XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maria Claudia Crespo Brauner; Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis
Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-448-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Fundamentais 3. Utopia. 4. Políticas públicas. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

A presente publicação foi concebida como fonte de debates sobre os Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos tratando de diversos conteúdos das políticas e das filosofias jurídicas adotadas pelo ordenamento jurídico do Brasil, contendo trabalhos que foram selecionados por avaliadores para serem apresentados ao XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília.

Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade dos seres humanos. Devido à complexidade e análise desafiadora dos artigos expostos nos inspira a destacar a temática em cinco eixos, a seguir:

O primeiro eixo temático com artigos elaborados pelos autores Suzane de Almeida Pimentel e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e; José Julberto Meira Júnior; Antônio Joelcio Stolte e Thayna Caxico Barreto Macedo, Leonardo Andrade Santana Rocha. Na ordem mencionada dos autores constatamos o artigo sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos, iniciando com o conceito helênico exemplificando-os como Mito de Prometeu; já o segundo o artigo trata sobre a Coisificação e Utopia dos Direitos Humanos nos momentos atuais de profunda crise política no Brasil; e finalizando o primeiro eixo com o tema de possível Concretização dos Direitos Humanos que só se consolida com a Participação social.

O segundo eixo, trata sobre os Direitos Humanos sob o âmbito das crianças e adolescentes com as seguinte temática e autores: André Viana Custódio , Rafael Bueno Da Rosa Moreira, orientados na aplicabilidade da teoria do direito social de Gurvitch no desenvolvimento de políticas públicas e na construção de direitos humanos inerentes à infância para o enfrentamento ao trabalho infantil. Seguindo a temática central do eixo o artigo intitulado: Adolescentes em Conflitos com a lei no Contexto de Desigualdades, das autoras Kátia Simone Santos de Azevedo e Gabriela Maia Rebouças explora o tema do adolescente em conflito com a lei a partir da relação entre os meios de comunicação e o direito em um contexto de desigualdades. Enquanto espaço hegemônico de informação e representante de

um modelo de desenvolvimento a serviço do consumo e da violência, a mídia nega os direitos humanos ao promover um cenário de violações por meio do qual o sensacionalismo da notícia inviabiliza um projeto social coletivo comprometido com a formação cidadã. Prossegue a temática com o tema, Inclusão da Pessoas com Deficiência nas Escolas, conforme Lei n°13.146 /2015 , de autoria de Cristina Veloso De Castro e Maria Priscila Soares Berro, que apresentam reflexões críticas sobre os referenciais que fundamentaram a educação especial na perspectiva da integração, propondo uma análise da formação de educadores, do conceito de deficiência e das práticas escolares a partir da evolução da concepção sob o novo paradigma no contexto da educação inclusiva. E, em continuidade ao foco do atual eixo o tema intitulado Princípio da Eficiência e a Efetiva Prestação do Transporte Escolar nas Zonas Rurais de Manaus dos autores Fernando Figueiredo Prestes e Valmir César Pozzetti, que analisam o princípio constitucional da eficiência efetiva prestação do transporte escolar nas zonas rurais, no qual destacam a ineficácia da prestação do transporte das escolas do campo para estudantes, professores e pesquisadores, que necessitam deste meio de transporte para frequentar e trabalhar em escolas da zona rural. E o tema: Reflexões sobre o Princípio da Igualdade e o Corte Etário como Critério para o Ingresso no Ensino Fundamental, elaborado pelos autores Luciana Andréa Franca Silva e Carlos Alberto Simões de Tomaz, que sustentam posições contrárias ao tratamento de exclusão do Ensino Fundamental às crianças menores de 6 anos, com fundamento no princípio de igualdade, na formulação proposta por Robert Alexy.

No Terceiro eixo dos trabalhos, situa-se a Judicialização para a Efetividade dos Direitos Humanos , apresentado pelos autores Carlos Eduardo Artiaga Paula e Cléria Maria Lobo Bittar que desenvolvem o tema: Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), destacando que a judicialização da saúde é caracterizada por demandas individuais com alta chance de sucesso em que o Judiciário, independentemente do custo, confere à parte o mais avançado tratamento em saúde disponível. Isso, evidentemente, afeta o princípio da universalidade e da isonomia, pois, considerando que os recursos econômicos são limitados, não é possível fornecer a todos o melhor tratamento para o combate de determinada doença, fato que interfere no planejamento, na isonomia e na universalidade do SUS. Embora os autores demonstrem aspetos positivos à intervenção Judicial. No mesmo eixo relacionamos o trabalho de Viviane Freitas Perdigão Lima e Renata Carolina Pereira Reis Mendes, intitulado, Direito Social e Desenvolvimento: A Experiência do Superior Tribunal de Justiça na Comprovação da atividade Rural, o trabalho demonstra que, embora os benefícios previdenciários apresentem grande verticalização na economia dos municípios e consequentemente no desenvolvimento dos mesmos e de sua população, os trabalhadores rurais invocam o Poder Judiciário para obter a concessão das aposentadorias.

