estado como sinônimo de organização social e política, data do ano de 1513 com Maquiavel, que em sua celebre obra “O Príncipe” asseverou que: “Todos os Estados, os domínios todos que já houve e que ainda há sobre os homens, foram, e são repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 1996, p. 35-37).

Iniciado o processo de concepção do Estado na Itália, este vai se desenvolver por completo na França no século XVI, aonde surgirá a ideia moderna do que seja o Estado. Se

erigindo aí, uma forma de autoridade política superior dotada de um território definido e de uma nação, tendo-se, portanto, o ciclo completo de consolidação da unidade nacional, formando um Estado dotado de uma estrutura centralizada com fim específico de manter organizado o seu funcionamento e a sua coesão.

O conceito moderno de Estado vai ser aprimorado e construído a partir de pensamentos que floresceram mais tarde também na Inglaterra com as obras de Thomas Hobbes e Jean Bodin que, juntamente com Maquiavel, formam a corrente de pensamento pioneira responsável por cunhar o conceito de Estado Moderno.

Na Inglaterra o processo de unificação teve uma importante participação da religião visto que “foi o desencadeamento da Reforma, por Henrique VIII, nos primeiros anos da década de 1530, com a criação da Igreja Anglicana, que propiciou completar a obra de consolidação do poder monárquico” (FLORENZANO, 2007, p. 32).

Sobre a formação do Estado encontramos também na historiografia posições teóricas que acreditam que o Estado tenha se formado de forma natural sem que tal organização fosse voluntariamente arquitetada pelo homem. De outro lado tem-se também as correntes de pensamentos que vão dizer que o Estado se formou através do ato voluntário entre os homens que estabeleceram entre-se uma espécie de contrato social, as chamadas teorias contratualistas.

Há ainda aqueles que acreditam ter o Estado se formado a partir das condições materiais tendo a propriedade privada, o acúmulo de riquezas e a divisão da sociedade em classes levado ao surgimento do Estado.

Dentro da corrente contratualista podemos citar como um dos mais importantes autores Thomas Hobbes (1983. p. 419) que vai definir o Estado como um poder absoluto que está acima do indivíduo e que tem como função primordial a manutenção da paz entre os homens, contendo o chamado estado de natureza do ser humano que sempre tende as disputas e ao conflito.

Assim para Hobbes (1983. p. 419), o indivíduo através do contrato social abre mão de uma parte de suas liberdades, auto capacidade de defesa e auto conservação, para delega-los ao Estado, que passa a ser soberano e partir daí pode organizar a sociedade como lhe convier, evitando-se assim a guerra eterna. Na visão hobbesiana sem o Estado não haveria civilização, paz ou cidadania.

Se contrapondo a Hobbes, mas ainda dentro do espectro da teoria contratualista temos John Locke (1998), que acredita que no Estado de natureza o homem vivia em harmonia, visto que, a vida, a liberdade e os bens seriam direitos naturais do ser humano, reconhecendo,

no entanto, que no estado de natureza o homem estava sujeito a violação da propriedade o que gerava conflitos, sendo que para contornar esse problema foi preciso instituir um contrato social para que do estado de natureza o homem passasse para a sociedade civil, surgindo assim o Estado.

Para Locke (1998) o Estado, após a sua constituição, seria o dono do poder político tendo como fim a preservação e manutenção dos direitos naturais individuais preexistentes ao próprio Estado que sempre padeceria da legitimação. Esse é o pensamento que vai conformar toda a base de desenvolvimento do liberalismo ao longo do século XVII, trazendo o Estado como um instrumento de poder.

Dentro da corrente que concebe o Estado sob uma perspectiva materialista podemos citar como principais expoentes Engels e Marx (1993), para os quais o surgimento do Estado se deu com o nascimento da propriedade privada e com a divisão das classes sociais, atuando como instrumento de poder político para o domínio de uma classe sobre a outra.

Enquanto para os contratualistas o Estado teria surgido de uma espécie de acordo coletivo, Marx compreende o Estado como uma estrutura para que as classes dominantes mantivessem seu poder sobre as classes dominadas, através dos instrumentos de regulação e de poder.

[...] o poder político do Estado representativo moderno nada mais é do que um comitê para administrar os negócios comuns de toda a classe burguesa e foi através da emancipação da propriedade privada em relação à comunidade que o Estado adquiriu uma existência particular, ao lado e fora da sociedade civil; mas este Estado não é mais do que a forma de organização que os burgueses necessariamente adotam, tanto no interior como no exterior, para garantir recíproca de sua propriedade e de seus interesses (MARX, 1993).

Dentre as várias correntes que estudaram e estudam o surgimento e a organização do Estado, temos ainda aquelas que exploraram a carga axiológica atribuída ao conceito dentro de um viés fraco (em alguns casos sendo este viés sinônimo de algo negativo) e outras que exploraram um viés forte (em alguns casos com atribuições de significação positiva).

Os que trataram o Estado sob o viés forte (positivo), como Nobert Elias²⁰, asseveram que o Estado exerce um papel civilizador e, portanto, positivo, já os que exploraram o viés fraco como Michel Foucault²¹, Marx e Engels, trazem uma concepção negativa do Estado,

²⁰ Ver mais sobre as proposições de Noberte Elias sobre o surgimento do Estado como uma forma de civilização nas obras: ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

O processo civilizador: formação do Estado e civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

²¹ FOUCAULT, Michel. **A Microfísica do Poder**. Organização e Tradução, Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 22 ed. 2006.

concebendo-o como um instrumento de dominação que através de seus mecanismos (instituições) controla, coage e disciplina os indivíduos, que devem adequar seus comportamentos de acordo com o que é exigido pelo sistema.

Há ainda quem identifique a existência de duas orientações dominantes que perpassam as tradições de pensamento, uma que se baseia na noção de força e a outra que se baseia na natureza jurídica.

A primeira orientação que toma o conceito de Estado baseado na força, embora não ignore os aspectos jurídicos e políticos, compreende o Estado, sobretudo, como uma força que se impõe e através dela e de suas virtudes estabelece a disciplina jurídica, o que pode ser positivo ou negativo.

Para essa tradição de pensamento o Estado pode ser concebido de diferentes formas, mas, todas as formas vão estar relacionadas ao exercício do poder através da força, seja pela “força material invisível” conceituada por León Duguit²²; pela “unidade de dominação” descrita por Heller²³; pela “institucionalização do poder” da qual trata Burdeau²⁴; pelo “monopólio do poder” asseverado por Gurvitch²⁵, ou pelo “monopólio da força” que encontramos em Max Weber²⁶.

Como um dos principais representantes dessa corrente de pensamento Max Weber acredita que o Estado “é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Ele é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (WEBER, 1999, v. 2, p. 526).

O Estado seria na visão de Weber uma estrutura política detentora legítima do uso da violência, sendo esta uma característica específica do Estado, sem a qual este desapareceria assim “se só existissem estruturas sociais de que a violência estivesse ausente, o conceito de Estado teria também desaparecido [...]” (WEBER, 1999, v. 2, p. 150-18).

Dentro da mesma perspectiva teórica de vinculação do Estado ao exercício de poder e da força, mas, sob o enfoque de explicação da lógica que levou o surgimento o Estado, temos

²² DUGUIT, Léon. **Elementos do Estado**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito LTDA.

²³ HELLER, Hermann, **Teoria do Estado**. Trad. de Lyango G. da Motta. São Paulo: Edit. Mestre Jou, 1968.

²⁴ “A institucionalização do Poder é a operação jurídica pela qual o Poder político se transfere da pessoa dos governantes para uma entidade abstrata - o Estado”. Ver mais em: **POLÍTICA, CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 17, p. 45-52, nov. 2001.

²⁵ GURVITCH, Georges. **La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social**. Granada: Comares S.L., 2005.

²⁶ BIANCHI, Alvaro. **O CONCEITO DE ESTADO EM MAX WEBER**. Lua Nova, São Paulo, 92: 79-104, 2014.

Pierre Bourdieu (2016), que vai conceber o Estado como uma “ficção jurídica” construída pelos juristas através de um processo de acumulação de diferentes tipos de poder (capital) inclusive o capital simbólico²⁷ das palavras.

Para Bourdieu, (2016, p. 354) o Estado seria o resultado de um progressivo processo de concentração de diferentes espécies de capitais que vai resultar em um superpoder, ou seja, o Estado, com a seguinte cronologia:

O Estado se constrói concentrando primeiro em torno do rei — depois, é um pouco mais complicado — diferentes espécies de capital e cada uma delas. É esse duplo processo de concentração maciça de cada uma dessas espécies — poder físico, poder econômico etc. — e de concentração nas mesmas mãos das diferentes espécies — concentração e metaconcentração — que gera essa realidade absolutamente espantosa que é o Estado.

O Estado seria, portanto, uma circunstância na qual ocorre o acúmulo de poder nas mãos de determinada casta que a partir dessa concentração de poderes políticos vai estabelecer como a sociedade vai se estruturar e se comportar influenciando tanto no aspecto objetivo como subjetivo de tudo aquilo que se encontra nas fronteiras do Estado (BOURDIEU, 2016, p. 354).

Segundo Bourdieu (2016, p. 44) o Estado determina inclusive o que os homens irão pensar, como irão se comportar, como irão se organizar, enfim o Estado é uma circunstância na qual o indivíduo está totalmente imerso.

Em outras palavras, o que chamamos Estado, o que apontamos confusamente quando pensamos em Estado, é uma espécie de princípio da ordem pública, entendida não só em suas formas físicas evidentes, mas também em suas formas simbólicas inconscientes, e tudo indica que profundamente evidentes. Uma das funções mais gerais do Estado é a produção e a canonização das classificações sociais.

Na concepção do autor o Estado é pensado, sentido e vivido, mas a verdade que não se sabe ao certo o que ele é ou o que representa. Quando se pratica atos próprios da burocracia estatal como preencher um formulário, ou se executar uma ordem advinda de alguma autoridade se estaria vivendo se compreendendo o Estado, que ocuparia toda a nossa

²⁷ “Por capital simbólico entendo essa forma de capital que nasce da relação entre uma espécie qualquer de capital e agentes socializados de maneira a conhecer e reconhecer essa espécie de capital. O capital simbólico, como a palavra diz, situa-se na ordem do conhecimento e do reconhecimento. Para explicar, pego um exemplo simples que expus longamente nos anos anteriores: a força, assim como Pascal a analisa. A força age como tal, pelo constrangimento físico, mas também pela representação que aqueles que a sofrem têm dessa força; a força mais bruta e a mais brutal obtêm uma forma de reconhecimento que vai além da simples submissão ao efeito físico da força. Mesmo no caso mais extremo em que a espécie de capital é a mais próxima da lógica do mundo físico, não há efeito físico que não se acompanhe, no mundo humano, de um efeito simbólico” (BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: cursos no Collège de France 1989-1992. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.352).

existência, seja no aspecto objetivo, com a estrutura social a qual nos submetemos de forma institucionalizada, seja no subjetivo, pois cada um de nós inconscientemente seríamos homens de Estado, pois o pensamos e porque o temos na cabeça.

Nessa perspectiva o Estado imporia uma ordem simbólica tão forte que afetaria de forma completa todos os aspectos da vida do indivíduo, seja no campo objetivo ou subjetivo, fazendo com que tomemos como algo óbvio inúmeras práticas e instituições como se tivessem surgido naturalmente sem nos ater a sua historicidade.

Segundo Magalhães e Magalhães (2016, p. 125-146) o Estado Moderno foi planejado e construído com o objetivo de proteger os interesses da nobreza, do rei e da burguesia que em uma época marcada por revoltas e conflitos sociais e de rebeldia dos servos, necessitava, de um instrumento eficiente e forte o suficiente para tal finalidade.

Para tais autores a construção do Estado Moderno se baseou numa lógica uniformizadora e padronizadora de natureza binária de subalternização do diferente, em que todos aqueles considerados diferentes (mulçumano, judeu) foram expulsos dos territórios dos primeiros estados nacionais, tendo tal processo a finalidade da construção de uma identidade nacional daqueles considerados iguais, sendo tal sentimento de nacionalidade dotado de características narcisistas em que vigoraria a lógica da exclusão do outro considerado como divergente (MAGALHÃES, MAGALHÃES, 2016, p. 125-146).

Assim teria os aparelhos repressores aliados aos aparelhos ideológicos (instituições) as funções de estabelecer e manter o poderio do Estado, que como legítimo representante das classes dominantes deveria ser capaz de prover sofisticados aparatos de exclusão, uniformização e controle daqueles não adaptados aos interesses almejados, em um primeiro instante do rei, e das classes aristocráticas (absolutismo) progredindo para os interesses da burguesia e do capital (MAGALHÃES, MAGALHÃES, 2016, p. 125-146).

Já as teorias que concebem o Estado sob o aspecto da natureza jurídica embora não ignorem o aspecto da força dão primazia ao aspecto político, asseverando que todos os outros aspectos inclusive os materiais podem existir fora do Estado e “só se compreendem como componentes do Estado após sua integração de certa ordem jurídica”. O Estado é tido, portanto, como uma organização precipuamente de pessoas que passou ser uma corporação dotada de território (FACHIN, [si], p. 320).

Ao que se percebe não são poucas as teorias que ao longo da história se propuseram a tratar a questão do Estado, tendo-se as mais variadas compreensões sobre todos os seus aspectos, discussão que se alargou ainda mais a partir dos anos de 1970 -1980, com o

processo de globalização e as grandes diásporas motivadas pelos mais diversos motivos, seja pelas guerras, questões econômicas, fome entre outros.

Kenich Ohmae (1990), por exemplo, defende que o conceito de Estado Nação de concepção clássica, perdeu relevância com o processo de globalização, pois teria o mundo se tornado uma sociedade sem fronteiras e nesse cenário o “Estado-Nação” teria perdido a autonomia para realizarem políticas, devendo estes seguir as diretrizes impostas pelo sistema.

No entanto, Pereira (2007)²⁸, nos evidencia que na verdade tais concepções que destituem a importância do Estado Nação confundem as consequências da globalização com a perda de autonomia nacional, pois o “país que pretender concorrer, com êxito, em mercados altamente competitivos e altamente politizados como são os mercados internacionais, terá que ter uma nação coesa e Estado forte, capazes ambos, de formular uma estratégia nacional de desenvolvimento”.

Teria, portanto, na visão do autor, o processo de globalização com seu acirrado cenário de competição tornado ainda mais necessário e relevante o Estado Nação.

Em relação aos direitos humanos ocorreu uma grande transformação do papel do Estado ao longo da história, passando do modelo absolutista no qual as qualidades do Estado estavam diretamente ligadas às características do rei, para o modelo liberal em que a figura pública estatal passou a ser considerada inimiga da liberdade individual.

No modelo liberal em que a ideia de Estado mínimo foi levada às últimas consequências, acabou por conduzir o mundo à duas grandes guerras produzindo cenários de horror e de total desrespeito aos direitos humanos, com o império da crueldade e aquilo que Hannah Arendt denominou de “banalização do mal”²⁹.

As consequências geradas pela ausência do Estado na regulação das relações fez surgir a consciência de que o papel do Estado em relação aos direitos humanos deveria ser compreendido de forma mais ampla no sentido de este agir como um agente indutor e garantidor. E como indutor deveria o Estado implementar políticas públicas capazes de promover a conscientização social apta a criar uma cultura de respeito aos Direitos Humanos na sua máxima amplitude.

²⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser- **GLOBALIZAÇÃO E ESTADO-NAÇÃO**. Fundação Getúlio Vargas. TEXTO PARA DISCUSSÃO 160. ABRIL DE 2007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1976/TD160.pdf>> Acesso em 08 de mar. De 2020.

²⁹ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém — **Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia da Letras, 1999.

Como garantidor deveria o Estado, através de instrumentos jurídicos a serem implementados concretamente, garantir a todos, sem qualquer distinção ou condicionante, o respeito e preservação da sua dignidade, com todas as implicações axiológicas que este conceito carrega consigo.

Essa compreensão do Estado como Agente garantidor dos Direitos Humanos, embora seja hoje uma compreensão a qual poucos se atrevem se posicionar contra, ao menos no campo do discurso, é algo que precisa ser constantemente revisitado, haja vista que a implementação de tal concepção é algo muito distante da realidade, situação que fica muito evidente quando analisamos, por exemplo, a questão dos presídios brasileiros.

Não há qualquer dúvida que no modelo de sociedade que hoje vivemos, embora não se ignore o fato de que o Estado de fato represente e sirva como verdadeiro instrumento de dominação das elites, este se mostra como um elemento imprescindível para a afirmação e implementação concreta dos direitos humanos, seja no âmbito dos sistemas carcerários ou em qualquer outro seguimento social.

Assim, uma saída possível é estarmos constantemente, seja individualmente ou coletivamente, vigilantes e dispostos a buscar o estabelecimento de rumos em que tenhamos um Estado minimamente garantidor dos Direitos Humanos. Essa é uma responsabilidade a qual inexoravelmente exige de nós o exercício da cidadania e de vigilância constante dos preceitos democráticos os quais com muita luta conseguimos minimamente iniciar, mesmo que de forma bastante limitadas aqui no Brasil a partir de 1988.

II - AS REGRAS DE MANDELA, OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Adotadas pelo primeiro “Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes”, realizado em Genebra no ano de 1955, e posteriormente aprovada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977 as “*Regras Mínimas para o Tratamento de Presos*” são as exigências mínimas aceitáveis pela ONU para que se possa legalmente manter alguém preso.

No ano de 2015 a ONU fez uma ampla revisão das *Regras Mínimas para o Tratamento de Presos*, inserindo nestas uma ampla gama de normas de direitos humanos, com o intuito de ampliar o respeito à dignidade daqueles que estão submetidos ao cárcere, passando tais regras a serem denominadas de “As Regras de Mandela”.

A escolha do nome foi uma justa homenagem ao icônico líder negro Sul Africano que em sua luta contra o Apartheid³⁰ ficou preso de 1964 a 1990 se tornando, após a sua libertação, de 1994-1999, o primeiro presidente negro da África do Sul, sendo ainda o vencedor do prêmio Nobel da Paz em 1993, se tornando um símbolo da luta pela igualdade racial em todo o mundo (STENGEL, 2010).

As Regras de Mandela têm como objetivo o fornecimento para os Estados, de parâmetros mínimos a serem implementados para a reestruturação dos sistemas de execuções penais com vistas a promover o respeito aos direitos humanos dos presos.

A revisão realizada em 2015 abrangeu nove áreas temáticas sendo estas: direito à saúde; restrições, questões disciplinares como sanções ao preso; buscas nas celas de detenção; contato exterior; reclamações dos presos, investigações e inspeções (RAMOS, 2017, p. 220).

No ano de 2016 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou um documento com a versão traduzida das Regras de Mandela. Na apresentação deste documento envida-se um discurso que reconhece inúmeros problemas existentes no sistema de execução penal brasileiro, constituindo-se tal documento em um verdadeiro manifesto de reconhecimento do estado brasileiro como violador sistemático dos direitos humanos das pessoas em situação de cárcere.

Assume o CNJ, ser o Brasil um “Estado que viola de forma sistemática os direitos humanos” e que embora o governo brasileiro tenha participado ativamente na elaboração e

³⁰ Indicamos a leitura da obra de: PEREIRA, AD. **Apartheid: apogeu e crise do regime racista na África do Sul.** (1948-1994).

aprovação das Regras de Mandela e serem estas compostas por instrumentos de direitos humanos vigentes no país, não houve qualquer iniciativa no sentido de construção de políticas públicas com vistas a implementá-las.

O documento produzido pela ONU que contém as Regras de Mandela se estrutura basicamente em três partes, sendo que a primeira parte é uma introdução que retoma através de "considerados", inúmeras legislações internacionais de direitos humanos, demonstrando assim logo de início a sua vocação de buscar junto aos Estados a implementação de novas práticas dentro dos sistemas de execuções penais no sentido de que se garanta o respeito à dignidade do indivíduo.

A Assembléia Geral, Guiada pelos propósitos principais das Nações Unidas, proclamados no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal de Direitos Humanos, e inspirada na determinação de reafirmar a crença nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, sem distinção de qualquer tipo, e nos direitos iguais dos homens e das mulheres e de nações grandes e pequenas, para estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações advindas de tratados e outras fontes de direito internacional possam ser observadas e para promover o progresso social e melhorar os padrões de vida com maior liberdade (BRASIL, CNJ, 2016).

A segunda parte do documento é constituída de observações preliminares as quais estabelecem a abrangência objetivada pelas Nações Unidas com as Regras de Mandela.

As duas primeiras observações preliminares deixam claro que não se pretende descrever um modelo de sistema prisional, mas tão somente estabelecer “bons princípios e boas práticas no tratamento dos presos e na gestão prisional, reconhecendo, no entanto, as particularidades de cada nação e de cada sistema penal” (BRASIL, CNJ, 2016).

Observação preliminar 1

As seguintes Regras não pretendem descrever em detalhes um modelo de sistema prisional. Elas buscam somente, com base no consenso geral do pensamento contemporâneo e nos elementos essenciais dos mais adequados sistemas de hoje, estabelecer os bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional.

Observação preliminar 2.

1. Tendo em vista a grande variedade das condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no mundo, é evidente que nem todas as regras podem ser sempre aplicadas em todos os lugares. Devem, entretanto, servir como estímulo para o constante empenho na superação das dificuldades práticas que se opõem a sua aplicação, na certeza de que representam, em seu conjunto, as condições mínimas aceitáveis pelas Nações Unidas (BRASIL, CNJ, 2016. p. 18).

Embora as primeiras observações preliminares, supra descritas, em princípio pareçam relativizar a força normativa das Regras de Mandela, estas devem ser lidas na sua completude, visto que no item 2 da segunda observação preliminar retoma a imposição normativa dos

objetivos almejados pela ONU, ou seja, de que os Estados que aceitarem as Regras de Mandela as tomem com a força jurídica necessária para a sua efetiva implementação.

As observações preliminares 3, 4 e 5 vão tratar sobre a estruturação do documento da ONU especificando e determinando quais tipos de presos são os destinatários das normas ali contidas.

Observação preliminar 3

1. A primeira parte das Regras trata da administração geral dos estabelecimentos prisionais e aplica-se a todas as categorias de presos, criminais ou civis, em prisão preventiva ou condenados, inclusive os que estejam em medidas de segurança ou medidas corretivas ordenadas pelo juiz. 2. A segunda parte contém regras aplicáveis somente às categorias especiais tratadas em cada Seção. Contudo, as regras na Seção A, aplicáveis a presos condenados, devem ser igualmente aplicadas às categorias de presos tratadas nas Seções B, C e D, desde que não conflitem com as regras que regem essas categorias e condicionadas a serem melhores para tais presos (BRASIL, CNJ, 2016. p. 18).

A terceira parte do documento traz de forma específica as regras a serem aplicadas pelos Estados no âmbito dos sistemas de execuções penais, sendo composta por 122 regras estando subdividida em duas partes, uma primeira com as regras de aplicação geral, destinadas a toda e qualquer pessoa presa e uma segunda parte composta por regras aplicáveis a categorias especiais de presos.

O capítulo que trata das regras de aplicação geral foi dividido em temas, o que possibilita uma leitura mais didática e uma compreensão organizada do texto, sendo que cada tema trata de forma detalhada e bastante prática as diretrizes a serem implementadas dentro dos presídios.

O primeiro tema traz regras que dizem respeito aos princípios básicos, com conteúdo que traça um panorama bastante amplo e abrangente expondo aspectos fundamentais e os próprios objetivos almejados pelo documento produzido pelas Nações Unidas.

Acentua-se nesta parte inicial de forma extremamente forte, princípios como respeito e dignidade, além de se explicitar a proibição, em qualquer circunstância, da tortura ou de tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes, reconhecendo ainda a responsabilidade do Estado em relação a todos aqueles que de algum modo estão no sistema carcerário, sejam as pessoas que ali estejam presas, visitantes ou funcionários.

Regra 1 Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada (BRASIL, CNJ, 2016. p. 19).

Estabelece-se ainda nesta parte do documento os objetivos os quais devem se prestar as sentenças que levam ao encarceramento, deixando claro que muito mais do que uma finalidade punitiva as sanções penais devem objetivar ganhos sociais e a pacificação reduzindo a criminalidade.

Para que os objetivos estipulados pela ONU se cumpram, as Regras de Mandela trouxeram diretrizes que demandam dos Estados um compromisso de instituição de políticas públicas que possibilitem uma estrutura que seja capaz de promover a aqueles que estão presos uma série de direitos e acessos, capazes de leva-los a se reintegrarem de forma digna na sociedade, esses objetivos são expressos de maneira muito clara na Regra 4 que assim estabelece:

Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos (BRASIL, CNJ, 2016. p. 19).

O segundo tema tratado no capítulo que dispõe sobre as regras gerais, relaciona-se as questões dos registros dos presos nos sistemas prisionais, havendo aqui uma série de diretrizes que visam documentar a entrada, estadia e saída dos presos, em um sistema confidencial e seguro, não sujeito a alterações e transparente o suficiente para ser auditado internamente e externamente.

Essa medida embora pareça simples, garante que nenhuma pessoa seja presa de forma clandestina e mais, garante também que ninguém fique preso além do que está estabelecido em sua sentença. Esse sistema se implementado no Brasil, poderia impedir que esquecimentos de pessoas dentro de presídios, largados a própria sorte sem qualquer assistência jurídica, ocorresse.

A solução trazida baseia-se na criação de um banco de dados com informações que possibilitem saber toda a situação do recluso, evitando-se assim a entrada ilegal de pessoas no sistema carcerário, permanência indevida de pessoas que por algum motivo não mais deveriam estar presas, até a geração de relatórios que poderiam subsidiar estudos e direcionamento de políticas de segurança pública.

Os temas seguintes trazem regras que estabelecem a necessidade de separação dos presos em categorias, sobre as acomodações dentro dos presídios, sobre o acesso a

alimentação, sobre a necessidade de os presos fazerem exercícios e esportes e sobre o acesso aos serviços de saúde, sendo direcionadas no sentido de preservação da individualidade e dignidade de cada pessoa que ali está.

Justamente por buscar a preservação da dignidade dos presos há a recomendação expressa para que estes sejam divididos em categorias levando-se em consideração o sexo, idade, antecedentes criminais, razões da detenção e necessidades especiais de tratamento, recomendando-se ainda que cada cela não seja ocupada por mais de um preso e no caso da necessidade se colocar dois presos no mesmo local, que seja sob vigilância ostensiva e constante, devendo sempre ser observadas as boas condições de salubridade dos locais.

Sobre a alimentação diz a regra 22 que:

Regra 22

1. Todo preso deve receber da administração prisional, em horários regulares, alimento com valor nutricional adequado à sua saúde e resistência, de qualidade, bem preparada e bem servida.
2. Todo preso deve ter acesso a água potável sempre que necessitar. (BRASIL, CNJ, 2016, p. 23).

Sobre o desporto recomenda a ONU que todos os presos devem ter pelo menos uma hora diária de exercícios ao ar livre e que os que tenham condições físicas devem receber treinamento adequado com equipamentos e instalações próprias a esse fim.

Em relação aos serviços de saúde as Regras de Mandela estabelecem uma vasta relação de diretrizes a serem implementadas pelo Estado com o objetivo de garantir que aos presos seja garantido acesso a serviços médicos, hospitalares e ambulatoriais.

No rol de diretrizes relacionadas à saúde há o reconhecimento do direito da mulher de ter o acompanhamento pré-natal e pós-parto, devendo ser observado todos os direitos da criança recém-nascida, devendo ser ambos, mãe e filho, cuidadosamente acompanhados por equipe multiprofissional que lhes dêem toda a assistência necessária.

Não há dúvidas que as Regras de Mandela representam um enorme avanço na preservação da dignidade daqueles que estão presos e com diretrizes de ordem prática, aponta-se inúmeras soluções concretas para que os Estados possam implementar, com promissor potencial de se reestabelecer a observância dos direitos humanos no âmbito carcerário.

As Regras de Mandela também tratam da disciplina estabelecendo as condições a serem observadas para se aplicar sanções ou restrições à pessoa do preso, preponderando que ao recluso deve ser dada com primazia a oportunidade de ter uma vida comunitária com os demais detentos, desde que isso não comprometa a segurança do próprio preso e dos demais.

Aqui vale ponderar que no Brasil essa diretriz, caso fosse implementada, representaria um avanço significativo na garantia dos direitos processuais dos presos, visto que hoje as punições dentro dos estabelecimentos prisionais são realizadas de acordo com a vontade dos diretores, não havendo um instrumento jurídico que preserve as garantias processuais do reeducando, o que obviamente potencializa de forma exacerbada o poder dos diretores das unidades prisionais que se tornam verdadeiros “reis” dentro daqueles espaços³¹.

Hoje o procedimento para que se possa aplicar uma punição ao preso é feito no âmbito administrativo, sendo a comissão processante geralmente composta por agentes penitenciários que na maioria das vezes são os maiores interessados na punição daquele que está sendo julgado, o que obviamente gera um procedimento desvirtuado e sem qualquer chance de defesa para o reeducando.

Por isso se mostra de fundamental importância a disposição contida nas Regras de Mandela, que estabelece que o preso assim como qualquer outro cidadão só deverá ser punido com base em exposto dispositivo legal, devendo ainda ser lhe garantido todos os direitos fundamentais de ampla defesa e contraditório e todos os direitos inerentes ao devido processo legal.

Além da preservação das garantias processuais, a regra 43, estabelece a proibição de qualquer tipo de tratamento, restrição ou punição com tortura ou tratamento cruel, desumano, degradante ou vexatório, proibindo ainda as punições coletivas, prática que na maioria das vezes serve como instrumento de simples afirmação de poder e domínio dos agentes sobre os presos, não havendo ali necessariamente uma vinculação entre a punição e a existência de um delito.

