

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Marcos Leite Garcia; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promoveu a quarta edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, acirradas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou

coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Desta forma, o primeiro artigo de Érico Antonio Pereira Santos, Letícia Abati Zanotto e Marcos Leite Garcia, intitulado “Ascensão dos governos autocratas de extrema direita e a ameaça ao Direito Fundamental à Governança” trata de investigar as consequências da ascensão dos governos autocratas na governança e o advento dos governos autocratas de extrema direita que agem para minar o ideal de governanças nos Estados, mitigando os direitos fundamentais, os direitos humanos e a transparência e informação.

Depois, Renata Apolinário de Castro Lima, Roberta Maciel Campolina e Roberto Apolinário de Castro apresentam o “O direito de punir do Estado e as violações às garantias fundamentais dos presidiários no sistema carcerário brasileiro”, cujo tema-problema trata da violação dos direitos dos presidiários inseridos no sistema carcerário brasileiro e a inação estatal, buscando medidas eficazes de ressocialização destes e a não violação ou o mínimo cerceamento possível de seus direitos fundamentais, a partir da leitura da Lei de Execuções Penais.

Em seguida, Ana Paula Penha Aragão, Cassius Guimaraes Chai e Amanda Cristina de Aquino Costa em “A batalha moral e a guerra de hostilidades virtuais: o limiar entre discurso de ódio e liberdade de expressão em perspectiva comparada Brasil, Inglaterra e Alemanha” discutem os limites entre o exercício da liberdade de expressão e o discurso de ódio no espaço virtual, por meio da análise da legislação e jurisprudência brasileira em perspectiva comparada aos instrumentos existentes na Inglaterra e na Alemanha, com a finalidade de inibir e combater o discurso de ódio no ambiente virtual.

Ato contínuo, Ricardo Alexandre Costa e Angela Everling no artigo denominado “Esfera pública, acesso democrático ao mundo do trabalho e gênero: desafios ainda atuais” enfatizam as teorias de gênero e sua relação com o poder (patriarcado) na busca pelo acesso

democrático à esfera pública, especialmente ao mundo do trabalho, pela promoção da igualdade, na busca das mudanças necessárias para garantia de acesso democrático e equidade.

No quinto artigo nominado “Análise público-privada da Lei da Liberdade Econômica e seus princípios contratuais garantistas: estudo sobre a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, Arthur Bridges Venturini e Sérgio Henriques Zandona Freitas tratam dos impactos causados pela disseminação da Covid-19 e da intervenção mínima e excepcional da revisão contratual, por meio da promulgação da Lei 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

O sexto artigo intitulado “As unidades socioeducativas pós-decisão pela 2ª Turma do STF no Habeas Corpus 143988/ES”, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Jossianny Sá Lessa e Juliane Silva Santos analisam os impactos decorrentes da decisão proferida no Habeas Corpus 143988/2020 pela 2ª Turma do STF, segundo a qual as unidades de internação de adolescentes não devem ultrapassar a capacidade para as quais foram projetadas.

Depois, Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon em “Educação jurídica nas escolas: uma forma de efetivar o direito à educação” tratam da educação jurídica e a possibilidade de ser ensinada nas escolas, como uma das formas de efetivar o direito fundamental à educação.

Logo em seguida, o artigo “Inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal em favor do juiz: uma crítica à posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Nunes Marques no julgamento do Habeas Corpus n.º 164.493” de Ana Isabel Mendes, Marcelo Martins Piton e Marcos Leite Garcia analisa a inadmissibilidade de provas ilícitas, prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição do Brasil de 1988 e sua utilização para se comprovar a suspeição de magistrado, uma vez que na relação processual, é representante do Estado.

O nono artigo, “Intervenção mínima e excepcionalidade na revisão contratual sob o viés do Estado Democrático de Direito de Gabriela Oliveira Freitas e Arthur Bridges Venturini cuida da Lei nº 13.874/2019 que alterou o Código Civil, inserindo o parágrafo primeiro no artigo 421, cujo conteúdo previu dois novos princípios atrelados ao direito contratual, o da intervenção mínima e excepcionalidade da revisão contratual, que devem estar harmonizados com os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal.

O décimo artigo, de autoria de Thaís Gleice Andrade e Deise Marcelino Da Silva “Liberdade de expressão e a proteção de direitos das crianças e adolescentes frente ao exposed nas redes

sociais trata do estudo da liberdade de expressão frente ao fenômeno do exposed, a fim de estabelecer os limites à liberdade de expressão e proteger os direitos das crianças e dos adolescentes.

O décimo primeiro artigo, “O direito ao duplo grau de jurisdição nos países do Mercosul: foro por prerrogativa de função e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, de Lucia Carolina Raenke Ertel e Jessica de Jesus Mota estuda o direito ao duplo grau de jurisdição para os réus com foro por prerrogativa de função, diante da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nos países do Mercosul.

Na sequência, Gabriela de Vasconcelos Sousa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, no artigo intitulado “O direito ao esquecimento na esfera internacional: estudo comparativo de sistemas para concretização garantista no Brasil” examinam o julgamento do Tema 786, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da (in)existência do direito ao esquecimento no Brasil.

Em o “O direito de recusa à aplicação de vacinas: a liberdade versus o direito à vida e à saúde”, Deise Santos Curt e Luis Filipe Fernandes Ferreira se dedicam a estudar a taxa de cobertura vacinal do Programa Nacional de Imunizações que vem caindo nos últimos anos afetando, inclusive, o combate à Covid-19, trazendo de volta doenças já erradicadas e diminuindo a expectativa de vida nacional, em especial pela disseminação de fake news contrárias à vacinação, fato que gera o conflito entre o direito individual de não se vacinar (direito à liberdade) versus o direito coletivo à vida (direito à vida).

O décimo quarto artigo, "Reflexos da covid-19 nas relações entre gênero, orientação sexual e violência", de Letícia Abati Zanotto e Estéfani Luise Fernandes Teixeira examina os da Covid-19 em relação às questões de gênero, orientação sexual e violência, a partir da teoria queer, dos dados publicados sobre violência contra mulheres e LGBTQIA+, da e a crise sanitária mundial.

Em “Representatividade feminina: a necessária veiculação de propostas de cunho feminista, Gabriela Oliveira Freitas e Anna Lídia Di Napoli Andrade e Braga abordam a necessidade de representação feminina no Legislativo, a partir do conceito de representação de Hanna Piktin e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal, enfatizando a desigualdade de gênero na composição do Congresso Nacional, que obsta a adequada representação popular, que seria essencial para a legitimidade democrática do processo legislativo.