O quarto eixo consiste nos temas referentes ao Acesso à Informação, com os seguintes artigos: O Acesso à Informação Pública como Direito Humano na Sociedade em Rede, de Gislaine Ferreira Oliveira e Priscila Valduga Dinarte. Segundo as autoras o ato de informar e de ser informado fundamenta o exercício de uma série de prerrogativas relacionadas à cidadania. A informação como direito constitui fundamento do arcabouço jurídico do ser humano e o ato de informar e de ser informado fundamenta o exercício de uma série de prerrogativas relacionadas à cidadania. Prossegue o artigo das autoras Dandara Miranda Teixeira de Lima e Edith Maria Barbosa Ramos, intitulado, O Direito de Liberdade de Expressão: Reflexões Acerca da Cobertura Midiática Sobre os Assuntos Criminais, no qual as autoras analisam se o exercício do direito de liberdade de expressão pelos meios de comunicação de massa, especialmente quanto a cobertura jornalística de assuntos criminais, é observado o direito da sociedade de ser informada adequadamente pelos meios de comunicação de massa ou é negligenciado, principalmente em assuntos concernentes ao direito penal. Além do texto de Alessandra Guimarães Soares com o tema Memória X Esquecimento: Análise das Disputas Políticas pelo Direito Fundamental ao Amplo Acesso à Informação Pública, a autora no presente texto, analisa o processo político que levou às mudanças na Lei de Acesso à Informação pública que permitiram a abertura dos arquivos do período de exceção e, consequentemente, serviram para viabilizar os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade (CNV). Finalizando o presente eixo o artigo das autoras Samira dos Santos Daud e Clara Cardoso Machado Jaborandy intitulado: O Direito Humano à Memória e à Verdade na Justiça de Transição Brasileira, o qual trata sobre o direito de conhecer a verdade sobre os abusos perpetrados pelo Estado ditatorial, instaurado pelo golpe civil-militar de 1964, que computou inúmeras vítimas do terrorismo de Estado, configurado por uso de meios abusivos pelos agentes desse Estado que praticaram torturas, desaparecimentos forçados e perseguições políticas.

O quinto eixo, consiste na Efetividade dos Direitos Humanos com a elaboração dos seguintes artigos: O Empoderamento das Mulheres Soropositivas como Concretização da Cidadania Feminina no Brasil, de autoria de Karoline Veiga França e Maria Claudia Crespo Brauner , o presente estudo teórico volta-se para as mulheres enquanto grupo de risco no Brasil, tendo como escopo promover uma reflexão a partir da apresentação de estratégias através das quais as mulheres soropositivas possam conquistar o seu empoderamento como forma de concretização do direito à saúde física e psíquica, a fim que as mesmas possam vencer o preconceito e exercer plenamente a sua cidadania. Prossegue com o artigo das autoras Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis e Ellen Caroline de Sá Camargo Almeida de Souza, o presente artigo versa sobre o tema da defesa dos Direitos Humanos, em especial na América Latina, onde se presencia a perda da vida daqueles que buscam lutar na defesa dos direitos basilares da pessoa humana. Walter Gustavo da Silva Lemos desenvolve o texto intitulado: A

Utilização de Abordagens Tradicionais e Indígenas nas Aplicações da Justiça Pós-Conflitos em Países Americanos. O autor analisa os Princípios de Chicago descritos por Bassiouni, que estabelece os meios e mecanismos para a realização de justiça de pós-conflito. A partir de tal análise geral, parte-se para o estudo do mecanismo que aponta o dever dos Estados de apoiar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas relativas às violações passadas. Objetivando conectar as ideias transicionais às abordagens tradicionais destas populações, demonstrando a importância de suas interações nestas transições e de superação das violações. O artigo dos autores Maria Nazareth Vasques Mota e Carlos Antônio de Carvalho Mota Junior, trata do desrespeito aos direitos humanos fundamentais uma vez que a população não recebe apoio ou orientação adequada para o enfrentamento das invasões de fumaça na Amazônia, tal fato ocorre pela ausência de fiscalização a condutas que acabam por provocar o problema, algumas inclusive criminosas geradas pelo cotidiano do amazonense, em especial do manauara, que poluem a cidade com queimadas. E, finalmente, o artigo dos autores Ricardo José Ramos Arruda e Nélia Cristina Pinheiro Finotti, intitulado Cidadania Policial: Uma Questão de Direitos Humanos, o texto analisa aspectos da construção histórica da ideia de cidadania e dos direitos humanos no Brasil, no contexto da cultura Ocidental. Foca na sociedade em geral e na polícia militar em especial, articulando as vicissitudes das relações entre sociedade e polícia militar, buscando refletir sobre as possibilidades da construção de pontes de diálogo entre esses dois grupos muitas vezes conflitantes, e contribuir para a construção de um discurso de aproximação entre direitos humanos e policiais militares.

O GT - DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS I, foi constituído de artigos de matizes distintas, inspirados por metodologias diferenciadas, que expressam concepções metodológicas e doutrinárias diferenciadas e que registram estágios distintos das trajetórias de seus autores e dos debates acadêmicos atualmente existentes na pluralidade de instituições de ensino de Direito, em nosso país. A diversidade e densidade das contribuições apresentadas promoveram trocas e demonstraram a importância da discussão sobre os Direitos Humanos, no contexto jurídico e político atual.

Brasília, 26 de julho de 2017

Profª. Drª. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis (Unimep)

Profª. Drª. Maria Cláudia Crespo Brauner (FURG)

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UM DESAFIO À EFETIVAÇÃO AOS DIRETOS HUMANOS

BRASILIAN PRISON SYSTEM: A CHALLENGE TO THE EFFECTUATION OF HUMAN RIGHTS

Ricardo do Espírito Santo Cardoso [1]

Resumo

Nesse artigo são analisados os problemas estruturais do sistema carcerário brasileiro que promove uma sistemática e geral violação a direitos humanos das pessoas submetidas ao cárcere, criando um estado generalizado de violação normativa denominado de estado de coisas inconstitucional. Assim, tendo em vista toda uma formação ideológica punitivista e a cultura do ódio aos indesejáveis, à formação do Estado elitista representa uma barreira para a implementação dos direito fundamentais. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pode representar um passo à frente na busca de dar efetividade a Constituição Federal na concretização dos direitos humanos.