A regra 43 traz um rol exemplificativo de situações que o Estado deverá coibir, no âmbito prisional estabelecendo que:

1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas:
 - (a) Confinamento solitário indefinido;
 - (b) Confinamento solitário prolongado;
 - (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada;
 - (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso;
 - (e) Castigos coletivos (BRASIL, CNJ, 2016. p. 23).

³¹ Tal afirmativa se baseia nas experiências práticas da advocacia em atuação em Processos Disciplinares que ocorrem dentro das unidades prisionais quando o detento comete alguma transgressão disciplinar. A experiência prática demonstra que não qualquer respeito às garantias processuais nesses procedimentos, ficando o preso refém da vontade de uma comissão que é formada exclusivamente por agentes internos do presídio que na maioria das vezes tem interesse direto na acusação.

Outro tema de fundamental importância que é tratado nas Regras de Mandela diz respeito às revistas íntimas e inspeção das celas, estabelecendo que estas devam ser “conduzidas respeitando-se a inerente dignidade humana e privacidade do indivíduo sob inspeção, assim como os princípios da proporcionalidade, legalidade e necessidade” (BRASIL, CNJ, 2016, p. 23).

Vejam os tais preceitos foram trazidos justamente para coibir abusos que podem resultar em punições ou mesmo em situações de imputação injusta de crimes ou infrações. Aqui se tem uma garantia que alcança tanto o preso como o agente público que vai fazer a inspeção, uma vez que o procedimento deverá ser realizado de forma supervisionada.

Outro ponto de fundamental importância tratado pelas Regras de Mandela é sobre o direito de informação e da assistência jurídica ao preso, que deverá receber todas as informações necessárias à sua convivência no ambiente carcerário devendo lhe ser proporcionado ainda o direito de petição e de estar com o advogado de sua confiança, devendo ser garantido a aqueles que não podem pagar a assistência jurídica gratuita.

Essa é uma regra que tem como finalidade garantir ao preso o contato com o mundo externo, proporcionar ao mesmo o acesso às autoridades, podendo peticionar ou mesmo levar ao conhecimento destas e de órgãos de imprensa fatos e situações ocorridas que por ventura ensejaram na degradação de sua dignidade. Tem ainda tal disposição o condão de garantir que ao preso seja possibilitada assistência jurídica que por si só já representaria um enorme avanço, haja vista que hoje nos presídios brasileiros o serviço de assistência jurídica é praticamente inexistente.

Um dos grandes motivos de reclamações existentes hoje nos complexos penitenciários relaciona-se a questão das visitas, que na sua quase totalidade é precedida de procedimentos vexatórios e constrangedores, o que acaba punindo também aqueles que nada tiveram haver com crime cometido pelo preso, situação que não raramente acaba sendo uma grande barreira para a visita, o que por vezes gera ao preso uma situação de completa solidão e abandono.

Atenta a essa situação as Regras de Mandela estabelece critérios para que as visitas aos presos aconteçam, estabelecendo que o direito de visita deva ser respeitado devendo ser adotados procedimentos de revista que não constriam ou viole a dignidade das pessoas, não devendo ser realizadas revistas íntimas em crianças.

Neste ponto é de ressaltar que as diretrizes estabelecidas não foram delineadas de forma prática, o que pode resultar em uma disposição sem efeitos, haja vista que dependerá da interpretação daqueles que administram o estabelecimento penal, ou seja, nada muito diferente do que já ocorre atualmente.

Além das previsões acima mencionadas as Regras de Mandela trouxe diretrizes quanto ao direito de lazer e de exercício da religiosidade e espiritualidade dos presos, estabelecendo ainda a obrigatoriedade de disponibilização de ensino técnico, regular e de alfabetização para aqueles que queiram estudar.

As diretrizes acima, além de terem a função de preenchimento do cotidiano do reeducando visa dar ao mesmo, melhores condições de se reinserir no mercado de trabalho, quando de sua saída do sistema penitenciário o que ululantemente impacta nas taxas de reincidência e de retorno.

No caso de morte ou desaparecimento deverá ser imediatamente tal situação ser comunicada às autoridades judiciais e aos familiares, devendo ser instaurada investigação para apuração dos fatos com a devida responsabilização, devendo em caso de óbito ser providenciado o funeral com respeito e dignidade.

Tratam ainda, as Regras de Mandela sobre a questão da remoção de preso, que deverá ser feita em condições adequadas devendo-se evitar ao máximo à exposição dos detentos a curiosos ou populares que possa lhes colocar em situação vexatória, devendo os veículos que de transporte do ter iluminação e ventilação adequada, além de oferecerem adequada segurança tanto aos presos quanto aos funcionários.

Essa diretriz se aplicada em nossos presídios poderia, por exemplo, evitar situações dos chamados “latões” que são caminhões baú todo fechado de metal e totalmente insalubre aonde os presos são transportados e que ocasiona inúmeras mortes e extremo sofrimento aos detentos, existindo no estado de São Paulo até a chamada “linhão da morte”, em que os presos chegam a percorrer 600 quilômetros dentro de caminhões como estes.

Com essa diretriz seria evitado ainda casos como o de Altamira no Pará, em 30 de julho de 2019, quando 04 presos foram mortos dentro de um caminhão cela, quando eram transferidos algemados juntamente com mais 26 detentos de uma facção rival para o presídio de Belém.

Todas as diretrizes até aqui mencionadas constituem a primeira parte das Regras de Mandela, sendo estas aplicáveis de maneira geral a todo e qualquer preso de forma indistinta.

Todas essas regras de caráter gerais estabelecidas pela ONU se implementadas teriam o condão de buscar junto aos Estados, o estabelecimento de diretrizes capazes de transformar a realidade dos sistemas de execução penal, nos sentido de respeito aos direitos humanos, produzindo assim efeitos positivos, tanto do ponto de vista pessoal daqueles que estão submetidos à prisão quanto do ponto de vista social, fazendo com que a sentença penal condenatória cumprisse de fato o papel de redução da criminalidade e de reinserção social.

A seção II das Regras de Mandela de forma complementar à seção I traz diretrizes aplicáveis a categorias especiais de presos, ou seja, de acordo com status de cada preso deverá ser aplicada as regras a ele correspondente, considerando-se as condições pessoais de cada preso.

A dinâmica de redação seguiu a mesma lógica da primeira parte, ou seja, dividiu-se o conteúdo em temas atribuindo-se a cada um desses temas um conjunto de regras.

O primeiro tema da seção II trata sobre os presos já sentenciados, ou seja, que já tenham uma condenação transitada em julgado, lembrando que nas Regras de Mandela há uma preocupação de se fazer uma distinção clara entre o preso que já está condenado daquele que ainda não sofreu uma condenação, buscando preservar ao máximo a presunção de inocência deste último.

Dentre os principais pilares de justificação das Regras de Mandela uma das mais importantes é a preocupação em reduzir a reincidência criminal, motivo pelo qual foram inseridas várias diretrizes que têm como objetivo a assistência social ao preso, depois que este deixar o sistema penitenciário.

Vejamos que essa é uma proposta de fundamental importância, pois grande parte dos detentos ao sair da cadeia não tem qualquer tipo de estrutura, seja familiar ou estatal, que os receba, sem falar que passam a carregar uma marca de verdadeiro estigma que dificulta ainda mais a sua reinserção social, o que acaba os levando a reincidência criminosa.

Essa é uma diretriz que precisava ser urgentemente implementada, com a reestruturação total dos serviços de assistência social dos sistemas de execução penal, que hoje basicamente é composto por um assistente social, que atende todo o presídio de forma isolada sem acesso a qualquer tipo de estrutura e apoio que possa auxiliá-lo na tarefa de proporcionar ao reeducando uma reinserção social adequada.

Hoje na prática o que acontece é que quando o indivíduo cumpre a sua pena e é solto, este é completamente abandonado pelo Estado que não tem qualquer preocupação como se dará o processo de sua readaptação social, os serviços de assistência social conforme já mencionado acima, basicamente são inexistentes para aqueles que saem dos muros prisionais, sendo extremamente precários até mesmo para os internos.

A impressão que passa quando analisamos essa questão da assistência social, seja para os internos ou para os egressos dos sistemas carcerários é de que hoje o Estado brasileiro não se vê com qualquer obrigação social para com aqueles que estão sob sua custódia, dando a nítida sensação que o que se faz ali é nada mais do que uma espécie de favor a aqueles que estão presos.

Toda essa situação reforça de forma muito clara que a questão das mazelas existentes no sistema de execução penal brasileiro não é, e nunca foi uma preocupação do nosso Estado, pois cadeia é coisa de pobre, preto e favelado, nunca foram para as elites, e por isso mesmo essa é uma questão marginalizada que jamais ensejou em investimentos e políticas públicas adequadas, sempre estando a reboque de soluções midiáticas de curtíssimo alcance e de efeitos resolutivos quase nulos.

Conforme vimos acima as Regras de Mandela constitui-se de um documento de ordem prática de diretrizes a serem implementadas nos sistemas de execução penal, que exige dos Estados um compromisso de observância inafastável dos Direitos Humanos.

No caso do Brasil a implementação de tais diretrizes exigiria uma completa reestruturação do nosso sistema penal e de execução penal, ensejando em investimentos e em uma completa mudança de postura do Estado, que teria que passar a atuar verdadeiramente como Estado garantidor, implementando políticas públicas de natureza perene e de amplo alcance, o que poderia gerar um significativo avanço para a questão da execução penal em nosso país.

2.1 A força normativa das Regras de Mandela no ordenamento jurídico brasileiro

Em se tratando da Organização das Nações Unidas, as únicas normas que têm caráter obrigatório as quais os Estados membros têm a obrigação cumprir, são aquelas emanadas pelo Conselho de Segurança, poder que é atribuído pelo artigo 25 da Carta da ONU, o qual estabelece que: "Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta" (BRASIL, ONU, 1945).

Além das decisões do Conselho de Segurança, são também obrigatórias as normas oriundas das resoluções que tratam das questões internas da ONU, sendo todas as outras decisões dos demais órgãos das Nações Unidas, meras *recomendações*, as quais não há obrigatoriedade de cumprimento pelos Estados Membros (BRASIL, ONU, 1945).

Entretanto, o disposto no parágrafo anterior não é unanimidade na doutrina do direito internacional, existindo uma grande discussão se as normas que o compõe, são todas de natureza dispositiva (não obrigatória) ou se há algumas normas que são de natureza imperativa (obrigatórias).

Os que defendem, como por exemplo, Dionisio Anzilotti (1955)³², serem todas as normas do direito internacional apenas dispositivas, o fazem sob a justificativa de serem estas fruto da disposição de vontade dos Estados, que podem a qualquer tempo acordarem em não observá-las ou mesmo modificá-las.

Mello³³ (1972, 56) defende, no entanto que essa é uma discussão que não tem importância, asseverando tal autor que “toda e qualquer norma jurídica imperativa ou dispositiva é revogável”, sendo que a diferença entre os dois tipos de norma é que as imperativas só podem ser revogadas pelo mesmo processo que as criou, ou previsto, quando elaboradas, ou seja, por um procedimento especial, enquanto as normas dispositivas poderiam ser revogadas sem a observância de tais formalidades.

A diferença significativa estaria na verdade em relação às normas *jus cogens*, às quais não comportariam derrogação por serem “na prática irrevogáveis devido ao fato de elas serem universais”, resultando na nulidade de que qualquer outra norma que pretenda a nulidade de uma norma ‘*jus cogen*’ (MELLO, 1972, p. 57).

Segundo Mazzuoli (2015. p. 173), atualmente no direito internacional, fala-se na existência de três tipos de normas ou obrigações as: “*jus cogens*” “*erga omnes*”, e as “*soft law*”.

As normas *jus cogens* têm natureza imperativa e geral, a qual nenhuma derrogação é possível, a não ser por outra posterior da mesma natureza, conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que assim dispõe:

Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (BRASIL, 2009).

As normas *jus cogens*, da forma como ficou estabelecido pela Convenção de Viena, ocupam a mais alta posição hierárquica normativa no Direito Internacional, vinculando de forma extremamente forte as partes, não sendo possível qualquer descumprimento ou alteração no status obrigacional contraído.

Dentro desse quadro, as normas *jus cogens* passam a ser universais e superiores a quaisquer tratados ou costumes internacionais, estando no ápice da hierarquia das normas da

³² ANZILOTTI, Dionisio. Corso di diritto internazionale. 1955. V. 1, p. 90-91.

³³ MELLO, Celso d. de Albuquerque. A NORMA INTERNACIONAL. Fundação Getúlio Vargas, R. Cio pol., Rio de Janeiro, 6 (1): 51-64, jan./mar. 1972.

sociedade internacional, funcionando como limitadores da autonomia da vontade dos entes soberanos na esfera internacional com vistas a assegurar a ordem pública mundial. (MAZZUOLI, 2015, p. 180).

Já as obrigações *erga omnes*, foram conceituadas pela primeira vez no caso que ficou internacionalmente conhecido como “Barcelona Traction, light and power company limited” no qual os juízes da corte internacional identificaram lateralmente uma nova categoria de obrigações internacionais, que foram denominadas de “*erga omnes*” – o que significa que a responsabilidade dos Estados de promover e proteger os valores e interesses básicos comuns da comunidade internacional independe de previsão convencional e podem ser exigidas por todos.

Há uma aproximação entre a obrigações *erga omnes* e as obrigações *jus cogens*, “porém, ainda que as obrigações “*erga omnes*” abrangam o mesmo plano espacial que as normas *jus cogens*, estas se diferem, por serem imperativas e inderrogáveis” (MAZZUOLI, 2015, p. 176).

As obrigações *soft law*, ou *droit doux* (direito flexível), em contraponto ao conhecido sistema da *hard law* ou *droit dur* (direito rígido) tem como característica principal a flexibilidade (à diferença das obrigações *erga omnes* e das normas de *jus cogens*, cujos comandos são em tudo rígidos) (MAZZUOLI, 2015, p. 173).

As normas ou arranjos de natureza *soft law*, não trazem consigo uma obrigatoriedade rígida de seu cumprimento, funcionando mais como um documento de intenções a ser apreciado pelo destinatário, que poderá cumpri-lo ou não. São normas que embora possam estar positivadas em instrumentos jurídicos, estes não têm o condão de instituir qualquer obrigação de direito positivo aos Estados, embora possam ser compreendidos como documentos que expressem as intenções e posições daquele ente sobre o tema.

Como não há ainda uma conceituação clara sobre as especificidades das disposições de natureza *soft Law*, tais obrigações ocupam uma zona turva na esfera do direito internacional, não se tendo uma distinção clara da força vinculativa desses arranjos normativos, visto que embora classicamente a doutrina as caracterize como não geradoras de obrigatoriedade, atualmente esse entendimento não é pacífico e vem cada vez mais sofrendo críticas.

Inúmeras são as indagações que emergem de tais construções normativas, pois se de um lado têm aparência de serem dotadas de força jurídica e, portanto, vinculativa, de outro lado não raro são as situações em que o seu descumprimento acaba não gerando maiores responsabilização aos Estados.

Em relação às Regras de Mandela, embora grande parte da doutrina de direito internacional às considerem como normas de natureza *soft law*, este não é um entendimento pacífico em relação à sua aplicabilidade no Brasil, vez que conforme está posto no próprio documento produzido pelo CNJ, publicado em 2016 que traz a versão traduzida das Regras de Mandela, a revisão promovida pela ONU levou em consideração:

Instrumentos internacionais vigentes no país, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Regras de Mandela (BRASIL, CNJ, 2016).

Seriam as Regras de Mandela, portanto baseadas em documentos de direito internacional vigentes que tratam sobre a proteção dos direitos humanos, o que para uma parte da doutrina geraria um efeito vinculante, em razão da força *jus cogens* da matéria destes documentos (ACHIAMÉ, 2018, p. 32).

Argumenta-se que por ser a matéria constituidora das Regras de Mandela de natureza *jus cogens*, estas sobreporiam a vontade dos Estados, que então seriam obrigados a assumirem tais regras como sendo obrigatórias, podendo ser inclusive invocadas no plano interno como fundamento de pretensões e decisões judiciais (ACHIAMÉ, 2018, p. 32).

Essa posição progressista que atribui força *jus cogens* as Regras de Mandela ainda é bastante incipiente no âmbito do Direito Internacional, não havendo casos em que o seu descumprimento tenha gerado qualquer tipo de punição.

No Brasil, entretanto, verifica-se que, embora em casos isolados, as Regras de Mandela já serviram como fundamento para algumas decisões judiciais como, por exemplo, na decisão do Ministro Rogério Schietti Cruz em 2016, que se baseando na regra 91, concedeu medida liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo em Execução nº. 7004836- 44.2014.8.26.0344, mantendo o paciente sob livramento condicional, conforme se verifica na decisão abaixo colacionada.

Aliás, de acordo com a Regra 91 do novo quadro de normas editado pela Assembleia Geral da ONU em 2015 – e amplamente divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça - o tratamento de presos sentenciados ao encarceramento ou a medida similar deve ter como propósito, até onde a sentença permitir criar nos presos a vontade de levar uma vida de acordo com a lei e autossuficiente após sua soltura e capacitá-los a isso, além de desenvolver seu senso de responsabilidade e auto-respeito Guiado por essa bússola, permito-me desprestigiar as razões outrora também por mim acolhidas – que levaram a Corte bandeirante a cassar a decisão que concedeu ao paciente o seu livramento condicional. Não posso permanecer insensível à situação daquele que, depois de anos segregado a vida em sociedade, convivendo, por seus graves erros, com as mazelas do confinamento, não apenas apresenta bom comportamento carcerário e condições subjetivas reconhecidas em

avaliações social e psicológica, mas, ao deixar provisoriamente os limites impostos pelas grades e enfrentar as barreiras impostas para a superação dos deslizamentos e no emprego lícito, com registro em sua carteira de trabalho, buscando, agora, a retidão em sua conduta. À vista do exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo em Execução n. 7004836-44.20148.26.0344 e manter o paciente sob livramento condicional, nos termos em que tal benesse lhe foi concedida pelo Juízo das Execuções Criminais, até o julgamento final deste writ. [...] (BRASIL, 2016, p. 3).

Além de decisões judiciais que aplicaram as Regras de Mandela reconhecendo a força destas no ordenamento jurídico brasileiro, temos a edição da Resolução de 23 de novembro de 2016 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, tendo como base as Regras de Mandela, determinou que o Estado brasileiro devesse dar fim à toda e qualquer violação de direitos humanos que estavam ocorrendo no complexo prisional de Curado que fica no Estado de Pernambuco.

Tem-se ainda neste contexto a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 31 de agosto de 2017, na qual, solicitou ao Brasil que adotasse de imediato, as medidas necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, bem como de qualquer pessoa que se encontrasse naquele estabelecimento, localizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro.

Todas essas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que impuseram ao Brasil a obrigação de respeitar os direitos humanos das pessoas naquelas unidades prisionais tiveram como base as Regras de Mandela em conjunto com a Súmula Vinculante nº 56³⁴ do Supremo Tribunal Federal (STF), fazendo tais resoluções, menção direta e expressa das regras: 11, 50, 51, 52 e 60, que deveriam ser imediatamente implementadas pelo Estado Brasileiro (BRASIL, 2016).

Os exemplos acima nos mostram que a classificação das obrigações originadas das Regras de Mandela como apenas meras recomendações sem qualquer vinculação ao Estado brasileiro, atualmente não se mostra adequada, visto que embora não sejam de fato cumpridas no cotidiano, vêm paulatinamente influenciando tomadas de decisões que têm o potencial de gerar impactos significativos em nosso ordenamento jurídico.

Junta-se ainda o fato de tais Regras tratarem de direitos humanos que a Constituição de 1988, consagrou como estruturantes fundamentais da República, o que conduz inexoravelmente à conclusão de que as Regras de Mandela podem gerar efeitos de caráter

³⁴ Diz a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF): “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (BRASIL, 2019).

vinculativo e obrigatórios dentro do ordenamento jurídico nacional, tendo em vista que os seus princípios estão em plena consonância com os princípios constitucionais.

2.2. As influências dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Ao longo de sua história o Brasil ratificou inúmeros tratados internacionais envolvendo os mais variados assuntos, entretanto alguns destes têm conteúdo de direitos humanos e, portanto, são dotados de significativa importância influenciando assim inúmeros aspectos de nossa sociedade e estrutura jurídica.

Nessa perspectiva, os tratados assinados pelo Estado brasileiro influenciam ou pelo menos deveriam influenciar o nosso ordenamento jurídico interno, inclusive no que diz respeito ao conteúdo normativo de natureza penal, situação que nos obriga a conhecer de forma mais aprofundada os principais tratados de direito internacional em matéria penal, assinados pelo Brasil e os impactos destes em nossa estrutura jurídica.

Sem a pretensão de esgotarmos o assunto, almeja-se conhecer como se dá o processo de ratificação dos tratados internacionais pelo Brasil para compreender quais as suas consequências dentro de nosso ordenamento jurídico, sobretudo nas questões envolvendo a execução penal.

A nossa Constituição no inciso VIII do artigo 84 estabelece que seja de competência privativa do Presidente da República “Celebrar tratados convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Podendo nos termos do Parágrafo Único do mesmo artigo 84, tal atribuição ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações (BRASIL, 1988).

Depreende-se do conteúdo do texto constitucional que, não obstante ser uma competência privativa do executivo, na ratificação de tratados internacionais é necessária também a anuência do poder legislativo para que os tratados ingressem com força normativa em nosso sistema jurídico (SILVA, 2002, p. 57-59).

De forma bastante simplista e generalista podemos dizer que o procedimento de ratificação de um tratado internacional acontece seguindo as fases de negociação, assinatura, aprovação, ratificação, promulgação e publicação.

O processo para formação do tratado tem início com as negociações preliminares em que são definidos todos os termos e compromissos a serem avençados, sendo comum nessa fase o envio de um representante do Presidente da República, o qual portará uma Carta com

Plenos Poderes, emitida e assinada pelo Presidente, devendo o representante observar os limites contidos na Carta, sob pena de violação de princípio básico previstos na Convenção de Viena que é o da vontade (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 7).

Nesta primeira fase vai ser elaborado um texto final com o conteúdo do tratado, que conforme prevêm os artigos 9 e 10 da Convenção de Viena, deverá ter a autenticidade reconhecida e adoção aprovada, numa votação que alcance a maioria qualificada de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se pela mesma maioria qualificada se decidir por critério diverso, podendo ser exigido, a depender da matéria, a unanimidade. (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigos 9 e 10).

Encerrada a fase de negociação ocorrerá a celebração, com a assinatura do Presidente da República ou por aquele o qual foi delegada tal função, podendo ainda o consentimento ser expresso através da ratificação ou adesão, ou mesmo outra forma a depender do disposto no instrumento do tratado (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigos 14 e 15).

No Brasil é de praxe que antes da assinatura de consentimento do tratado, ocorra a chamada “adoção do texto do tratado”, que é a submissão do texto a consultoria jurídica do Itamaraty, que vai analisar os seus aspectos jurídicos, visando a conformidade constitucional. Além disso, é de praxe ainda que a Divisão de Atos Internacionais (DAI) faça a análise do texto quanto aos aspectos processuais, e somente depois é que o texto receberá a assinatura por parte do Estado brasileiro.

Com a assinatura encerra-se a fase de negociação e se expressa o consentimento do Estado em aderir com o todo pactuado, ficando, deste instante em diante proibidas quaisquer alterações no texto do acordo firmado, restando, no entanto, a possibilidade de qualquer uma das partes apresentar reservas ao texto acordado (MAZZUOLI, 2007, p. 54-55).

Passada a fase de assinatura, não ocorre ainda a vinculação do Estado Brasileiro, vez que o texto deverá passar pela aprovação do Congresso Nacional, a quem caberá decidir de forma definitiva sobre a sua aprovação nos termos do Inciso I, artigo 49 da Constituição Federal, sendo que caso não ocorra a aprovação, o Congresso Nacional apenas comunicará ao Presidente da República da não aprovação (HUSEK, 2003, p. 62).

Na hipótese de aprovação será produzido um Decreto Legislativo que deverá retornar ao Executivo para a sua ratificação, lembrando que o ato de ratificação é um ato discricionário do Presidente da República.

A ratificação aqui é ato formal, de natureza internacional, dirigido às partes que assinaram o tratado. É ato unilateral, discricionário e irretroatável (*pacta sunt*

servanda), não se retirando, como é óbvio, a possibilidade de o Estado vir, no futuro, a denunciar o tratado (HUSEK, 2003, p. 62).

Será, portanto através da ratificação que o Presidente da República transmitirá aos demais Estados que compõe o tratado, a formalização do início da exigibilidade do mesmo, o que poderá ocorrer pela troca ou depósito dos Instrumentos de Ratificação, Aceitação, Aprovação ou Adesão (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigos 16 e 17).

Após todas as fases acima mencionadas, deverá ser pelo Presidente da República, publicado um decreto de promulgação do tratado, momento que marca a vigência do mesmo em todo território nacional passando este, a partir de então, a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

O acordo internacional só passa a ser exigível dentro do sistema jurídico brasileiro, após todas as fases anteriormente mencionadas, culminando na publicação do decreto com o conteúdo da norma, momento o qual todos os brasileiros deverão obrigatoriamente cumprir o que ali se dispõe, pois “para que a norma jurídica se considere efetivamente promulgada, é indispensável sua publicação, dando conhecimento à população de sua existência” (MAZZUOLI, 2006, p. 63).

Considerando o conteúdo da Convenção de Viena de 1969, podemos asseverar que para um tratado ser considerado válido, exige-se que as partes, seja o Estado ou organização internacional, tenha: Capacidade jurídica para dispor sobre o que ali se trata que os agentes de representação estejam legalmente constituídos e, portanto juridicamente habilitados através da carta de plenos-poderes devidamente assinada pelo Presidente da República, no caso do Brasil e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 7), sendo imprescindível o mútuo consentimento (art. 9), devendo ainda tratar-se de objeto possível e lícito, que não fira normas de direito internacional de natureza *jus cogens*. (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).

Ultrapassados os óbices processuais pelos quais deverão o Estado brasileiro ritualizar, para pactuar um tratado internacional, passa-se a discutir qual a importância ou qual é a posição que os dispositivos normativos oriundos dos tratados internacionais, sobretudo os que tratam sobre matéria de direitos humanos, ocupam dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Embora essa seja uma celeuma que ainda suscita algumas discussões acadêmicas, podemos asseverar que tal questão se não está pacificada está pelo menos arrefecida.

O abrandamento das discussões aconteceu a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que passou a considerar que os tratados internacionais que versem sobre questões de

direitos humanos e que passou pelo rito de aprovação de uma emenda constitucional, quando de sua incorporação ao direito interno, deverá ter status de emenda constitucional e, portanto, será considerada hierarquicamente superior a lei ordinária.

Com a Emenda nº 45 de 2004, o §3º do artigo 5º da Constituição Federal passou a ter a seguinte disposição:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

A modificação se mostrou extremamente importante, pois alterou a posição dada pelo Estado brasileiro às normas oriundas dos Tratados Internacionais dentro do nosso ordenamento jurídico, que desde o ano de 1977 vinha mantendo uma posição bastante conservadora em relação à posição dos Tratados Internacionais dentro do ordenamento jurídico interno, classificando tais normas como infraconstitucionais, independentemente de seu conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal tinha a interpretação de que os Tratados Internacionais tinham a mesma posição que uma lei ordinária comum, aplicando-se, portanto, o entendimento de que lei posterior derroga lei anterior, assim uma lei ordinária comum poderia revogar um tratado internacional, independentemente do seu conteúdo.

Essa posição do Brasil sofreu muitas críticas, haja vista que contrariava a própria Convenção de Viena³⁵, à qual estabelece no seu artigo 27 que:

“Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado” (BRASIL, 2009).

Com o advento da Emenda nº 45 de 2004, deu-se um novo tratamento aos tratados internacionais que disciplinam questões de direitos humanos, passando estes a terem status de emenda constitucional, não podendo mais, portanto, serem revogados por lei ordinária ou complementar.

A mudança de interpretação do STF modificou de forma bastante significativa o tratamento dado aos tratados de direito internacional de conteúdo sobre direitos humanos, sendo que a partir da emenda 45 de 2004 se uma lei comum for aprovada e ferir algum

³⁵ O Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66: O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66 (BRASIL, 2009).

tratado de direito internacional que verse sobre direitos humanos, poderá sofrer o controle de constitucionalidade e assim ser declarada inconstitucional.

Entretanto, os tratados de direito internacional que não tratam sobre direitos humanos ainda permanecem sendo colocados no mesmo status de lei ordinária, podendo a estes ser aplicado o brocardo “*lex posteriori derogat priori*”³⁶.

[...] o art. 5.º, § 3.º da Constituição concedeu o status de emenda à Constituição aos Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados no Brasil com um quórum qualificado. Assim, além dos Tratados sobre direitos humanos serem normas materialmente constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade (conforme o art.5º, §2º), passaram a ser formalmente constitucional quando aprovados pelo quórum referido (CEJUS, 2013, p. 18).

De acordo com o estudo sobre impacto dos tratados internacionais sobre o sistema processual brasileiro, publicado no ano de 2013, pelo Ministério da Justiça, até aquele ano o Brasil tinha ratificado 83 tratados internacionais que influenciavam no sistema processual brasileiro no tocante da matéria penal.

