

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

KELWYN JOSÉ PINHEIRO FOGAÇA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O SISTEMA
CARCERÁRIO: UMA PERSPECTIVA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PENA E
RESSOCIALIZAÇÃO NUM CONTEXTO DE ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

Santa Rosa
2016

KELWYN JOSÉ PINHEIRO FOGAÇA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O SISTEMA
CARCERÁRIO: UMA PERSPECTIVA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PENA E
RESSOCIALIZAÇÃO NUM CONTEXTO DE ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lairton Ribeiro de Oliveira

Santa Rosa
2016

KELWYN JOSÉ PINHEIRO FOGAÇA

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O SISTEMA
CARCERÁRIO: UMA PERSPECTIVA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PENA E
RESSOCIALIZAÇÃO NUM CONTEXTO DE ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

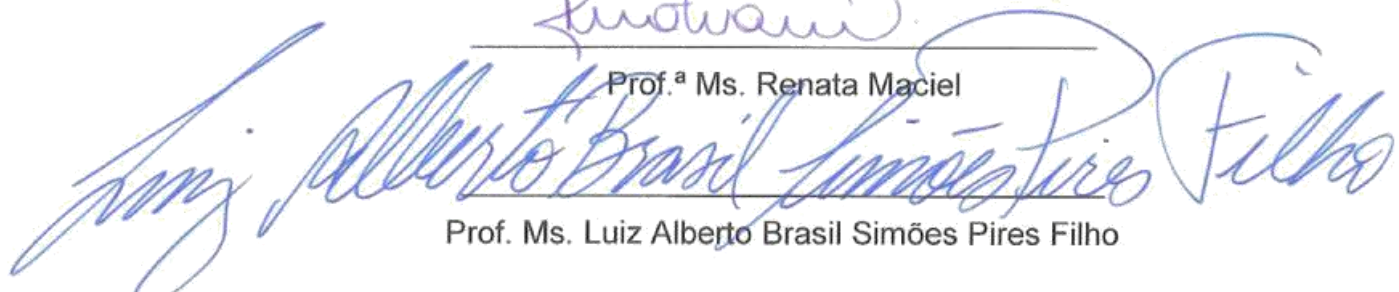
Banca Examinadora



Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira– Orientador



Prof.ª Ms. Renata Maciel



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

Santa Rosa, 05 de dezembro de 2016.

RESUMO

O tema deste projeto está relacionado às condições atuais do sistema carcerário brasileiro e as possibilidades para sua adequação às garantias do Estado Democrático de Direito. Delimita-se o tema para a abordagem acerca da judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário como uma perspectiva de garantia da dignidade da pena e ressocialização num contexto de estado de coisas inconstitucional. Diante de um quadro sabidamente inadequado em relação ao sistema prisional brasileiro, o problema do presente trabalho se propõe a responder ao seguinte questionamento: em que medida a judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário brasileiro se constituem em mecanismo capaz de assegurar a dignidade da pena e a sua função ressocializadora, no contexto atual de estado de coisas inconstitucional? O objetivo geral consiste em analisar as condições atuais do sistema prisional brasileiro sob a ótica do cumprimento do papel ressocializador e da garantia de uma pena digna, num contexto de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, e caracterizar a possibilidade da imposição de ações pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo visando tal desiderato. Justifica-se a relevância da pesquisa, pois existe um grave problema nas condições em que a população carcerária brasileira enfrenta no momento, havendo muitos e recorrentes relatos de violações aos direitos humanos fundamentais, devendo ser buscadas soluções urgentes para amenizar este atual quadro. Metodologicamente esta pesquisa categoriza-se pelo seu cunho teórico, através de documentação indireta, com o tratamento dos dados pelo método qualitativo, com fins explicativos, através de estudos bibliográficos e documentais. A análise dos dados de interpretação da pesquisa será o hipotético-dedutivo. O trabalho será estruturado em 2 capítulos sendo que no primeiro será abordado o histórico e a função da pena de prisão, a importância do respeito à dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas como condição da eficácia da ressocialização, e no segundo capítulo tratará a certa da situação atual do sistema prisional brasileiro e o “estado de coisas inconstitucional, e a judicialização das políticas públicas como garantia de uma pena digna e outras perspectivas para a questão carcerária.

Palavras-chave: – estado de coisas inconstitucional – judicialização das políticas públicas - pena digna.