Palavras-chave: Estado de cosias inconstitucional, Direitos humanos, Sistema penitenciário brasileiro, Punitivismo, Neutralização dos indesejáveis

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyses the structural problems of the Brazilian prison system, which promotes a systematic and general violation of the human rights of people submitted to incarceration, creating a generalized state of normative violation named unconstitutional state of affairs. Therefore, taking into account a widely punitive ideological background and the culture of hate towards the undesired, the basis of the elitist State represents a barrier to the implementation of the fundamental rights. The acknowledgement of the unconstitutional state of affairs may represent a step forward in the pursuit of giving effectiveness to the Federal Constitution in the realization of human.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unconstitutional state of affairs, Human rights, Brazilian prison system, Punitiveness, Neutralization of the undesired

---

[1] Mestrando em Direito Penal Econômico pela Universidade Federal da Bahia

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar a atual situação do sistema carcerário brasileiro em relação às violações constitucionais dos direitos humanos reconhecidos pelo ordenamento pátrio e por diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Fator que propiciou a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, provocando o Supremo Tribunal Federal, para que diante da sistemática violação a direitos fundamentais pelo Estado brasileiro no sistema penitenciário, venha a interferir positivamente na concretização de tais garantias constitucionais, reconhecendo o chamado estado de coisas inconstitucional.

O sistema penitenciário brasileiro atingiu números alarmantes de violência institucional em desfavor dos custodiados, gerando um quadro caótico em todo o país de violação de direitos humanos, com a imposição de grave risco a vida, a integridade física e psicologia dos custodiados, dificultando por completo qualquer pretensão de ressocialização e reintegração do preso ao convivo social harmônico. A superpopulação carcerária, que hoje atinge aproximadamente 700.000 pessoas, quando o número de vagas é absurdamente inferior ao número de presos, promove sérios problemas estruturais, que desencadeia um tratamento cruel e desumano das pessoas ali inseridas, se transformando em um fator gerador de violência interna entre presos e agentes do estado .

A pesquisa que orientou a elaboração desse pequeno escrito é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação e da doutrina, bem como dos relatórios estatais de constatação do estado de violações dos direitos humanos e fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

1. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Supremo Tribunal Federal em um de seus julgamentos mais importantes de sua história, em sessão plenária de 09 de setembro de 2015, em face da analise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tombada sob o n. 347, que teve por objeto a proteção dos direitos humanos, reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional

(ECI) pela violação a direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro. Reconhecendo, a Suprema Corte brasileira, como pressupostos para a existência do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) a existência de: 1) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; 2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; e por fim, 3) transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades, conforme expõe informativo da corte de n. 798 (BRASIL, 2015).

O instituto denominado de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), recentemente adotado pelo STF (na ADPF nº 347/DF), foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiano (CCC), reconhecendo a existência de uma sistemática e geral violação a direitos fundamentais, quando do julgamento em 1997 (*Sentencia de Unificación - SU 559, de 6/11/1997*) [1], de uma demanda previdenciária proposta por professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas daquele país. Na ocasião, a Corte Constitucional Colombiana, ao reconhecer o Estado de Coisa Inconstitucional, estabeleceu ser necessário à constatação de que: (I) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas; (II) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas; (III) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e por fim, (IV) há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (COLOMBIA, 1997).

[1] *Sentencia* SU-559, de 6/11/1997. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um "dever de colaboração" com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

Sendo assim, a intervenção da jurisdição constitucional, se mostra legitima diante de um quadro generalizado e insuportável de violações a direitos humanos e fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos do Estado. No entanto, é preciso resaltar para os riscos inerentes ao ativismo judicial, em face da intervenção do judiciário nos atos típicos dos poderes executivos e legislativos, com a imposição na formulação e implementação de políticas públicas (COLOMBIA, 1997).

Por conseguinte, o conceito de políticas públicas só recentemente passou a ser analisado pela teoria jurídica, por se tratar de uma realidade inexistente ou desimportante antes do Estado de Bem-Estar Social. Esse é segundo Comparato (1998. p. 43) a baliza a partir do qual ocorreu a "indispensável reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, de forma que a atribuição prioritária dos Poderes Públicos passa a ser a progressiva constituição de condições sociais básicas para todos os indivíduos".

Nesse sentido, na difícil tarefa de conceituar o que seria políticas públicas, fazendo uma relação à conceituação almejada aos diferentes poderes, é importante pontuando a diferença apresentada na língua inglesa, sendo usual a distinção entre: *policy* que designa um sentido específico associado à política como administração, como ação dirigida; e *politics*, que indica o jogo político em si, a própria ação de governar e o movimento associado aos partidos, o Parlamento e a relação com os governados (CONDÉ, 2006). Por seu turno Dworkin (2010), sob a ótica da teoria política, entre a argumentação da política (policy) e de princípios, informa que o primeiro justificaria uma decisão que fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto que ao segundo, justificaria uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Dedicando-se a elaborar a análise jurídica das políticas públicas, Freire Júnior (2005. p. 47 a 49) conceitua da seguinte maneira:

> Não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau: 'A expressão política pública designa todas as atuações do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e Sociedade (…).A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social

Sendo assim, as policitas públicas se mostram com instrumentos de implementação dos direitos fundamentais, especialmente os devidamente assegurados pela Constituição Federal, fazendo com que o Estado passa se organizar em prol da defesa e da realização dos mesmos. Portanto, em face da supremacia da Constituição, par concretizar normas constitucionais, no caso as de direitos humanos e fundamentais, sem que signifique uma interferência nos demais poderes, é plenamente factível que o judiciário atue para concretizar normas constitucionais programáticas, passando a interferir ativamente na guarda dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar, que a própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, estabelece o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, informado que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação jurisdicional, bem como o §1º do artigo 5º, da Carta Magna, pelo qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, é evidente que as políticas públicas desempenham importante missão na concretização dos direitos humanos e fundamentais, sendo que a flagrante violação das regras constitucionais, o tratamento degradante dispensado aos custodiados do sistema penitenciário brasileiro, por exemplo, legitima a intervenção do Poder Judiciários na restituição das garantias constitucionais impostas ao Estado.

A atuação do poder judiciário na implementação de políticas públicas, julgando e reconhecendo atos de comissão e também de omissão dos agentes públicos que lesionam direitos humanos e fundamentais é uma garantia que visa atender demandas sociais não satisfeitas pelos demais poderes. Para Barroso (2007, p.9) “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, ressaltando que somente em face de ações e omissões graves na concretização dos direitos fundamentais.