Nesse sentido, vislumbra-se que é preponderante o índice de Tratados bilaterais sob a forma de cooperação judicial em matéria penal – cinquenta e quatro 54 (cinquenta e quatro) tratados bilaterais. Em contrapartida, foram firmados, em matéria penal na forma de Tratados multilaterais, apenas 29 (vinte e nove) tratados (CEJUS, 2013, p. 39).

A maior parte dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sobre matéria penal tem natureza bilateral (65%), ou seja, são tratados realizados entre Estados e que em sua maioria estão relacionados a acordos de extradição³⁷ (CEJUS, 2013, p. 20-40).

Já os tratados multilaterais em matéria penal somam 35%, sendo que estes, em relação à matéria processual penal dizem respeito, em sua maioria, a documentos internacionais relativos à proteção da pessoa (tráfico internacional de pessoas, crianças, mulheres) (CEJUS, 2013, p. 40).

Não obstante ao longo da história, inúmeros tratados internacionais de direitos humanos terem sido ratificados pelo Brasil, concretamente pouco foi feito em termos de políticas públicas para lhes dar efetividade.

[...] por mais que haja reconhecimento por parte do poder legislativo brasileiro das normas de direito internacional, a inspiração nessas normas para a criação legislativa nacional é bastante tímida. Isso fica claro ao se perceber que poucos foram os marcos normativos internacionais que serviram como fonte, sendo citados apenas

³⁶ “Lei posterior derroga lei anterior”.

³⁷ Para ver a relação completa de tratados internacionais bilaterais ratificados pelo Brasil em matéria penal, recomendamos a leitura dos dados contidos no Relatório produzido pelo Ministério da Justiça intitulado de: Diálogos sobre justiça. Estudo Sobre Impacto no Sistema Processual dos tratados internacionais.

como inspiração para a criação de legislação interna, ou mesmo para constatar as irregularidades da legislação brasileira frente ao firmado nos atos internacionais (CEJUS, 2013, p. 93).

A indisposição para se adequar o sistema jurídico brasileiro à normas internacionais de direitos humanos sempre foi algo patente, situação que começou a se modificar, mesmo que timidamente, a partir da promulgação da constituição de 1988.

Percebe-se que tal fenômeno pode ser justificado em dois motivos [...]. Primeiro: o desconhecimento das normas internacionais de proteção aos direitos humanos por parte do Parlamento brasileiro, na medida em que essa é uma tradição recente. Dito de outro modo, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, a tradição humanística retoma discussões no Brasil. Tal retomada é feita na concepção de uma Constituição extremamente analítica dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. Estes direitos reprisam e reafirmam o previsto nos Tratados que, em sua maioria, são reconhecidos posteriormente ao advento da nova Constituição (CEJUS, 2013, p. 93-95).

Mesmo após o advento da Constituição de 1988 “é possível afirmar ainda, que a ação do parlamentar brasileiro é extremamente acanhada para reconhecer o peso dos Tratados internacionais para o trabalho nas casas legislativas brasileiras” (CEJUS, 2013, p. 94).

O Brasil mantém uma posição no sentido de ignorar a força normativa dos tratados internacionais, que embora ratificados acabem por não influenciarem a nossa legislação interna, ou quando influenciam, o faz de forma muito tardia ou indireta, um exemplo claro disso é o fato de a Convenção da Nações Unidas ter sido aprovada no Congresso Nacional no ano de 1989, mas o crime de tortura só ter sido definido por lei no ano de 1997 pela Lei nº 9.455/97.

Assim a conclusão que chegamos é de que embora o Brasil tenha ratificado inúmeros acordos internacionais de direitos humanos, tais regramentos acabam sendo negligenciados pelo nosso sistema político e jurídico, o que gera uma dissonância entre a realidade vivenciada internamente e os compromissos firmados perante a comunidade internacional, não sendo a situação diferente com relação às Regras de Mandela, que embora ratificadas pelo Brasil até hoje sequer fossem debatidas no sentido de implementá-las.

2.3 Os Direitos Humanos na execução penal

A promulgação pela Assembleia Geral da ONU da Declaração Universal dos Direitos dos Homens em dezembro de 1948, foi sem dúvida uma conquista de magnitude extraordinária para a humanidade como um todo, pois traçou inúmeras diretrizes que visavam evitar que as atrocidades como as do holocausto se repetissem. Estabeleceu-se a universalização do reconhecimento do indivíduo independentemente de qualquer

peculiaridade, como ser dotado de humanidade e dignidade que merece respeito e consideração.

Fez-se necessário, no entanto, que após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, ocorresse a construção de outros documentos que especificassem os direitos emanados pela Declaração e que fossem capazes de gerarem força normativa vinculativa suficiente para obrigar os Estados a cumprirem e a protegerem os direitos ali estabelecidos.

Assim, seguindo a tendência mundial e sob a égide da nova ordem constitucional democrática promulgada em 1988, o Brasil ratificou os seguintes e principais tratados internacionais que visam a proteção dos direitos humanos:

(1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada em 20 de julho de 1989;

(2) Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada em 24 de setembro de 1990;

(3) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992;

(4) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 24 de janeiro de 1992;

(5) Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 25 de setembro de 1992;

(6) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada em 27 de novembro de 1995.

Lembrando que acima listamos apenas alguns tratados internacionais que disciplinam conteúdo de direitos humanos assinados pelo Brasil depois de sua redemocratização, não nos esquecendo dos outros tratados anteriormente assinados e que por serem compatíveis com a nova ordem constitucional foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Com a restauração do regime democrático, o Brasil passou, pelo menos em nível normativo, a balizar as suas relações externas e internas com base em princípios que têm como fundamento a defesa e a promoção dos direitos humanos. Comprometeu-se o Estado brasileiro no que tange às questões penais, a preservar e a defender a dignidade da pessoa humana, sendo este um compromisso expresso na própria Carta Magna de 1988, que reconheceu tal princípio como esteio central da própria ordem democrática (BRASIL, 1988).

Sobre a questão da execução penal, podemos asseverar que dentro do rol de tratados de direitos humanos construídos ao longo da história, um dos mais importantes é a “Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

de 1984” e a “Convenção Americana de Direitos Humanos”, também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica” de 1969, que conforme já exposto acima, foram ratificados pelo Brasil, respectivamente nos anos de 1989 e 1992 (BRASIL, 1991).

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, veio para cimentar de forma definitiva a ideia, já contida na Declaração Universal do Homem, de dignidade da pessoa humana como um valor universal, da qual ninguém pode ser destituído independentemente do crime que tenha cometido (BRASIL, 1991).

Passa-se a reconhecer que ninguém, independentemente do crime que tenha cometido ou esteja sendo acusado, poderá sofrer tortura, ou ser submetido a penas cruéis, desumanas ou degradantes, que possa excluir ou mesmo reduzir a dignidade ou a humanidade do sujeito, garantia esta que também é expressa na Constituição de 1988 (BRASIL, 1991).

O artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem diz que: “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, conteúdo que foi também adotado por nossa Carta Magna no seu artigo 5º Inciso III.

Coube, no entanto a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a especificação da compreensão dos atos classificados como tortura, assim dispondo em seu artigo 1º:

Artigo 1º: Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram (BRASIL, 1991).

O “Estado Parte” ao ratificar tal convenção deveria se comprometer a coibir toda e qualquer pena que gere degradação da dignidade do indivíduo, independente do crime que este tenha cometido devendo ser garantido ao preso condições mínimas que preservem a sua integridade física e psíquica.

No artigo 16 da Convenção Contra a Tortura de 1984, tem-se a ampliação da abrangência da mesma, em que não só se estabeleceu a proibição por parte do Estado de exercer atos que infrinjam desnecessária degradação ao indivíduo, mas como também se criou

a obrigação de o Estado coibir que tais atos aconteçam em um claro alargamento das responsabilidades dos entes estatais.

De tal sorte o Estado deve atuar no sentido de proteger e promover os direitos humanos independentemente das condições pessoais do sujeito, devendo tomar todas as medidas necessárias para que toda e qualquer situação que degrade a dignidade do indivíduo seja coibida e devidamente punida.

Artigo 16 - 1. Cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência (BRASIL, 1991).

Quando o Estado cuida para que ao preso seja garantida a preservação de sua dignidade o que se tem é o reconhecimento de que este enquanto ser humano é dotado de valor existencial, sendo dever de o Estado garantir a sua integridade independentemente do crime que tenha cometido, afastando-se discursos irracionais e que propagam ideias como a de que “bandido bom é bandido morto” ou qualquer coisa com esse sentido, que imponha “ao criminoso expiação e suplícios reais ou, no caso do que já está morto, expiação e suplícios simbólicos, como é próprio dos ritos de vingança e sacrifício” (MARTINS, 2015, p. 81).

O Brasil ao ratificar acordos internacionais de direitos humanos que estabelecem a obrigatoriedade de preservação da dignidade da pessoa humana, ao contrário do que asseveram os discursos radicais, não está sendo um Estado bonzinho ou leniente com o crime ou criminoso, está impondo limites racionalizáveis para que a punição ocorra dentro de parâmetros estabelecidos em leis, que embora possam ser rigorosas, devem preservar a dignidade do indivíduo, que perdeu a liberdade, mas não a sua condição existencial de ser humano, visto que essa condição ninguém poderá perder.

As Regras de Mandela vêm ao encontro das disposições acima, trazendo, no entanto, diretrizes normativas com concretude prática, que se implementadas podem gerar um efeito também concreto e imediato sobre o cotidiano do indivíduo que está sob cárcere.

Assim tem-se que os tratados de Direitos Humanos, como são as Regras de Mandela, deveriam influenciar de forma direta a execução penal no Brasil, não somente no âmbito formal, mas principalmente no âmbito prático, com a implementação de políticas públicas necessárias e suficientes para se garantir que todo aquele que esteja preso tenha a sua dignidade preservada.

No entanto, a realidade do sistema de execução penal em nosso país é de um completo negligenciamento dos direitos humanos dentro dos presídios, sem nenhuma perspectiva de melhoria, pois ao que tudo indica esse não é e nunca foi um problema a ser resolvido, pois não é algo que perturbe o sossego das elites.

III - O DISCURSO E A REALIDADE DO SISTEMA DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo buscaremos conhecer a estrutura formal que sustenta o sistema de execução penal brasileiro, encampando nesse conceito de estrutura formal toda norma que integraliza o sistema de execução penal nacional (normas e princípios constitucionais, leis, decretos, portarias e outros), para depois passarmos a nos dedicar a conhecer como é a vida cotidiana nos cárceres brasileiros.

Aqui estudaremos as principais normas do ordenamento jurídico pátrio que compõe ou influência de algum modo, a execução penal, para depois fazermos uma imersão na realidade vivenciada cotidianamente dentro dos presídios, o que será feito através do estudo de documentos jornalísticos e dos dados estatísticos disponibilizados pelo INFOPEN, 2016.

Após tais estudos devemos ter elementos suficientes que nos permitam identificar qual é o discurso formalizado pelo Estado Brasileiro sobre a execução penal, se esse discurso se mostra compatível com a realidade identificada dentro dos presídios e principalmente quais são as causas históricas que levaram a tais circunstâncias.

Salutar que este capítulo se reveste de fundamental importância para o nosso trabalho, pois os resultados obtidos com os estudos aqui desenvolvidos servirão para que possamos verificar a validade de nossa hipótese de constatação, ou seja, de que o Brasil embora mantenha um discurso garantista viola sistematicamente normas internacionais de direitos humanos em seus presídios, sendo este o resultado do processo histórico de formação do tecido social brasileiro que se perpetua do colonial aos dias de hoje.

Após percorrermos os caminhos acima apontados teremos reunido informações suficientes para nos dar uma compreensão ampla da estrutura formal que regulamenta todo o sistema de execução penal nacional, nos possibilitando assim identificar a verdadeira posição de ação do Estado brasileiro em relação à matéria, e principalmente compreendermos quais são os fatores históricos precursores que resultaram no nosso atual sistema de execução penal.

3.1 Formação da sociedade brasileira

Para que compreendamos os atuais problemas que assolam nosso sistema de execução penal e a perenidade perpetuada desses problemas, assim como a sua invisibilidade propositada, precisamos compreender primeiro como se deu a formação do tecido social brasileiro e a sua inserção no sistema capitalista mundial, visto que aí residem as engrenagens de formação e manutenção desse sistema.

As terras nas quais o Brasil se localiza foram objeto da incursão de conquista promovida pela expansão mercantilista europeia, que se inicia no século XIV e se expande nos séculos seguintes. Esse processo teve como um dos principais protagonistas o Reino de Portugal, que foi um dos pioneiros das grandes navegações, e que impôs por aqui a sua política colonial baseada na concessão de privilégios aos amigos da corte.

Em um primeiro momento, dado que o modelo da empresa mercantilista portuguesa baseava-se no interesse de exploração e não propriamente de colonizar, e as atenções da coroa portuguesa estavam basicamente voltadas para os negócios com o oriente, as terras brasileiras pouco chamou atenção.

Não se vislumbrou, por parte dos portugueses, o potencial de riquezas que aqui existiam, além do que os povos que cá viviam, do ponto de vista comercial, se mostraram pouco atraentes aos olhos de Portugal (FAUSTO, 1994, p. 40).

No entanto, essa postura de desinteresse pelas terras brasileiras vai se alterar radicalmente quando Portugal estabelece por aqui uma colônia de exploração dedicada, em um primeiro momento a fornecer produtos de valor mercantil imediato, se iniciando com a exploração do Pau-Brasil, que ocorreu através de uma relação comercial primitiva de escambo, em que os índios forneciam mão de obra em troca de produtos manufaturados. Depois para exploração agrícola, mineral dentre outros, em um sistema no qual a economia brasileira foi organizada em ciclos de exploração destinados à exportação exclusiva para abastecimento da Metrópole.

Esse modelo que se inicia com o Pau-Brasil, atravessa o tempo e a nossa história se renovando em torno dos produtos e dos interesses que atendiam as necessidades da Metrópole, perpassando assim pela Cana de Açúcar, pelo Café, pelo Ouro, pelas Pedras Preciosas, pelo Algodão e outros, todos com exclusiva finalidade servir aos portugueses.

O primeiro ciclo econômico que se estabeleceu com base na exploração do Pau Brasil, vai se encerrar devido à escassez de tal árvore na região litorânea e o surgimento de algumas dificuldades de logística na sua exploração, além da concorrência de outros produtos de tingimento de origem industrial, passando-se assim para o chamado segundo ciclo econômico que se baseava no cultivo da cana de açúcar desenvolvido no litoral nordestino.

Com a implantação dos engenhos de açúcar começa também a florescer a sociedade colonial brasileira, que vai se estabelecer na Casa Grande, que constituirá um “verdadeiro centro do poder colonial aonde tudo era decidido, implementado e instituído” (TRACCO, 2014, p. 124-144).

Conforme Tracco (2014, p. 124) o modelo mercantilista implantado por Portugal na colônia brasileira (Cana de açúcar, Café, algodão, tabaco, ouro, pedras preciosas) basicamente se estruturou em três elementos: monocultura de exportação, mão de obra escrava e grandes latifúndios, sendo toda a estrutura estatal montada e gestada para atender estas finalidades.

Nesse contexto vão se formar os latifúndios que se originaram na primeira forma de distribuição de terras no Brasil, que ocorreu através da política das chamadas capitânicas hereditárias em que enormes faixas de terras foram doadas, pela Coroa Portuguesa, aos representantes da Nobreza e Militares, com objetivo de que essas terras fossem exploradas economicamente gerando impostos para a Coroa, terras que por sua vez eram redivididas em sesmarias pelos seus donatários (STÉDILE, 2005).

Esses três elementos, ou seja, mão de obra escrava, monocultura para exportação e latifúndios, vão constituir os pilares de toda a economia do período colonial e do império, e só vai sofrer alguma alteração no ano de 1850, quando por imposição do capitalismo representado pela Inglaterra, ocorreu a abolição do tráfico de escravos, lembrando que o comércio de escravos no Brasil vai durar até o ano de 1888, quando da promulgação da Lei Áurea.

Para Stédile (2005, p. 23), a consolidação dos latifúndios vai ocorrer no Brasil Império já independente de Portugal, no ano de 1850, quando os grandes latifundiários preocupados com as pressões sofridas para o fim da escravidão e que os escravos libertos se apossassem das terras, fizeram instituir a Lei 601 de 1850, em que aquele que quisesse ter um pedaço de terra teria que pagar.

Assim para o autor, essa legislação seria o “batistério do latifúndio no Brasil” sendo responsável pela regulamentação e consolidação do modelo de grandes propriedades rurais, que é a base legal, até os dias atuais, da estrutura injusta de propriedade de terras no Brasil.

Com essa dinâmica de concentração das terras nas mãos das oligarquias privilegiadas, os escravos quando libertos em 1888, não tiveram como ter acesso à terra, visto que não podiam pagar os preços cobrados e sem ter o que fazer se submeteram mais uma vez à vontade dos latifundiários, voltando a ter uma condição de miserabilidade, agora sob a égide capitalista da mão de obra assalariada.

Os escravos libertos que foram ou já estavam nas cidades, tiveram que ir para as regiões periféricas, ocupando morros e locais desprovidos de qualquer infraestrutura, dando-se, segundo Stédile (2005), origem as favelas.

Na era colonial a economia e tudo mais que se fazia aqui no Brasil tinha como única finalidade atender aos interesses da coroa portuguesa, assim toda produção interna que não

estava alinhada aos interesses da Metrópole, ou seja, não se inseria no contexto da monocultura de exportação, era completamente negligenciada.

O arranjo econômico sustentado pelo tripé constituído pelo latifúndio, mão de obra escrava e monocultura, perdurou por mais de 300 anos no Brasil, sendo em alguns aspectos duradouros até os dias de hoje, como por exemplo, a monocultura e os latifúndios.

Segundo Tracco (2014, 124), vai ser sobre essa estrutura que se desenvolveu a sociedade brasileira, que já nasce marcada por profundas desigualdades e privilégios daqueles que viviam na Casa Grande em detrimento aos demais, que eram vistos apenas como fonte de mão de obra a serviço do senhorio.

Com a fuga da família real de Portugal em 1808, que trouxe consigo a chamada Corte Portuguesa, que há quem diga era composta por mais de dez mil pessoas, dentre os mais bem posicionados da sociedade portuguesa e que conseguiram escapar do cerco das tropas de Napoleão, inicia-se o processo de inserção do Brasil no sistema capitalista, sendo tomadas inúmeras medidas com o propósito de atender as necessidades da coroa e também supostamente promover por aqui o desenvolvimento.

Vinhosa (1808-1821) relata que o primeiro ato da coroa portuguesa aqui no Brasil foi a abertura dos portos às nações amigas³⁸, ato que na verdade teria ocorrido por uma imposição feita pela Inglaterra em contrapartida a garantia dada a fuga da Família Real.

Dentre as ações providenciadas pelo rei D. João, podemos mencionar: a instituição de impostos como os alfandegários, a retirada da proibição do desenvolvimento da indústria e manufaturas, a implantação de escolas de nível superior, medidas de incentivo ao desenvolvimento da cultura e da arte, implantação de academias militares e instituições religiosas, a assinatura de outro tratado econômico denominado de Tratado de Cooperação e Amizade, ampliando a possibilidade de o Brasil estabelecer relações comerciais com outras nações do mundo dentre outras (HOLANDA, EULÁLIO, RIBEIRO, 1995).

Todas essas medidas embora tenham alterado as relações econômicas estabelecidas entre o Brasil para com os outros países, teve efeitos limitados do ponto de vista político e social, visto que a indústria pouco desenvolvida não conseguia concorrer com os produtos ingleses e o sistema absolutista mantinha as mesmas práticas de concessão de favores e privilégios aos amigos do rei.

³⁸ Esse foi o primeiro ato administrativo do Rei Dom João nas terras brasileiras. (VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira – Administração Joanina no Brasil, 1808-1821).

Mantinha-se portando, uma estrutura social de concentração das riquezas e estratificação social, dinâmica de domínio que é perfeitamente relatada no livro *Raízes do Brasil*, e que ao que tudo indica se perpetua até os dias de hoje:

Na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas, e eram os filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio (HOLANDA, EULÁLIO, RIBEIRO, 1995, p. 73).

O ciclo do café desloca o centro da economia brasileira do Nordeste para o Sudeste carregando consigo, no entanto, a mesma estrutura da Casa Grande e Senzala, assim é com os chamados barões do café, aliados do imperador, já na segunda fase do Império, é que a elite brasileira começa de fato a se consolidar e a influenciar de forma mais contundente nos rumos do país, permanecendo a tônica da política de concessão de privilégios e de concentração de riquezas.

Exemplo claro de que os barões do café mantinham estreitas relações com o imperador e de fato exerciam forte influência nas suas tomadas de decisões, foi a tardia abolição da escravatura aqui no Brasil, que se de um lado era imposta pelas forças estrangeiras interessadas na expansão do capitalismo, do outro representava o fim do alicerce das atividades econômicas desenvolvidas pelas elites econômicas, que se compunha em boa medida pelos barões do café (ALVES, 2020).

Com o fim da escravidão, institui-se uma política de imigração em massa de mão de obra, destinada às lavouras de café principalmente no Estado de São Paulo e com o processo de imigração aliado aos recursos provindos da cultura cafeicultora, inicia-se um pequeno mercado consumidor o que acabou levando a um lento e incipiente processo de industrialização nessa região. E logo os emergentes industriais estabeleceram uma aliança de troca de privilégios com as elites políticas, seguindo-se de tal modo inalterado modelo oriundo ainda dos tempos coloniais (VINHOSA 1800-1821).

E assim, de arranjo e rearranjo, das condições econômicas e políticas, manteve-se a mesma estrutura social de privilégios e concentração de riquezas, em que as elites oligarcas agraciadas pelas benesses e privilégios adquiridos desde a época colonial, agora em composição com os novos senhores da indústria, do comércio e mais tarde do setor financeiro, concentram em poucas mãos toda a riqueza produzida no país.

Em se tratando dos industriais é certo que em sua grande maioria eram pessoas originárias ou dos imigrantes que aqui chegaram e que dominavam alguma técnica produtiva

ou das elites rurais, o que fez com que esse processo de industrialização pouco alterasse a estratificação social, fazendo com o tempo, que este se agravasse ainda mais, visto que logo os industriários vão se estabelecer em um modelo de monopólio e oligopólio em âmbito nacional e de outorgas e concessões a grandes grupos estrangeiros (DEAN, 1971, p. 54).

Segundo Dean, (1971) “por volta de 1930 não havia um único fabricante, nascido no Brasil, originário da classe inferior ou da classe média, e muito poucos surgiram depois” quase todos os empresários brasileiros vieram da elite rural.

A partir do século XX o Brasil passa a ter uma economia emergente no cenário mundial com alguns focos de crescimento econômico, sem alterar no, entanto a lógica de concentração de riquezas, que agora se localizava nas mãos das elites, agrárias, industriais e financeiras que aparelharam toda a estrutura do Estado para a manutenção do *status quo*, ocupando todos os espaços e campos em um sistema permanente de troca de privilégios.

Tracco, (2014, p. 124-144), traz um panorama bastante geral, mas esclarecedor de como na história do Brasil, se perpetuou uma estrutura social econômica de concentração de riqueza e estratificação social:

Na essência, a situação econômica da população brasileira em geral, pouco se transformou em 450 anos, os escravos passaram a ser trabalhadores livres com baixa remuneração, e depois operários com poucos direitos; os agricultores abandonaram o campo e passaram a viver nas periferias das cidades, em condições sub-humanas, sem trabalho fixo, vivendo precariamente; as grandes propriedades agrícolas permaneceram durante todo o tempo em mãos de poucos proprietários; a indústria se aglutinou em monopólios ou oligopólios; a elite se apossou dos bens públicos em proveito próprio ou de seus cúmplices; os ricos se tornaram mais ricos e poderosos, os pobres continuaram pobres, analfabetos ou com baixa instrução, sem acesso aos bens públicos, e usados como mão de obra barata.

Um dos fenômenos que simbolizam a relação promíscua de favores que se estabeleceu em nosso país desde época da colônia é o chamado Coronelismo³⁹, que nas palavras de Victor Nunes Leal, é o:

Resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia consistiu em fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder têm conseguido coexistir com um regime de extensa base representativa. Por isso mesmo o coronelismo é, sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influencia social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras (LEAL, 1914, p. 20).

³⁹ Termo cunhado por Victor Leal Nunes em seu livro “Coronelismo, enxada e voto” em 1949.

O Coronelismo representava a forma com que as relações entre o poder público e as elites se desenvolveram em uma relação de troca de favores e regalias em nome de uma perpetuação do poder tanto econômico como político.

Esse arranjo ou pelo menos a ideia que o perpassa, é intrínseco à própria história de formação do Estado brasileiro, que vai se organizar com base na troca de favores entre a Coroa portuguesa e os donatários que eram aqueles que aqui recebiam as terras com o dever de produzir retornos econômicos para a Coroa.

A partir de 1831, na primeira República, se tem a institucionalização elaborada daquilo que ficou conhecido como Coronelismo, sendo esse termo, conforme Leal (1914, p. 21), o resultado do abasileiramento da patente de Coronel dentro da estrutura da chamada Guarda Nacional, que era geralmente concedido ao chefe político da comuna, que a partir da nomeação passava a exercer naquele município o “comando-em-chefe da Guarda Nacional, ao mesmo tempo em que a direção política, quase ditatorial, senão patriarcal, que lhes confiava o governo provincial”.

Essa prática de nomeação dos coronéis locais “passou da Monarquia para a República” até a extinção da Guarda Nacional. Entretanto, o sistema e a ideia de dominação ficaram arraigados de tal maneira que se perpetuou no tempo e espaço de forma que todo aquele que de algum modo comandava economicamente ou politicamente determinada localidade recebia a alcunha de Coronel (LEAL, 1914, p. 21).

Segundo Fausto (2013), com a instituição de prática eleitorais nos municípios o poder dos Coronéis avançou ainda mais, visto que estavam incumbidos de arrebanhar votos para a eleição dos políticos, aos quais mantinham laços estreitos e interessados, estruturando assim um sistema amplo de troca de favores em que o privado e o público se confundiam.

Nessa época se instituiu o chamado voto de cabresto ou curral eleitoral, em que as pessoas votavam naqueles candidatos que o Coronel ordenasse prática que às vezes era feita através da violência e coação, e como na República Velha o voto não era secreto, facilmente os Coronéis fiscalizavam votos impondo a todos que estavam dentro de seus domínios a sua vontade.

Se apossando e mantendo rígido controle sobre os votos esses coronéis locais barganhavam em seu benefício pessoal ou a quem lhe interessava favores de toda ordem, tendo-se um sistema em que não raro o público e o privado não se distinguem em uma situação a qual Holanda (1995, p. 145-18) denominou como o homem cordial brasileiro.

Os Coronéis locais representavam uma ponta de um processo ainda mais alargado de troca de favores, instituído pela chamada política dos governadores, iniciada pelo presidente

Campos Sales em 1902 que criou uma verdadeira rede de favores entre as lideranças políticas com vistas a manutenção do poder das oligarquias (FAUSTO, 2013).

O coronelismo na sua forma original perdeu força a partir de 1930 com as mudanças instituídas por Getúlio Vargas, com a centralização dos poderes, “o que não quer dizer que tenha acabado conforme nos demonstra Leal”(1949 p. XVII):

Que importa que o coronel tenha passado a doutor? Ou que a fazenda se tenha transformado em fábrica? Ou que os seus auxiliares tenham passado a assessores ou técnicos? A realidade subjacente não se altera nas áreas a que ficou confinada. O fenômeno do “Coronelismo” persiste até mesmo como reflexo de uma situação de distribuição de renda, em que a condição econômica dos proletários mal chega a distinguir-se da miséria. O desamparo em que vive o Cidadão, privado de todos os direitos e de todas as garantias, concorre para a continuação do “Coronel” arvorando em protetor ou defensor natural de um homem sem direitos.

Ao que se nota desde a sua gênese a sociedade brasileira se mostra extremamente estratificada e elitizada, baseada em verdadeiras castas privilegiadas que perpetuaram e ampliaram essa posição de domínio ao longo de toda nossa história, tendo como principal elemento de manutenção do *status quo*, as relações de troca de favores e privilégios, que imperam até os dias de hoje.

Fosse como donatários, funcionários da Coroa, Coronéis ou qualquer outro tipo, todos aqueles que fossem “amigos do rei” e mais tarde dos coronéis e políticos, os privilégios e acesso era fácil e sem limites em detrimento dos demais que sempre foram vistos como meramente elementos de segunda classe, destinados à serventia da Casa Grande (PRADO JUNIOR, 1945, p. 31-55).

Tudo sempre pertenceu a elite que sempre despojou das riquezas da nação como bem entendeu, sobrando para os demais, a submissão ou o mundo da marginalidade que também é um fenômeno estabelecido e moldado pela elite como forma de manutenção do poder e proteção ao seu patrimônio, algo que se perpetua desde os tempos coloniais perpassando pela independência até os dias de hoje, como assevera Costa, (1999, p. 10,11).