No décimo sexto artigo, intitulado “Responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet: análise do tema 987 do STF, Jamile Magalhães Barreto Fontes e Zulmar Antonio Fachin refletem sobre a discussão trazida pelo Tema 987 de Repercussão Geral no STF e a necessidade de se ter uma reserva de jurisdição para caracterização da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Por fim, no último artigo “Teoria dos mandados de criminalização e o direito do consumidor como direito fundamental”, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Thais Caroline Brecht Esteves Gouveia discutem a teoria dos mandados de criminalização e a proteção jurídico penal do direito do consumidor, com ênfase na natureza de direito fundamental deste e do bem jurídico penal protegido.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Com efeito, divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação da apresentação, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente, desejamos a todos uma excelente leitura.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

**O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E AS VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS
FUNDAMENTAIS DOS PRESIDIÁRIOS NO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO.**

**STATE'S RIGHT TO PUNISH AND AS VIOLATIONS OF THE FUNDAMENTAL
GUARANTEES OF PRISONERS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

Renata Apolinário de Castro Lima ¹

Roberta Maciel Campolina ²

Roberto Apolinário de Castro ³

Resumo

Neste trabalho será abordado como tema-problema a violação dos direitos dos presidiários inseridos no sistema carcerário brasileiro e a inação estatal concernente ao assunto. Buscar-se-á, a partir de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo e referencial teórico, a análise das situações prisionais e estatísticas com base de dados em relação ao encarceramento no Brasil. O tema-problema trará formas de garantir o cumprimento dos direitos e interesses dos reclusos no sistema prisional brasileiro em conformidade com a Lei de Execuções Penais, buscando-se medidas eficazes de ressocialização destes e a não violação ou o mínimo cerceamento possível de seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estabelecimento penal, Princípio da dignidade da pessoa humana, Sistema carcerário, Sistema prisional brasileiro, Violação aos direitos-garantias fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

In this work, the violation of the rights of inmates inserted in the Brazilian prison system and the state's inaction in relation to the matter will be treated as a problem-theme. Based on bibliographical research, using the deductive method and theoretical framework, it will seek an analysis of the prison situation and statistics based on data relating to incarceration in Brazil. The problem-theme will guarantee fulfillment of the rights and interests of inmates of the Brazilian penitentiary system, according to the LEP, seeking effective measures for their resocialization and not violating or restricting their fundamental rights as little as possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian penitentiary system, Penal establishment, Principle of the dignity of the human person, Prison system, Violation of fundamental rights guarantees

¹ Advogada inscrita na OAB/MG 180.004 Mestranda pela FUMEC.

² Mestranda pela FUMEC Pesquisadora FAPEMIG

³ Magistrado do TJMG Mestre em Direito Professor universitário

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao garantir direitos fundamentais a todos, em seu art. 5º, não exclui aqueles que se encontram em estabelecimento prisional, de modo que necessário verificar se, de fato, tais direitos são garantidos à população carcerária.

Assim, o tema-problema abordado neste trabalho, consiste na verificação da garantia desses direitos.

Para tanto, se apresentarão estudos sobre a definição de estabelecimento prisional, direitos-garantias dos presidiários, o princípio da dignidade da pessoa humana, e a atuação do Poder Público com constante violação aos interesses destes reclusos. Também serão abordados os principais pontos do tema-problema com a discussão sobre os direitos dos presidiários no sistema carcerário brasileiro. Nessa senda, traçar-se-á a importância do estudo sobre a violação dos referidos direitos e a inação estatal. Nesse contexto, verificar-se-á o modelo prisional adotado no Brasil, principalmente com vistas à proteção dos direitos dos presidiários e uma crítica à violação destes dentro do sistema carcerário brasileiro. Referida questão controvertida acarreta bastante discussão, realçando a importância de se discutir o tema-problema e abordar a argumentação, demonstrando o déficit do sistema carcerário brasileiro na proteção dos direitos individuais das pessoas reclusas, e as péssimas condições da convivência e sobrevivência dentro do estabelecimento prisional, que viola as garantias fundamentais.

Serão apresentados os dados estatísticos de prisões, inclusive as de natureza feminina.

Nos capítulos subsequentes, notadamente, capítulo 2, serão apresentados os conceitos do tema-problema, sendo que no capítulo 2.1, tratar-se-ão, as definições de estabelecimento prisional, função da pena, direitos fundamentais e direitos humanos. No capítulo 2.2 apresentar-se-á considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e medidas alternativas da pena.

No capítulo 3 far-se-á a apresentação dos direitos dos presidiários, os dados estatísticos das prisões brasileiras, notadamente, as de regime fechado e os levantamentos quantitativos de índices reclusos no sistema penitenciário brasileiro. Será abordada também a má atuação e inação do Poder Público que deveria cumprir com o papel de defensor dos direitos e interesses dos presidiários e a violação estatal destes direitos.

No capítulo 4 trará a conclusão sobre os temas-problemas desenvolvidos no decorrer do presente trabalho.

Quanto à metodologia utilizada, adotou-se a pesquisa documental e bibliográfica analisando, principalmente os instrumentos normativos e dados referenciais e estatísticos do sistema prisional brasileiro.

O trabalho tem por marco teórico o Direito Penitenciário, buscando-se o respeito irrestrito aos direitos e garantias fundamentais dos presidiários no sistema prisional brasileiro, principalmente por meio da leitura de Michel Foucault, que defende a ideia de que prisão é castigo.

2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTUDO DE INSTITUTOS FUNDAMENTAIS NOTADAMENTE AO PRESIDÁRIO

Para adentrar ao tema-problema central do presente trabalho, serão analisados os conceitos que norteiam este estudo, sem os quais não seria possível sequer almejar a dignidade da pessoa humana aos presidiários e a não violação de garantias fundamentais dos mesmos dentro do sistema prisional brasileiro, razão pela qual far-se-á uma crítica ao atual sistema carcerário adotado no Brasil, com vistas à adoção das medidas que efetivam tutelar e garantir a preservação dos direitos das pessoas encarceradas.

Importante conceituar, portanto, sistema prisional, função da pena, direitos fundamentais, direitos humanos, e o que correspondem os mesmos, e por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, serão aqui abordados os fundamentos que ensejam a crítica ao atual sistema penal carcerário adotado no Brasil, com a violação aos princípios básicos da Dignidade da Pessoa Humana e aos preceitos dos direitos fundamentais dos cidadãos presidiários afetos ao assunto em análise, com o objetivo de desvendar quais são as situações que levam à conclusão de que há a referida violação de direitos e péssimas condições de habitação carcerárias no Brasil.

2.1 Sistema Prisional, Função Da Pena, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos

Inicialmente, antes de adentrar ao conceito de sistema prisional, necessário definir que prisão é um local tido como castigo, que visa punir e privar o indivíduo de sua liberdade, como forma de obrigar-lhe a sofrer as consequências pelo cometimento de um crime, acreditando-se fazê-lo pensar nas consequências de seus atos, mas de acordo com os índices de criminalidade e alta reincidência, infere-se que o sistema prisional brasileiro não

ressocializa ou sequer socializa um indivíduo, vez que a grande maioria sequer já foi alguma vez inserida em sociedade.