A esse respeito, Grinover, Lucon e Watanab (2015, p.1) registram que:

> O Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída — resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial — para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Ressaltando sempre a importância de se estabelecer limite para essa ingerência do Poder Judicial, servindo tão somente para resguardar e implementar direitos humanos e fundamentais assegurados constitucionalmente. Importante assinalar ainda, ante o reconhecimento da complexidade da situação, "a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo" (HERNÁNDEZ, 2003, p. 225).

Nesse contexto, a problemática do sistema carcerário brasileiro evidencia total rompimento com a ordem constitucionais de proteção aos direito humanos e fundamentais, trazendo assim, para o Supremo Tribunal Federal a figura do "litígio estrutural", que é caracterizado pelo alcance a um número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando "remédios estruturais", voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões ortodoxas (CAMPOS, 2015).

É caótico o sistema penitenciário brasileiro, chega ser lugar comum afirma que nosso sistema prisional é bárbaro e desumano, o que gerou recentemente uma condenação do Estado Brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a exemplo do caso ocorrido em 2013, envolvendo a rebelião no complexo penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão, no qual houve 41 mortes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

Diante do cenário de completo desrespeito aos direitos humanos e fundamentais, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 347, pleiteando a declaração do "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro, de forma que o Supremo Tribunal Federal, diante de omissões e de comissão dos poderes Executivo, Legislativo e também do próprio Judiciário, atue supletivamente, impondo e coordenando medidas aptas a deter a violação de direitos fundamentais dos encarcerados. A referida ação desnuda por completo os horrores existente em todo sistema prisional brasileiro, evidenciando a superlotação e as condições degradantes do cárcere, bem como, as diversas ofensas a preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano e cruel, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos (BRASIL, 2012).

Nesse diapasão, ficou caracterizado a multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza

normativa, administrativa e judicial criando um elevado grau de inconstitucionalidade da execução de penas no Brasil.

Portanto, o estado de total violação a direito inserido no ambiente carcerário brasileiro, age como um câncer, permitido, infelizmente, verificar violações em quase todas as unidades prisionais do país, comprovando um quadro epidêmico de transgressões aos direito fundamentais assegurados pela constituição brasileira. Assim, dispõe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2001) "quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação".

Nessa atmosfera, é claramente perceptível à falência por completo de todo o sistema penitenciário brasileiro em face do descaso dos agentes públicos, evidenciando a inoperância estrutural de políticas públicas de implementação de direito fundamentais, desencadeando uma sistemática e geral violação dos direito humanos, provocando o "estado de coisas inconstitucionais". Entretanto, em que pese inexistir no ordenamento constitucional ou em qualquer diploma infraconstitucional expressamente o "estado de coisas inconstitucionais", é totalmente factível a intervenção da Suprema Corte brasileira na adoção de medidas para estancar quadro de violações graves, massivas e generalizada de direitos fundamentais adotados pela orem constitucional pátria, intervindo nos poderes executivo e legislativo, não apenas para determinara a implementação de medidas que visam reestabelecer direitos, bem com, realizar a devida fiscalização de seu cumprimento.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do "estado de coisas inconstitucionais" pressupõe segundo aponta Campos (2015) à existência de uma afronta generalizada de direitos e garantias de uma parcela da população e a vulnerabilidade massiva; quando se verifica "falha estatal estrutural", decorrente de negligencia generalizada administrativa, legislativa e judicial em garantir a efetivação de direitos fundamentais, ocasionando violação por culpa do próprio Estado; e por fim, a complexidade do problema,envolvendo uma coletividade e desafia a atuação de diferentes esferas estatais. Assim, tal constatação, robustece a atuação da Suprema Corte, e em casos de excepcionalidade, violação severa a direitos humanos, de total bloqueio institucional para a garantida dos direitos fundamentes, exigindo intervenção jurisdicional para garantir regas comesinha do estado de direito que é a efetivação dos direitos humanos e fundamenteis, pedra angula do Estado Democrático de Direito.

2. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS

O sistema jurídico brasileiro, demarcado pela Constituição Federal de 1988, reconhece expressamente o princípio da dignidade da pessoa humano em seu art. 1, inciso III, princípio fundamental que rege o sistema de direitos fundamentais, fazendo com que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, o faça dentro dos limites inseridos pelos direitos humanos e fundamentais, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o rol de direitos individuais descritos no art. 5° da Constituição Federal revela-se como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, impondo diretrizes de comportamento para o Estado, assegurando direitos inerentes à existência do homem e de seu desenvolvimento.

Os elementos normativos demonstram claramente o compromisso, ao menos do ponto de vista formal, do Estado brasileiro em garantir os direitos humanos e fundamentais daqueles inseridos no sistema carcerário, tendo em vista que uma das funções, ao menos a declarada, seria a de ressocialização do preso, permitido sua integração ao convivo social harmônico. No entanto, a discrepância entre a realidade formal dos diplomas legais brasileiros, e a realidade fática encontrada dentro das unidades do sistema prisional do país evidencia o total descompromisso do Estado na implementação de políticas públicas garantidoras dos direito fundamentais, o que clarifica o discurso não declarado de controle social e neutralização do inimigo pelo sistema de justiça criminal.

A Anistia Intencional, após a realização de visitas em 33 instituições prisionais de 10 Estados da federação brasileira, em relatórios concluiu que o sistema prisional não só fracassa quando se propõe a viabilizar a ressocialização com a integração social do condenado, como também, durante o cumprimento inatingível desse objetivo, promove terríveis violações dos direitos humanos (ANISTIA INTERNACIONAL,):

Nesse sentido, a superlotação carcerária, com uma ocupação para além de sua capacidade máxima, inviabiliza a concretização de garantias mínima de higiene, saúde, segurança, privacidade e conforto básico para permitir um cumprimento de pena adequado. A segregação de pessoas em celas superlotadas viola diretamente a dignidade da pessoa humana, impondo ao preso tratamento degradante e cruel, o que promove violação a sua integridade física e psicológica.