As elites brasileiras que tomaram o poder em 1822 compunham-se de fazendeiros, comerciantes e membros de sua clientela, ligados à economia de importação e exportação e interessados na manutenção das estruturas tradicionais de produção cujas bases eram o sistema de trabalho escravo e a grande propriedade. Após a Independência, reafirmaram a tradição agrária da economia brasileira; opuseram-se às débeis tentativas de alguns grupos interessados em promover o desenvolvimento da indústria nacional e resistiram às pressões inglesas visando abolir o tráfico de escravos. Formados na ideologia da Ilustração, expurgaram o pensamento liberal das suas feições mais radicais, talhando para uso próprio uma ideologia essencialmente conservadora e antidemocrática. A presença do herdeiro da Casa de Bragança no Brasil ofereceu-lhes a oportunidade de alcançar a Independência sem recorrer à mobilização das massas. Organizaram um sistema político fortemente centralizado que colocava os municípios na dependência dos governos provinciais e as províncias

na dependência do governo central. Continuando a tradição colonial, subordinaram a Igreja ao Estado e mantiveram o catolicismo como religião oficial, se bem que, numa concessão ao pensamento ilustrado, tenham autorizado o culto privado de outras religiões. Adotaram um sistema de eleições indiretas baseado no voto qualificado (censitário), excluindo a maior parte da população do processo eleitoral.

Até mesmo a instituição da República no Brasil foi um movimento tipicamente produzido pela elite que insatisfeita com o governo produziu um golpe de Estado sem qualquer participação popular, fazendo introduzir nesse momento outra casta de privilegiados que são os Militares, que passaram a protagonizar a cena política brasileira por um período de mais de 90 anos exercendo um poder praticamente absoluto e ditatorial.

Depois da Independência, as fórmulas amplas e universalizantes do liberalismo retórico foram definidas nos seus termos concretos, ficando evidentes os seus limites. A partir de então, ficaria claro para quem e por quem tinha sido o país feito independente. Para as elites que tiveram a iniciativa e o controle do movimento, liberalismo significava apenas liquidação dos laços coloniais. Não pretendiam reformar a estrutura de produção nem a estrutura da sociedade. Por isso a escravidão seria mantida, assim como a economia de exportação. Por isso o movimento de independência seria menos antimonárquico do que anticolonial, menos nacionalista do que antimetropolitano. Por isso também a idéia de separação completa de Portugal só se configurou claramente quando se revelou impossível manter a dualidade das coroas e, ao mesmo tempo, preservar a liberdade de comércio (COSTA, 1999, p. 10-11).

Mas, o que tudo isso tem a ver com os nossos estudos? Tudo, pois como veremos no tópico a seguir é a partir dessa conjuntura de formação da sociedade brasileira que se instituiu o sistema penal e de execução penal, que moldado como instrumento de manutenção do domínio das elites, se mostrou ao longo da história um eficaz elemento de dominação e persuasão sobre aqueles que não se enquadravam ao sistema, os chamados desajustados.

3.2 Presídios, para quem foram feitos?

No processo de formação dos Estados Modernos os aparelhos repressores sempre exerceram papel fundamental no projeto de afirmação da supremacia dos interesses das classes dominantes, que através da institucionalização de tais aparelhos, dentre estes a prisão, puderam promover e manter a política de exclusão, higienização e padronização, tão necessária para a consolidação dos chamados Estados Nacionais.

A ideia da prisão enquanto sanção penal, em si, é algo bastante recente na história, se contemporizando com a própria ideia da individualidade moderna, na qual a liberdade pessoal passou a ser vista como um direito natural e inerente à condição de humanidade, só podendo ser retirada em casos excepcionais, passando assim a restrição da liberdade a ser considerada como uma penalidade por excelência, sendo quase que uma regra em todo mundo ocidental moderno, quando se trata de punições penais administradas pelos Estados.

Conforme já visto, antes de se conceber a prisão como pena em si, esta tinha uma função meramente preparatória ou “administrativa”, pois se tratava de locais de contenção daqueles que estavam esperando para serem julgados ou que já condenados aguardavam a execução da punição que tivera recebido.

Com o advento da modernidade a prisão passou a desempenhar algumas funções prestadas em favor da manutenção do *status quo* social, sendo essas funções conforme Wacquant⁴⁰ divididas em três préstimos: O primeiro denominado de “encarceramento de segurança” que tem a finalidade de supostamente impedir que os sujeitos considerados perigosos causem algum dano à sociedade, o segundo denominado de “encarceramento de diferenciação” que tem a finalidade de exclusão de determinados grupos considerados indesejáveis ou desajustados do contexto social e histórico.

E o terceiro préstimo que seria o “encarceramento de autoridade”, que teria a função de afirmação da autoridade e soberania do Estado em uma manifestação explícita de imposição de domínio, em que aqueles que se apresentam como divergentes são considerados inimigos da ordem instituída e, portanto, devem ser segregados para não corromperem o processo de conformação e uniformização social.

As prisões, portanto, que antes eram apenas locais de penitência no direito canônico ou de mera contenção e depósito de pessoas sem maiores interesses ou finalidade do ponto de vista de controle social, passou na modernidade, a ser um eficaz instrumento de controle institucionalizado a serviço dos interesses das elites e poderosos, encarcerando todos aqueles que não se mostrassem socialmente ajustados.

Para os divergentes restava e ainda resta a reclusão, pois tudo precisa estar dentro da normalidade imposta pelas classes dominantes.

Por aqui o processo de utilização das prisões não se deu de forma diferente e para bem ilustrar a quem se destinam as prisões no Brasil, trazemos à baila uma passagem bastante emblemática da obra de Victor Nunes Leal “Coronelismo, enxada e voto”, na qual o autor se referindo aos coronéis da época, os mais legítimos representantes da elite brasileira, explicita de forma bastante clara que estes, mesmo no caso de cometimento de crimes jamais iam parar na cadeia.

Ele e os outros oficiais, uma vez inteirados das respectivas nomeações, tratavam logo de obter as patentes, pagando-lhes os emolumentos e averbações, para que pudessem elas produzir os seus efeitos legais. Um destes era da mais alta importância, pois os

⁴⁰ WACQUANT, Loic. **As duas faces do gueto**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 94-95.

oficiais da Guarda Nacional não podiam, quando presos e sujeitos a processo criminal, ou quando condenados, ser recolhidos aos cárceres comuns, ficando apenas sob custódia na chamada “sala livre” (LEAL, 1949, p. 21).

Disso podemos concluir que os sistemas penais estavam e sempre estiveram a serviço das elites, e, aliás, não poderia ser diferente, vez que estes sempre foram instrumentos de repressão e imposição de domínio e poder, sendo um dos mais eficazes já criados pelas elites.

No período do Brasil Colônia, o domínio dos portugueses era completo, o que fazia com que todas as diretrizes em relação ao direito penal, o sistema de execução de penas assim como todo restante, fosse originário ou de Portugal, ou das condições impostas pelos portugueses que muitas vezes na impossibilidade fática de se aplicar as ordenações do reino, acabavam por criar normas locais adaptadas à realidade colonial.

Como o ordenamento jurídico de Portugal era o que também vigorava nas colônias portuguesas, a partir do ano de 1500 passou a vigorar no Brasil as chamadas Ordenações Afonsinas. Tais ordenações eram constituídas por um compêndio de normas que mesclavam direito canônico, direito romano e direito local, trazendo em seu bojo normativo a criminalização da sexualidade fora dos padrões eclesiásticos, o estabelecimento de penas cruéis e de morte, a criminalização de crenças, opiniões e opções sexuais, sendo permitida ainda a transmissibilidade das penas (ZAFARONI, ET AL, 2003, p. 413-415).

Após as Ordenações Afonsinas, passaram a vigorar no Brasil as Ordenações Manuelinas em 1512, com a impressão completa dos 05 livros em 1514, se limitando tais ordenações a incluir novas leis e pequenas alterações topológicas na disposição textual, mantendo-se a mesma estrutura normativa das ordenações anteriores, sendo que todas as leis foram redigidas em estilo decretório (Ordenações Manuelinas, 1512).

Quando o Brasil foi dividido em capitânicas hereditárias em 1534, cada donatário também se tornou possuidor absoluto dos poderes sobre a área que lhe foi transferida pela Coroa Portuguesa, concentrando assim em suas mãos os poderes de legislar, de administrar e de julgar, constituindo-se uma espécie de poder feudal absoluto, visto que cada donatário seguia suas próprias convicções dentro de seus domínios (ZAFFARON, 2004, p. 412).

Diante dessa descentralização normativa que resultou em uma excessiva concentração de poderes nas mãos dos donatários, a Coroa Portuguesa buscou impor por aqui as chamadas Ordenações do Reino, o que não prosperou diante da enorme influência dos mandatários regionais e as especificidades da realidade da colônia brasileira, que muitas vezes dificultava ou mesmo impedia a aplicação das leis advindas das Ordenações.

O poder adquirido pelos donatários fazia com que embora as Ordenações constituíssem formalmente a fonte principal do direito no Brasil colonial, o que valia mesmo

no cotidiano, eram as normas estabelecidas pelos senhores locais, que logicamente se utilizavam largamente daquele arranjo social, em prol de seus interesses pessoais, tendo ao seu dispor as mais variadas punições que livremente impunha aos seus subordinados.

Pode-se afirmar sem exagero que se instalou aqui no Brasil tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neo-feudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre-se e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses (BITENCOURT, 2000, p. 41).

No ano de 1603 ocorreu a revisão das Ordenações Manuelinas, revisão que resultou nas Ordenações Filipinas, que embora trouxesse poucas mudanças em relação as ordenações predecessoras, conseguiu estruturar um eixo programático criminal a ser aplicado no território colonial, sem, no entanto, reduzir a força do direito penal doméstico praticado ao alvedrio dos senhores locais, permanecendo ainda a previsão de penas cruéis e de banimento e morte, além da política de desigualdade de tratamento penal de acordo com o sexo, a cor e a posição social e econômica que o sujeito ocupava (ZAFFARONI, 2003, p. 418).

A pena de morte era pouco praticada visto que o perdão real era praticado como um instrumento político de dominação e submissão política, sendo esta uma forma de o rei se mostrar bondoso e comedido. Geralmente essa pena era reservada aos crimes de lesa-majestade e tinha nítido caráter repressivo, como por exemplo, punir líderes de rebeliões e levantes contra o regime, como no caso de Tiradentes que como líder da Conjuração Mineira foi enforcado e esquartejado (NEDER, 2000, p. 80).

Segundo Neder (2000, p. 80-87) o rigor e a dureza das penas prevista no texto das leis das Ordenações Filipinas “combinava-se com a temperança do perdão régio, que fazia parte do processo de dominação e submissão política” e do exercício político do poder monárquico, em especial no tocante ao benfazejo real. No “pêndulo – temor e perdão – estaria a fórmula da legitimidade política do absolutismo português”.

“A Lei de Reforma da Justiça de 1613 admitia, entretanto, que se desse a prisão antes mesmo da formação da culpa, quando o delito previsse pena de morte, como o era o crime de lesa majestade do qual foram acusados os inconfidentes” (SALGADO, [si], p. 488).

As cadeias nessa época não eram instrumentos com significativa importância dentro dos arranjos penais implementados pelas autoridades coloniais que em grande parte não previa a reclusão como elemento punitivo, em regra eram apenas locais de detenção para que suspeitos aguardassem o julgamento ou condenados aguardassem o cumprimento da pena (AGUIRRE, 2009, p. 38).

No Brasil os primeiros estabelecimentos prisionais foram feitos para serem ocupados por escravos capturados e indivíduos considerados como criminosos, que geralmente eram pessoas que não tinham origens nobres ou posses sendo esses espaços geralmente regulados pela força dos costumes o que garantia às classes proprietárias total segurança e liberdade (AGUIRRE, 2009, p. 38).

As penas geralmente eram atos de crueldade ou a morte, ou o banimento. De tal sorte as cadeias da colônia não tinham a função de punir, e por isso mesmo não havia qualquer tipo de estrutura, não mantendo sequer um registro dos detentos, das datas de entrada e saída ou dos delitos e sentenças, enfim funcionavam, as cadeias, apenas como depósito de escravos e pessoas consideradas delinquentes que não podia pagar para aguardar em liberdade ou mesmo barganhar a sua absolvição (AGUIRRE, 2009, p. 38).

Mesmo com a proclamação da República em 1822 e o início de uma nova ordem jurídica vigente, as Ordenações Filipinas continuaram vigentes, sendo estas mantidas pela Assembléia Constituinte do Brasil, até o ano de 1830 quando foi sancionado por D. Pedro, o Código Criminal do Império (BRASIL, Código Criminal: LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830).

Em 1824 outorgou-se a primeira Constituição brasileira que embora tivesse sido influenciada pelos movimentos liberais e iluministas, mantivera aqui o regime de escravidão dando ao direito de propriedade uma extensão ampla e plena, que logicamente incluía o direito de ter escravos, tal posição reflete bem o domínio que a elite escravagista exercia à época (ZAFFARONI et al., 2003, p. 423).

Vale lembrar que o Brasil se tornou independente sob o signo da estagnação, em que antes e depois de 1822, o cenário de crise, pobreza e retração nos negócios tornou-se dominante na vida nacional (MARINGONI, Gilberto, 2012).

Assim o tratamento dos conflitos aguçados pela crise fez com que o projeto liberal de estado fluísse para um projeto policialesco, num movimento de centralização política que explicitamente se veiculou através do poder punitivo penal, em que as elites claramente mantiveram as práticas de imposição do seu domínio e poder, só que agora utilizando-se das forças oriundas da República e suas instituições e leis forjadas dentro dos limites e vontades das elites escravocratas (ZAFFARONI, 2003, p. 423-24).

O exemplo mais claro de que a estrutura estatal estava a serviço das oligarquias escravagista é que uma das obrigações das forças de segurança da época era sair a captura de escravos fugitivos e devolvê-los aos seus donos (ZAFFARONI, 2003, p. 423-24).

Após a independência, pouco se alterou nas estruturas de poder em termos macros, permanecendo a monarquia que se apoiava na classe dominante constituída pelos proprietários de terras, em um sistema de barganhas e trocas de privilégios, arranjo que impedia qualquer avanço, por exemplo, na abolição da escravidão, sistema que logicamente se servia fartamente das instituições de repressão (ZAFFARONI, 2003, p. 423-24).

Um dos instrumentos utilizados para coagir aqueles que se colocavam contrários ao *status quo*, seja com relação a escravidão ou com as condições de privilégios e concessões dadas para as oligarquias da época, era a prisão, utilizada para deter qualquer rebelde que se mostrasse em desajuste com os interesses das elites. Lembrando que aos escravos a prisão não era considerada pena, a estes eram reservadas as penas cruéis como chicote, mutilações, ferro a brasa, tronco e outros.

Os métodos policiais e punitivos, vários estudiosos enfatizaram, objetivavam, sobretudo, garantir a manutenção de social, laboral e racial da qual a escravidão constituía elemento central. Os métodos e estatísticas de perseguição policial e detenção em áreas de produção de café e açúcar, por exemplo, refletiam a necessidade e garantir a força de trabalho e o controle social sobre as populações negras escravas e livres (AGUIRRE, 2009, p. 49-51).

O Código Criminal de 1830 escancara a situação posta acima, pois embora tenha instituído em seu texto como pena fundamental a privação da liberdade⁴¹, manteve as penas corporais, de galés e de degredo direcionadas aos escravos que ainda estavam sujeitos a todo tipo de atrocidade perpetrada pela Casa Grande (BRASIL, Código Criminal: LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830).

No artigo 60 dizia que “se o réu for escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de sofrê-los, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar” (BRASIL, Código Criminal: LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.).

“As prisões e o castigo foram usados, nesse contexto, fundamentalmente para promover a continuação do trabalho escravo orientado à economia de exportação”, os ricos jamais frequentavam as prisões visto que como tudo estava nas mãos do carcereiro aquele que pudesse pagar saía a hora que bem entendesse (AGUIRRE, 2009, p. 49-51).

⁴¹ Embora o Código Penal tenha sido instituído em 1830 e trazer em seu corpo normativo a privação de liberdade como meio fundamental de punição, tal feito só pôde iniciar no ano de 1850, quando se deu a inauguração da Casa de Correção da Corte do Rio de Janeiro, que serviu para alojar aqueles que o sistema considerava como alvos, ver mais em: (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan, 2005).

Entretanto, os reformadores ao redigirem o texto do Código Penal, tiveram que estabelecer uma linguagem que se adequasse as novas diretrizes do mundo liberal, motivo pelo qual colocaram como finalidade da prisão: “a custódia segura, reforma e castigo”, o que obviamente não se aplicava aos escravos, conforme já vimos acima (MOTTA, 2011, p. 107).

Desde o início, o modelo prisional vai estar diretamente relacionado ao domínio das elites, servindo como instrumento de reafirmação e imposição, sendo os presídios destinados a aqueles considerados inadequados para o sistema vigente e como tal, não havia qualquer interesse da administração em investir em estrutura ou organização desses locais, deixando tudo nas mãos dos carcereiros.

Os estabelecimentos prisionais eram escassos e não tinham qualquer estrutura ou organização era “um misto de repugnância moral e física: Mistura de acusados com criminosos, de acusados com vítimas de calúnias”. “[...] um antro infernal nela tudo se acha confundido” (MOTTA, 2011, p. 91-92).

Com o advento da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, os militares assumem o poder elaborando-se um novo Código Criminal no ano de 1890, que embasado em um pseudo discurso de cunho ideológico se apresenta com uma roupagem científica, lastreando o argumento de inferioridade biológica⁴² (ZAFFARONI, 2003, p. 443).

Nessa época instituiu-se uma verdadeira política de higienização social, em que muitas pessoas sentenciadas como loucas eram levadas para os manicômios judiciais e as pessoas consideradas vadias eram presas sem qualquer motivação (SILVEIRA, 2010, p. 109-125).

O novo Código Penal atendendo a disposição de manter sob controle do governo determinadas classes sociais tratou de direcionar os tipos penais que atendessem tal pleito, e assim tratou de criminalizar, praticantes de capoeira, prostitutas, ébrios, pessoas desocupadas, afros descendentes e todo aquele que de alguma forma não se adequava as aspirações dos governantes, sendo estes os eleitos para preencherem os cárceres brasileiros (SILVEIRA, 2010, p. 109-125).

Com o advento da Constituição de 1891, extinguíram-se as penas cruéis ao menos no plano teórico, pois se:

⁴² Esse tipo de argumento tem como base teórica a Escola positivista de Criminologia que teve como fundador e principal expoente o italiano Cesare Lombroso, o qual defendia ser possível identificar o criminoso e predisposição para o crime analisando as compleições físicas e biológicas do indivíduo, visto que segundo este o indivíduo que era predisposto hereditariamente ao crime possuía determinados estigmas atávicos, identificáveis por métodos científicos. Ver mais em (SILVA, Augusto Lins e. **Estudos de Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1938.

No plano teórico, tais constituições eram tributárias do ideário transformador da punição, na prática, desde o início, coexistiram com um sistema prisional precário. Afinal, no caso brasileiro, o abismo existente entre a legislação formal e as práticas punitivas empregadas pelas agências repressoras tem sido uma característica que perdura desde ao período colonial, atravessa o império e se prolonga pelo regime republicano (SILVA, 2020).

Adotado com a finalidade de correição o encarceramento em massa tem seu início, sendo este tomado como supostamente a resolução para criminalidade e redentora da sociedade que se veria livre dos criminosos e dos inadequados socialmente (MOTTA, 2011, p. 294).

Com o encarceramento em massa daqueles eleitos para ocuparem as prisões, ou seja, aqueles considerados inadequados para o sistema vieram os problemas da superlotação das prisões, o que ocorreu sob a atenta e propositada negligência do Estado que adotou uma posição passiva e de total complacência (MOTTA, 2011, p. 294).

A Constituição da República Nova de 1934 vai passar a responsabilidade de legislar sobre prisões para a União e em 1935 tem-se a edição do regulamento penitenciário como uma tentativa de buscar soluções para as inúmeras contingências que se apresentavam, como superlotação, reincidência dentre outros problemas que tornou as prisões um instrumento de realimentação da criminalidade, demonstrando claramente o equívoco da política de aprisionamento em massa na contenção da criminalidade (FOUCALT, 2007, p. 222).

Sobre as problemáticas surgidas da política de encarceramento em massa, Foucault (2007, p. 22), assevera que: “A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras”, o que demonstra claramente que a intenção de aprisionamento em massa jamais visou acabar com criminalidade, sendo apenas um instrumento de dominação.

No ano de 1937 inicia-se no Brasil um período bastante conturbado nos quadros políticos o que vai refletir nas legislações penais, época em que se instituiu a Constituição Polaca, extremamente autoritária e que possibilitou mais uma vez que a prisão fosse utilizada como instrumento de perseguição e contenção dos inimigos do Governo (SILVEIRA, 2010).

Nessa época foi instituído o Código Penal em 1940 sendo promulgado em 1942, que é o atual Código Penal vigente no Brasil, o qual adotou um regime progressivo de pena, trazendo em seu texto que supostamente tinha como foco a ressocialização do apenado, sem, no entanto, apresentar qualquer mudança nos rumos do crescente encarceramento em massa das populações pobres.

Sobre o Código de 1940 Zaffaroni (2008) assevera que “é um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de ‘medidas de segurança’ ‘pós-delituosas’

[...]seu texto corresponde a um tecnicismo jurídico” autoritário que com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”.

Com o golpe de 1964 e instituição do governo ditatorial militar, manteve-se o código de 1940, inalterado sendo instituído um novo Código Penal somente em 1969, que manteve a mesma “moldura autoritária idealista”. Nessa época todas as liberdades foram suprimidas e os órgãos de repressão atuavam de forma extremamente rígida, se utilizando da violência, da tortura e da prisão para perseguir aqueles que contestavam ou não seguia as imposições do regime (ZAFFARONI, 2008, p. 195).

No ano de 1978 o Código do Regime Militar foi revogado voltando o Código de 1940, sendo que em 1984 foi feita uma profunda reforma neste, introduzindo na sua estrutura uma nova visão sobre política criminal, nesse ano teve-se ainda a instituição da Lei de Execução Penal que vai tratar sobre os procedimentos a serem adotados dentro dos presídios (ROIG, 2005, p. 138).

Com a constituinte de 1988 e a promulgação da Constituição Cidadã, se introjeta no ordenamento jurídico brasileiro, princípios constitucionais que estabeleceram o direcionamento das ações do Estado e do Governo para o respeito aos Direitos Humanos, devendo os presos serem tratados com dignidade tendo a sua integridade física e moral preservadas, com a observação dos chamados direitos fundamentais que são reflexos diretos dos direitos humanos no ambiente jurídico interno.

Em tese, a partir de 1988 o Brasil deveria orientar as suas ações pautadas no respeito aos Direitos Humanos, garantindo assim no âmbito da execução penal o respeito e a promoção da dignidade humana, ao menos são esses os princípios insculpidos em nosso texto constitucional.

No entanto, o que se observa que não obstante algumas evoluções nas legislações caminharem no sentido de organização e melhoramento das condições dos cárceres, como por exemplo, o reconhecimento na Constituição de 1988 da dignidade ao preso, a realidade se mostra totalmente descompassada em relação ao discurso formalizado (normas: leis, decretos e outros).

Todo esse quadro histórico de desenvolvimento do sistema prisional brasileiro nos evidencia claramente que desde os primórdios de nossa história os presídios foram feitos tendo como destinatários as classes baixas da população, não sendo mais do que um instrumento de dominação e controle social a serviço das elites. Todas as evidências históricas

mostram que os presídios foram feitos para serem ocupados por aqueles que não pertencem a Casa Grande e por isso mesmo não importam e nunca importaram, em qualquer tipo de investimento ou atenção por parte do Estado.

No próximo tópico apresentaremos o quadro geral de normas que hoje regem o sistema de execução no Brasil, quando poderemos constatar que o discurso do Estado é todo afinado no sentido de reconhecer a humanidade e dignidade dos presos, fato que na vida real jamais aconteceu.

3.3 A estrutura formal do sistema de execução penal brasileiro

Iniciaremos nossas discussões pela Constituição Federal de 1988, visto que é nela que estão os princípios norteadores de todo nosso ordenamento jurídico incluindo os chamados princípios de direito penal que estão diretamente relacionados com a questão da execução de penas, conforme se verificará.

3.3.1 O direito penal e a Constituição de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988 funda-se no Brasil o Estado de Direito Democrático, que seguindo as vertentes do constitucionalismo hodierno escolheu ter como uma de suas bases fundamentais o princípio normativo da “Dignidade da pessoa humana⁴³” (BRASIL, 1988).

Tal princípio, que positivado logo no início da Carta Magna no seu artigo 1º, inciso III, se irradia por todo o corpo constitucional do qual derivam todos os outros direitos fundamentais, colocando no epicentro do sistema jurídico brasileiro o ser humano como um fim e não mais como um meio ou objeto. É o reconhecimento do humano como um valor supremo que fundamenta a existência do próprio estado de Direito (BRASIL, 1988).

A posição adotada pelo legislador constituinte implica no reconhecimento expresso de que é o “Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano é que realmente constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2011, p. 80).

⁴³ “[...] a dignidade da pessoa humana apresenta-se como princípio básico e ao mesmo tempo supremo. O interesse de fortalecer a ideia de dignidade da pessoa humana compreende-se como reação à história recente de suas múltiplas violações. Pode-se questionar, porém, se o acento forte que se coloca hoje à ideia de dignidade humana não é uma supervalorização que pode ser contra-protutiva para a grande meta dos defensores dos direitos humanos, a saber, seu universal reconhecimento e proteção” (MALUSKCHKE, 2007, p. 105).

A preservação da dignidade da pessoa humana passa a ser a partir da chamada “Constituição Cidadã”, uma diretriz imperativa e necessária na instituição do ordenamento jurídico, no qual os direitos fundamentais devem ser respeitados e promovidos, aplicando-se tais fundamentos em toda e qualquer atividade estatal, sobretudo naquelas em que ocorre o exercício do chamado “*jus puniendi*”⁴⁴ (CAPEZ, 2012, p. 44-45).

Há, no entanto, quem vai ainda mais adiante, como é o caso do professor Daniel Sarmento que em sua obra “*A ponderação de interesses na Constituição brasileira*” nos informa que:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. (SARMENTO, 2000, p. 59-60).

A Constituição de 1988 conferiu segundo o Ministro do STF Gilmar Mendes:

[...] significado especial ao princípio da dignidade da pessoa humana como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III, da CF/88). Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. (MENDES, 2008, p. 500).

Ao eleger o princípio normativo da dignidade da pessoa humana como um fio condutor a ser observado, seguido e perseguido em todas as atividades estatais, a Constituição de 1988 impôs ao Estado e seus agentes e também em certa medida as próprias relações privadas, uma série de limites os quais não se é permitido ultrapassar, sob pena de se vilipendiar as bases que sustentam a própria democracia.

A partir da compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento central de sustentação da democracia se erigiu na constituição de 1988, uma série de outros princípios explícitos ou implícitos que servem para balizar a ação do Estado e de seus agentes no exercício e monopólio do poder de punir, sendo estes denominados de Princípios Constitucionais de Direito Penal.

Os princípios constitucionais penais passam a balizar todo o sistema normativo penal e processual penal brasileiro, delineando tanto o processo de construção como de aplicação das

⁴⁴ Expressão latina que pode ser traduzida como direito/dever de punir do Estado, referindo-se ao poder de sancionar do Estado que é o “direito de castigar”. Há quem diga que seja um dever/direito, pois o Estado como tutor da ordem jurídica tem o dever reagir contra quem viola tal ordem (CAPEZ, 2012, p. 45).

normas penais, que passam a ter os seus fundamentos, a sua natureza e a sua aplicabilidade calcada, de forma indissociável, à normatividade constitucional.

O Direito Penal de um Estado de Direito democrático é informado por princípios que visam garantir os direitos individuais mais fundamentais do cidadão, os direitos inerentes à pessoa humana. Assim, consagrados esses princípios nos códigos de Direito Penal, foram transportados, reflexamente, para as Constituições. Com efeito, a fonte primária do Direito Penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*.

O Direito Penal mantém estreitas relações com a Constituição, pois, sendo esta o estatuto político da nação, constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal, em razão do princípio da supremacia constitucional (SILVA, 2002).

O princípio da dignidade da pessoa humana passa a orientar de forma indissociável todo o sistema jurídico penal brasileiro não permitindo que qualquer aplicação, construção ou mesmo interpretação de normas penais se realize fora dos limites estabelecidos pela carta magna.

Imperativo, portanto, que qualquer punição que recaia sobre o indivíduo esteja claramente delimitada pelos princípios constitucionais, os quais orientarão não somente a construção das normas penais, mas também a sua aplicação, vinculando todo e qualquer agente ou entidade pública.

Nesse sentido nos esclarece Bitencourt (2012, p. 24): “Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão”.

O professor Raul Zaffaroni (2006, p. 155) diz que “[...] o princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito”.

Assim, temos que concordar com a professora Helena Regina Lobo da Costa quando a mesma assevera que “o princípio da humanidade determina a proibição de penas que violam nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa” (COSTA, 2008, p. 65).

O Estado brasileiro ao erigir a sua constituição fundamentada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, criou para si a obrigação de respeitar e promover os direitos humanos e assim impedir que qualquer tipo de pena de natureza cruel e degradante que não conserve o aspecto humano do indivíduo seja praticado.

Depreende-se de tudo isso, que mesmo quando o sujeito é condenado a pena de reclusão e tem a sua liberdade cerceada, a imposição punitiva deverá recair tão somente sobre a sua liberdade de locomoção, devendo, no entanto, o indivíduo ser respeitado como pessoa

em todos os aspectos tendo a sua integridade física e psíquica preservada (COSTA, 2008, p. 64-65).

“[...] no que se refere à liberdade, sua restrição deve ser limitada a liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção, devendo aos condenados deverão ser garantidos todos os direitos não afetados pela sentença penal condenatória” (COSTA, 2008, p. 65).

O status fundamental de pessoa humana jamais poderá sofrer afetação no sentido de redução ou extinção, essas são garantias que decorrem de princípios de direitos humanos os quais inegavelmente o Estado brasileiro fincou as suas bases após a promulgação da Constituição de 1988.