Sistema prisional, portanto, pode ser definido como estabelecimento penal. Buscando explicar o conceito do que se trata a prisão propriamente dita, desde os primórdios dos séculos passados, afirma Michel Foucault:

Prisão não é vista como uma pena em nosso direito civil. Seu papel é de ser uma garantia sobre a pessoa e sobre seu corpo [...] nesse sentido, o encarceramento de um suspeito tem um pouco o mesmo papel que o de um devedor. A prisão assegura que temos alguém, não o pune (FOUCAULT, 2000, p. 98).

A prisão é uma pena. A humanidade se levanta contra esse horrível pensamento de que não é uma punição privar um cidadão do mais precioso dos bens, mergulhá-lo ignomiosamente no mundo do crime, arrancá-lo a tudo o que lhe é caro, precipitá-lo talvez na ruína, e retirar-lhe, não só a ele mas à sua infeliz família todos os meios de subsistência (FOUCAULT, 2000, p. 99).

O isolamento constitui “um choque terrível”, a partir do qual o condenado, escapando às más influências, pode fazer meia-volta e redescobrir no fundo de sua consciência a voz do bem (FOUCAULT, 2000, p. 101).

Definindo estabelecimento penal, Andrezza Alves Medeiros:

Estabelecimento penal é lugar físico onde os condenados cumprem as penas privativas de liberdade impostas e onde os presos provisórios são recolhidos no curso da ação penal a que respondem. A lei de Execução Penal determina que deve possuir setores de trabalho, educação, assistência social, lazer e esporte, bem como ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, o que infelizmente não ocorre, somando-se ao fato da superlotação as condições subumanas dos presos (MEDEIROS, 2017, p. 586).

Verifica-se que sistema prisional, sistema penitenciário ou sistema carcerário são sinônimos, possuindo o mesmo sentido na questão conceitual, que é, portanto, o contexto da localização física, normalmente definida por presídio, onde os condenados cumprem as penas que lhe são impostas e os presos provisórios são mantidos em cárcere enquanto respondem ao curso processual da ação penal, determinando a Lei de Execução Penal condições minimamente humanas à estrutura e finalidade da pena.

Tal situação infelizmente não ocorre, já que os referidos estabelecimentos prisionais são extremamente lotados e contam com péssimas condições de sobrevivência humanas, o que infringe o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual será abordado adiante.

Em relação ao sistema prisional, tem-se do ponto de vista prático que é local com condições subumanas de sobrevivência, com situação precária de higiene e saúde, não se permitindo aos presidiários gozarem das condições mínimas de dignidade, tais como seus direitos à saúde, sendo ambiente totalmente insalubre.

Os presidiários passam por situações vexatórias e discriminatórias. Os chamados “banhos de sol” não são capazes de fornecer uma socialização dentro do estabelecimento prisional para com os demais detentos, não é aceitável admitir que referido “benefício”, se é que assim pode ser chamado possa ser considerado a propiciar mínimas condições de dignidade e saúde à pessoa do preso.

A vitamina D necessária pela população mundial como forma de garantir boas condições de saúde nem de longe é preservada, pois passam o mínimo possível de tempo nos banhos de sol, não podendo ter convívio normal como pessoas, ao contrário estão sempre a ser julgados por seus atos, privados de sua liberdade.

A família dos encarcerados também passa por situações desumanas, já que nos dias de visita se veem inseridas no meio de outras pessoas de extrema periculosidade, sofrendo riscos de se serem inclusive inseridas como reféns no meio das rebeliões.

O direito de visitas íntimas viola totalmente a dignidade da mulher, que tem sua intimidade sexual totalmente exposta e violada e se vê também inserida em condições extremamente precárias como modo de no mínimo ter contato com seu parceiro (marido ou companheiro com quem vive em união estável).

O isolamento às situações precárias dentro dos estabelecimentos prisionais constitui então punição e castigo por seus delitos cometidos, vivendo em situações de superlotação e condições de vida exacerbadamente precária e deficitária, constituindo nas palavras de Foucault conforme mencionado “choque terrível”, que dilacera a alma de quem vive aquela realidade (FOUCAULT, 2000, p. 101).

O castigo no sentido mais estrito da palavra constitui uma tentativa de penalizar quem cometeu o delito, fazendo-o sofrer uma punição de forma corretiva, e nesse sentido Michel Foucault ensina que “não se pune, portanto, para apagar um crime, mas para transformar um culpado (atual ou virtual); o castigo deve levar em si uma certa técnica corretiva” (FOUCAULT, 2000, p. 105)” e que “deve ser feito com tanta frequência quanto possível um trabalho sobre a alma do detento (FOUCAULT, 2000, p. 103).”

A punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena (FOUCAULT, 2000, p. 108).

Ocorre que o trabalho sobre a “alma do detento” não ocorre na situação fática, já que não se buscam entender as razões que levaram ao cometimento do delito, as situações precárias de convivência humana e que muitos dos infratores, nunca sequer foram socializados, necessitando cometer o injusto para manter a si ou outrem de sua família. Ou

seja, as condições que levaram ao ato em si não são investigadas, cometendo-se então um encarceramento que muitas vezes leva à ruína e a pior transformação da pessoa em si.

Sobre a pena tem-se que seu principal objetivo é ressocializar, mas daí o questionamento de como ressocializar alguém que nunca sequer foi socializado? Que nunca teve condições dignas de sobrevivência? Que sequer conviveu algum dia em sociedade? É neste momento que parte o pressuposto da necessidade de definir o que seria o direito de punir e concluir então pelas finalidades reais da pena.

Cesare Beccaria, leciona:

Foi, portanto, a necessidade que, impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo (BECCARIA, 1999, p. 29; 52).

Ainda sobre a finalidade da pena, Guilherme de Souza Nucci:

Temos sustentado que a pena tem vários fins comuns e não excludentes: retribuição e prevenção. Na ótica da prevenção, sem dúvida, há o aspecto particularmente voltado à execução penal, que é o preventivo individual positivo (reeducação ou ressocialização). Uma das importantes metas da execução penal é promover a reintegração do preso à sociedade. E um dos mais relevantes fatores para que tal objetivo seja atingido é proporcionar ao condenado a possibilidade de trabalhar e, atualmente, sob enfoque mais avançado, estudar (NUCCI, 2018, p. 20).

Tem-se que analisando o sistema carcerário brasileiro atual, a finalidade da pena não vem sendo cumprida, vistas que os presidiários, ou réus, via de regra, não deixam de causar novos danos à sociedade, voltando a delinquir e aumentando os índices de reincidência, não servindo então a pena na prática como modo de ressocializar, não cumprindo assim sua principal função.