A população carcerária brasileira nos últimos 20 anos teve um salto de 400%, segundo dados do Ministério da Justiça. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto que no Brasil esse número chega a 300 presos. O Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, em 2014, fez um levantamento da população carcerária brasileira, totalizando 711.463 presos, incluindo nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar, colocando o Brasil na terceira posição mundial de maior população prisional, informando ainda a existência 373.991 mandados de prisão em aberto, que se cumpridos fossem, a população carcerária saltaria para mais de um milhão de pessoas (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, ressalta-se que, a ONU definiu "Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros" e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu "Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas", regras estas contempladas pela Constituição brasileira e pela lei de execuções penais, que no art. 85, caput, dispõe que o "estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade" e o art. 88 determina ainda que o condenado deve ser "alojado em cela individual que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório", exigindo ainda, como requisitos básicos da unidade celular, "salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados)".

No entanto, em que pese os contornos normativos de garantia a direitos fundamentais de pessoas submetidas à execução de uma pena de prisão, sua violação no Brasil é sistemática, sendo que a superlotação é uma regra do sistema prisional. Em 2009 a Câmara dos Deputados, após realização da CPI sobre o Sistema Carcerário afirmou, em seu relatório, que a superlotação "é a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário" (BRASIL, 2009.

A realidade do sistema prisional brasileiro é dramática, sendo do cotidiano a existência de celas amontoadas de gente, com presos espremidos, às vezes sem camas ou colchões, dormindo em esquema de revezamento, no chão, em redes suspensas no teto, e até em "tocas" incrustadas nas paredes ou de pé, inacreditável, porém real (BRASIL, 2014). Em caso aterrorizante, completamente surreal, em uma cela com capacidade para 2 detentos abrigava 35, na Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, Estado de Goiás (BRASIL, 2014).

Para além do problema da superpopulação carcerária, existe ainda grave problema de infraestrutura, o que inviabilizar a concretização das regaras constitucionais, de preservação de integridade física e psicológica, bem como, sobrevivência digna na unidade prisional. Assim, "A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro" apontou que, dos 1.598 locais visitados pelo CNMP, 780 não contavam com camas e 365 não ofereciam colchões para todos os detentos, bem como, em 1.099 estabelecimentos, os presos não dispunham de água quente para banho e, em 636, não eram fornecidos produtos de higiene pessoal. Além disso, em 66% dos estabelecimentos não eram fornecidas toalhas de banho e em 42% não havia distribuição de preservativos. Faltavam também bibliotecas e espaço para prática esportiva em, respectivamente, 60% e 47% das instituições prisionais. Em 10% delas, faltavam locais para banho de sol (BRASIL, 2013).

Nesse diapasão, a violação a direitos humanos se tornou epidêmica em todo sistema carcerário brasileiro, devido às falhas na manutenção de direitos dos presos, a exemplo de auxilio material básico, assistência à saúde, a educação do interno, a promoção do trabalho ao preso, todos assegurados pela lei de execução penal, mas que, pela falta de investimento fica inviabilizada sua concretização, aprofundando os estigmas e malas no cárcere.

Inobstante todo o arcabouço legal trazido pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral, a proibição da tortura, das penas cruéis e o tratamento desumano ou degradante, chegando ao ponto de qualificar a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, III, XLIII, XLVII, *al.* e, e XLIX), tamanho o repúdio manifesto contra esta prática odiosa, são sistemáticas, no entanto, as práticas de violências físicas e psicológica em relação aos presos.

O Brasil (2013) aponta que há registros de maus tratos aos presos por parte dos servidores em todas as regiões do país e que em cerca de 92% dos estabelecimentos prisionais há aplicação de sanções sem instauração de prévio procedimento disciplinar. O Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, em Relatório sobre sua visita ao Brasil, revelou grande preocupação com os relatos recebidos de diversos detentos, que se queixaram de "abusos e maus-tratos envolvendo insultos, sanções arbitrárias e humilhação por parte dos guardas das prisões" e narraram casos de espancamentos e da prática de métodos como "trancar um grande número de detentos em posições desconfortáveis, algemados e sem ventilação, abrir as portas para espirrar spray de pimenta nos detentos e depois fechar o veículo" (Subcomitê de Prevenção da Tortura, 2012, p. 23/24).

Infelizmente, exemplos para ilustrar essa triste realidade não faltam, seria até inadequado citar todos os casos constatados e reconhecidos pelos órgãos oficiais do Estado, dado a síntese de artigo. No entanto, caso emblemático, foi o ocorrido no presídio Urso Branco, em Rondônia, em retaliação a uma rebelião ocorrida na unidade, consta que agentes penitenciários teriam conduzido todos os internos à quadra de futebol da unidade, trajando apenas roupas íntimas, e os feito passar seis dias dormindo ao relento, obrigados a fazer as suas necessidades fisiológicas no local. Diversos presos teriam sofrido queimaduras de segundo e terceiro graus devido à exposição ao sol escaldante, com termômetros marcando 40◦C (OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA, 2007).

Por fim, em situação de vulnerabilidade ainda maior, com flagrante agravamento de violações a direitos fundamentas, é a situação das mulheres e da população LGBT encarcerados no sistema prisional.

O Grupo de Trabalho Interministerial de Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino (2012) apresentou propostas urgentes a serem observadas na matéria, que incluem, dentre outras medidas, a construção de berçários e creches, para assegurar o convívio de mães e filhos, melhorias no tratamento de saúde, inclusive pré-natal, e fornecimento de material de higiene, sobretudo absorventes íntimos. Em que pese representar aproximadamente 6,4% da população carcerária brasileira total, as mulheres é um dos grupos que mais padece em função do tratamento prisional inadequado, e vem tendo um crescimento proporcionalmente muito maior do que a masculina nos últimos.