ABSTRACT

The theme of this project is related to the current conditions of the Brazilian prison system and the possibilities for its adaptation to the guarantees of the Democratic State of Law. The theme for the approach to the judicialization of public policies for the prison system is delimited as a perspective of guaranteeing the dignity of the pen and socialization in a context of unconstitutional state of affairs. Given the inadequate framework of the Brazilian prison system, the problem of the present work aims to answer the following question: to what extent does the judicialization of public policies for the Brazilian prison system constitute a mechanism capable of ensuring the dignity of the sentence and its socializing function, in the current context of unconstitutional state of affairs? The general objective is to analyze the current conditions of the Brazilian prison system from the standpoint of fulfilling the socializing role and guaranteeing a dignified sentence in a context of disrespect for the fundamental rights of the human person and characterize the possibility of imposition of actions by the Power Judiciary to the Executive Branch aiming at such desideratum. The relevance of the research is justified because there is a serious problem in the conditions in which the Brazilian prison population is facing, and there are many and recurrent reports of violations of fundamental human rights, and urgent solutions must be sought to alleviate this current situation. Methodologically, this research is categorized by its theoretical nature, through indirect documentation, with the treatment of the data by the qualitative method, with explanatory purposes, through bibliographical and documentary studies. The analysis of research interpretation data will be hypothetic-deductive. The work will be structured in two chapters, the first of which will deal with the history and function of the prison sentence, the importance of respect for the dignity of the human person and the principle of humanity of penalties as a condition of the effectiveness of socialization, and in the second chapter It would have dealt with the current situation of the Brazilian prison system and the "unconstitutional state of affairs, and the judicialization of public policies as a guarantee of a worthy penalty and other perspectives for the prison question.

Key-words: unconstitutional state of affairs - judicialization of public policies - worthy sentence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 PARA UMA PENA DE PRISÃO DIGNA.....	09
1.1 HISTÓRICO E FUNÇÕES DA PENA DE PRISÃO.....	09
1.2 O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS COMO CONDIÇÃO DA EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO.....	20
2 DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS DO SISTEMA PRISIONAL NACIONAL.....	29
2.1 A SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO - “O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”.....	29
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO GARANTIA DE UMA PENA DIGNA E OUTRAS PERSPECTIVAS PARA A QUESTÃO CARCERÁRIA.....	39
2.2.1 A judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário.....	42
2.2.2 A participação da sociedade civil e outras perspectivas para o sistema carcerário.....	45
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa é relacionado às condições atuais do sistema carcerário brasileiro e as possibilidades para sua adequação às garantias do Estado Democrático de Direito. Tendo com sua delimitação uma abordagem acerca da judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário como uma perspectiva de garantia da dignidade da pena e ressocialização num contexto de estado de coisas inconstitucional.

Diante de um quadro sabidamente inadequado em relação ao sistema prisional brasileiro, sobretudo na vigência de um Estado Democrático de Direito, que tem se caracterizado pela massiva e sistemática violação dos direitos humanos dos presos, em flagrante inobservância do próprio ordenamento jurídico pátrio, o presente trabalho se propõe a responder ao seguinte questionamento: em que medida a judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário brasileiro se constitui em mecanismo capaz de assegurar a dignidade da pena e a sua função ressocializadora, no contexto atual de estado de coisas inconstitucional?.

O trabalho tem como seu objetivo geral, analisar as condições atuais do sistema prisional brasileiro sob a ótica do cumprimento do papel ressocializador e da garantia de uma pena digna, num contexto de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, e caracterizar a possibilidade da imposição de ações pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo visando tal desiderato, pois é necessário melhorar os índices de ressocialização do preso, e com isso melhorar a segurança da população.

Nos objetivos específicos será pesquisado o histórico e funções da pena de prisão, sobre o seu surgimento, suas formas, enfatizando-se o atualmente adotado no Brasil, além de se tratar acerca das funções da pena de prisão, destacando-se o respeito à dignidade da pessoa humana e a efetividade do princípio da humanidade da pena como condição de eficácia da ressocialização, para proporcionar a reintegração e ressocialização do condenado que é considerado o principal objetivo da pena de prisão.