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente lançaram no dia 03/03/2020 um relatório denominado “Reentradas e reiterações Infracionais — Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”. De acordo com o referido levantamento, 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. O estado com maior índice de reincidência, com 75%, é o Espírito Santo. Minas Gerais, registrou a menor taxa, com, 9,5%. (CONSULTOR JURÍDICO, 2020)

Sobre o problema da pena:

Sabemos hoje muitas coisas em relação ao delito; mas muito menos em relação à pena; e o pouco que se sabe dela é mais do lado do corpo que do lado do espírito. É hora de preocupar reagir contra esse abandono (CARNELUTTI, 2015, p. 6).

A pena enfrenta problemas que deveriam servir a prevenir delitos, porém não cumpre sua função, já que além de não reinserir o indivíduo em sociedade, os índices de reincidência, ainda vem aumentando, já que se busca mais um sofrimento mental do que físico, acreditando-se que ao se punir ou castigar o indivíduo este viverá dores e sequelas tão profundas na alma que não mais voltará a delinquir, o que na prática evidentemente não funciona.

Entra no palco do espetáculo penal a punição moral, aquela que atua na consciência do indivíduo, que sofre não apenas o repúdio e o vitupério social, mas também o seu próprio asco, a sua própria pena mental. Sem dúvida, a pena que lesa a “alma” – em sentido figurado – é bem mais eficaz para a reeducação ou a reflexão da infração cometida do que uma punição corporal, que muitas vezes, senão todas, cria mais raiva e ódio no infrator (CARNELUTTI, 2015, p. 7).

Verificam-se elevados índices de reincidência, e sempre se questiona se o presidiário é quem tem personalidade voltada à criminalidade, desprezando-se quase que sempre as condições que o levaram a delinquir.

A pena deveria ser uma prevenção dos delitos que porventura ocorressem de forma ulterior: “Se aquilo que é feito é feito e não pode converter-se em não feito, a pena poderá, naturalmente, impedir um novo feito, mas não eliminar o feito já acontecido” (CARNELUTTI, 2015, p. 9).

Sobre as questões tratadas tem-se que ainda é muito difícil solucioná-las, mas que ideal seria que não se tratassem todos os presidiários como indivíduos que necessitam da ressocialização. Não há como ressocializar alguém que nunca foi socializado. Necessário primeiro inseri-lo em sociedade, lhe oportunizando condições dignas e de sobrevivência, tais como emprego, saúde básica e escolaridade, não cerceando seu direito de liberdade à mínima delinquência cometida sem a análise correlacionada dos motivos que o levaram a delinquir. “A verdade intuída é que o remédio para o passado está no futuro. Não outra coisa que esta verdade intuída da guia os homens a reconstruir a história. (CARNELUTTI, 2009, p. 82).”

A partir da análise de estatísticas, verifica-se que a população carcerária brasileira é composta por pessoas de classes mais baixas, ou seja, menos favorecidas, sem acesso à diversas estruturas sociais, que não exercem plenamente a cidadania e não tem garantidos os direitos fundamentais, sendo, portanto, excluídas da sociedade.

De qualquer maneira que seja, se há um passado que se reconstrói para fazer dele a base do futuro, no processo penal esse passado é o homem na cela. Não existe outra razão para estabelecer a certeza do delito além da de inflingir-lhe a pena. O delito está no passado, a pena está no futuro (CARNELUTTI, 2009, p. 83).

A privação ao direito de liberdade não resolve o cerne da questão. Quem nunca compactou com questões ao menos dignas de sobrevivência poderá delinquir para buscar seus interesses no mínimo básicos, tal como alimentação.

Na grande evolução que o Estado vem passando de milênio para milênio, de século para século, aprendeu uma nova lição que ensina: “o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos” (RIBEIRO, 2014).

Não há como incluir em sociedade alguém que sempre foi banido dela por ter lhe faltado oportunidades. Necessário, portanto, se estabelecer condições e ofertar possibilidades de inserção do indivíduo na sociedade antes de encarcerá-lo, descriminalizando-o, buscando inicialmente conhecer as condições que o levaram a delinquir. “A pena moderna que o criminoso deve sentir é aquela que “fere mais a alma do que o corpo” (MABLY, 1789, p. 326).”

Nesse sentido, Francesco Carnelutti:

A prisão já cerceia um dos bens mais importantes da vida: A liberdade. Devemos sim, punir os infratores com a privação de suas liberdades, já que a prisão no momento é a “pena por excelência”, mas para isso devemos dar condições humanas para uma regeneração de corpo e espírito (CARNELUTTI, 2000, p. 10).

A reclusão não deve somente separar celularmente um homem/mulher, deve, antes de tudo, ter como fim almejado o de fazer nascer ou reviver um novo homem/mulher (CARNELUTTI, 2000, p. 11).

Sobre a função da pena:

A pena é, naturalmente, um igual porque é um contrário do delito. Que a sua função seja a expressada, além de deduzir-se racionalmente da existência de uma lei, que liga a pena ao delito, empiricamente se “evidencia pela *conformidade que os homens experimentam perante a pena expiada por quem cometeu o delito*. A consciência não é talvez outra coisa, depois de tudo, que *sensibiliza à ordem*, cuja turbação provoca em nós um sofrimento, e cujo restabelecimento, porém, ao eliminar o sofrimento, satisfaz uma necessidade (CARNELUTTI, 2000, p. 11).

Além da função repressiva, consistente em restaurar a ordem violada, a pena tenha, ainda, a de impedir as suas ulteriores violações. (CARNELUTTI, 2000, p. 41).

A pena de prisão é objeto de uma valoração ambivalente. Por um lado, considera-se que proporciona um marco espacial e regimental que facilita as aproximações reeducadoras aos delinquentes – por isso se fomenta seu uso desamparado -, na medida do possível, dos componentes aflitivos e com características diversas segundo as necessidades de tratamento a que deva atender. (RIPOLLÉS, 2015, p. 19).

Tem-se que a pena não cumpre suas funções, já que não restaura a ordem violada e não impede a reincidência. Desde antigamente a aplicação da pena é tida como castigo. O

Brasil pune e castiga, mas não insere ou reinsere na sociedade o indivíduo que cometeu o delito. A reforma penal se faz necessária desde antigamente, sendo tratada sua imprescindibilidade a partir no século XVIII:

Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, construir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal do século XVIII (FOUCAULT, 2000, p. 76).

Denota-se, portanto, que a reforma penal é e sempre foi necessária, desde os séculos passados, se fazendo presente em todos os momentos quando se trata da discussão a respeito da sua função para atingir índices relevantes de não reincidência e ressocializar, mas conforme demonstrado não cumpre nem de longe com suas principais funções.