Assim nos esclarece Capez (2011, p. 28):

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação. Desta forma, do Estado Democrático de Direito parte o princípio reitor de todo o Direito Penal, que é o da dignidade humana, adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de Direito Penal Democrático. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta. Os mais importantes princípios penais derivados da dignidade humana são: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade.

Para que possamos compreender a execução penal dentro de uma perspectiva constitucional, imprescindível estudarmos com mais afinco os princípios da legalidade da individualização da pena e o princípio da humanidade.

“Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista” (BITENCOURT, 2012, p. 24).

3.3.1.1 Princípio da legalidade

Trata-se de um princípio cujo embrião segundo alguns estudiosos estaria na “Magna Charta Libertatum no ano de 1215, no Bill of Rights” das colônias inglesas, pela qual os barões ou donos de terras da época impuseram limites ao próprio rei, “João Sem Terra”.

À época estabeleceu-se no artigo 39 da Magna Carta a regra: “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo

destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre”.

Em uma tradução livre tal regra significa que: “Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos da força contra ele, e nunca mandaremos que outros o façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra”.

Conforme se pode notar da leitura do texto trata-se de uma norma processual, garantindo que para se punir uma pessoa deveriam ser observados os procedimentos previstos em lei. “Na verdade, não se excluía o costume como fundamento de agravação da pena, entretanto, é a primeira notícia de uma norma que, de uma forma ou de outra, limita o então poder ilimitado do rei no exercício do *jus puniend*” (VIDAL, 2003, p. 12.).

A quem diga, no entanto, que o primeiro documento que trouxe a semente do princípio da legalidade foi a Constituição Criminalis Carolina, do Imperador Carlos V, do ano de 1532, que disciplinava o direito comum alemão, por supostamente se fundamentar no direito positivo de acordo com os seus artigos 104 e 105 (VIDAL, 2003, p. 12-13.).

Salutar esclarecer que não havia na Constituição Criminalis Carolina, qualquer limitação da aplicação de penas e castigos à lei, permitia-se em tal Constituição, por exemplo, a utilização da analogia e dos bons costumes pelos juízes e sentenciadores na imputação de pena, reconhecendo múltiplas fontes do direito, pelo que não oferecia nenhuma garantia frente aos castigos extralegais (VIDAL, 2003, p. 12-13.).

Roxin (2000, p. 140-150), no entanto assevera que o princípio da legalidade se fez pela primeira vez nas constituições dos estados da Filadélfia no ano de 1774, Maryland no ano de 1776 e do estado da Virgínia no ano de 1776.

Não obstante as divergências sobre a sua gênese, não há qualquer dúvida que foi na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 26 de agosto de 1789, que se consolidou de forma definitiva e nos seus exatos termos, o princípio da legalidade, tal qual é hoje: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.

O princípio da legalidade marca o surgimento do próprio Estado de Direito, dando a este a marca distinta de prevalência da Lei sobre todo e qualquer. A lei passa a exercer a soberania e a ela todos devem se submeter, nasce assim com o princípio da legalidade, aquilo que Ronald Dworkin, de forma mais ampla, chamou de o “Império do Direito” (DWORKIN, 1999).

Diria o professor Celso Antônio Bandeira de Melo que “o princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria” (MELLO, 2013, p. 102-103).

Com o surgimento do Estado de Direito na França e os seus ideais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade" no final do século XVIII, culminando na promulgação, no dia 26 de agosto de 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, impôs-se a força da Lei como principal fonte do direito. Os princípios norteadores do liberalismo se sobrepõem ao absolutismo substituindo-se a ideia da vontade do rei como fonte de todo o direito pela ideia da lei como vontade geral do povo, agora representados pelo Parlamento, único poder autorizado a ditar leis gerais que deverão ser cumpridas por todos.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o princípio da legalidade funciona como uma espécie de farol norteando o exercício dos direitos, fazendo-se tal mandamento expresso nos seus artigos 5º e 7º:

Artigo 5º: A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena.

Artigo 7º: Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência (ASSEMBLEIA NACIONAL (França), 1789).

O princípio da legalidade vai aparecer ainda na constituição Francesa de 1791 no seu artigo 3º reafirmando que “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência” (ASSEMBLEIA NACIONAL, FRANÇA, 1791).

Inaugura-se juntamente ao princípio da legalidade os princípios da separação dos poderes e o princípio da igualdade, colocando o parlamento como legítimo representante do povo e o único autorizado a editar leis gerais, perante as quais todos deveriam ser iguais sem qualquer distinção.

Mais tarde tem-se a ampliação do princípio da legalidade fazendo surgir o Estado Democrático de Direito, que passou a abranger os princípios e valores, seja de forma explícita ou de forma implícita nas Constituições Modernas, que passaram a serem as fontes supremas dos ordenamentos jurídicos de todo e qualquer regime democrático.

No Brasil o princípio da legalidade aparece no inciso I do artigo 187 da Constituição de 1824, estabelecendo que: “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei” (BRAZIL, 1824).

[...] no primeiro quartel do século XIX, a Constituição Imperial de 1824 incorporou o postulado liberal de que todo o Direito deve expressar-se por meio de leis. Essa ideia inicial de ‘Império da Lei’, originada dos ideários burgueses da Revolução Francesa, buscava sua fonte inspiradora no pensamento iluminista, principalmente em Rousseau, cujo conceito inovador na época trazia a lei como norma geral e expressão da vontade geral (*volonté general*) (CANOTILHO; MENDES; SARLET, STRECK, 2018, p. 243).

Verifica-se o mesmo conteúdo normativo nas outras constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, que implantou a ditadura do Estado novo de Getúlio Vargas e que concentrava praticamente todos os poderes de forma ilimitada na figura do presidente da república, constata-se ainda que o princípio da legalidade se fez presente em todos os códigos penais brasileiros desde o império de 1830, até a reforma de 1984 (GRECO, 2004, p. 106).

Com o processo de redemocratização do Brasil, que encerrou um longo e funesto período de forte ditadura militar (1964 a 1985) instituiu-se a Constituição Federal de 1988, que ficaria conhecida como a “Constituição Cidadã”⁴⁵ e que trouxe como fundamento a democracia e a dignidade da pessoa humana, consagrando em seu texto, o princípio da legalidade, agora alçado a direito fundamental, expresso no inciso XXXIX, do artigo 5º da Carta Magna de 1988 que determina: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

O princípio da legalidade agora elevado à categoria de direito fundamental passa a informar todo o ordenamento jurídico brasileiro no sentido de impor limites ao poder punitivo estatal, reconhecendo a supremacia da lei a qual todos sem distinção devem se submeter.

Deverá de tal modo, o Estado observar, em consonância com os demais princípios constitucionais, de forma estrita, o conteúdo da lei para punir alguém, sendo tal exigência imperativa em toda e qualquer esfera da vida republicana, que a partir de 1988 deveria se desenvolver sob os auspícios da constituição, devendo o exercício do “*jus puniendi*” ser pautado de forma obrigatória pelo conteúdo normativo das leis, que por sua vez deverão ser construídas e aplicadas em consonância e subordinação absoluta aos princípios constitucionais.

Não obstante os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana terem que ser observados em todas as esferas nas quais o Estado se faça presente, é na esfera penal que tais princípios deveriam mais fortemente se manifestar, pois é na seara penal que, em nome da

⁴⁵ Ver mais sobre a expressão em: OLIVEIRA, Guilherme. **30 anos da Constituição Cidadã**. [SI], [SI], 2017.

proteção de determinados bens jurídicos⁴⁶ se permite a existência de normas incriminadoras de condutas, que podem resultar na afetação severa de direitos individuais como, por exemplo, a liberdade.

O conteúdo do inciso XXXIX, do artigo 5º da nossa constituição ao estabelecer de forma estrita a exigibilidade da tipificação em lei de determinada conduta, para que a mesma possa ser considerada crime e, portanto, ensejar em algum tipo de punição, buscou estabelecer garantias necessárias de segurança jurídica de todo e qualquer pessoa (MARACAJÁ, 2014).

Proíbe-se assim a chamada analogia no direito penal, que é aplicação por semelhança dos fatos de determinada lei a uma situação concreta nela não tratada, ou o uso de qualquer outra fonte no direito penal que não seja a lei (MARACAJÁ, 2014).

Ao adotarmos a legalidade como um princípio vinculativo em nosso ordenamento jurídico e por consequência no nosso sistema penal, estamos criando óbices claros à possibilidade de se impor sanções de natureza penal, tendo como base elementos não advindos da Lei. Passa a ser o princípio da legalidade a matriz delimitadora da atuação de qualquer agente público, afastando de suas ações todo traço de subjetividade voluntária, ao menos deveria ser assim.

Estabelece-se a proibição, no Brasil, de aplicação de normas penais de forma casuística sendo igualmente proibido que se aplique sanções com base em comparações ou semelhanças entre casos, ou seja, cada situação concreta deve necessariamente se amoldar perfeitamente ao conteúdo da norma incriminadora.

Deverá as normas penais ser claras e objetivas o suficiente para que se possa realizar a chamada legalidade estrita ou taxatividade, consagrando assim o brocardo latino: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”⁴⁷.

A doutrina majoritária compreende o princípio da legalidade dentro de uma perspectiva conceitual tríplice, em que este teria três aspectos conceituais: 01- Aspecto de estrito de legalidade jurídica que seria sinônimo de taxatividade, 02- Aspecto de sentido político que conferiria ao indivíduo uma garantia contra qualquer ilegalidade, excesso ou

⁴⁶ O papel do conceito de bem jurídico deve ser analisado, primeiramente, sobre a perspectiva intra-sistemática, a qual cumpre funções exegética e dogmática, como interpretação teleológica das normas e, posteriormente, do ponto de vista extra-sistemático, em que se verifica a legitimação em níveis ideológico e político, demonstrando as condições necessárias ou suficientes da produção normativa. Ou seja, são diferenças de pressupostos que cabe à análise das funções em que a intra-sistemática é ontológica e a extra-sistemática epistemológico (MACHADO, 2016).

⁴⁷ Segundo o Dicionário de Latim forense, 2019. Tal brocardo significa: Não há crime, nem pena sem lei anterior que os defina, tradução essa da formulação clássica de Paul Johann Anselm von Feuerbach: “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” (CEREZO MIR, 1998, p. 163).

ilegalidade cometida pelo Estado e seus agentes, 03 - Aspecto de sentido amplo, que seria a ideia de que ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (NUCCI, 2014, p. 41-42).

Nucci, (2014, p. 11, 12), traz a seguinte definição para o princípio da legalidade:

Princípio da legalidade ou da reserva legal: trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o processo previsto na Constituição (...). Encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX, da CF, bem como no art. 1º do Código Penal.

Franco, (1995, p. 20,21) na mesma linha de entendimento assevera que:

A origem e o predominante sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica própria do Estado de Direito, se cuidou de obter a segurança jurídica do cidadão. Assim, Sax acentua que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* é consequência imediata da inviolabilidade da dignidade humana, e Arthur Kauffmann o considera como um princípio concreto do Direito Natural, que se impõe em virtude de sua própria evidência.

A doutrina, portanto, orienta-se maciçamente no sentido de não haver diferença conceitual entre legalidade e reserva legal, entretanto, uma parte minoritária da corrente doutrinária jurídica brasileira entende que do princípio da legalidade, por derivação, surgem três outros subprincípios ou compreensões amplificadas do próprio princípio da legalidade: (a) Reserva legal; (b) Taxatividade e (c) Irretroatividade (CAPEZ, 2014, p. 57-58).

Nesta perspectiva o princípio da legalidade seria gênero do qual a Reserva legal e a anterioridade seriam espécies conforme assevera Capez (2014, p. 56).

Dissentindo desse entendimento, pensamos que princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação). Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade.

Segundo o aludido autor a reserva legal determina de forma estrita, para o campo da lei a existência do crime, ou seja, a existência de um crime só pode passar a existir no mundo jurídico se a conduta for tipificada em uma lei no sentido estrito, sendo vedada a tipificação de condutas como criminosas em outros tipos de normas como decreto, portarias e outros.

Para Capez, (2014, p. 59) a reserva legal estaria insculpida nos mesmos dispositivos constituintes do princípio da legalidade, ou seja, o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição

Federal que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e no artigo 1º do Código Penal que informa que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, a reserva legal conferiria à lei e somente à lei, ou seja, uma norma criada observando todos os rigores formais necessários à criação de uma lei, portanto, com a participação do parlamento, e no caso do Brasil tem que ser o parlamento federal, visto que é competência exclusiva deste, legislar sobre direito penal⁴⁸, o poder de tipificar uma conduta como criminosa.

De tal forma, nenhum outro poder na república poderia criar normas penais, somente o legislativo federal, através de lei em sentido estrito. A taxatividade que também decorreria dos mesmos dispositivos normativos, acima mencionados, estabelece que a lei penal deverá ser clara e objetiva o suficiente para que a sua interpretação seja literária, não havendo margens para dubiedade quanto a conduta tipificada.

Um dos objetivos de as leis penais serem claras e objetivas seria a tentativa de se evitar que leis penais sejam feitas com vagezas e dubiedades o que poderia inculcar na sociedade e no indivíduo sensação de insegurança jurídica.

Já a irretroatividade estaria relacionada à questão temporal, fazendo uma correlação entre o tempo da conduta praticada e o tempo de vigência da lei penal, estabelecendo dupla garantia, sendo uma no aspecto de não retroatividade da lei, salvo se for para beneficiar o réu e o outro no aspecto de que só pode ser considerada criminosa aquela conduta que foi praticada em momento no qual a norma incriminadora já estava plenamente em vigor.

A irretroatividade além de estar implicitamente no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, se mostra de forma expressa no 5º, inciso XL da Constituição de 1988 e no Artigo 2º do nosso Código Penal.

“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988).

Já o artigo 2º do Código Penal estabelece que:

Artigo 2º: Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1940).

⁴⁸ Segundo o artigo 22 da constituição federal: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (BRASIL, 1988).

A irretroatividade além de proibir a punição de conduta anterior à vigência da lei penal estabelece que qualquer lei penal posterior que beneficie o acusado, mesmo que já tenha ocorrido uma condenação, deverá retroagir devendo tais benefícios ser concedidos ao réu, podendo ocorrer nestes casos o chamado *abolitio criminis*⁴⁹. Assim para parte da doutrina o princípio da legalidade deve ser compreendido em um esforço interpretativo que abranja a reserva legal, a taxatividade e a irretroatividade.

Não se desconhece que a legalidade nos regimes democráticos se reveste de fundamental importância introjetando na democracia os elementos da certeza e segurança jurídica, imprescindíveis em um sistema de proteção aos direitos e liberdades que devem ter tão somente a Constituição e a lei como fontes de direito penal.

As distinções de compreensões existentes nas correntes doutrinárias sobre o princípio da legalidade são meramente conceituais, sendo que nenhuma das vertentes interpretativas se afasta da essência à qual o princípio da legalidade serve que é a de preservar direito e garantias individuais, mas, quando analisamos a aplicação prática desses princípios o que vemos é uma aplicação totalmente desvinculada do rigor que ele exigem, vemos no Brasil um direito penal em que a discricionariedade do juiz é excessivamente alargada, se tendo uma prática reiterada de ativismo judicial.

Um exemplo claro de ativismo que podemos citar é o julgamento em 2016 do Habeas Corpus número 126.292 em que a compreensão do princípio da legalidade no que diz respeito à execução da pena sofreu uma mudança drástica, em que o Supremo Tribunal Federal, mudando a interpretação do inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, autorizou a chamada execução provisória da pena, após condenação em segunda instância (BRASIL, 1988).

A reinterpretção dada pelo STF do inciso da LVII, do artigo 5º da Constituição Federal relativizou de forma explícita o princípio da legalidade, visto que tal dispositivo constitucional trata de matéria penal sendo este extremamente claro e literal em seu conteúdo:

Art. 5º [...]I.

⁴⁹ Quando lei nova deixa de considerar como crime a conduta praticada pelo Réu, nesse caso deverá ocorrer a extinção do processo e consequentemente a extinção de qualquer pena já aplicada ao réu. Rogério Greco assevera que: Quando o legislador atento às mudanças sociais resolve não mais continuar a incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, pois passou a entender que o Direito Penal não mais se fazia necessário à proteção de determinado bem, ocorre o fenômeno jurídico conhecido por *abolitio criminis*. Além de conduzir à extinção da punibilidade, a *abolitio criminis* faz cessar todos os efeitos penais da sentença condenatória, permanecendo, contudo, seus efeitos civis (GRECO, 2011, p.109-110).

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988) (grifos meus).

Percebe-se que não há margens para interpretações criativas que vá além do próprio conteúdo textual do dispositivo normativo constitucional, não se podendo retirar do texto outra compreensão que não a de que a pessoa só pode ser considerada culpada depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, deverá ter se esgotado todos os recursos e prazos previstos na legislação para que o acusado tenha a culpa devidamente formada e assim ter que cumprir a pena estipulada.

A interpretação dada pelo STF se estendeu muito além do conteúdo textual contido no dispositivo constitucional, situação que afronta de forma inequívoca o princípio da legalidade, sobretudo no aspecto da taxatividade, pois tal interpretação cria um significado novo e que claramente não se encontra expresso no texto da Constituição.

Ao criar conteúdo novo que não se encontra no texto constitucional o STF incorreu no chamado ativismo judicial⁵⁰, atuando como verdadeiro legislador, extrapolando assim as suas competências e por consequência invadindo as funções que foram atribuídas através do voto popular ao poder legislativo, usurpando assim a própria vontade do povo do qual deveria emanar todo o poder.

Sobre o ativismo judicial vale destacar as críticas tecidas pelo professor Jose Emílio Medaur Ommati:

Incrementou-se, então, a independência — que, no Brasil, parece ser sinônimo de irresponsabilidade — dos juízes, concedendo-lhes a possibilidade de fazer uma leitura da constituição a partir da moral deles, ao contrário daquilo que tanto a teoria alemã da jurisprudência de valores quanto a leitura moral da constituição proposta por Dworkin preconizam (OMMATI; FARO, 2012, p. 177-206).

Afirmando ainda que “os juízes não podem, dessa forma, em nome de desenvolver a moralidade da comunidade, sair inventando direitos que não existem em nossa prática política e social. Devem respeitar a vontade do povo soberano e a própria criação legislativa e democrática do Direito” (OMMATI; FARO, 2012, p. 177-206).

Essa mesma compreensão pode ser retirada do clássico Beccaria, (1.764, p. 10-11) que já naquela época reconhecia que:

[...] o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode,

⁵⁰ Diga-se: Decisões legislativas tomadas por um órgão judiciário (OMMATI; FARO, 2012, p. 177-206).

mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

Importante destacar que o Supremo ao adotar tal posição afetou ao menos momentaneamente e de forma significativa inúmeros processos penais, o que ensejou na retirada da liberdade de inúmeras pessoas, na sua grande maioria, pobres sem acesso a advogados, sem que para isso tenha ocorrido o chamado trânsito em julgado⁵¹, numa total desconsideração do direito fundamental de todo e qualquer cidadão, acusado de algo, de ter observado o devido processo legal e a prevalência da presunção de inocência.

O que é mais grave nisso tudo é que tal situação se impôs a todos os brasileiros, sem que houvesse a participação do parlamento, ou seja, uma escolha que deveria ser política se concretizou por uma decisão judicial que, obviamente padecia de ilegitimidade.

O Supremo ao adotar uma prática interpretativa “*sui generis*”⁵² acabou modificando a literalidade e o conteúdo do texto do artigo constitucional, que é explícito e claro ao estabelecer que somente haverá cumprimento de pena após o trânsito em julgado, atuando assim, o judiciário como verdadeiro legislador constitucional criando direito não existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem embargos é preciso lembrar que a decisão do Supremo sobre esse tema foi dividida, tendo que ser decidida pela presidência daquele tribunal, sendo um dos votos dissidentes, o qual vale a pena trazer aqui parte do seu voto, do Ministro Marco Aurélio Mello, que ao se posicionar sobre a questão asseverou:

[...] O que está no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal – vou repetir à exaustão, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" – é de univocidade alarmante. Não gera esse preceito, não abre esse preceito campo a controvérsias semânticas e a fugir-se, até, ao princípio racional-lógico do determinismo: ou uma coisa é ou não é. Não cabe ver, na cláusula – a encerrar uma franquia, uma garantia constitucional do cidadão –, sentido ambíguo a ponto de assentar-se que, conforme o órgão julgador, independentemente da preclusão maior, tem-se, independentemente de caber ou não recurso contra o pronunciamento judicial condenatório, a possibilidade de execução. É passo demasiadamente largo, que revela, sob a minha óptica – e vejo que não é a da

⁵¹ O trânsito em julgado é um marco processual que indica que a parte dispositiva da sentença (comando sentencial – o extrato da sentença, onde o Juiz declara o direito que entende correto, julgando procedente ou improcedente o pedido formulado pelo autor) prolatada em um determinado processo foi alcançada pelo instituto da ‘Coisa Julgada’ (art. 460 do CPC). Isto é, tornando-a imutável e indiscutível, não mais se sujeitando a qualquer recurso, fazendo, como se fala popularmente, “lei entre as partes” (SERGIPE, 2019).

⁵² Adotamos o termo *sui generis* por entendermos que a prática interpretativa adotada pelo STF neste caso, em verdade não interpreta, mas cria direito novo, e, portanto, não está, tal prática, alinhavada com qualquer modalidade de interpretação conhecida do Direito. Para saber mais sobre o assunto recomendamos a Leitura da obra: “O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito” de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. Editora Cone, 1996. E a obra: (MAXIMILIANO, Carlos. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011).

sempre ilustrada maioria –, desprezo à Constituição Federal, ao que está na Constituição Federal.

[...] Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “*status poenalis*”, a ostentar a condição de culpado.

[...] A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa.

[...] A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

[...] São essas as razões, Senhora Presidente, que me levam a concluir, presente o que se contém na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, que o reconhecimento da tese da “execução provisória” de uma condenação criminal (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir-se, com toda a vênua, um equívoco totalmente inconstitucional e ilegal (STF. Habeas Corpus nº 152.752).

Os princípios constitucionais penais são freios necessários em um sistema democrático que servem para impor limites ao Estado no exercício de suas funções punitivas e, portanto, têm a função de proteção dos direitos individuais, dando assim o equilíbrio próprio dos regimes democráticos e o STF ao inovar nesta questão, em um processo interpretativo que conforme já dissemos acima “*sui generis*” usurpou a competência do Congresso Nacional.

Ao ser rediscutida a questão pelo STF, prevaleceu o sentido constitucional dado pelo legislador, ou seja, que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado, quando todos os recursos possíveis já tiverem sido exauridos, decisão que fez nascerem no Congresso Nacional movimentos para apresentação de Emenda Constitucional no sentido de permitir a prisão após decisão de órgão colegiado.

Lembrando que ao menos por enquanto, em nosso sistema jurídico a prisão é exceção sendo a regra a liberdade, o que fica claro nos incisos LIV e LXVI, artigo 5º de nossa Carta Magna que estabelecem:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LXVI - Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1988).

3.3.1.2 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena que está expresso no inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal⁵³ assegura que toda pessoa que sofre uma condenação penal tenha a sua pena individualizada, considerando-se as circunstâncias fáticas de cada conduta apenada (BRASIL, 1988).

Com a reforma da legislação penal de 1984 adotou-se no Brasil quanto à sua aplicação, o princípio da individualização da pena, que a partir de então, deverá atender ao chamado critério trifásico, arquitetado pelo Ministro Nelson Hungria, devendo ao fim do processo penal produzir uma pena de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, aliadas as características individuais do acusado.

A primeira etapa é a chamada etapa “*in abstracto*”, esta fase fica a cargo do legislador que estabelece na lei os limites máximos e mínimos de pena que o juiz poderá aplicar à cada conduta considerada como criminosa.

Nesta primeira fase determinam-se, através da lei quais são as penas máximas e mínimas a serem aplicadas a aquelas condutas que o sistema penal brasileiro escolheu designar como criminosa, estando de tal modo, o juiz, no caso concreto, constricto à tais limites (Brasil, 1940).

A segunda etapa de aplicação do princípio da individualização da pena é conhecida como fase judiciária, nesta fase o juiz vai verificar se aquela conduta praticada pelo acusado se amolda a algum tipo penal descrito na lei e aplicar a pena que lhe pareça mais adequada ao caso concreto, observando os limites da fase anterior (BRASIL, 1940).

Embora pareça que nessa fase o juiz tem livre arbítrio para decidir o *quantum* de pena deve ser aplicada, a lei penal conforme determinou o texto constitucional, vai balizar a tomada de decisão do magistrado, estabelecendo o artigo 59 do Código Penal os parâmetros aos quais, o juiz deverá seguir para individualizar a pena do acusado.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁵³ O Inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição (BRASIL, 1988).

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível, (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940).

Embora a lei estabeleça os parâmetros aos quais o Juiz deverá se vincular não podendo este inclusive extrapolar os limites máximos e mínimos de pena prevista em lei, devendo o *quantum* penal de o sentenciado estar devidamente fundamentado e em consonância com os elementos acima elencados, não podemos negar que há no texto da lei uma carga de discricionariedade extremamente forte ficando à cargo do subjetivo do Juiz a quantidade de pena final que vai aplicar ao indivíduo.

A forte carga de discricionariedade dada pela legislação ao magistrado para determinar a quantidade de pena a ser aplicada no caso concreto é ponto de muita polêmica e discordância dentro da literatura jurídica especializada, há autores que dizem ser tal discricionariedade necessária e outros que em sentido contrário apontam a excessiva discricionariedade como uma das responsáveis pela seletividade em nosso sistema penal.

Cernicchiaro (1991, p. 38-259), por exemplo, vai asseverar que “é da própria natureza da individualização o poder discricionário do juiz, no momento da fixação ao caso concreto”. Mas, esta “discricionariedade seria vinculada” e que o juiz deve observar limites na sua atuação, limites que seriam estabelecidos pelos parâmetros descritos na lei.

O ideal seria que a lei penal fosse a mais objetiva possível não deixando margens de subjetivismo para o magistrado, nesse sentido entendemos que a lei penal brasileira ao alargar excessivamente o poder de discricionariedade do juiz em matéria penal, acaba por contribuir de forma negativa para o sistema judicial como um todo, pois a possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei penal cria oportunidade para a geração de penas desproporcionais e injustas que não coadunam com o objetivo dos princípios do direito penal constitucional.

Para longe da celeuma em torno da questão acima posta, certo é que o princípio da individualização da pena exige que toda pessoa que sofra uma condenação tenha o conhecimento exato dos motivos que o levou aquela pena, sendo vedado ao juiz se utilizar de fundamentos e ou termos genéricos.

Conforme assevera o penalista Rogério Greco, (2012, p. 556-784) “o réu, principalmente, deve saber o porquê de ter o juiz fixado a pena-base acima do mínimo, pois esta será, possivelmente, objeto de ataque quando de seu recurso”.

Em vários julgados o Supremo Tribunal Federal vem afirmando a necessidade de o juiz, ao determinar a quantidade da pena, fazer uma fundamentação ajustada de acordo com

os fatores existentes no caso concreto devendo demonstrar claramente quais circunstâncias (todas elas) levaram a aquele “*quantum penal*”, reconhecendo assim a imperatividade do princípio da individualização da pena.

A próxima etapa de aplicação do princípio da individualização da pena relaciona-se com as circunstâncias dos fatos, essa fase está descrita na legislação penal brasileira no artigo 68 do Código Penal, que diz:

“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (BRASIL, 1940).

Nesta fase têm-se critérios mais objetivos que vão ser observados pelo juiz, que poderá elevar ou reduzir a quantidade de pena final a ser aplicada, devendo ser observado o tipo penal e suas circunstâncias aliadas aos dispositivos legais para que assim se estabeleça uma pena definitiva a ser cumprida pelo condenado (BRASIL, 1940).

A última fase de aplicação do princípio da individualização da pena é a chamada fase de individualização executória ou fase administrativa, sendo este o momento que de fato vai se definir como a pessoa condenada vai cumprir da sentença penal, determinando o tipo de regime de cumprimento da pena e se terá algum benefício (NOGUEIRA, 1994, p. 3-25).

Nesta fase torna-se exequível ou efetiva-se a sentença criminal, que se impôs ao condenado pelo crime praticado sendo segundo Nogueira, (1994, p. 3), “a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem que haja a execução da pena imposta. Daí o objetivo da execução penal, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal, que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado”.

É nesta fase que a força punitiva do Estado vai atuar de forma direta sobre o corpo do indivíduo lhe impondo restrições que lhe retirarão parte de seus direitos, restando intactos, no entanto todos os outros direitos não atingidos pela sentença penal condenatória.

Não obstante ser a fase executória da pena um dos mais importantes temas a serem debatidos e que inclusive constitui o cerne do presente estudo, neste momento objetivamos apenas fazer uma explanação geral para efeitos de compreensão do princípio da individualização da pena, objetivo alcançado a contento.

3.3.1.2 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade no âmbito penal está diretamente relacionado a ideia de preservação da dignidade da pessoa humana, devendo ser compreendido em sua essência

como um princípio de racionalidade que exige uma obrigatória vinculação entre o delito e sua consequência jurídica.

Trata-se de um princípio que traz a ideia de que toda e qualquer pena deverá ser racionalizada no sentido de atender de forma clara aos objetivos sociais inerentes, que por sua vez devem ser definidos eminentemente por decisões políticas da comunidade e que devem ser refletidas, em nosso caso, nas leis produzidas pelo parlamento.