Segundo os dados apresentados na ADPF de n. 347, os números evidenciam verdadeiro descaso com a saúde das mulheres presas: em dezembro de 2007, para as 40 penitenciárias femininas existentes no Brasil, havia apenas 36 módulos de saúde para gestantes e parturientes. Até 2012, foram construídos apenas mais três desses módulos no país inteiro, apesar do crescimento de quase 36% da população carcerária feminina no período e do aumento do número de penitenciárias femininas de 40 para 53.

A inaptidão do sistema prisional para ao atendimento a mulher, impõe uma triste realidade as gestantes presas, que passam toda a gravidez sem realizar um único exame laboratorial ou de imagem, impossibilitando o conhecimento de doenças, que muitas vezes só são descobertas apenas na hora do parto, os quais às vezes ocorrem nas celas ou nos pátios das penitenciárias. Existindo, casos aberrantes, as situações em que mulheres presas, ao conseguirem chegar ao hospital para dar à luz, ocorrendo quase sempre em viaturas policiais ao invés de ambulâncias, muita das vezes obrigadas a parir algemadas, a exemplo do que

ocorreu no Estado de São Paulo, posteriormente condenado judicialmente a pagar uma indenização por danos morais (CEJIL, 2007).

A população carcerária LGBT, estigmatizada, também sofre profunda violação a direito humanos no sistema penitenciário. O CNCD/LGBT – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, conjuntamente editaram a Resolução Conjunta nº 1, em 15 de abril de 2014, disciplinado medidas importantes, criando alas especiais para os presos LGBT, de adesão voluntária (art. 1º), a permissão do uso de roupas adequadas à identidade de gênero, e de manutenção de cabelos compridos para o travesti ou transexual em privação de liberdade (art. 5º); o direito à visita íntima para a população LGBT (art. 6º); e o acesso a tratamento hormonal, no âmbito da assistência à saúde do preso (art. 7º).

No entanto, tais regras são solenemente violadas, permitindo que no sistema prisional, as minorias sexuais sofram sistematicamente abusos sexuais que vão de simples relacionamentos habituais a estupros.

Ademais, o próprio Estado promove violência, de início já impõe a proibição de utilização do nome social nos registros e prontuários, bem como, dificuldade no recebimento de visita íntima, a imposição do uso de roupas inadequadas e do corte de cabelo. A inadequada assistência material e especialmente à assistência à saúde, pela falta do fornecimento de tratamento hormonal para travestis e transexuais.

Por outro lado, é necessário pontuar que o sistema de justiça criminal, possui uma função evidente na implementação de uma política excludente, o sistema punitivista característico do Direito Penal, traz em sua gênese o controle social através do encarceramento, contendo aqueles não "adequados" às exigências do modelo econômico neoliberal excludente, sendo evidente a percepção de que embora pregue o tratamento igualitário para todos independente das condutas praticadas, na prática, os instrumentos de garantidos aos direitos humanos ficam esquecidos.

Nesse aspecto, mesmo se tendo clareza da impossibilidade de alcançar-se a reintegração social do sentenciado através do cárcere, intente buscá-la apesar dele, conforme Baratta (p. 02) expõe:

> Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menos precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa

> reintegração. Sob o prisma da integração social e ponto de vista do criminoso, a melhor prisão é, sem dúvida, a que não existe.

O sistema jurídico penal ao longo de sua história tem se mostrado verdadeiro meio de controle social, como condição básica de sobrevivência do próprio sistema social, constituído sob o mecanismo de limitação das liberdades, no disciplinamento da conduta humana e a imposição de sanção, em caso de eventual frustração das expectativas via estabilização contrafactual *a posteriori* (MUÑOZ CONDE, 1985). No entanto, a intervenção penal através da aplicação da pena como forma de solução de conflitos sociais, ao longo da historia tem deixado um rastro vil de violência estatal, uma vez que as penas (violência pública) constitui o capítulo da história que produziu maiores danos do que a própria história dos delitos (violência privada), porque mais cruéis e mais numerosas, e ao contrário dos delitos, as penas seriam programadas, conscientes e organizadas pelas agências de punitividade, denunciadas por Ferrajoli (2010, p.355), afirmando "que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos".

Nesse contexto, as funções não declaradas da pena, reveladas na contenção dos marginalizados, diferentemente do discurso oficial, demonstram que "o controle social possui uma dimensão *real* pela qual cumprem a função de reproduzir a realidade, e uma dimensão *ilusória* pela qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade reproduzida" (Santos, 2006, p.88). No entanto, o discurso oficial da pena, assevera Carvalho (2013, p. 41) que "os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta".

A pena como instrumento de contenção e solução dos conflitos penais, ao longo de sua história se mostrou fracassada, não conseguindo efetivamente cumprir seu propósito, ao menos, os do discurso de legitimação oficial. O sistema de justiça criminal ao longo do tempo foi se perdendo e aprofundando a crise na solução do conflito entre vítima e autor do fato delituoso, não satisfazendo nenhum dos interesses, muito pelo contrario, apenas infligindo dor e aprofundando o processo de marginalização do apenado.

O discurso crítico em face da teoria da pena, sistematizado por Raul Zafaronni e Nilo Batista, denominado de teoria agnóstica da pena, fundada na dicotomia estado de direito/estado de polícia, demonstram a necessidade de reformulação do sistema de justiça criminal, com elaboração de alternativa de sanção penal. Portanto, a teoria agnóstica ou

negativa da pena, é acima de tudo, á negação das funções declaradas da pena criminal (retribuição e a prevenção geral e especial), por reconhecer suas falibilidades, pois "adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo" (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, 2011, p. 98-94).

3. DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS PARA SUA EFETIVAÇÃO

O arcabouço normativo do Estado Brasileiro, conforme devidamente delineado, reconhece claramente os direitos humanos e fundamentais como um dos objetivos da nação, prevendo, inclusive, instrumentos legais de concretização e de proteção dos direitos. No entanto, a realidade brasileira, escancara o grande abismo entre o reconhecimento e a concretização do respeito pelo Estado dos direitos fundamentais, lançando seria discussão em face do que seria necessária para a efetivação dos direito reconhecidos.