Uma exigência que já tem longa tradição na Europa procura substituir no futuro a pena por medidas de segurança. Esta concepção baseia-se predominantemente na ideia de que o criminoso seja um doente psíquico ou social, que deveria ser tratado ao invés de punido (ROXIN, 2012, p. 9).

Há necessidade de se analisar a situação de outros países em que efetivamente medidas de segurança funcionam e tentar aplicá-las ao Brasil.

Sobre os direitos fundamentais, inicialmente necessário estabelecer o que se trata o princípio da humanidade.

Segundo Rafael de Souza Miranda, “é o Princípio da Humanidade que obriga o Estado a encarar o sentenciado como sujeito de direitos e não mero objeto da execução penal. E como sujeito, merece tratamento minimamente adequado à sua condição humana” (MIRANDA, 2019, p. 21).

Sobre o princípio da Humanidade:

Esse princípio apregoa a inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém. Dele resulta a impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado, com exceção de alguns efeitos extrapenais da condenação, como a obrigação de reparar o dano na esfera civil (CF, art. 5.o, XLV). Decorre da dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1.o, III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. Foi com base nesse princípio, entre outros, que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e equiparados, problema superado com a edição da Lei 11.464/2007 (MASSON, 2019, p.139).

O réu deve ser tratado como pessoa humana. A Constituição Federal brasileira reconhece esse princípio em vários dispositivos (arts. 1o, III, 5o, III, XLVI e XLVII). Deve ser observado antes do processo (art. 5o, LXI, LXII, LXIII e LXIV), durante este (art. 5o, LIII, LIV, LV, LVI e LVII) e na execução da pena (proibição

de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital – art. 5o, XLVII, XLVIII, XLIX e L) (JESUS, 2020, p. 57).

Vê-se que o princípio da humanidade não vem sendo utilizado pelo Estado, já que conforme demonstrado, mais busca castigar e punir do que cumprir com a função da pena.

Na tratativa de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos:

A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2012, p. 26).

A leitura mais recorrente e atual sobre o tema, é aquela que afirma que os "direitos fundamentais" e os "direitos humanos" se separariam apenas pelo plano de sua positivação, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiros no plano interno do Estado, e os segundos no plano do Direito Internacional, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais (como os Tratados e Convenções Internacionais, por exemplo). Com isso, adotamos aqui (ainda que para fins didáticos) o posicionamento de que teríamos os "direitos do homem" (no sentido de direitos naturais, não positivados ou ainda não positivados); os "direitos humanos" (reconhecidos e positivados na esfera do direito internacional); e os "direitos fundamentais" (direitos positivados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). Nesse diapasão, Marcelo Galuppo sintetiza que os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais justificados ao longo da História. "Direitos Humanos são normas jurídicas contidas em regras, princípios e costumes, escritos ou não mas que tenham sido positivados pelo Estado ou pela comunidade política internacional - que salvagam o indivíduo e a coletividade em face da atuação do próprio Estado. Por isso mesmo, falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico (interno), e não apenas em uma leitura reducionista, como direitos oponíveis contra o Estado (FERNANDES, 2017, p. 321-322).

Os Direitos Humanos sofreram importantes alterações conceituais e normativas ao longo da história, como forma de adaptação e resposta coerente às novas perspectivas conjunturais. Eis que os direitos humanos não constituem um dado objetivo, portanto, mas são, na realidade, uma invenção humana decorrente de um contínuo processo de (re)construção. O que se defende, portanto, a teor do que coloca Norberto Bobbio, é que não obstante sejam fundamentais, os direitos humanos são "históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos. poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (FERNANDES, 2017, p. 375). Na doutrina, algumas advertências chamam a atenção para a ausência de consenso quanto à terminologia mais adequada para referir-se aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, revelando pontos de vista favoráveis e contrários ao emprego desses ou daqueles termos. A própria Constituição brasileira de 1988 recorre a expressões semanticamente diversificadas para fazer alusão a tais direitos: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, §1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV) (GUERRA, 2015, p. 39).

Os direitos fundamentais ou direitos humanos, direitos civis, direitos da liberdade, direitos individuais, liberdades públicas, formas diferentes de expressar a mesma realidade (TORRES, 1999, p. 254).

Direitos fundamentais são aqueles aplicados diretamente, gozando de proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito. São provenientes do amadurecimento da própria sociedade. (MORAES, 1997, p. 19)

Muito embora alguns direitos humanos de fato sejam inerentes à condição humana e com apelo à universalidade, não é possível desvinculá-los da sua dimensão temporal e espacial, sendo imprópria a afirmação de que os direitos humanos equivalem aos direitos naturais, aos direitos do homem ou aos direitos fundamentais. Levando em consideração os aspectos relativos ao tempo e ao espaço é que se costuma adotar as expressões “direitos humanos” para estudo consagrado no plano internacional ou universal e “direitos fundamentais” no plano interno ou estatal. De toda sorte, os direitos da pessoa humana (consagrados no plano internacional e interno) têm por escopo resguardar a dignidade e condições de vida minimamente adequadas do indivíduo, bem como proibir excessos que porventura sejam cometidos por parte do Estado ou de particulares. (GUERRA, 2015, p. 47).

Em uma análise conceitual do que se tratam direitos fundamentais e direitos humanos, tem-se que os direitos fundamentais são aqueles elencados na Constituição da República de 1988 que são inerentes à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que possuem por finalidades, as mesmas dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos por sua vez, podem ser definidos como um conjunto de normas e procedimentos que garantem a liberdade e igualdade da pessoa, protegendo, assim, a condição humana do indivíduo e proibindo os excessos por parte do Estado ou de particulares.

Importante ressaltar que os Direitos-Garantias fundamentais devem ser assegurados pela norma constitucional, bem como outros direitos atinentes a bens da vida jurídica, conforme ensina Rosemiro Pereira Leal:

O que se desponta é a inegável existência de uma teoria geral do processo pelo estudo convergente dos institutos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia, também referentes à instituição do devido processo, como aspectos inafastáveis da construção dos procedimentos quando se põem em conflito os direitos, sejam direitos-garantias assegurados pela norma constitucional ou outros direitos atinentes a bens da vida jurídica criados no nível da infraconstitucionalidade (LEAL, 2018, p. 131)

Todavia, verifica-se, utilizando dessa premissa, que o Estado pune e não reinsere em sociedade o indivíduo, infringindo seus Direitos Humanos e garantias fundamentais, devendo os direitos e garantias serem assegurados pela norma constitucional e efetivamente funcionarem na prática, o que não ocorre, pois com a superlotação do sistema e condições subumanas, se desrespeitam e descumprem os direitos expressos na Constituição da República, violando as disposições legislativas do art. 5º, da referida Constituição de 1988.

O sistema prisional, marcado pela infração dos direitos-garantias fundamentais deixa de pensar na condição humana do encarcerado enquanto “pessoa” e o trata indignamente,

violando massivamente seus direitos fundamentais, o que ocorre principalmente em relação às mulheres encarceradas que é um dos pontos controvertidos deste estudo.