Em observância ao princípio da humanidade o nosso texto constitucional fez vedações claras, quando dispôs sobre os direitos e garantias fundamentais, no sentido de proibir que determinadas penas e formas de tratamento fossem utilizadas no sistema penal brasileiro (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 15-157).

“O princípio da humanidade postula uma sanção criminal racional e proporcional, que não desconhece o condenado como pessoa, e cujo objetivo não é afligir sofrimento ao condenado”, estabelece-se, com o princípio da humanidade, limites os quais o Estado está proibido de ultrapassar (BATISTA, 2001, p. 98-101).

Beccaria, (1764, p. 33-34) assevera-se que “o legislador deve, por conseguinte, pôr limites ao rigor das penas, quando o suplício não se torna mais do que um espetáculo e parece ordenado mais para ocupar a força do que para punir o crime”.

O conteúdo ou a matéria que preenche o princípio da humanidade é a dignidade da pessoa humana, o que torna forçosa a crença e a defesa da ideia de que o indivíduo jamais perde a sua humanidade e como tal, sempre será portador de dignidade, mesmo que cometa os crimes mais atrozes (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 80-85).

A pena jamais pode ter como objetivo o sofrimento daquele que foi condenado e tão pouco desconhecer o sujeito enquanto pessoa portadora de dignidade, por isso mesmo cabe ao Estado cuidar para que aqueles que estão sob sua custódia tenham sua integridade física e moral preservadas.

Em referencial inegável ao princípio da humanidade, a nossa constituição de 1988 estatuiu em nosso ordenamento jurídico a proibição de penas excessivamente aflitivas que sejam incompatíveis com a condição humana, proibindo-se qualquer prática que infrinja desnecessário e desproporcional sofrimento ao indivíduo, não sendo permitido qualquer tipo de pena cruel ou tortura, seja física ou psicológica.

Foram várias as construções legislativas ao redor do mundo que fizeram inculcar nas nações a ideia de penas consideradas humanizadas, legislações das quais podemos citar como as mais significativas: (1) Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; (2) Pacto

Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; (3) Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984.

No Brasil além dos tratados internacionais ratificados pelo país, o princípio da humanização da pena pode ser verificado na Constituição de 1988 e em outras legislações penais como a Lei de Execução Penal e o próprio Código Penal que ao menos formalmente demonstram alguma preocupação com a preservação da integridade física e moral dos condenados.

No texto constitucional de 1988, temos os incisos III, XLVII, XLIX e L do artigo 5º que estabelecem uma série de restrições impostas ao exercício do poder punitivo do Estado (BRASIL, 1988).

Lembrando que tais dispositivos estão dentro do rol de garantias eleitas pelo constituinte originário como garantias permanentes, ou cláusulas pétreas⁵⁴ nos termos do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...];

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

[...];

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Os dispositivos constitucionais acima relacionados são normas de caráter duplo, um negativo ou proibitivo e outro positivo (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 82).

As normas de caráter negativo estabelecem a proibição do uso de tortura, tratamento degradante, pena de morte, com exceção prevista na própria constituição⁵⁵, penas de caráter

⁵⁴ As “Cláusulas pétreas” proíbem o constituinte derivado de abolir ou reduzir os direitos e garantias individuais por meio de ementas à constituição, de outro lado devemos esclarecer que tal disposição constitucional não veta a ampliação ou a instituição de novos direitos e garantias individuais, portanto, pétrea no texto constitucional não é sinônimo de imutabilidade, mas de proibição de redução ou abolição. “As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição” (PEDRA, 2006, p. 135).

perpétuo, penas de banimento, uso de trabalho forçado, penas cruéis e qualquer outro método que macule a dignidade humana da pessoa do condenado.

Já as normas de caráter positivo criam a obrigações destinadas ao Estado e a sociedade de preservação da dignidade dos condenados, o que nos leva à reflexão que o texto constitucional proíbe o Estado de se manter inerte diante de situações de degradação da condição humana daqueles que estão sob sua custódia, devendo tomar todas as providencias necessárias a preservar o respeito à dignidade.

O “*Jus puniendi*” exercido pelo Estado, para ser legítimo, deve respeitar um conjunto de preceitos fundamentais como: necessidade, legalidade, imputação subjetiva, culpabilidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade do direito penal, taxatividade, garantias básicas penais e processuais penais e o devido processo legal (GOMES, 2009, p. 292-294).

Todos os preceitos acima devem ser respeitados em absoluta sintonia para com o princípio da humanidade sendo que o respeito a tais axiomas se faz imprescindível em uma sociedade democrática (GOMES, 2009, p. 292-294).

O princípio da humanidade impõe-se em espectro amplo, ou seja, atinge todos os momentos de atuação do direito penal sobre o indivíduo, e isso impõe ao juiz o dever de ao aplicar uma pena, observar além das circunstâncias do fato, as características individuais do apenado, se, por exemplo, ele, é portador de uma enfermidade grave (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2009. p. 156).

Ao contrário do que é propalado pelos discursos extremistas o princípio da humanidade não desnuda ou esvazia o caráter retributivo/punitivo da pena ou mesmo lhe retira totalmente o caráter aflitivo, pois conforme assevera Santoro Filho, (2003, p. 40-18), o princípio da humanidade impõe, que não obstante a pena cumpra as suas funções punitivas, esta não flagele ou inflija excessivo sofrimento desnecessário ao apenado, se buscando uma punição justa, dentro dos limites permitidos pela lei, preservando assim a dignidade do indivíduo e todos os seus direitos não atingidos pela sentença penal condenatória.

A punição, ainda que rigorosa, deve ser justa e aplicada de forma digna, atingindo as suas finalidades nos limites estabelecidos pela lei, fazendo valer todos os preceitos necessários à preservação dos direitos humanos do condenado; esses são os objetivos do princípio da humanidade (BOSCHI, 2006, p. 72-76).

⁵⁵ A constituição de 1988, ao proibir a pena de morte, trouxe expresso em seu corpo textual a exceção a regra, ou seja, quando poderá haver pena de morte no Brasil ver mais na Alínea “a”, Inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Segundo Franco, Lira e Felix, (2011, p. 81-82) o princípio da humanidade determina especificamente na legislação penal duas consequências de ordem prática, a primeira relacionada à quais tipos de penas são permitidos ou proibidos e as formas de execução, que necessariamente deveriam observar um conjunto de axiomas fundamentais à preservação da dignidade da pessoa humana e a segunda que está relacionada à função e a finalidade que se almeja com as punições de natureza penal.

Decorre ainda do princípio da humanidade a assistência e apoio as vítimas de crimes, em que estes têm o direito ao acesso à informação e a verdade, devendo o Estado através de suas instituições e agentes tomarem todas as providências para que sejam integralmente reparadas dos prejuízos sofridos, embora no Brasil ainda persista a prática de marginalização da vítima pelo Estado, que toma para si a exclusividade do interesse em casos de crimes (BITENCOURT, 1999, p. 19-30).

Não podemos olvidar, enquanto sociedade, que o valor normativo do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável e nenhuma ordem jurídica que se diz democrática pode contrariá-lo ou permitir que se lhe contrarie, seja em qual âmbito for; sendo de todo mais grave quando pessoas que estão sob a tutela e vigília direta do Estado têm as suas dignidades vilipendiadas (GOMES, 2006).

Devemos ter a necessária consciência, enquanto sociedade que o “Homem não é coisa, é antes de tudo, pessoa dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado”. Por isso mesmo, deverá toda punição ser exercida sob as luzes principiológicas da nossa Carta Magna, sem perder de vista a normatividade e a racionalidade de força vinculativa dos direitos humanos (GOMES, 2006).

Não é excessivo asseverarmos que a própria legitimidade do monopólio do uso da força por parte do Estado só se justifica na medida em que se observa os limites impostos pelo respeito a todos os princípios constitucionais, pois do contrário o que vigora é a barbárie dos totalitários.

Não negamos que além dos princípios constitucionais até aqui tratados existam no corpo constitucional outros princípios de direito penal e de processo penal que são igualmente importantes, entretanto, compreendemos que tais princípios ou como dizem alguns autores subprincípios: (1) da inafastabilidade do controle jurisdicional⁵⁶; (2) do devido processo

⁵⁶ Está previsto no Inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", também conhecido como direito de ação o qual garante à todo cidadão o direito de provocar o judiciário para que esse conheça do assunto e sobre este se manifeste (BRASIL, 1988).

legal⁵⁷; (3); do contraditório e da ampla defesa⁵⁸; (4) da intervenção mínima⁵⁹ e o (5) da presunção da inocência⁶⁰, são princípios que estão diretamente relacionados ao conteúdo normativo constitucional que estabelece a obrigatoriedade do respeito à dignidade da pessoa humana, sendo estes, portanto, símbolos do próprio princípio da humanidade.

3.4 Lei de execução penal brasileira (LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEP)

A Lei de Execução Penal (LEP) foi instituída no ano de 1984, com a finalidade de regulamentar e estabelecer todas as regras a serem observadas na execução penal em âmbito nacional e como legislação recepcionada pela Constituição de 1988 deve ter seus dispositivos normativos interpretados sob a égide dos preceitos constitucionais e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A recepção constitucional da LEP ocorreu devido, à época, se ter o entendimento que o seu conteúdo, embora datasse do ano de 1984, antes, portanto da promulgação da Constituição democrática de 1988, foi desenvolvido sob forte influência das legislações internacionais de proteção dos direitos humanos, indo assim, ao encontro dos princípios norteadores da nova ordem constitucional.

⁵⁷, Está positivado no inc. LIV, artigo 5º da Constituição Federal e estabelece a garantia de que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal”, esse talvez seja um dos mais importantes conteúdos da nossa Carta Magna para a consolidação da Democracia em nossa sociedade, pois em sua essência exige o respeito às leis o que demanda que as partes tenha igualdade em oportunidades processuais se projete na participação efetivamente franqueada aos litigantes e praticada pelo juiz (garantia do contraditório, art. 5, inc.LV), devendo toda e qualquer decisão judicial ser devidamente fundamentada sob pena de nulidade absoluta. Ver mais em: (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999) (BRASIL, 1988).

⁵⁸ Está previsto no inciso LV do art.5º, da Constituição Federal e determina que: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo constitucional implica que todo aquele que sofre um processo seja ele de qual natureza for deverá ter garantido o direito de exercer o seu direito de defesa de forma ampla e assim na instrução processual poder: (1) ter conhecimento claro da acusação ou do litígio que foi inserido; (2) ter o direito de apresentar as suas alegações contra a acusação podendo apresentar provas que legitimem suas razões; (3) tomar conhecimento e acompanhar a prova produzida e poder fazer contraprova; (4) deverá ter a oportunidade de constituir defesa técnica por advogado, (5) poder acessar ao chamado duplo grau de jurisdição que em suma é o direito de recorrer da decisão desfavorável. Ainda sobre esse tema devemos trazer à baila que nos casos de competência do Tribunal do Júri fala-se em plenitude de defesa, o que importa que na defesa do réu, poderá se invocar quaisquer argumentos e providências, desde que lícitos. O espectro é mais amplo e profundo do que ampla defesa. (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 22ª ed., 2012).

⁵⁹ “O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte geral*, p. 32 *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, v. 1, p. 51).

⁶⁰ Previsto expressamente no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição e estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

No título I da LEP, podemos identificar os objetivos atribuídos pelo legislador à execução penal, em que se pretende conferir a esta um caráter restaurador, em que o indivíduo, mesmo preso, deveria ter garantida a sua dignidade e todos os seus direitos não atingidos pela sentença penal condenatória (BRASIL, 1984).

Pretendeu-se com a LEP conferir um caráter social a pena, com vistas à reintegração do indivíduo à sociedade e por isso mesmo esta foi recepcionada pela Constituição de 1988, tal caráter é expresso logo nos seus artigos iniciais que dizem:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

[...]

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. (BRASIL, 1984).

Ironicamente a lei de execução penal brasileira é considerada pela literatura especializada, como uma das mais avançadas do mundo, trazendo em seu bojo normativo uma série de dispositivos imbuídos de princípios que visam ganhos sociais, com nítido conteúdo preservacionista e de respeito aos direitos humanos dos presos (BRASIL, 1984).

Não se desconhece que com a LEP se tentou estabelecer novos paradigmas para a execução penal, tendo-se como objetivo a ser alcançado a transformação na compreensão das funções da pena, a qual se pretendia deixar de ser uma punição em si mesma e passar a ser instrumento de possibilidade de reintegração do sujeito à sociedade.

Segundo Santos (1998), são três objetivos identificados no conteúdo da LEP, (1) o efeito retributivo com o efetivo cumprimento da sentença condenatória, (2) a recuperação do sentenciado através do processo de readaptação ou de ressocialização e por fim o (3) “retorno do sentenciado à convivência social”, tais objetivos estão estampados logo nos primeiros artigos da LEP (SANTOS, 1998).

A intenção foi ao mesmo tempo cuidar do sujeito passivo da execução penal, mas, também alcançar ganhos sociais, promovendo a “harmônica integração social do preso ou do internado” (MIRABETE, 2007).

Ao se estabelecer os objetivos da execução penal como instrumentos de proteção e ganho social, buscou-se com a LEP alcançar a realização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ocorrendo assim no âmbito legislativo nacional uma necessária imbricação entre o exercício do “*jus puniend*” com a função social do Estado de garantir ao indivíduo a proteção de seus direitos fundamentais (MIRABETE, 2007).

A LEP trouxe um novo paradigma em termos legislativos para a questão da execução penal, apontando para a direção de respeito aos direitos humanos, caminho que infelizmente só foi apontado, mas jamais seguido.

Ao contrário dos discursos extremados não é a crueldade e desrespeito aos direitos humanos que vai diminuir a criminalidade e principalmente a sua reincidência, mas sim a efetividade da aplicação da lei que deve punir de forma rigorosa, mas preservando a dignidade daquele que está sendo punido, inculcando neste o sentimento de justiça e de pertencimento social, o que resultará em uma evolução tanto do ponto de vista pessoal como do ponto de vista social, ao menos essas são as intenções identificadas no texto da LEP.

Essa é uma compreensão que se verifica na esmagadora maioria da doutrina que trata sobre o assunto que como Soares, (2003) são categóricos em afirmarem:

Que os adversários da democracia qualifiquem segurança como truculência. Para nós, segurança significa estabilidade de expectativas positivas, compatíveis com a ordem democrática e a cidadania, envolvendo, portanto, múltiplas esferas formadoras da qualidade de vida, cuja definição subsume dignidade e respeito à justiça, à liberdade e aos direitos humanos.

No sistema pensado pela LEP tentou-se buscar a participação da sociedade, que deveria ser incentivada sob o prisma da não distinção de raça, gênero, religião e ou política, objetivando instituir uma cooperação entre a comunidade e o Estado, de forma a produzir um amalgama complexo que pudesse influenciar e sustentar o árduo processo de reinserção do preso ao tecido social (BRASIL, 1984).

Almejou-se construir um sistema de superação da dicotomia existente entre o exercício do poder pelo Estado e suas instituições repressoras e a sociedade, no qual a participação desta última serviria como fio condutor do processo de execução penal que se legitimaria dentro dos princípios constitucionais democráticos (SOARES, 2003).

O conteúdo da LEP tem como fundamento a ideia da recuperação do condenado, com vistas a possibilitar a reinserção deste no seio social, com garantias expressas ao preso, de preservação de todos os seus direitos não afetados pela sentença condenatória (BRASIL, 1984).

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança (BRASIL, 1984).

Assim podemos asseverar, que pelo menos do ponto de vista do discurso formal existente em nosso ordenamento jurídico, o Brasil é um país que propaga a ideia da crença “na recuperação do condenado”, com inúmeros “empecilhos” constitucionais, replicados na LEP, que visam impedir a degradação do status de humano que deveria ser conferido à toda e qualquer pessoa, proibindo assim penas de morte, prisão perpétua, penas cruéis ou degradantes (RIBEIRO, 2013).

No entanto, desde a promulgação da LEP, pouco de seu conteúdo foi de fato implementado pelo Estado brasileiro, que ao que tudo indica, sendo o caso da LEP só mais um exemplo claro, não tem qualquer interesse em resolver a questão carcerária, que dia a pós dia se apresenta em uma situação de verdadeiro caos e degradação.

3.4.1 Direitos e garantias previstos na LEP

No intuito de dar concretude aos seus objetivos, a LEP trouxe a partir do seu capítulo II, uma série de dispositivos que estabelecem garantias e direitos aos presos, reafirmando todos os princípios e objetivos mencionados em seus artigos iniciais (BRASIL, 1984).

Estabeleceu-se para o Estado a obrigação de prestar ao indivíduo sob sua custódia, a assistência: material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme estabelecido no seu artigo 10:

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

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Instituiu-se, um plexo bastante amplo de direitos assistenciais que deveriam ser prestados pelo Estado ao preso, devendo tais garantias serem suficientes para criar as condições necessárias à “regeneração” e a volta do condenado ao convívio social.

Na especificação da prestação assistencial do Estado ao preso, diz o texto da LEP que a “assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (art.12, LEP), sendo determinado ainda que o preso possa adquirir em algum estabelecimento comercial produtos não fornecidos pela administração, desde que sejam permitidos dentro dos estabelecimentos de custódia (art. 13, LEP) (BRASIL, 1984).

A assistência à saúde por sua vez consiste no atendimento médico, farmacêutico e odontológico, que poderá ser na própria unidade prisional ou em outro local que tenha tais serviços, sendo assegurado à mulher e ao recém-nascido a assistência médica, dando à legislação ênfase ao pré-natal e ao pós-parto (artigo 14, LEP) (BRASIL, 1984).

Já nos artigos 15 e 16 temos a previsão da assistência jurídica à aqueles que não têm condições financeiras de constituírem um advogado. Importante salientar que o direito à assistência jurídica previsto na LEP, é amplo se estendendo a todos os réus, sentenciados, em liberdade, egressos e seus familiares que não tenham condições de acessar um advogado particular, assistência que deveria ser provida pelo Estado através das defensorias públicas (BRASIL, 1984).

No que tange à assistência educacional prevista na LEP, além da instrução escolar básica através da obrigatoriedade do ensino de primeiro grau e da implementação do ensino médio regular ou supletivo, tem-se ainda a educação profissionalizante dos presos através da educação profissional que poderá ser em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico (BRASIL, 1984).

Sobre a assistência educacional ao recluso, definiu-se que a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, devem inserir em seus programas educacionais ferramentas que possam oportunizar aos presos a se inserirem no sistema educacional, podendo ser implantadas tecnologias que possibilitem aos presos o acesso à cursos à distância (BRASIL, 1984).

Já a assistência social na LEP teria dupla função, uma para com o preso/internado e seus familiares e a outra para com a vítima e seus familiares.

Em relação ao preso/internado caberia ao serviço de assistência social assisti-lo no sentido de prepara-lo para o retorno ao convívio social, tomando todas as providências em relação às dificuldades enfrentadas pelo preso durante a sua estadia no cárcere, devendo se ater às inúmeras questões da vida o preso que vão desde a questão do bem-estar (recreação) até questões relativas à documentos, orientação e amparo aos familiares do recluso (artigos 22 e 23 da LEP) (BRASIL, 1984).

Pela leitura do artigo 23, inciso VII, podemos ver claramente que a assistência não se destina apenas ao preso, mas também as vítimas e seus familiares, o que obviamente cria uma dupla responsabilidade ao Estado que deverá se preocupar também em dar apoio às vítimas e seus familiares em um espectro bastante amplo (BRASIL, 1984).

Em relação à assistência religiosa dispõe o texto legal que deverá ser permitido, de forma não obrigatória, ao preso o exercício, em local próprio de cultos e da sua religiosidade,

devendo ser permitida a posse de livros ou escritos para fins de orientação religiosa (BRASIL, 1984).

Tem-se ainda previsto na LEP a assistência ao egresso que consiste em:

I - Na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - Na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - O liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - O liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho (BRASIL, 1984).

O legislador brasileiro com a LEP buscou construir um arcabouço jurídico que pudesse subsidiar a criação de uma estrutura para acompanhar o preso durante toda a sua estadia nos estabelecimentos penais até a sua completa inserção ao convívio social, almejando o chamado ciclo virtuoso, em que aquele que cometeu algum crime pudesse retornar regenerado para o seio social, apto, por tanto a desenvolver as suas funções como cidadão e contribuir com a comunidade, ao menos esse é o discurso e aparentemente a intenção formalizada no texto da Lei de Execuções Penais.

Não obstante ser uma lei com princípios garantistas, não é a LEP uma legislação que visa leniência com o crime e com o criminoso, pois embora se tenha a previsão de inúmeros direitos e garantias, também se tem previsto os deveres da ordem e da disciplina.

De tal modo, ao contrário do que os discursos extremados pregam, as garantias previstas na LEP não são benesses para com quem cometeu crime, mas é um compromisso da sociedade brasileira em estabelecer um sistema que possa cumprir a finalidade retributiva da pena preservando e respeitando a dignidade da pessoa, tendo sempre em vista que o status de ser humano é irrevogável.

Embora seja a LEP considerada por muitos como uma das legislações de execução penal, mais avançadas do mundo, não está imune a críticas e umas das críticas que se faz é a expressa permissão que se dá para que os presos recebam, pelos seus trabalhos, uma remuneração inferior a um salário mínimo ou inferior aos outros trabalhadores.

Tem-se, neste caso, uma norma expressa que contraria de forma acintosa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante a todos igual respeito e consideração e sobre essa questão Castellucci e Carreiro (2019) asseveram que:

A disparidade trabalhista que os internos enfrentam em relação aos trabalhadores em liberdade gera conflitos sociais que podem levar à reincidência criminal. Com o trabalho interno, as chances de reincidência até caem, afinal, parte da remuneração mensal que o preso recebe vai para um fundo, semelhante à poupança, que somente fica acessível quando ele é posto em liberdade. Mas, ao sair do presídio, o então ex-interno não terá sequer uma comprovação (carteira de trabalho) de que exerceu função de trabalho e, conseqüentemente, não poderá competir em igualdade com outro candidato. Essa consequência é gerada porque as empresas conveniadas com o Presídio não respeitam os benefícios da CLT (1943), ancorando-se da Lei de Execução Penal. Desse fato também surge o preconceito por parte da sociedade, que não valoriza da mesma forma ex-presidiários, mesmo que durante sua pena tenham trabalhado como qualquer pessoa em liberdade. Logo, quanto mais empecilhos surgirem no processo de ressocialização do preso, mais tempo a discussão acerca do referido tema se prolongará.

Os Artigos 29 e 30 da LEP estabelecem uma clara diferenciação entre a remuneração do trabalhador que está livre e o trabalhador que está preso, o que obviamente acaba por coloca-los em categorias de distinções, ocorrendo assim uma subclassificação do trabalho desenvolvido pelos presos, como se o trabalho destes fosse menos importante.

Ocorre desta forma, na LEP a formalização de uma violação dos direitos humanos dos presos, impondo a estes uma condição de inferioridade enquanto indivíduo produtivo, lhes colocando em evidente fragilidade perante o mercado de trabalho, situação que afeta ao preso e a seus familiares que nada têm a ver com o crime cometido.

A permissividade com os direitos trabalhistas relegando o trabalhador preso à uma classe inferior, acrescenta à sentença penal condenatória do indivíduo uma punição além daquela a qual foi sentenciado, punição que se estende também a seus familiares e dependentes, o que obviamente ofende frontalmente a nossa Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (CAPEZ, 2014, p. 418).

Tudo isso nos faz refletir que a LEP embora represente um avanço, deve ser interpretada sob os mandamentos constitucionais e dos direitos humanos contidos nos tratados ratificados pelo Brasil, modelo interpretativo que obviamente nos indica serem os artigos (29 e 30 da LEP) inconstitucionais, merecendo serem extirpados de nosso sistema jurídico, para assim darmos igual tratamento e valoração ao trabalho do preso e do trabalhador livre, vez que na sua essência não há distinção entre um e outro.

3.5. As interações do Código Penal, Código de Processo Penal e legislações penais especiais com a execução penal.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho discorrer à exaustão sobre o Código Penal, o Código de Processo Penal e as legislações penais especiais ou extravagantes⁶¹ se mostra necessário tratarmos, mesmo que brevemente, como que a execução penal interage com essas legislações, visto que são essas normas as conformadoras dos elementos que vão compor o sistema de execução penal, determinando sobretudo quais são os indivíduos que serão enviados para o sistema carcerário, definindo ainda por quanto tempo e condições esses indivíduos cumprirão as suas sentenças.

Estamos falando, portanto, de um sistema que se encontra intrinsecamente relacionado em que a execução penal é apenas uma parte ou fase do todo, embora não raro se trate a execução como algo dissociado do restante do sistema jurídico brasileiro.

O decreto lei nº 2.848 de dezembro de 1940 é o conhecido Código Penal brasileiro e nele estão positivadas as condutas consideradas socialmente reprováveis e que são passíveis de imputação penal, estando tais condutas inexoravelmente imbricadas ao autor e suas características tais como, vontade ou dolo, consciência e personalidade (BRASIL, 1940).

Trata-se de um corpo de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação (NUCCI, 2008).

O Código Penal, portanto, é um compêndio normativo que tem como objetivo determinar quais condutas serão penalmente puníveis e em quais condições tais punições deverão ocorrer, dividindo-se em duas partes, a parte geral e a parte especial, sobre o Código Penal nos informa Capez (2017, p. 70-80):

Ao se analisar o Código Penal brasileiro, verifica-se que a sua estrutura sistemática possibilita, desde logo, vislumbrar os princípios comuns e as orientações gerais que o norteiam. É a denominada “Parte Geral”. Nela constam os dispositivos comuns incidentes sobre todas as normas. Na concepção de Welzel, a finalidade da Parte Geral do Código Penal é assinalar as características essenciais do delito e de seu autor, comuns a todas as condutas puníveis.

Assim é que toda ação ou omissão penalmente relevante é uma unidade constituída por momentos objetivos e subjetivos. A realização dessas condutas percorre diferentes etapas: a preparação, a tentativa e a consumação. A comunidade pode valorar tais condutas como jurídicas ou antijurídicas, culpáveis ou não. Elas estão relacionadas inseparavelmente com seu autor, cuja personalidade, vontade e consciência imprimem sua peculiaridade. Expor esses momentos é a missão da Parte

⁶¹ Leis penais especiais ou extravagantes são aquelas legislações que não estão dispostas nos Códigos e são destinadas à regulamentar de forma específica determinada matéria.

Geral, competindo, por sua vez, à Parte Especial delimitar as classes particulares de delitos, como o homicídio, o estupro, o dano etc.

De maneira bastante simples podemos asseverar que a parte geral do Código Penal, que vai do artigo 1º ao artigo 120, trata sobre a compreensão geral dos conceitos de: Aplicação da lei penal, crime, imputabilidade penal, concurso de pessoas, penas, medidas de segurança, ação penal, concurso de pessoas e extinção de punibilidade, ou seja, é na parte geral que o legislador atribui significados a estes conceitos.

Já a parte especial vai materializar o disposto no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição Federal de que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, definindo assim de forma clara quais condutas são consideradas como criminosas prevendo ainda para cada conduta tipificada, a pena correspondente (BRASIL, 1988).

O objetivo do legislador ao tentar reunir grande parte das leis penais em um único corpo normativo foi de sistematizar o acesso as normas jurídicas, facilitando, em tese, o acesso à estas leis pelo cidadão o que pretensamente geraria mais segurança jurídica.

Enquanto o Código Penal tem a função de conferir significados aos conceitos do direito penal e tipificar os crimes lhes atribuindo as correspondentes penas, o Código de Processo Penal (CPP) (decreto lei 3.689 de 03 de outubro de 1941) vai trazer o conjunto de regras e procedimentos a serem adotados para que se possa aplicar as normas penais, ou seja, é no CPP, que vai estar escrito como se desenvolverá o processo penal (BRASIL, 1941).

Na legislação processual penal se define quem deverá fazer a investigação criminal, quem deverá fazer a denúncia do acusado, quem deverá fazer a defesa do acusado e ainda quais são os direitos do acusado e como esses direitos deverão ser exercidos durante o processo (BRASIL, 1941).

São as normas processuais as responsáveis por determinar a posição e conduzir as ações dos indivíduos em uma demanda judicial, assim nem o juiz, nem a polícia, nem a defesa, nem o acusado estão livres das normas processuais, todos estão adstritos a elas, que deverão ser interpretadas à luz de nossa constituição e dos direitos humanos (BRASIL, 1941).

Segundo Carneiro (2015):

É por meio do processo que o Estado realiza o direito subjetivo com atuação dos agentes específicos que são os juízes e seus auxiliares, detendo o monopólio do exercício do poder jurisdicional, vedando a Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso XXXV do artigo 5º, que seja afastada do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Não são poucas as vozes dentro da doutrina especializada que se levantam contra as leis penais brasileiras, em especial em relação ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, que embora tenham sofrido algumas reformas, ainda estão muito distantes de estarem de acordo com os princípios constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988.

São legislações que foram construídas em uma época que o Brasil era regido por regimes totalitários e que por isso mesmo trazem as marcas daquele tempo, e que, portanto, estão impregnados dos ranços próprios daqueles sistemas de governo.

Trata-se de construções legislativas que deveriam ser completamente substituídas por outras normas que de fato se mostrem adequadas à nossa realidade e que possam promover a pacificação social em consonância com os direitos humanos e princípios constitucionais, algo que as legislações atualmente vigentes jamais conseguiram fazer.