O moderno Direito brasileiro que possui como marco teórico a Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, valoriza os princípios democráticos e de cidadania, complementando essa ideia temos a definição clara de Brega Filho (2002, p.39) que "a Constituição de 1988, novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração)".

No entanto, no Brasil, a chegada da chamada modernidade representou uma grande decepção no tocante às transformações sociais esperadas, especialmente, quando temos em foco um país com o quadro social do Brasil, demonstrando, na verdade que "no Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade" (STRECK, 2000, p.26). Acontece que as grandes promessas pregadas, quais sejam o Estado social democrático capitalista e o Direito de base comunitária e garantista fracassaram, "as promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução" (SANTOS, 2000, p.29).

Nesse sentido, o fracasso na efetivação do princípio da dignidade humana é evidente, e a Constituição Federal não tem se mostrado eficaz, o que revela, na verdade, que "as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que

devemos sempre" (LASSALE, 2001, p.40). Nesse caso, a identificação das relações de poder que estão presentes na sociedade atual, o que evidencia ainda mais as funções não declaradas do Direito Penal, o controle social e a neutralização dos indesejáveis, permite que o sistema prisional funcione como maquina de massacre, sendo efetivo no papel de marginalizar e estigmatizar determinados grupos historicamente indesejados, fazendo da Constituição mero papel escrito.

A ideologia punitivista, através do discurso permite dissimular a realidade de um país sem políticas públicas efetivas, e o que é pior, utiliza-se o discurso para que não seja na verdade necessário a implementação das políticas públicas de garantia aos direitos fundamentais, fazendo com que o reconhecimento dos direitos humanos sirva apenas como um placebo, existindo somente no âmbito jurídico formal. Neste sentido, a discussão sobre a construção e desconstrução de linguagens é ponto chave, para a modificação da linguagem da punição, uma vez que sua sedução faz buscar dentro do sistema penal proteção, e como isso não é possível, logo, continua nessa aposta esquizofrênica por mais repressão, conforme exemplifica Zaffaroni(1991, p.34) que "jamais compraríamos um apartamento de uma imobiliária insolvente, não é mesmo? E o que nos faz continuar comprando um sistema penal insolvente?", na verdade o desejo de neutralização.

Hulsman e Bernat (1993, p. 53) entendiam bem dessa complexidade quando escreveram:

> É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio principio do encarceramento, que as isola. Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens.

A política de controle social e de segregação dos indesejáveis, compreendidas no sistema ideológico punitivista promove profundas barreiras na concretização das regas de direitos humanos no sistema carcerário. Uma sociedade de cultura punitivista, adestrada para pensar na lógica da punição, gera pequenos carrascos no fundo de cada uma de suas almas, permitindo a demonização dos direitos humanos para o outro, e como os destinatários do sistema penal sempre serão os outros, a efetividade de direitos ficam comprometidas.

A construção de novas linguagens pode representar a quebra da ideologia punitiva e oferecer outras perspectivas de mundo, abrindo caminho para construção de novas respostas, quebrando essa cruel e mentirosa visão de mundo, de que temos apenas uma resposta da punição e que ela resolve. A linguagem não é inocente, com bem destaca Warat (200, p. 23):

> não existem palavras inocentes. O espaço social onde elas são produzidas é condição da instauração das relações simbólicas de poder. A dimensão política da sociedade é também um jogo de significações. Isso supõe que a linguagem seja simultaneamente um suporte e um instrumento de relações moleculares de poder. Mas também um espaço nela mesma. A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações.

A construção de uma nova linguagem, fora da ótica punitiva é urgente. Permitindo entender que a pena é um sofrimento estéril quando avaliada de acordo com seu discurso declarado, ao que diz se comprometer, desmistificando o caráter higienizador das classes subalternas, e para desviar o foco das verdadeiras mudanças que devem ser feitas também.

O sistema penitenciário brasileiro reflete perfeitamente a relação de poder que rege todo sistema de justiça criminal, a população carcerária é formada em sua quase maioria pelos menos favorecidos, marginalizados, os verdadeiros indesejáveis da sociedade.

Nesse diapasão, existe uma relação entisica entre em Direto Penal, desigualdade social e a ineficácia dos direito humanos no sistema penitenciário. O controle social exercido pelo sistema de justiça criminal tem seu significado político escancarado pelas funções reais desse setor, protegendo interesses das classes hegemônicas detentoras de poder e formação social, com forte incriminação de condutas lesivas as relações de produção e de circulação de riqueza (SANTOS, 2017). Por consequência, as relações de poder exercidas através do controle social desempenhado pelo sistema de justiça criminal, predominantemente punitivista, cria uma barreia na implementação dos direitos humanos no exército da atividade do Estado dentro do sistema carcerário, que se transforma programadamente em um fator criminógeno.

Assim, a sistemática violação de direitos básicos de quem cumpre pena no sistema carcerário brasileiro, violação a direitos humanos de primeira geração, revela a indiferença para com o outro, fruto da ideologia punitivista, geradora de uma cultura de ódio, legitimando por sua vez, a concepção do não cidadão, pessoas destituídas de que qualquer direito ou garantia.

Por outro lado, para além da cultura punitivista, existe ainda a necessidade de uma mobilização popular, atuação de uma democracia participativa que compreenda a necessidade de efetivação de políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais, impulsionando uma mudança de comportamento do Estado brasileiro. O papel fiscalizador dos cidadãos e das organizações não governamentais é fundamental para a concretização dos direitos humanos. A sociedade civil organizada tem o dever de protagonizar movimentos em defesa de que a constituição seja efetivada em face de direitos comezinhos no tratamento de pessoas sobe a custódia do Estado, além de pleitear pelas liberdades públicas, dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Nesse sentido, fica evidenciado ainda, a existência de um feixe de complexidades para dar eficácias às regras constitucionais de direitos humanos, a partir da análise de todo sistema jurídico formal, fica claro o descompasso entre a formação da consciência da sociedade brasileira sobre direitos fundamentais básicos e todo corpo normativo nacional. Assim, desvenda os reflexos da formação do próprio Estado brasileiro, que não se constitui a partir de uma formação da sociedade consciente da necessidade da construção de um Estado, mas sim da união de forças oligárquicas hegemônicas, que constitui um Estado elitista, marcando a história brasileira pelo domino das elites e o controle dos subalternos e neutralização dos indesejáveis.