Desse modo, há necessidade de implementação de medidas ressocializáveis e de segurança, bem como, medidas alternativas que efetivamente funcionem, de modo a desafogar o sistema prisional superlotado e o Judiciário exacerbado, tornando-se ao menos dignas as condições de sobrevivência do encarcerado dentro do sistema penal, respeitando e valorizando sua liberdade e individualidade como ser humano, mesmo diante de sua conduta delituosa.

É imprescindível vislumbrar soluções que almejem melhoria no comportamento e tratamento digno, de modo a auxiliar os detentos a não regredir e se adaptarem à vida em sociedade, já que lhes faltam oportunidades, devendo os preceitos da Lei de Execução Penal serem impostos pelo Estado na prática, de modo a garantir os direitos fundamentais do preso, tais quais estabelecidos nos artigos 5º, III e XLIX da Constituição da República, senão vejamos:

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;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988).

Devem ainda ser valorados na prática os direitos do preso, principalmente no que concerne à integridade moral, a teor do artigo 40 Lei de Execuções Penais:

“**Art. 40:** Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (BRASIL, 1984).”

Devem, portanto, ser implementadas propostas que contribuam para a dignidade dos presidiários, valorando-se os direitos dos mesmos estabelecidos no artigo 41 da Lei de Execuções penais, garantindo-lhes principalmente o exercício a atividades profissionalizantes, intelectuais, artísticas e desportivas, compatíveis com a execução da pena, de modo que possam a exemplo de outros países efetivamente vivenciarem na prática condições para se socializarem e conviverem em sociedade, e ao menos buscar se minimizar os percentuais de reincidência delitiva.

2.2 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E Medidas Alternativas Da Pena

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Sobre o referido princípio:

Cuida-se de um princípio regente, que envolve o Direito como um todo, produzindo reflexos no Direito Penal (art. 1.º, III, CF). É base e meta do Estado Democrático de Direito, focalizando dois prismas: objetivo, para garantir o mínimo de subsistência do ser humano; subjetivo, para assegurar o bem-estar individual, calcado na autoestima e na respeitabilidade diante da sociedade. Os princípios penais devem convergir para a dignidade humana, garantindo a sua concretude e limitando os excessos punitivos do Estado (NUCCI, 2015, p. 61-62).

O termo “dignidade da pessoa humana” tem como foco garantir a vida humana e a inviolabilidade da incolumidade física ou moral das pessoas, ou seja, tal princípio visa garantir a concretude e limitação dos excessos punitivos pelo Estado.

A própria Constituição da República, com base nesses preceitos, traz consigo artigos que ampliam a conferência da dignidade e humanidade à pessoa, notadamente, ao preso.

Todavia, verifica-se que, utilizando dessa premissa, na prática tais princípios não são respeitados, já que a pessoa do preso não é valorizada, nem fisicamente, nem moralmente, considerando-se as péssimas condições de sobrevivência dentro do sistema prisional, não havendo a intervenção estatal necessária.

Sobre as medidas alternativas, tem-se que para visar garantir a funcionalidade do princípio da dignidade da pessoa humana, as mesmas podem ser adotadas com vistas à uma aplicação de punição mais branda e mais descriminalizadora da pena.

A aplicação de medidas alternativas visam banir o indivíduo delincente, porém sem privar-lhe o direito à liberdade, sendo possível de uma forma mais eficaz e tranquila readaptá-lo à convivência em sociedade e inseri-lo na sociedade da qual faz parte, oportunizando a ele condições de trabalho, estudo, saúde, dentre outras.

Toda medida alternativa é uma sanção, mas nem sempre ela conta com natureza penal. Daí a relevância de serem distinguidos os conceitos de sanção (gênero) e de sanção penal (espécie). Pena: é a sanção (castigo) imposta pelo Estado (pela autoridade judicial competente), quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpado de um fato punível. Pena e medida de segurança: a pena (e as medidas alternativas) tem como fundamento primeiro a culpabilidade; a medida de segurança tem assento na periculosidade. (MEDEIROS, p. 163)

As medidas alternativas levam em consideração a culpabilidade e periculosidade do presidiário, sendo muito adotadas em outros países, a exemplo que veremos adiante, modelos

que poderiam ser empregados no sistema prisional brasileiro, como modo de efetivar a ressocialização e diminuição dos índices alarmantes de reincidência.

3 VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DOS DETENTOS E DADOS ESTATÍSTICOS

Neste capítulo, remontar-se-á aos estudos acerca dos direitos dos detentos, dados estatísticos de percentual da população carcerária brasileira, percentual de reclusos inseridos em regime fechado, índices de prisões e reincidência.

A população brasileira atual, com base em dados coletados às 12h56 do dia 30 de agosto de 2021, é de 213.532.060 pessoas. (IBGE, 2021).

Em todo o país, 687.546 pessoas estão presas, enquanto o sistema penitenciário nacional tem 440.530 vagas em presídios. De 2020 para cá, o Brasil criou 17.141 vagas, o que foi insuficiente para acabar com o problema da superlotação. No Brasil, a população carcerária diminuiu 3,1%, conforme o levantamento. Essa é a primeira vez que o número de presos cai de um ano para o outro, desde 2014. Apesar disso, a superlotação no país está em 56,1% (G1, 2021).

Inicialmente tem-se que se falar que os presidiários, em modo geral, são tidos como delinquentes, sendo muitas vezes desconsiderado seu real potencial de culpabilidade e as razões que engajaram o cometimento de seus delitos.

O tráfico lidera as tipificações para o encarceramento. Da população prisional masculina, 26% está presa por tráfico, enquanto que, dentre as mulheres, 62% delas estão encarceradas por essa tipificação. Dessas pessoas, 54% cumprem penas de até oito anos, o que demonstra que o aprisionamento tem sido a única decisão diante de pequenos delitos (BORGES, 2019, p. 18).

Verifica-se que a maioria dos encarcerados estão presos pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, sendo que a influência de parentes ou até mesmo condições para a sobrevivência desses e de seus familiares tratam-se das causas a tentar justificar as razões para a delinquência.