Nesse sentido, pretende-se diagnosticar a situação atual do sistema prisional brasileiro num contexto de “estado de coisas inconstitucional”, ressaltar as condições de precariedade geral que o caracterizam, tais como de infraestrutura das prisões, alimentação, higiene e saúde dos presos, evidenciar a sistemática violação dos direitos humanos e a inércia dos Poderes Públicos, em afronta aos ditames constitucionais, circunstâncias que têm redundado na possibilidade do Judiciário interferir, e determinar obrigações com o objetivo de evitar a violação sistemática desses direitos humanos fundamentais.

É necessária esta pesquisa, pois atualmente o sistema prisional brasileiro é um assunto com bastante relevância em nosso ordenamento jurídico. Há viabilidade em realizar essa pesquisa, pois é um assunto que possui significativas fontes de pesquisa, em decorrência disto é encontrado facilmente este assunto em doutrinas e jurisprudências, além de ser um assunto frequentemente veiculado na imprensa e debatido no ambiente acadêmico.

A problematização deste tema se mostra necessária em virtude da notória imposição de medidas práticas pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo, que detêm a titularidade da execução das políticas públicas para o sistema.

É necessário discutir este tema, pois existe um grave problema nas condições em que a população carcerária brasileira enfrenta no momento, onde há muitos e recorrentes relatos de violações aos direitos humanos fundamentais, e devem ser buscadas soluções urgentes para amenizar este atual quadro, tendo como objetivo esta pesquisa ressaltar formas para que se possa assegurar uma pena digna, a fim de que as chances da ressocialização do preso sejam maiores, assim contribuindo para o bem estar social.

A categorização metodológica deste trabalho é de natureza teórica, com o tratamento dos dados na forma qualitativa, com fins explicativos, através de pesquisas bibliográficas e documentais. O campo de pesquisa é a atual legislação brasileira, doutrina e jurisprudência, realizada a partir do primeiro semestre do ano de 2016. O plano de coleta de dados foi realizado através de documentação indireta, com o processamento dos dados por meio de pesquisa documental em fontes primárias como arquivos públicos ou particulares, pesquisa bibliográfica em fontes secundárias como livros artigos científicos entre outros. O plano de análise e de interpretação dos dados da presente pesquisa se deu pelo método hipotético-dedutivo.

A estruturação desta pesquisa foi realizada em dois capítulos, sendo o primeiro capítulo com o tema: para uma pena de prisão digna, havendo duas seções, a primeira sobre histórico e função da pena de prisão, com duas subseções, uma trata do histórico da pena de prisão, e a segunda sobre a função da pena de prisão. Na segunda seção foi desenvolvido o tema relativo ao respeito à dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas como condição da eficácia da ressocialização.

No segundo capítulo tentou-se elaborar um diagnóstico e traçar perspectivas para o sistema prisional nacional, com duas seções: a primeira sobre a situação atual do sistema prisional brasileiro – “o estado de coisas inconstitucional, e a segunda sobre a judicialização das políticas públicas como garantia de uma pena digna e outras perspectivas para a questão carcerária, nesta com duas subseções a para tratar da judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário e da participação da sociedade civil e outras perspectivas para o sistema carcerário.

1. PARA UMA PENA DE PRISÃO DIGNA

Para alcançar a função social da pena faz-se necessário proporcionar uma pena de prisão digna e a ressocialização do preso para a sociedade. É sabido que o sistema prisional brasileiro encontra-se com graves problemas de estruturação e falta de agentes penitenciários, portanto nesse primeiro capítulo será abordado o histórico e funções da pena de prisão, o respeito à dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas como condição de eficácia da ressocialização.

Na seção relativa ao histórico da pena de prisão será abordado sobre o seu surgimento, suas formas, e sua ênfase atualmente adotado no Brasil. Em seguida, nesta mesma seção, ao se tratar das funções da pena de prisão, serão abordados três importantes elementos que são: a função retributiva, a preventiva, e a ressocializadora.

Posteriormente, ao se analisar o respeito à dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, será realizado uma pesquisa para demonstrar a importância do cumprimento do princípio da humanidade das penas, e o respeito do apenado à sua dignidade para efetivar a sua ressocialização.

1.1 HISTÓRICO E FUNÇÕES DA PENA DE PRISÃO

Nesta seção será elaborado um breve histórico da pena de prisão, com sua origem e suas diversas formas no mundo e no Brasil, além da função da pena de prisão, como pontos principais relacionados aos seus objetivos retributivos e a função ressocializadores.

A pena de prisão tem seu surgimento na Idade Antiga por volta de 4.000 a 3.500 a. C, que teve seu fim na queda do Império Romano, na parte ocidental, em 476 d. C, quando iniciou da Idade Média no século V (CALDEIRA, 2009).