Finalmente, a efetividade dos direitos humanos não é um problema essencialmente jurídico. É claro que sua positivação em tratados internacionais, na Constituição e na legislação infraconstitucional foi um grande passo para a universalização de princípios e compromissos de fortalecimento da dignidade humana não somente no mundo, mas especialmente no Brasil. No entanto, o principal desafio ainda é o de concretizá-los na realidade social brasileira, sobretudo com o fortalecimento da igualdade de oportunidades e a distribuição equitativa das prestações civilizatórias. Para tanto, é preciso à conjunção de esforços das instituições democráticas e da sociedade civil no sentido exigi-los e incorporá-los em sua atuação cotidiana, transformando-se em exercício da cidadania e da democracia participativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de tecer algumas considerações, é importante destacar que o presente trabalho buscou fazer uma análise sintética da complexidade que envolve o sistema carcerário

brasileiro, tendo em vista que direitos comezinhos de garantia à vida, liberdade, integridade física e psicológica, todos integrantes de direitos fundamentais de primeira geração, em pleno século vinte e um, são solenemente violados pelo estado brasileiros, que é regido pela festejada Constituição Cidadã, que tem por finalidade a proteção da dignidade humana. Sendo que esse artigo trata-se muito mais de um convite a reflexão e ao debate para a eficácia de direitos do que a fixação de conclusões absolutas.

1. O estado de coisas inconstitucional decorre da existência de uma sistemática e geral violação a direitos humanos decorrente de ações e omissões de um numero generalizados de agentes público, ligados diretamente aos poderes do executivo, legislativo e do judiciário, fato este, que se enquadra perfeitamente na realidade penitenciaria brasileira, legitimando o Supremo Tribunal Federal na imposição aos demais poderes do Estado de medidas a serem observadas para o reestabelecimento da ordem constitucional do sistema penitenciário.

2. As graves violações a vida, integridade física, psicologia das pessoas submetidas ao cárcere, para além de uma ineficiência da prestação de serviços públicos, representa seriamente uma política ideológica punitivista, que estimula o ódio e a neutralização de determinados grupos, os indesejáveis, para assegurar a livre produção e circulação de riqueza das classes dominantes.

3. A eficácia das normas que reconhecem os direitos humanos como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, somente ocorrerá no momento que houver um esforço conjunto do Estado brasileiro e da sociedade civil organizada, superando primeiramente a ideia de neutralização e punição, na implementação de políticas públicas efetivas. É necessária e urgente, uma política educacional que possa atingir toda a população brasileira, a fim de esclarecer o que são os direitos humanos e qual a sua importância na construção de um país democrático, livre e desenvolvido socialmente.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Defensores dos direitos humanos**: protegendo os direitos humanos de todos.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou Controle Social*:***Uma Abordagem Crítica de "Reintegração Social" do Sentenciado. Universidade de Saarland, Alemanh. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf>. Acesso em 24.03.2017.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário**, 2009. Câmara dos Deputados. (doc. 6). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701> Acesso em 25.03.2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios> Acesso em 24.03.2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário Pernambuco**. 2014. (doc. 9). Disponível também em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutiraocarcerario/relatorios/Relatorio_Mutirao_Curado_PE_2014_alterado.pdf> Acesso em: 23.031017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório "A visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro"**. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro-2016> Acesso em: 26.03.17.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Disponível em: <https://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf> Acesso em 24/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 798.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> Acesso em: 24.03.2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988:** conteúdo jurídico das expressões/ Vladimir Brega Filho. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro** (Fundamentos e Aplicação Judicial). São Paulo: Saraiva, 2013.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL, et. al. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. 2007. (doc. 17) Disponível também em: < http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf >Acesso em: 26.03.2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia de Unificación - SU 559, de 6/11/1997**. Disponível em: < http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> Acesso em: 23.03.2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**, 2011, pp. 4-5. (doc. 7) Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf> Acesso em 24/03/2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, nº l38, abr./jun. 1998.

CONDÉ, Eduardo Salomão. **Diversidade em processo:** as políticas públicas em perspectiva. Teoria e Cultura, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, 2006. p. 77.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cf. Medida provisória expedida em 18 de novembro de 2014**. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf > Acesso em 24.03.2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p.129 a 132.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alii. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas** – São Paulo: Editora Revista dosTribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WATANABE, Kazuo. **PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional > Acesso em 24/03/2017.

GRUPO DE TRABALHO INTERMINISTERIAL - Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. **Relatório Final**, 2007. Disponível em: < http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO_FINAL_-_vers%C3%A3o_97-20031.pdf > Acessado em 26.03.2017.

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

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Luam, 1993.

LASSALE, Ferdinand. **Coleção Clássicos do Direito**. A essência da Constituição. 6 edição. Editora Lumen Juris – Rio de Janeiro.2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Jerez: Fundación Universitaria, 1985.

OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA. **Relatório "Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie"**. Out. 2007. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Brancoa_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf>Acesso em: 24.03.2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática/Boaventura – São Paulo: Cortez, 2000. Conteúdo: V.1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**. Curitiba:Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz – **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito/ Lenio Luiz Streck. 2.ed.rev.ampl – Porto Alegre: Livraria do Advogado,2000.

SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO DA TORTURA e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da ONU. **"Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes"**. Fevereiro, 2012.

WARAT, Luís Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. 2ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro** – I: Teoria geral do direito penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.