Portanto, por serem corpos historicamente perpassados pelo controle e pela punição, devido ao passado escravocrata brasileiro, discutir encarceramento articulado à questão de gênero passa por abarcar diversos e complexos fatores para análise. Em números absolutos, 37.380 mulheres^{12,13} estão em situação prisional. À primeira vista, poderíamos refletir sobre esse dado como uma informação de que esse é um número não tão alarmante. No entanto, entre 2006 e 2014, a população feminina nos presídios aumentou em 567,4%, ao passo que a média de aumento da população masculina foi de 220% no mesmo período. Temos a quinta maior população de mulheres encarceradas do mundo, Estados Unidos (205.400 mulheres presas), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751).¹⁴ Entre as mulheres encarceradas, 50% têm entre 18 e 29 anos e 67% são negras, ou seja, duas em cada três mulheres presas são negras. Há, portanto, um alarmante dado que aponta para a juventude negra como foco de ação genocida do Estado brasileiro. Os dados de jovens mulheres sob medidas socioeducativas também vêm crescendo. A estrutura das casas segue a lógica prisional, a maioria das internas tem entre 15 e 17 anos, sendo

68% negras – esse dado no Estado de São Paulo chega a 72%. Tráfico de drogas e roubo são a maioria dos atos infracionais e os argumentos apresentados não diferem: vulnerabilidades sociais, necessidade de sustento dos filhos e da família, desestruturação familiar, violência e abuso doméstico-sexual. Tanto o cárcere quanto o pós-encarceramento significam a morte social desses indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, de cidadania ou possibilidade de alcançá-la (BORGES, 2019, p. 15-16. Grifei).

A população carcerária feminina vem aumentando demasiadamente mais do que a masculina, o que implica investigar as razões para tal fato estar acarretando maiores prisões de mulheres, principalmente negras.

A realidade é que muitas das prisões ocorrem com presos jovens e de cor negra, sendo que o racismo impera no contingente às prisões, vez que os encarcerados sofrem uma discriminação racial e de gênero.

As desigualdades baseadas na hierarquia de raças e segmento juvenil, tem sido fator preocupante, já que o racismo ainda ocorre com enorme frequência no cenário brasileiro, não sendo diferente dentro dos estabelecimentos prisionais, onde pessoas brancas tem mais benefícios do que pessoas negras que perfazem a maioria dos internos.

mulheres brancas, em virtude da maior escolaridade, recebem os melhores cargos de trabalho dentro da prisão, ao contrário das negras, em maioria com serviços pesados e de limpeza, conseqüentemente, prejudicadas pelo benefício do indulto e da remissão de um dia de pena por cada três dias trabalhados (SANTOS, 2014, p. 43).

Tal situação também ocorre com homens e além disto, a situação financeira é fator que influencia dentro do sistema carcerário, vez que pessoas dotadas de melhores condições econômicas possuem maiores mordomias, já que dentro do sistema prisional, por exemplo, quem detém condições de arcar com seus estudos, se autorizado pelo julgador pode inclusive se graduar em ensino superior, desde que seja arcado pela família.

Para isso necessária a formulação de um pedido em tal sentido, formulado por advogado, já que a realidade é que a grande maioria não possui condições de arcar com advogado particular e a defensoria pública não formula tais pleitos, já que mesmo se formulados, os reclusos não possuem condições de arcar com as mensalidades dos cursos de graduação e os materiais necessários para seu estudo e formação.

Reclusos com melhores condições financeiras possuem condições de contratar melhores advogados, de estudarem dentro do sistema prisional através de material e aulas pagas por seus familiares, o que não é oportunizado àqueles que não tem condições financeiras para arcar com tal condição, razão pela qual os presidiários com melhores condições possuem mais recursos para conseguirem remir suas penas de forma mais rápida

que os detentos normais de famílias hipossuficientes que não tem condições de arcar com os custos sequer de seus estudos.

As prisões ainda são realidade da maioria das pessoas que cometem crimes. É necessário desmistificar a punição e buscar medidas alternativas que corroborem com a melhoria do comportamento dos internos, não cerceando seu direito à liberdade, principalmente em estabelecimentos prisionais precários, onde sequer se tem direito às mínimas condições de salubridade e higiene.

São submetidos a um cenário inadequado, de situação vexatória, privados de seus direitos básicos, alimentam-se mal, e ainda correm o risco de contração de doenças sexualmente transmissíveis, já que se veem misturados a pessoas que não sabem a origem, de onde vieram e quais doenças possuem, haja vista a aglomeração e ocorrência de rebeliões, onde indivíduos se misturam e com o desleixo dos agentes do Poder Público e inação do Estado ocorrem situações de estupro.

Precisamos pensar que as prisões não estão distantes de nós. Elas são produto de negligência e políticas que tratam diferenças como desigualdades. Em sendo o feminismo negro e a produção teórica e ativista de mulheres negras um questionamento às desigualdades baseadas em hierarquias raciais e a busca radical por transformações, lutar contra uma guerra às drogas que violenta, encarcera e mata nossos filhos, companheiros, irmãos, tios, pais, sobrinhos, filhas, irmãs, primas e nós mesmas é uma emergência. Como diz Angela Davis, só seremos livres em um mundo sem prisões (BORGES, 2019, p. 83-84).

No campo da Saúde, no sistema prisional há mais chances de contrair HIV/AIDS e não há tratamento adequado para as mulheres com agravo do vírus. No Brasil, segundo dados do InfoPen, há apenas 32 profissionais ginecologistas para atender todo o universo de mulheres encarceradas. Apesar de terem assegurado o acesso ao pré-natal, fica evidente nos dados que muitas delas interrompem acesso regular à Saúde. O relatório “Mulheres em prisão”, do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), de 2017, aponta que 48,8% das mulheres em situação prisional eram mães, sendo que a idade média dos filhos é de 9 anos. Então, essas mulheres poderiam perfeitamente estar respondendo em prisão domiciliar (BORGES, 2019, p. 69).

A liberdade é um direito inerente ao ser humano, que somente pode dela ser privado em situações excepcionais (GRECO, 2020, p. 57).

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos (ROXIN, 2018, p. 16-17).

Assim, quem mais devia zelar pela segurança, saúde e direitos dos presidiários é o Poder Estatal, que ao contrário suprime e cerceia esses direitos.

O Poder Público ao invés de proteger e tutelar o bem jurídico mais precioso que é a liberdade continua a encarcerar cada vez mais, principalmente negros, com baixo poder

aquisitivo e principalmente em face de situações de tráfico de drogas, esquecendo-se de buscar as causas pelas quais tais pessoas cometeram os delitos que vêm sendo praticados.