No Brasil a pena de prisão, com o fim das práticas de penas cruéis, surgiu com o Código Penal de 1890 e assentava-se em três formas de prisão: a primeira

denominada prisão celular (art. 45), a segunda na prisão com trabalho obrigatório (art.48) e por fim a prisão disciplinar (art.49)¹. (BOSCHI, 2014).

Para Cezar Roberto Bitencourt os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, comentada essa origem da seguinte maneira:

Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, embora não se possa afirmar como faz Norval Morris, “que a prisão constitui um invento norte-americano”. Esses sistemas penitenciários tiveram, além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, já referidas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos em Amsterdam, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça. Estes estabelecimentos não são apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcaram o nascimento da pena privativa da liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.(BITENCOURT, 2015 p.163).

Conforme a citação acima, para o autor, a restrição da liberdade como pena surgiu nos Estados Unidos, havendo anteriormente a prisão como utilização de simples meio de custódia, não sendo essa a pena principal medida imposta ao indivíduo. (BITENCOURT, 2015).

Para Michel Foucault, o início da formação do sistema carcerário se deu no dia 22 de janeiro de 1840, na data da abertura oficial de Mettray - onde eram detidos jovens delinquentes condenados pelos tribunais da França. (FOUCAULT, 2007).

Segundo o autor, Mettray foi o início da forma de disciplinar mais intensa do Estado, o modelo que concentrou todas as tecnologias coercitivas do comportamento. (FOUCAULT, 2007).

Foucault realiza o seguinte comentário por ter escolhido Mettray como marco inicial da punição por encarceramento:

1Os citados dispositivos daquela antiga norma assim prescreviam, respectivamente: “**Art 45:** A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras: a) se não exceder de um ano, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração; b) si exceder desse prazo, por um período igual a 4ª parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois anos; e nos períodos sucessivos, com trabalho em comum, segregação noturna e silêncio durante o dia. **Art 48:** A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciarias agrícolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares.**Art 49:** A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriais especiais, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 anos.”

Porque Mettray é uma prisão, embora falha: prisão, porque eram detidos aí os jovens delinquentes condenados pelos tribunais; e, no entanto algo diferente, pois eram presos aí os menores que haviam sido citados, mas absolvidos em virtude do artigo 66 do Código, e alunos internos retidos, como no século XVIII, a título de correção paterna. Mettray, como modelo punitivo, está no limite da penalidade estrita. Foi a mais famosa de toda uma série de instituições que bem além das fronteiras do direito penal constituíram o que se poderia chamar o arquipélago carcerário. (FOUCAULT, 2007, p. 246).

Juarez Cirino dos Santos leciona que a prisão moderna surgiu com o objetivo de disciplinar e adequar as pessoas para o trabalho. Esse modo de prisão, conforme o autor, era chamado de *workhouse*, e foi criado no século XVI na Europa, para resolver problemas de exclusão social do capitalismo ascendente. Um exemplo que o autor trás esta na seguinte observação:

A estrutura celular de Rasphuis, casa de trabalho forçado fundada em Amsterdam, no início do século 17, seria o modelo de aparelho carcerário para disciplina da força de trabalho ociosa da Europa continental: o modelo Rasphuis – cujo nome provém de ação de raspar madeira (proveniente da América do Sul, provavelmente o pau-brasil) para produzir tinta – institui o trabalho obrigatório como método pedagógico para reconstruir o homo oeconomicus, com duas exigências: a) exclusão de penas breves, pela aprendizagem insuficiente; b) exclusão de penas perpétuas, pelo desinteresse de aprender – inaugurando as teorias da prevenção especial que o objetivo de correção determina a duração das penas criminais. (SANTOS, 2012 p. 271,272).

Na opinião de Santos, os modelos clássicos de prisão somente surgiram nos Estados Unidos da América, como a prisão de Walnut Street em 1790 na Filadélfia, e o modelo de Auburn, em Nova York em 1819. (SANTOS, 2012).

O autor tem a seguinte ideia sobre as bases do modelo de prisão:

A prisão, aparelho de punição por privação de liberdade característico das sociedades capitalistas, se baseia no princípio de menor elegibilidade para desestimular comportamentos criminosos: o nível de vida na prisão deve estar abaixo do nível de vida da classe trabalhadora mais inferior da população livre. (SANTOS, 2012 p. 272).