Embora a codificação tenha a pretensão de reunir todas as normas jurídicas de determinado assunto em um único compêndio normativo, no mundo da vida⁶² e suas complexidades os códigos não se mostram suficientes para abarcarem todas as leis necessárias as relações em sociedade e tão pouco são imunes à ação das mudanças culturais.

Situação que faz com que sempre haja a necessidade de se fazer reformas e também de se construir legislações que não se enquadram na estrutura dos códigos, surgindo assim as chamadas leis penais especiais ou extravagantes, que são aquelas que estão fora dos códigos.

A Lei penal especial segundo leciona, Bem, (2012), “contém todos os elementos típicos da norma penal geral e, ao menos, um elemento a mais, de cunho objetivo ou subjetivo, denominado específico ou especializante, em outras palavras, significa que a norma penal especial apresenta um “plus” que a distingue da norma penal geral”.

No Brasil são inúmeras as Leis Penais especiais, que tratam dos mais variados assuntos, tipificando a conduta, estabelecendo a penalidade e muitas vezes determinando também as regras e os ritos processuais próprios a serem seguidos.

⁶² Em uma definição geral, podemos entender mundo da vida como a experiência e o conjunto coerente de vivências pré-científicas, como “[...] o mundo permanentemente dado como efetivo na nossa vida concreta” (HUSSERL, *Krisis*, §9, p. 51, p. 40), em contraste com o mundo propriamente científico, no qual a realidade é analisada a partir dos elementos próprios da ciência corrente, com seus correspondentes pressupostos e orientações de método, sejam tais pressuposições explícitas ou não. Como se pode notar, o procedimento inicial de definição se faz, como que opositivamente, com base em um confronto com a concepção “científica” de mundo e realidade. Nesse sentido, a noção de mundo da vida está diretamente relacionada com a crítica empreendida por Husserl não apenas ao método científico e sua epistemologia oculta, mas também à atividade concreta do fazer científico e suas diversas implicações, tanto filosóficas como existenciais e éticas (MISSAGGIA, 2018).

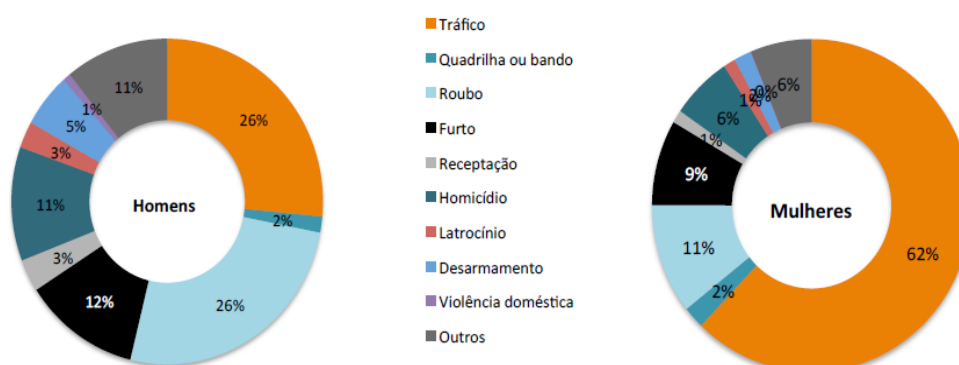
Em relação às legislações penais esparsas, temos que dar especial atenção à LEI Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, mais conhecida como lei antidrogas, ênfase que se justifica pelo tamanho do impacto que tal legislação causa no sistema de execução penal brasileiro.

De acordo com os dados gerados pelo “INFOPEN” de 2016, os crimes de tráfico corresponderam a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento, sendo que entre os homens esse tipo de crime representa 26% dos registros enquanto entre as mulheres os índices chegam a 62% (INFOPEN, 2016. p. 43).

Ao analisarmos os gráficos abaixo podemos ver que o crime de tráfico de drogas, quando fazemos a média aritmética simples considerando o gênero e o tipo de crime, é o tipo penal responsável pelo maior índice de aprisionamento em nosso país, chegando, no caso das mulheres, a ser maior do que todos os outros crimes juntos.

Para efeitos de melhor visualização dos percentuais apresentados nos gráficos abaixo informa-se que em relação ao gráfico das mulheres, os índices apresentados são: crimes relacionados ao estatuto do desarmamento igual a 2%, crimes de latrocínio igual a 1% e os crimes relativos à violência doméstica igual a 0%.

Figura 01: Gráficos com a distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal.



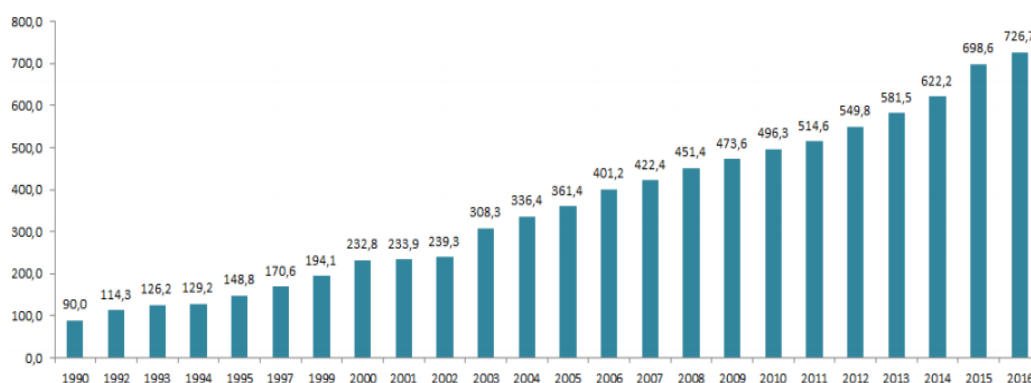
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

No ano de 2006 a expectativa era que com a lei Nº 11.343, o número de pessoas presas por crimes correlatos ao tráfico de drogas caísse consideravelmente vez que a nova legislação trazia como inovação a distinção entre o usuário de drogas e o traficante, sendo cabível a prisão somente para este último, no entanto o que se viu foi justamente o contrário, tendo-se um massivo crescimento de pessoas encarceradas por crimes relacionados a entorpecentes, o que contribui de forma significativa para a superlotação dos presídios.

O crime de uso ou posse para uso pessoal passou a ser punido com penas alternativas às penas restritivas da liberdade, o que em tese deveria refletir na queda dos índices de encarceramento por crimes relacionados a entorpecentes, fato que nitidamente não ocorreu, o que fica muito claro quando analisamos a média histórica de encarceramento relacionados às drogas, expressa no INFOPEN, 2016.

Ao analisarmos o gráfico abaixo que traz um levantamento histórico das taxas de encarceramento podemos constatar que a lei de drogas de 2006 que tinha o objetivo de reduzir as prisões por crimes relacionados às drogas só não alcançou os seus objetivos como ainda funcionou como uma grande potencializadora da política de encarceramento em massa.

Figura 02: Gráfico com a evolução das pessoas privadas de liberdade no Brasil (dados expressos em múltiplos de mil)



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

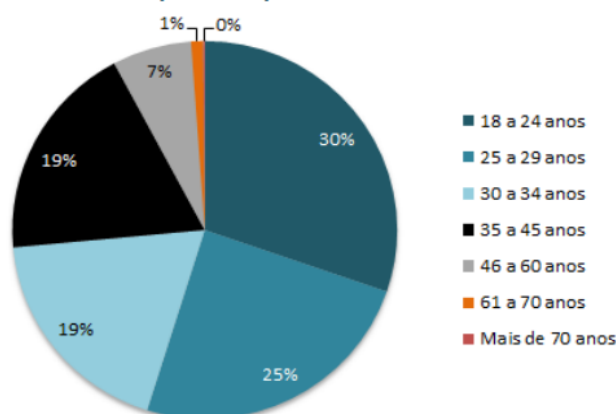
Mas, por qual motivo a LEI Nº 11.343, ao invés de causar a redução dos encarceramentos causou efeito contrário, fazendo explodir as prisões por crimes relacionados a drogas?

Segundo o IBCCCRIM, (2014, p. 16), “na verdade, pesquisas demonstram que os presos por tráfico de drogas no Brasil são em sua enorme maioria jovens, com ensino fundamental incompleto que foi flagrado desarmado e com pouca quantidade de droga”.

Nessa perspectiva o Estado está “encarcerando pessoas com alto grau de vulnerabilidade, que, se envolvidas em atividade criminosa, encontram-se certamente às margens da hierarquia do tráfico de drogas, e que serão imediatamente substituídos após a prisão”, ou seja, prende-se somente aqueles que são meros instrumentos utilizados e facilmente descartáveis por quem detém o comando (IBCCCRIM, 2014. p. 16).

Tais informações vêm ao encontro dos dados apresentados pelo INFOPEN, 2016, o qual nos revela o perfil dos presos no Brasil, conforme gráficos abaixo disponibilizados.

Figura 03: Gráfico com a faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Figura 04: Gráfico com a Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total do Brasil.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

Claramente a repressão penal é direcionada sobre um determinado perfil de indivíduo, perfil este que não só não ameaça o poderio das organizações criminosas, mas como também reforça sua capacidade de mobilização e recrutamento, vez que quando as políticas sociais são insuficientes restando como alternativa o crime (IBCCCRIM, 2014. p. 16).

Segundo o secretário executivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e presidente da Plataforma Brasileira de Política de Drogas o senhor Cristiano Maronna, o problema reside na imprecisão e subjetividade legislativa que acaba por levar a uma aplicação disfuncional da lei, asseverando ainda que:

O Artigo 33 que trata do tráfico coloca como uma das condutas punidas a cessão gratuita de drogas de uma pessoa a outra. Isso não é tráfico, o tráfico envolve lucro. Outra coisa é que não se exige prova. A pessoa flagrada com determinada quantidade é presumida como traficante. Isso é inaceitável, porque o que se espera é que o Estado prove que aquela pessoa, de fato, trafica drogas, por meio, por exemplo, do extrato bancário ou por meio de uma investigação, com testemunhas etc. Nada disso é exigido, como regra, para uma pessoa ser condenada por tráfico (MARONNA, 2018).

O resultado do quadro de disfuncionalidade da lei antidrogas é uma seletividade perversa do sistema, que acaba levando à incriminação indevida e ao encarceramento em massa de nossos jovens que em sua grande maioria são negros, pobres e analfabetos.

Para Maronna, (2018):

Na ausência de uma regra nítida, quem acaba fazendo essa distinção, nas ruas, é o próprio policial. No momento em que isso ocorre, outros aspectos e mesmo preconceitos acabam sendo levados em consideração.

Para quem tem carteira de trabalho assinada, provar que não é traficante não é tão difícil. Para jovens, negros, moradores de comunidades e desempregados, essa prova é mais difícil.

Então, é muito comum que usuários negros, pobres e favelados sejam processados e condenados como se traficantes fossem. De maneira geral, quem está sendo preso no dia a dia é o jovem negro. Se a polícia pega um menino branco, que é um estudante universitário, frequenta uma universidade privada e está em seu veículo próprio, mesmo se estiver, portanto, uma quantidade grande de drogas, ele não vai ser considerado um traficante porque a reflexão imediata que o policial faz é: ‘esse cara não precisa traficar’. Enquanto que um menino negro, da favela, pego na rua, não importa que justificativa ele der para estar portando aquela quantidade de droga, ele vai sempre ser considerado um traficante.

Com vistas a reverter o quadro atual, que se mostra verdadeiramente alarmante o IBCCRIM juntamente com a Pastoral Carcerária, a AJD e o CEDD/UNB levaram ao Congresso Nacional no ano de 2014 um caderno com 16 propostas para a racionalização do sistema penal brasileiro.

Dentre as 16 propostas encontram-se alterações na lei de drogas, que segundo o referido documento “visa fazer alterações pontuais na atual Lei de Drogas, evitando o encarceramento de pessoas que, por sua condição pessoal ou pela baixa gravidade do fato cometido, serão melhores tratadas pelos sistemas alternativos à prisão” (IBCCRIM, JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, CEDD/UNB, PASTORAL CARCERÁRIA, 2014. p. 16).

O objetivo principal do projeto apresentado pelo IBCCRIM seria então evitar o superencarceramento que é “fator que impede a realização de trabalhos efetivamente ressocializadores no ambiente prisional; desvia recursos importantes que poderiam ser direcionados para atividades e iniciativas de reinserção no mercado de trabalho, e desgasta os trabalhadores da administração prisional” (IBCCRIM, JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, CEDD/UNB, PASTORAL CARCERÁRIA, 2014. p. 16).

Não se desconhece que há muitos críticos dessas legislações esparsas que muitas vezes são utilizadas como instrumentos de instituição de políticas criminais, seria a criação da regra via exceção, o que pode por vezes ocasionar inúmeras disfunções tal qual ocorre hoje com lei de drogas que incha o sistema carcerário sem apresentar, no entanto, qualquer resolutividade em relação a redução do comércio de entorpecentes.

Sem embargos o professor Sebastián Borges de Albuquerque Mello, tece as suas críticas em relação à promiscuidade no uso das legislações penais especiais:

Com efeito, em vez de se tornar um mecanismo excepcional de adequação jurídica às exigências sociais, vêm elas se transformando num verdadeiro mecanismo de política criminal. Cada vez mais, surgem novas leis, tutelando não apenas novos bens jurídicos decorrentes de um novo tipo de criminalidade, mas, também tutelando, de forma diversa, bens jurídicos já resguardados pelo Código Penal, mas sob outro enfoque, com acréscimo ou retirada de alguns elementares de tipos penais codificados, e com previsão de pena, inteiramente distinta daquela prevista no Código (MELLO, 2019).

Os indivíduos só poderão ser inseridos no sistema de execução penal através da aplicação das normas penais e processuais penais, essa constatação indica claramente uma necessária relação sistêmica entre as leis penais e processuais penais para com o sistema de execução penal, sendo este último alimentado pela aplicação daquelas primeiras.

Um exemplo claro de que não podemos dissociar a execução penal do restante do sistema penal é o gargalo da superlotação carcerária que é o resultado de um desastroso processo de escolhas que perpassam necessariamente pela inadequada aplicação das normas penais, tendo como exemplo mais claro a Lei de Drogas que hoje é mal aplicada gerando um enorme gargalo de superlotação no sistema de execução.

As leis penais e as leis processuais penais funcionam como elementos de formação do sistema de execução penal, que é apenas uma parte do todo; a ponta final que recebe o fluxo de condenados, de tal sorte qualquer disfuncionalidade nessas normas vai influenciar de forma significativa na execução penal, sendo o ideal que todos os sistemas caminhassem em perfeita harmonia.

3.6. As decisões judiciais e a execução penal

No judiciário quase todo o discurso lançado à opinião pública reveste-se de aparente preocupação com os direitos e garantias individuais e claro trazem a retórica da urgente necessidade de se buscar soluções para o problema, dentro das quais se insere uma eloquente defesa de mudança de postura do poder judiciário (BRASIL, CNJ, 2015).

Um exemplo claro do que se coloca acima é o discurso do desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Ney Bello em entrevista concedida ao portal “Conjur” em 2019, no qual este, afirma que:

Nosso modelo de combate ao tráfico gera delitos, gera crimes, porque nós acabamos encarcerando por uma quantidade pequena de entorpecente e transformando o jovem de periferia num soldado do crime organizado. Ele vai ao presídio uma primeira vez ou a segunda em função do uso do pequeno comércio do tráfico de entorpecente e

sai de lá necessariamente como um soldado do crime organizado. E aquilo que seria um tráfico eventual numa grande cidade brasileira ou média acaba se tornando alguém que vai trabalhar com outra criminalidade mais agressiva (CONJUR, 2019).

Nessa mesma linha de discurso asseverou também o Ministro do STF Gilmar Mendes, em entrevista concedida à rede BBC Brasil no ano de 2017.

Eu acho que é hora de resgatar a função do CNJ e CNMP para fazer com que juízes e promotores atuem nesse sistema. Eu acho que tem que fazer um grande pacto em torno desse tema. Não se trata apenas de direitos humanos, mas também se segurança pública, que vem sendo negligenciado.

[...] A Lei de Drogas veio até com boa intenção, de descriminalizar o uso e reduzir as penas para o traficante eventual. Esse era o propósito. Mas acabou se convertendo no seu contrário (BBC, BRASIL, 2019).

Editou-se inclusive uma resolução através do Conselho Nacional de Justiça de nº 213/2015 do CNJ que instituiu as chamadas audiências de custódia, determinando que: “toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão” (BRASIL, CNJ, 2015).

Entretanto, esse parece ser um discurso colocado apenas do ponto de vista estético que tem a finalidade específica de fazer com que se atenda a ideia do politicamente correto, funcionando como capital simbólico o qual tem a função de inculcar nas pessoas que o estado de coisas que se apresenta é algo normal e que o Estado e seus membros estão preocupados com a situação, ou seja, uma mentira.

A mesma tônica do processo de dominação, que vem sendo utilizado desde o período colonial, se mantém, no qual as elites apresentam um discurso aparentemente comprometido com os direitos fundamentais, mas, que no fundo serve apenas para mascarar a crua e nua realidade, de que no Brasil tudo sempre pertenceu a “eles” da Casa Grande, e os aparelhos de repressão sempre trabalharam em prol da manutenção do *status quo*.

O judiciário que outrora negociava absolvições e condenações com os barões do café é o mesmo que hoje fecha os olhos para os crimes de colarinho branco, mas é rigoroso o suficiente para condenar um jovem a longos anos de reclusão por uma grama de maconha, mas tudo isso sob a máscara de um discurso garantista que se mostra avido pela justiça e preservação das garantias constitucionais.

Vejamos que a lógica de dominação não se alterou muito, embora o discurso tenha se refinado e se camuflado ainda mais atrás de instituições e leis, as engrenagens de imposição de poder continuam fortes e presentes em nosso país, dominado por oligarquias que remontam aos tempos coloniais.

A afirmação acima se baseia no fato de que quando analisamos os dados sobre o encarceramento em nosso país percebemos claramente que a postura garantista do judiciário brasileiro encerra-se no discurso, sendo esquecido completamente no cotidiano do mundo da vida, no qual se mostra a face mais dura e funesta para aqueles escolhidos como clientes ideais dos sistemas repressores.

No cotidiano a retórica garantista dá lugar a uma prática de encarceramento em massa, na qual os juízes operam um sistema extremamente perverso e seletivo em que a prisão ao invés da exceção passa ser a regra, isso claro para determinados grupos da sociedade.

Nessa direção vejamos o que assevera Tardelli (2017):

Se é verdade que mais de 40% dos presos estão em regime de prisão processual, é preciso que alguém que tenha um passo além de inteligência emocional reconheça o óbvio: apenas na doutrina, diria, em algumas doutrinas, a prisão é tratada como exceção, na surrada expressão *ultima ratio*.

No mundo real, prende-se com muito mais facilidade com que se solta; no mundo real, a palavra do policial militar tem presunção praticamente absoluta de veracidade e situações que violam qualquer possibilidade de contraditório são valoradas como prova condenatória, em entendimentos consagrados, chegando-se a ser sumulados, como ocorre no TJRJ.

No mundo real, basta ser preto para não ser usuário de drogas, mas traficante, sempre e sempre e sempre em associação criminosa com outro preto capturado. A disposição do porte para uso próprio causou um ressentimento que ocasionou uma vingança hermenêutica: todos são pequenos traficantes. Prendem-se pessoas viciadas como se traficantes fossem. Todos os dias, aos montes, em levas.

Pequenos furtadores têm fianças inatingíveis a seu nível de miséria, normalmente furtos que jamais teriam êxito, cometidos em supermercados vigiadíssimos, dotados de sistemas sofisticados de câmeras.

Apagando fogo com gasolina, a mídia, sempre ela e na voz dos mesmos velhos fariseus, a exigir justiça! Sinônimo desgastado para a palavra vingança.

Há uma cultura de encarceramento enraizada tanto no Poder Judiciário quanto no Ministério Público que faz com que se inverta a lógica do processo acusatório, no qual a prisão de exceção passa ser a regra, para aqueles rotulados para ocuparem o sistema prisional (MARTINELLI, 2016).

Em uma entrevista concedida à professora do Departamento de Estudos da Paz e Desenvolvimento Internacional da Universidade de Bradford, Reino Unido, o Juiz de direito Luis Carlos Valois que já atuou na vara de execuções penais no Estado do Amazonas a mais de 20 anos, escancara que a prática cotidiana adotada pelo judiciário brasileiro se mostra diametralmente oposta aos discursos apresentados à opinião pública, vigorando a cultura seletiva do encarceramento, vejam o que disse o magistrado:

Se o juiz acha que trabalha em função da segurança pública, ele não é juiz. Quando a pessoa é juiz, não está lá para combater a criminalidade, prender gente para evitar crime. E é mais ou menos essa que eu acho que tem sido a postura dos juízes. O juiz que passa algum tempo na execução penal muda um pouco o seu posicionamento; ele começa a perceber a realidade, porque é obrigado a visitar os presídios e acaba

mudando um pouco o pensamento. Eu estou há 20 anos nisso – talvez eu seja o juiz de execução penal mais antigo no Brasil – e já vi muito juiz que entra para execução mudar um pouco. Mas a posição geral do Judiciário é essa, uma posição de encarceramento em prol da segurança pública. Isso foi inclusive falado nos votos de alguns ministros, no STF [Supremo Tribunal Federal], no julgamento desse estado de coisas inconstitucional. É uma visão totalmente distorcida, de pessoas que não entendem o sistema penitenciário, que sabem que o encarceramento ocorre e, ao invés de diminuir a criminalidade, ele aumenta a criminalidade, sendo um fator criminógeno. Vivemos um momento de descrédito das instituições, um momento de falta de legitimidade. Na faculdade, a formação do juiz brasileiro é totalmente técnica, sem pensar o mundo, sem pensar a sociedade. O juiz não estuda ciência política, não estuda filosofia, não estuda história, não estuda criminologia. Não estuda nada disso na faculdade de direito. Não estuda a sociedade em que ele está inserido. E o que é que nós temos no judiciário? Técnicos em direito, que pensam a sociedade como pensa a classe média, que está vendo novela e acha que todo mundo tem de estar preso. Esse é o grande problema. O judiciário brasileiro forma a opinião dele pelo jornal das oito, na televisão (MACAULAY, 2017, p. 82).

De tal modo, o que se verifica é que enquanto se propaga um discurso que esteticamente se mostra adequado obedecendo à regra do politicamente correto, no mundo da vida, vigora o rigor excessivo do direito penal do inimigo⁶³.

Percebe-se, assim, que as decisões judiciais impactam de forma extremamente significativa no sistema de execuções penais, haja vista que são essas decisões que imputam aos indivíduos as penas e as formas de se cumpri-las. Dizendo de outro modo, são as decisões judiciais que alimentam os cárceres, sendo estas, portanto as responsáveis diretas por toda e qualquer prisão que ocorra em nosso país.

Aqui almejamos tratar da estrutura formal que compõe ou que influencia de forma direta o sistema de execução penal brasileiro, tendo como objetivo principal conhecer o conjunto de regras dentro do sistema jurídico pátrio que regem a execução de penas em nosso país.

Ao se estudar o conjunto de regras que normatizam o sistema de execução penal brasileiro, passa-se a conhecer também qual é o discurso formalizado pelo Estado em relação aos direitos e garantias daqueles que por algum motivo sofreu uma condenação penal, discurso que é formalizado, embalado e apresentado sob a égide de uma estética pseudo garantista, que serve para mascarar a dura realidade que assola e pune severamente aqueles desajustados ao sistema e que não pertencem à Casa Grande.

⁶³ Conceito criado pelo alemão Günther Jakobs, no qual o mesmo separa os criminosos em duas categorias, os criminosos cidadãos e os criminosos inimigos. Dessa forma torna-se possível uma diferenciação no tocante à culpabilidade e nas suas consequências jurídico penais, aplicadas às categorias, pelo fato de que o criminoso cidadão merece o “perdão” da sociedade, uma vez que realizou o ato criminoso devido a uma perturbação momentânea, não oferecendo assim, um risco demasiado a sociedade e ao ordenamento jurídico (TREVISAN, 2017).

3.7 A realidade da execução penal no Brasil

O levantamento do Infopen de 2016 demonstra que o Brasil com uma das maiores taxas médias de crescimento em número de presos do mundo nos últimos 10 anos, hoje tem uma população carcerária de 726.619 presos com um déficit de mais de 303.12 vagas.

Figura 05: Crescimento da população privada da liberdade entre 2006 e 2016

Ano	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Crescimento	11,01%	5,28%	6,87%	4,92%	4,79%	3,69%	6,84%	5,77%	7,00%	12,28%	3,37%

Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2006, dados do Infopen

Figura 06: Quadro com a população privada da liberdade no Brasil em 2016.

Brasil - Junho de 2017	
Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens*	19.735
Total de Vagas	423.242
Déficit de vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017; IBGI

* Dados referentes a dezembro de 2016.

Todos esses dados nos mostram que no Brasil adotou-se e se manteve ao longo da sua história uma política de encarceramento em massa, em parte pela crença de que isso resolveria o problema da criminalidade, algo que como já identificado por Foucault, constituiu-se em um equívoco e que acabou gerando um paradoxo, no qual o próprio sistema prisional serve como fonte de formação de mão de obra para o crime.

As causas para a manutenção dessa posição de encarceramento em massa e completo abandono das pessoas presas, residem naquilo que discutimos nos capítulos anteriores, ou seja, na historicidade de formação da sociedade brasileira em que as elites se utilizam dos instrumentos de repressão para domínio e conformação daqueles que não se ajustam as condicionantes do sistema.

Os presídios no Brasil sempre foram destinados aos que não pertencem às elites, sendo instrumentos eficazes de controle e domínio, de tal sorte as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado nessa seara, basicamente se concentram na criação de mais e mais vagas, não se tendo qualquer perspectiva em um horizonte próximo de se estabelecer uma política de ações estatais com o objetivo de implantar no Brasil uma cultura de respeito aos direitos humanos no âmbito prisional.

Se analisarmos quais foram as políticas desenvolvidas historicamente no Brasil em relação à questão carcerária, veremos que se restringem basicamente à construção de mais presídios, o que na verdade só serve para demonstrar que a intenção do sistema não é resolver, mas de perpetuar a atual situação, visto que as más condições existentes no sistema carcerário não é um problema que afeta as classes dominantes, que sempre gozaram dos privilégios e benesses que os livram de serem submetidos à reclusão.

No entanto, o discurso apresentado para o mundo sempre refletiu uma posição de adequação estética, o que faz com que tenhamos no Brasil um discurso formal (normas) totalmente desconectado com a realidade, que é assombrosa e aterrorizante.

O Brasil descumpra em seus presídios de forma reiterada normas de direitos humanos, e não parece estar preocupado em sequer construir um debate sério sobre essa questão.

Pois conforme já mencionado, esse não é um problema para as elites, essa é na verdade uma situação que historicamente sempre serviram aos seus interesses, que fazendo controle do capital simbólico atrelado à baixa formação escolar de nosso povo, conseguiu inculcar um discurso que se tornou popular de que “bandido bom é bandido morto”, discurso que nos últimos tempos parece ter se alastrado em nosso país, banalizando-se assim as crueldades e as mortes das pessoas que estão presas.

Abaixo serão apresentados os dados de alguns dos principais casos de violência e morte que marcaram a história dos cárceres em nosso país e que retratam fielmente a crueldade desse sistema, e principalmente a posição de total abandono do Estado brasileiro da questão prisional, o que resultou em uma gravíssima situação de desrespeito aos direitos humanos.

CASO 01: REBELIÃO DA ALACATRAZ BRASILEIRA

Data: 20 de junho de 1952.

Local: Colônia Correcional da Ilha Anchieta na cidade de Ubatuba – São Paulo.

Mortos: Estima-se que mais de 108 presos, oito policiais e dois funcionários foram mortos.

Ações/políticas públicas

Fechamento do presídio e construção de parque.

Dados disponíveis em

<<http://www.infrastrukturameioambiente.sp.gov.br/fundacaoflorestal/2012/rebeliao-dopresidio-na-ilhaanchieta-completa-60-anos/>>, acesso em 10 de fev. de 2020.

CASO 02: MASSACRE DO CARANDIRU

Data: 02 de outubro de 1992.

Local: Casa de detenção de São Paulo conhecido como Carandiru.

Mortos: 111 presos foram assassinados sendo que 102 por tiro e 09 por armas brancas;

Responsabilidades:

Condenações: Nenhuma.

Indenizações: Apenas 43 famílias foram indenizadas;

Ações/políticas públicas

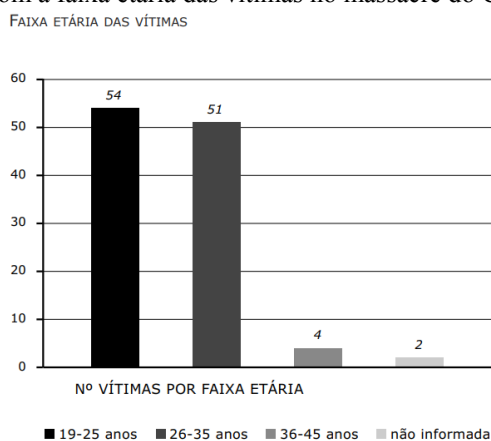
Implosão do complexo e construção de um “Parque da Juventude” sem qualquer menção aos que ali morreram.

(TREVISAN, Maria Carolina). 25 anos do Carandiru: **O sistema prisional é um massacre permanente.** Disponível em:

<http://mariacarolinatrevisan.blogosfera.uol.com.br/uol_amp/2017/10/02/um-massacre-permanente/>, acesso em 10 de fev. de 2020.