A despeito de todas as diferenças existentes entre o Brasil e países como Noruega e Holanda (com população muito menor e com qualidade de vida muito superior à nossa), é possível analisar e avaliar se medidas que esses países adotaram poderiam ser aplicadas por aqui também. A Noruega consegue manter baixo nível de encarceramento e garantir tratamento mais humano aos condenados. Parte do sistema penitenciário do país é composto por “casas de adaptação”, que são descritas como algumas das melhores dependências para detentos no mundo. A filosofia adotada pela Noruega é que a rotina na prisão deve ser a mais normal possível, sem maiores diferenças com a vida fora dela. Por isso, os presos podem fazer diversas atividades: jogar videogame e xadrez, ver televisão, cozinhar, praticar esportes, tocar instrumentos musicais, entre outras coisas. A Noruega também evita penas longas: a maior parte dos presos não fica um ano – e a sentença máxima é de 21 anos. Isso também torna a reabilitação dos presos uma questão de necessidade, pois rapidamente eles voltam ao convívio social. As políticas prisionais da Noruega se refletem em baixa taxa de reincidência: está na casa de 20%, entre as mais baixas do mundo. Assim como a Noruega, a Holanda também possui políticas mais liberais em relação ao sistema penal. As cadeias holandesas em nada lembram as do Brasil: contam com amplas áreas verdes, bibliotecas, mesas de piquenique e redes de vôlei. Os detentos são autorizados a circular livremente por esses espaços e podem até usar facas para cozinhar. Adota-se, novamente, a ideia de que a rotina na cadeia não deve ser muito diferente da rotina fora dela. Essa abordagem ajudaria o preso a retomar a vida mais facilmente ao sair da prisão. Por fim, a recuperação do preso é personalizada e procura abordar as causas que levaram a pessoa a cometer o crime. Assim como na Noruega, as sentenças também são curtas: 91% dos condenados na Holanda cumprem penas de um ano ou menos. Com cada vez menos detentos, o governo holandês tem fechado várias prisões. Estas acabam servindo para outros fins: viram centros de triagem de refugiados, hotéis de luxo ou prisões para detentos de países vizinhos. Além disso, penas alternativas têm sido adotadas mais frequentemente pelos juízes, especialmente quando o indivíduo é pouco perigoso. (...) De todo modo, a Holanda adota postura menos combativa às drogas do que outros países – dentre os quais o Brasil. A despeito de todas as diferenças existentes entre o Brasil e países como Noruega e Holanda (com população muito menor e com qualidade de vida muito superior à nossa), é possível analisar e avaliar se medidas que esses países adotaram poderiam ser aplicadas por aqui também. (BLUME, 2017).

Entende-se que o referido tema-problema apresentado é de extrema importância a subsidiar a garantia dos preceitos fundamentais dos presidiários, fazendo-se valer o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade, ao reconhecer a “violação massiva dos direitos destas pessoas que integram a população carcerária brasileira, com a omissão por parte do poder público.

Também se verifica a necessidade de adotar medidas menos restritivas e alternativas, a exemplo de países como a Noruega e Holanda.

4 CONCLUSÃO

No presente artigo demonstram-se as garantias e preceitos fundamentais estabelecidos à pessoa humana, e que os direitos e garantias fundamentais das mesmas devem ser preservados frente ao sistema prisional brasileiro, que negligencia os princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade, bem como, direitos-garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição de 1988 e direitos dos presos estipulados pela Lei de Execuções Penais.

Demonstrou-se a superlotação carcerária brasileira, por meio da apresentação de dados estatísticos, bem como, conceituou-se sistema prisional, explicando o direito de punir e a finalidade da pena, que no sistema carcerário brasileiro não cumpre com sua função.

Ademais, conceituou-se e fez-se a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, os quais são sobremaneira desrespeitados e descumpridos no ordenamento do sistema prisional brasileiro.

Tratou-se do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido pela violação massiva de tal princípio, no que concerne aos direitos dos presidiários, e a não aplicabilidade do mesmo de forma funcional no sistema carcerário do Brasil, já que o poder estatal viola quase que totalmente a dignidade da pessoa humana reclusas.

Ao final, se evidenciou exemplos da Holanda e Noruega como modelos de ressocialização que poderiam tentar ser implementados no Brasil, como forma de amenizar o sistema prisional e desafogar a superlotação carcerária.

Definiu-se que há “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público, que deixa de tutelar e garantir os direitos dos presidiários, que são privados da liberdade sem efetivamente o Poder Estatal tentar minimizar os números e pesquisar as razões para o cometimento dos delitos e reincidência.

É evidente que, para garantir o cumprimento dos direitos-garantias fundamentais da Constituição de 1988 e dos direitos dos presos estipulados em conformidade com a Lei de Execuções Penais no sistema prisional brasileiro, devem-se buscar medidas eficazes de ressocialização, ultrapassando-se os meros discursos para tal, estabelecido por fazer uma crítica ao sistema prisional brasileiro, que além de não ressocializar e não ser exemplo para os demais países, pois é um dos países que mais encarceram, ainda não cumpre com a função punitiva, já que além de não inserir o preso na sociedade, a maioria dos detentos retoma à delinquência, sendo o percentual de reincidência alto.

Os dados internacionais demonstraram que a situação das prisões é uma problemática existente na maior parte do mundo, mas que pode ser combatida com medidas alternativas que visem principalmente humanizar e dignificar a pessoa do preso enquanto ser humano que merece ser respeitado e não ter seus direitos violados.

É necessária a implementação de políticas públicas no sentido de se fornecer maior escolarização, tutores de educação e meios de propiciar a educação e escolaridade em todos os níveis aos detentos, tornando-os pessoas melhores e mais possíveis de serem inseridas em sociedade.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>. Acesso em: 01 out. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BLUME, Bruno André. **Sistemas Penitenciários em outros Países**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistemas-penitenciarios-outros-paises/>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Polén, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **O Problema da Pena**. São Paulo: Pillares, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA, Daniela Ribeiro Elias. **Dos Direitos das Mulheres Presas**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=20081. Acesso em: 09 jun. 2021.

FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare. **A Mulher Delinquente**. Roma: L. Roux e C., 1893.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. História da violência nas prisões. 23.ed. Petrópolis: 2000.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: Colapso Atual e Soluções Alternativas. 5.ed. Niterói: Impetus, 2020.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: Curso Elementar. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em 30 ago. 2021

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: Primeiros Estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MABLY, G. **De La Législation. Oeuvres Completes**. França: Nabu Press, 1789.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral (Arts. 1º a 120). 13. ed. São Paulo: Método, 2019. v. 1.

MEDEIROS, Andrezza Alves. **Sistema Prisional Brasileiro**: Crise e Implicações na Pessoa do Condenado. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual de Execução Penal**: Teoria e Prática. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**: Parte Geral. Esquemas & Sistemas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PESTANA, Caroline. **A realidade das mulheres no Sistema Penitenciário Brasileiro**: O tratamento do sexo feminino por trás das grades. Disponível em: <https://carolpestana.jusbrasil.com.br/artigos/520995218/a-realidade-das-mulheres-no-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 09 jun. 2021.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **Vigiar e Punir**: Ideias Sociais e Jurídicas na Obra de Foucault. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32747/vigiar-e-punir>. Acesso em: 09 jun. 2021.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANTOS, Carla Adriana da Silva. **Ó Paí, Prezada! Racismo e Sexismo institucionais tomando bonde no Conjunto Penal Feminino de Salvador**. Dissertação de Mestrado, Salvador: UFBA, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.