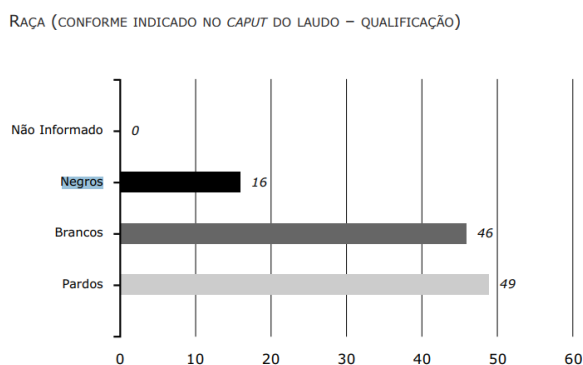
Características das vítimas:

Figura 07: Gráfico com a faixa etária das vítimas no massacre do Carandiru.



Fonte: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/carandiru-nao-e-coisa-do-passado_1.pdf>, acesso em 10 de fev. de 2020.

Figura 08: Gráfico com a cor das vítimas no massacre do Carandiru.



Fonte: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/carandiru-nao-e-coisa-do-passado_1.pdf>, acesso em 10 de fev. de 2020.

CASO 03: MASSACRE DA PAPUDA

Data: 17 de agosto de 2000.

Local: Complexo Penitenciário da Papuda – São Sebastião Distrito Federal, Brasília.

Mortos: 11 presos mortos queimados vivos por outros presos em disputa pelo tráfico dentro do presídio.

Responsabilidades:

Condenações: Três detentos foram condenados por tentativa de homicídio.

Ações/políticas públicas

Até o momento a situação continua a mesma.

(BERNARDES, Adriana. **Sistema prisional Quinze anos depois de massacre na Papuda, presídio continua superlotado. O sistema prisional do DF tem 7.411**

vagas e o dobro de detentos: 14.615. Correio Brasiliense. Disponível em: <<https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2015/08/quinze-anos-depois-de-massacre-na-papuda-presidio-continua-superlotado.html/>>, acesso em 10 de fev. de 2020.)

CASO 04: REBELIÕES PRISIONAIS DE MANAUS, BOA VISTA E NATAL

Data: 01 de janeiro de 2017

Local: Complexos Penitenciários dos Estados do norte do país.

Mortos: 123 presos mortos por disputas entre facções do crime organizado.

Responsabilidades:

Atribuiu-se a responsabilidade as facções os processos estão em curso, até o momento não houve condenações.

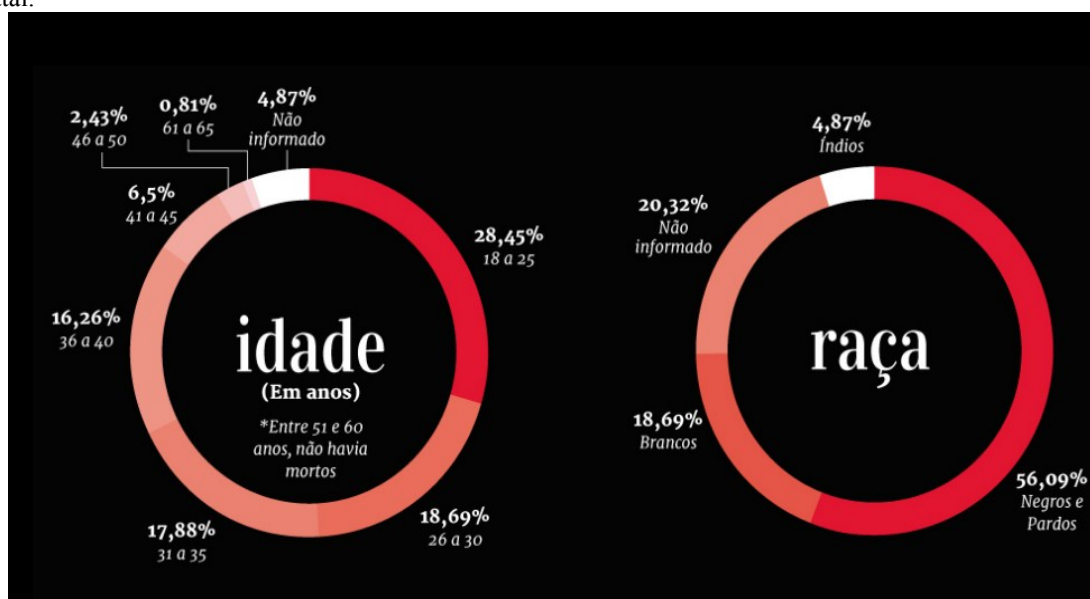
Ações/políticas públicas

Transferência de presos considerados lideranças dentro das facções.

(BERNARDES, Adriana. **Sistema prisional Quinze anos depois de massacre na Papuda, presídio continua superlotado. O sistema prisional do DF tem 7.411 vagas e o dobro de detentos: 14.615. Correio Brasiliense.** Disponível em: <<https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/brasil/2015/08/quinze-anos-depois-de-massacre-na-papuda-presidio-continua-superlotado.html/>>, acesso em 10 de fev. de 2020.)

Características das vítimas

Figura 09: Gráfico com as características das vítimas no massacre das rebeliões prisionais de Manaus, Boa Vista e Natal.



Fonte: <<https://www.metropoles.com/materias-especiais/chacinas-nos-presidios-conheca-as-123-historias-dos-detentos-mortos>>, acesso em: 11 de fev. de 2020.

Poderíamos listar mais inúmeros casos de mortes, chacinas e terror dentro dos presídios brasileiros, o que demonstra claramente que a realidade vivenciada nesses locais é deveras caótica e de total descompasso com o que prevê os direitos humanos, as Regras de Mandela e os direitos fundamentais instituídos na Constituição de 1988.

O Brasil mostra todos os dias que descumpra de forma sistemática e recorrente os princípios mais básicos dos direitos humanos dentro de seus presídios sendo condescendente com carnificinas e atrocidades que destroem vidas todos os dias.

Essa é a realidade que em descompasso com as normas escritas vai se perpetuando e moendo a carne daqueles que não pertencem à Casa Grande, em uma política de proposital inércia do Estado.

CONCLUSÕES

O desenvolvimento das conclusões desse estudo exigirá uma retomada organizada e concatenada de tudo que até aqui se discutiu, tendo tal retomada a finalidade de mostrar, agora de uma forma mais sintética, o curso dos fatos que entrelaçados na história produziram o atual estado de coisas no qual se encontra o nosso sistema de execução penal, que agoniza em meio a um cenário marcado por sangue e morte, em uma situação de total desrespeito aos direitos humanos.

Embora talvez seja algo que já esteja implícito ao longo de todo o texto, não nos parece excessivo alertar aqui nas conclusões, que a natureza dos estudos aqui empreendidos sinaliza de forma clara a compreensão que temos do Direito e a sua necessária correlação com os princípios morais, o que ao mesmo tempo em que nos distancia do positivismo jurídico de Hart e Kelsen⁶⁴, nos aproxima da proposta de Ronald Dworkin⁶⁵ que compreende o Direito como integridade em uma prática social orientada pelos princípios jurídicos de moralidade política em uma história dinâmica e contínua “romance em cadeia⁶⁶”.

A compreensão acima exposta não deve ser entendida como uma crença ingênua de que o “ser” é um reflexo exato do “dever-ser”, ou de que o Direito e a realidade são sinônimos, mas sim como uma posição hermeneuticamente crítica de que sempre devemos ter em conta e consideração os dois aspectos da vida, para não correremos o risco de assumirmos uma posição acrítica, leviana e desvinculada de princípios morais, que outrora levou a humanidade para uma realidade de imensurável terror e morte.

Quando iniciamos o presente trabalho estabelecendo uma delimitação para os conceitos de pena, dignidade humana, direitos humanos e Estado, pretendíamos além de uma compreensão de cada um desses termos, o que foi feito a nosso ver de forma satisfatória, também estabelecer uma inter-relação histórica entre tais categorias, objetivando demonstrar de forma crítica as suas influências no processo de desenvolvimento e consolidação do nosso atual sistema de execução penal.

⁶⁴ Conferir em: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5 ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2007 e em: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁶⁵ Ver mais em: DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217-250.

⁶⁶ Expressão utilizada por Dworkin em várias de suas obras em uma aproximação do direito com a literatura para explicar a dinâmica que o desenvolvimento do Direito deve ocorrer, ou seja, de uma forma contínua, harmônica e concatenada em forma de um romance em cadeia, ver mais em: (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000).

Pôde-se perceber claramente que o projeto de construção do que seja o Estado na sua acepção moderna, está intimamente relacionado à utilização de instrumentos capazes de garantir e de legitimar as relações sociais estabelecidas, que historicamente sempre se desenvolveram sob a perspectiva de imposição dos interesses das classes dominantes, que em um primeiro momento representadas pelos reis e oligarquias e depois pela burguesia.

Dentre os instrumentos de dominação utilizados o direito penal se mostrou como um dos mais eficazes, tendo a pena de reclusão assumido um caráter de quase universalidade dentre as modalidades punitivas da modernidade, sendo essa centralidade dada muito em razão da necessidade de se estabelecer técnicas mais sutis e “humanas” de dominação.

Desde já se alerta que estamos fazendo uma síntese do que postulamos durante o desenvolvimento do presente trabalho, de tal sorte não se está aqui estabelecendo uma abordagem simplista dos Direitos Humanos, o que para muitos poderia parecer que estamos desconsiderando as inúmeras lutas que foram necessárias para se ter as conquistas sociais de reconhecimento das dignidades das pessoas.

O que estamos a demonstrar é que todos esses elementos estão necessariamente interligados constituindo em última instância, uma mesma caminhada histórica que no fim das contas gerou a nossa atual sociedade com todas as suas contingências, sendo a pena, os direitos humanos e o Estado, instrumentos gestados sob a ótica e em prol da manutenção dos interesses das classes dominantes.

Embora seja uma conclusão que pareça cética em relação aos Direitos Humanos e a importância que estes têm, mas, tomemos como exemplo de tal constatação, as próprias Regras de Mandela, que neste trabalho procuramos fazer uma apresentação bastante longa e mesmo descritiva, com o intuito de trazer à tona a maior parte das diretrizes ali contidas, que embora tratem nitidamente de matéria de Direitos Humanos não vêm gerando, para os Estados qualquer tipo de punição pelo seu descumprimento.

No Brasil todo esse processo seguiu os mesmos rumos acima delineados só que de forma ainda mais acentuada, tendo como fator agravante as condições históricas nas quais se deram a formação do tecido social brasileiro, o que fez originar uma realidade na qual mesmo os princípios mais básicos da dignidade humana são reiteradamente negligenciados.

Ao analisarmos o processo de formação da sociedade brasileira percebemos que as bases de construção do Estado brasileiro e de nossa identidade enquanto “Nação” estão profundamente arraigadas a uma cultura de privilégios e de exclusão, em uma clara relação de dominantes e dominados que em termos históricos seriam os que pertencem à casa Grande e os que não pertencem, respectivamente.

Do início do processo de colonização até os dias atuais, não se pode negar que o Estado brasileiro em nível institucional está profundamente comprometido com os valores, visões e interesses exclusivamente emanados pelas elites, cuidando para que esses interesses se sobreponham a qualquer outro.

Conforme já visto tudo se inicia com o modelo de desenvolvimento econômico imposto ao Brasil pela coroa portuguesa que obrigou a se adotar por aqui, um sistema econômico baseado na monocultura de exportação, no latifúndio promovido pela forma que se deu a distribuição das terras em gigantescas extensões doadas aos amigos do rei, e na mão de obra escrava de índios e negros.

E foi nessa toada de estruturação social, baseada nas concessões e privilégios de uns em detrimento dos outros (excluídos) que se desenvolveu todo o processo de formação de nossa sociedade, sendo que a formação do Estado e o seu aparelhamento com as suas instituições, também caminharam obedecendo à mesma lógica de domínio e de manutenção dos interesses daqueles que detinham e ainda detêm o poder.

Sendo largamente utilizados em todo esse processo de dominação e massacre, os aparelhos repressores institucionalizados, tendo-se a prisão como um dos principais meios de subjugar aqueles que de alguma forma não se conformavam às exigências postas.

A Lei 601 ou “Lei de Terras” que consolidou os latifúndios e praticamente inviabilizou que negros e pobres tivessem acesso a terra, a criminalização da cultura afro e dos pobres em 1890 através do decreto número 847 de 11 de outubro de 1890, a criação da “Lei do Boi” (Lei número 5465/1968) que criava cotas nas escolas técnicas aos filhos de fazendeiros, a tardia abolição da escravidão, o chamado “Coronelismo”, o constante esquecimento das tragédias ocorridas dentro dos presídios brasileiros, são só uns poucos exemplos que confirmam de forma irrefutável todo o processo de segregação social promovida pela cultura escravagista e do privilégio, na qual se forjou nossa identidade enquanto sociedade.

Em relação ao sistema de execução penal, o qual nos interessa de forma direta, podemos verificar claramente que este foi construído tendo como finalidade o aprisionamento dos pobres e negros, situação que se deu desde os tempos coloniais se perpetuando até os dias atuais, em que as cadeias, conforme se pode verificar nos dados do INFOPEN, 2016, são ocupadas majoritariamente por pessoas negras e pobres.

Por tudo isso se pode concluir que o Brasil embora tenha expressamente ratificado as Regras de Mandela e reconhecido no inciso III, artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos constituintes da República

descumpra de forma reiterada e sistemática os Direitos Humanos na operacionalização do seu sistema de execução penal, que foi e é pensado como instrumento de segregação e dominação.

Constata-se que o discurso formalizado pelo Estado brasileiro, no que tange a questão da execução de penas, tem um caráter meramente estético de adequação para a apresentação desse discurso, sem, no entanto, ter qualquer aplicação prática, funcionando como instrumento ideológico no processo de dominação em que as elites se utilizando do poder de persuasão e convencimento, postulam a ideia, que a princípio parece ingênua, mas de alta eficácia, de que basta colocar algo na lei para que as coisas se resolvam.

As consequências desse estado de coisas, do ponto de vista prático foi um propósito abandonado do sistema de execução penal do ponto de vista de implementação de políticas públicas, que historicamente restringiram-se basicamente na ampliação do número de vagas com a construção de novas unidades prisionais.

Tudo isso vai desembocar em um cenário marcado pela violência, terror e completo desrespeito para com os direitos humanos, criando um ambiente em que as carnificinas se tornaram normais e aceitáveis num processo contínuo de coisificação do ser humano e de banalização do mal.

Por fim, podemos asseverar que tudo isso sem dúvida é um dos resultados do processo histórico de formação da sociedade brasileira que se moldou e ainda se molda através de relações baseadas no privilégio e na exclusão, gerando por consequência uma profunda estratificação social que no fim das contas é o saldo colhido por uma sociedade profundamente escravagista e racista acostumada a ver o negro, o índio e o pobre apenas como combustível de manutenção das engrenagens produtivas.

Tudo isso nos leva a concluir que a prisão não foi feita para as elites e os seus, mas, para os demais que não fazem parte da Casa Grande, e como tal, esse é um problema que o Estado enquanto elemento constituinte do “*status quo*” de dominação social, não tem qualquer interesse em aplicar esforços e recursos.

Quem sempre ocupou as cadeias em nossa história, foram aqueles escolhidos como inimigos das elites dominantes: os escravos, os negros, os pobres e os índios. É para esse povo que a cadeia foi construída e como um local para guardar esse povo, qualquer coisa serve; Dignidade ou qualquer coisa que reconheça a humanidade dessas pessoas parece ser algo apenas para ser referido para efeitos estéticos do discurso, afinal de contas o capital ideológico das palavras é a melhor forma de manter o que sempre foi, mas tudo apresentado sob a fachada de um discurso politicamente correto. E nada melhor para apresentar esse

discurso empolado e bem embalado em uma retórica quase que pitoresca do que os portadores das togas.

Certo é que a realidade que se apresenta se mantém desde a Colônia, enquanto o discurso teve que se adequar estética e simbolicamente para inculcar nas pessoas a crença de mudança e avanço, mas o fato é que todos os dias se mói a carne daqueles que não se adequam à uma sociedade construída para servir aos desejos daqueles que nunca saíram da Casa Grande.

A execução penal no Brasil sob a perspectiva das Regras de Mandela e dos Direitos Humanos é apenas uma ilusão, que bem contada pelo discurso formal, serve como engodo de representação para ocultar o horror que é a realidade na qual se vive, e tudo isso embalado pelas falsas justificativas esteticamente bem escritas e versadas em discursos que não passam de meros artifícios ilusórios que tenta esconder o fato de que somos uma sociedade com estruturas eminentemente racistas, sendo o sistema penal apenas mais um braço dessa engrenagem de segregação.

REFERÊNCIAS

ACHIAMÉ, Juliette Fratelli. **A violação dos direitos humanos nas penitenciárias brasileiras**. Unisantia Law And Social Science – P. 307 – 332; VOL. 7, Nº 2, 2018.

AGUIRRE, Carlos. **Cárcere e sociedade na América Latina: 1800-1940**. In: MAIA, Clarisse Nunes, SÁ NETO, Flávio de, COSTA, Marcos & BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro, Rocco, vol. 2; 2009.

ALVES, Lorena Castro. **Os Barões do Café**. Disponível em <https://escolaeducacao.com.br/baroes-do-cafe/>, 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL (França). **Constituição Francesa. 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>, acesso em: 22 de ago. de 2019;

ASSEMBLEIA NACIONAL (França). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em: 22 de ago. de 2019.

BARRETO, V. e PAIM, A. **Evolução do pensamento político brasileiro**. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Editora da USP, 1989.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas [1764]**. Milão: Ridendo Castigat More, 2001.

BEM, Leonardo de. **O concurso aparente de normas penais**. [SI], [SI], 2012.

BENTHAM, Jeremy. **A Table of the Springs of Action**. Edinburgh: William Tait, 1843.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística. Parte geral I**. Pontes, 1989.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão causas e alternativas**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Novas penas alternativas: análise político criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lições de Direito Penal – Parte geral**, p. 32 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte geral. V.I**, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. **Novas Penas Alternativas**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. Editora Cone, 1996.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado: cursos no Collège de France 1989-1992**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BRASIL, CNJ. **RESOLUÇÃO 213 DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015**, 2015.

BRASIL, **Código Criminal: LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>, acesso em: 14 de mar. De 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras Mínimas Para o Tratamento dos Reclusos**. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>, acesso em: 14 de ago. 2019.

BRASIL, **Constituição (1824). Constituição política do império do Brasil: Carta de Lei de 25 de Março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em: 22 de ago. de 2019.

BRASIL, **Constituição (1937). Constituição dos estados unidos do Brasil. 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>, acesso em: 22 de ago. de 2019.

BRASIL, **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 53ª Ed.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

BRASIL, **DECRETO Nº 40, DE 15 DE FEVEREIRO DE 1991**.

BRASIL, **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009: Convenção de Viena**. Brasília, 2009.

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 2.848, (Código Penal). 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em: 22 de ago. de 2019.

BRASIL, **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**.

BRASIL, MINISTERIO DA JUSTIÇA. **Diálogos sobre justiça. Estudo Sobre Impacto no Sistema Processual dos tratados internacionais**. Cejus. Brasília 2013.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 152.752**. Relator: Min. Edson Fachin, Dj: 25/03/2019. Disponível em: <

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>, acesso em: 20 de Mar de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva: 2016.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus N° 360.907 - SP (2016/0168930-5)**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ministro-invoca-regrasmandela.pdf>>, acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n° 56, 2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>, acesso em: 20 de ago. de 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012;

CARNEIRO, Raphael Funchal. **As normas fundamentais do processo civil**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41335/das-normas-fundamentais-do-processo-civil>, acesso em: 12 de ago. de 2019.

CASTELLUCCI, Gustavo. CARREIRO, Rodrigo. **Olhar Cidadão: Direitos Humanos e Sistema Penal**. Boletim Jurídico. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/890/olhar-cidadao-direitos-humanos-sistema-penal>>, acesso em: 10 ago. 2019.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. Parte general. 5ª ed. v.1 Madrid: Tecnos, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA, Paulo José Jr. **Direito Penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>, acesso em: 12 de fev. de 2020.

ONU. **Conceito de Direitos Humanos dado pelas Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>, acesso em: 29 de janeiro de 2020.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6.ed. – São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DEAN, Warren. **A industrialização de São Paulo**. Tradução: Octavio Mendes Cardoso. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> acesso em: 30 de janeiro de 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA CIDADÃ - 1791. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

DUARTE, Alessandra. **Presídios brasileiros têm “códigos penais” criados pelos próprios presos**. O Globo, [SI], 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presidios-brasileiros-tem-codigos-penais-criados-pelos-proprios-presos-17943041>>, acesso em: 21/01/2019.

DWORKIN, Ronald. **Response**. Boston University Law Review, Volume 90, Number 2, 2010.

_____. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **O Império do Direito**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999; edição alemã, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EL HIRECHE, Gamil Foppel. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. 1ª Edição. São Paulo: Forense, 2004.

FACHIN, Zulmar. **Fragmentos de teoria do estado**. Scientia Iuris, v. 4 p.316-37, 2000.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

FLORENZANO, Modesto. **Sobre as origens e o desenvolvimento do estado moderno no ocidente**. Lua Nova, São Paulo, 2007;

FOUCAULT, Michel, **A ordem do discurso. Leituras Filosóficas**, Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio, 3ª Ed, São Paulo: Edições Loyola, 1996;

_____. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, V.6, Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1995.

_____; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. V. 1, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBS, T. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; EULÁLIO, Alexandre; RIBEIRO, Leo Gilson. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2003.

IBCCCRIM, **JUÍZES PARA A DEMOCRACIA**, CEDD / UNB, PASTORAL CARCERÁRIA. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. Brasília, 2014.

INFOPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília. 2017. Disponível em: < <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>, acesso em: 13 de novembro de 2019.

JAKOBS, Günther. **A CRITIQUE OF PUNISHMENT**. Trad: Flavia Portella Püschel, Revista Direito GV 4. V 2 , N 2, 2006.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Thomson, Cuadernos Civitas, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KANT, I. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela P. dos Santos & Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In: Os pensadores – Kant (II) Tradução de Paulo Quintela, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo Enxada e Voto**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Alfa-Omega, 1914.

LEI DE HABEAS CORPUS, 1679. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>, acesso em: 04 de fev. de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACAULAY, Fiona. **O Judiciário e a crise do sistema penitenciário**. Rev. bras. segur. Pública, São Paulo v. 11, n. 2, 78-87, 2017.

MACHADO HORTA, Raul. **Constituição e direitos individuais**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 67, p. 20-21. 1983.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno**. Revista Brasileira de Direito, V.12, 2016. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1060>>, acesso em: 04 de abr. 2019.

Madeiro, Carlos. **Dez razões para não ter saudades da ditadura**. 2014.

MALUSKCHKE, Guither, **A dignidade humana como princípio ético-jurídico**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996, p. 35-37;

MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **Princípio da legalidade: analisando seus postulados**. jus, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26482/principio-da-legalidade-analisando-seus-postulados>>, acesso em: 10 de ago. 2019;

MARINGONI, Gilberto. **A grande crise da Independência**. Ano 9. Edição 75, São Paulo, 2012. Disponível em:<

https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2864:catid=28&Itemid=23>, acesso em: 14 de mar. 2020.

MARONNA, Cristiano. **Entrevista concedida ao portal Agência Brasil no dia 24/06/2018 às 09h:30min**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>>, acesso: 22 de ago. 2019;

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997;

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O caos do sistema carcerário é também responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público**, 2016. Disponível em: <<https://jpmartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/423635828/o-caos-do-sistema-carcerario-e-tambem-responsabilidade-do-poder-judiciario-e-do-ministerio-publico>>, acesso em: 22 de ago. 2019.

MARTINS, José de Souza. **Linchamento, o lado sombrio da mente conservadora**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 8(2): 11-26, outubro de 1996.

_____. **Linchamentos: A Justiça Popular no Brasil**. São Paulo: Ed. Contexto, 2015.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 9º ed. São Paulo: Hucitec, 1993.

MASSON, Cleber. **Direito Penal- Parte Geral- Vol 1**. São Paulo: Método, 2010.

MAURER, Béatrice. **Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Microssistemas jurídico-penais e a lavagem de dinheiro – aspectos da Lei 9.613/98**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B543596F4-CFFE-4C11-8328-9A714348E21A%7D_060.pdf>, acesso em: 11 de mai. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

MENDONÇA, Joseli Nunes. **Cenas da abolição. Escravos e senhores no Parlamento e na Justiça**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: editora Atlas, 2007.

_____. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 22ª ed., 2012.

MOTTA, Manoel Barros. **Crítica da razão punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NEDER, Gizlene. **Illuminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal e Execução Penal**. 4.ª Ed., rev., atual., ampl. 3ª tir.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme. **30 anos da Constituição Cidadã**. [SI], [SI], 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. **De poder nulo a poder supremo: o Judiciário como superego**. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012).

Ordenações Filipinas. 3v. Reprodução «fac-símile» da 14ª edição, feita por Cândido Mendes de Almeida [1870]. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Brasília: a. 43 n. 172, 2006. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1>>, acesso em: 20 de ago. 2019.

PEREIRA, AD. **Apartheid: apogeu e crise do regime racista na África do Sul, 1948-1994**.

_____. **Apartheid: apogeu e crise do regime racista na África do Sul (1948-1994)**. In: MACEDO, JR., org. **Desvendando a história da África [online]**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, Diversidades series. 2008.

PINHEIRO, Flavia, de Campos. **O Conteúdo Constitucional da liberdade de associação**. PUC-SP, São Paulo, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PLATÃO: Protágoras. **O Mito de Prometeu segundo Protágoras**. Tradução de Carlos Alberto Nunes, Editora da UFPA, 2002.

PRADO JUNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1945.

PRADO, Luiz Regis. **Teoria dos fins da pena: breves reflexões**. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam. A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, A. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

RIBEIRO, Isac Baliza Rocha. **Ressocialização de presos no Brasil: Uma crítica ao modelo de punição versus ressocialização**. 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revistas de Direito Consitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, parte general**, Tomo I, Civitas, 2000.

SALGADO, Karine. **O direito no brasil colônia à luz da inconfidência mineira**. *Revista brasileira de estudos políticos*, [si].

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Fundamentos de direito penal: Introdução crítica, aplicação da lei penal, teoria do delito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos Práticos da Execução Penal**. São Paulo: Editora Universitária de Direito. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição brasileira**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARTRE, J. P. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Tradução: Paulo Perdigão. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

SERGIPE. **Manual de movimentações processuais**. [SI], [SI]. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/paginas/manual/movimentacoes_processuais/2__no__es_gerais_sobre>

[_movimenta_o_processual_no_sep_e_prazos_processuais/2_1_1_17_2_promovendo_a_regulariza_o_do_processo/2_1_1_17_2_1_tr_nsito_em_julgado.htm](#)>, acesso em: 22 de ago. de 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Dinis Carla Borghi da. **A história da pena de prisão**. Brasil Escola. 2020.

SILVA, Ivan Luiz da. **Das bases constitucionais do Direito Penal**. a.39 n . 156, Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/814/R156-05.pdf?sequence=4>>, acesso: 04 de abr. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, M. Sérgio. COSTA, Flávio. **Três visões do Carandiru: Depoimento de Edivaldo Godoy - sobrevivente do Massacre do Carandiru no ano de 1992**. São Paulo: Portal UOL. 2017. Disponível em: <<https://www.uol/noticias/especiais/carandiru-25-anos.htm#eles-vieram-querendo-matar>>, acesso em 21/01/2019.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2.ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVEIRA, Mariana Moraes. **De uma República a outra: notas sobre os Códigos Penais de 1890 e de 1940**. Belo Horizonte: Revista do CAAP. Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG p. 109 a p. 125, 2010.

SOARES, Luiz Eduardo. **Novas políticas de segurança pública**. Estud. av. vol.17 nº.47 São Paulo. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100005>, Acesso em 20 de ago. de 2019.

STÉDILE, J. P. **A questão agrária no brasil: o debate tradicional-1500-1960**. 2 Ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

Stengel, Richard. **Os caminhos de Mandela : lições de vida, amor e coragem**. Tradução Douglas Kim. -- São Paulo: Globo, 2010.

STENGEL, Richard. **Os caminhos de Mandela: Lições de vida, amor e coragem**. Tradução Douglas Kim. -- São Paulo: Globo, 2010.

TARDELLI, Roberto, **O Poder Judiciário é um dos grandes responsáveis pela crise carcerária**. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/01/16/o-poder-judiciario-e-um-dos-grandes-responsaveis-pela-crise-carceraria2/>>, acesso em: 22 de ago. de 2019.

TRACCO. Celso Luiz. **A formação da sociedade brasileira aspectos econômicos, políticos e religiosos (SÉC. XVI - XX)**. Revista Eletrônica Espaço Teológico. Vol. 8, n. 13, 2014.

TREVISAN, L, M. **Direito penal do inimigo. Uma análise à teoria de Günther Jakobs**, portal “jus”, [SI], 2017. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/59598/direito-penal-do-inimigo>>, Acesso em: 10 ago. de 2019.

Uma breve história dos direitos humanos. Disponível em: < <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/brief-history/> >, acesso em: 29 de janeiro de 2020.

VIDAL, Paulo. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.** [SI], [Si], 2003. Disponível em: < <http://www.vidal-advogados.com/artigos/0bc1c3d9d8.pdf>>, acesso em: 14 de set. 2019.

VINHOSA, Francisco Luiz Teixeira .– **Administração Joanina no Brasil**, 1808-1821. Brasília: UNB,1983.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Brasília: UnB. 2 v, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

_____. **O inimigo do direito penal.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.