Portanto, na concepção do autor a punição da pena de prisão é característica das sociedades capitalistas, e a vida na prisão deve estar abaixo do nível da classe trabalhadora mais inferior da livre população. Como o modelo Filadelfiano que será abordado em seguida pelo autor. (SANTOS, 2012).

Santos analisa este modelo Filadelfiano de penitenciária da seguinte maneira:

O modelo filadelfiano de instituição penitenciária do final do século 18, inspirado na concepção religiosa Quaker, foi a alternativa para o trabalho carcerário no período da produção manufatureira: de um lado, o panóptico de Bentham, como arquitetura disciplinar da instituição penal; de outro, o confinamento em celas individuais para a oração e trabalho, como a nova pedagogia da correção. A funcionalidade do panóptico para instituições de controle e redução de custos administrativos explica a rápida difusão do modelo filadelfiano de prisão no capitalismo primitivo, de pequeno capital fixo e reduzida produtividade.(SANTOS, 2012 p. 273).

Julio Fabbrini Mirabete, ao descrever a origem da pena de prisão, expressa a seguinte avaliação:

A pena de prisão teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, “com punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependem da falta cometida reconciliando-se com Deus”. Essa ideia inspirou a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, a House of Correction, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no século XVIII. (MIRABETE, 2003, p. 249).

Mirabete, ao comentar a forma de execução das penas privativas de liberdade aborda da seguinte forma: “Quanto à execução das penas privativas de liberdade, são apontados três sistemas penitenciários: o sistema de Filadélfia (pensilvânico, belga ou celular), o de Auburn e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).” (MIRABETE, 2003, p. 249).

Ao abordar o sistema da Filadélfia o autor citado, descreve-o da seguinte maneira:

No sistema da Filadélfia, utilizava-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da Bíblia. As primeiras prisões a adotar tal sistema foram a de Walnut Street Jail e a Eastern Penitentiary. Muitas foram as críticas à severidade do sistema e à impossibilidade de readaptação social do condenado por meio do isolamento.(MIRABETE, 2003, p.250).

Nesse sistema, conforme o pensamento do autor citado, o preso era totalmente isolado impossibilitando visitas ou outras atividades como o trabalho, sofrendo óbvias críticas por não permitir a ressocialização do apenado, um dos principais objetivos da pena. (MIRABETE, 2003).

Em relação ao outro sistema penitenciário, denominado Auburniano, Mirabete aborda-o da seguinte forma:

No sistema auburniano, mantinha-se o isolamento noturno, mas criou-se o trabalho dos presos, primeiramente em suas celas e, posteriormente, em comum. Característica desse sistemas penitenciário era a exigência de absoluto silêncio entre os condenados, mesmo quando em grupos, o que levou a ser ele chamado de *silent system*. Sua origem prende-se à construção da penitenciária na cidade de Auburn, do Estado de New York.[...] (MIRABETE, 2003, p. 250).

Nota-se uma evolução no modelo, pois diversamente do anterior, permite contato e convivência, por meio do trabalho diurno, com demais presos, aspecto sabidamente positivo para o objetivo ressocializador. Porém, sem ainda permitir a comunicação, algo inerente ao ser humano, por isso este sistema ainda precisava de aperfeiçoamento.

Finalizando os sistemas prisionais da origem da pena de prisão o autor citado, comenta da seguinte maneira o sistema progressivo:

O sistema Progressivo (inglês ou irlandês) surgiu na Inglaterra, no século XIX, atribuindo-se sua origem a um capitão da Marinha Real, Alexandre Maconochie. Levava-se em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados pela boa conduta e pelo trabalho (mark system), estabelecendo-se em três períodos ou estágios no cumprimento da pena. O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e por ultimo permitia o livramento condicional. (MIRABETE, 2003, p. 250).

Este sistema de prisão denominado progressivo, o autor comenta que teve sua origem na Inglaterra no século XIX, levando em conta o comportamento do apenado, que depende da sua conduta obteria benefícios chegando até ao livramento condicional. Tal sistema tinha três fases, a primeira era o isolamento celular absoluto, o segundo se permitia o trabalho em comum, e o terceiro e ultimo permitia que o preso obter-se o livramento condicional. (MIRABETE, 2003).

Percebe-se nítida evolução entre os três sistemas a adoção de práticas que coadunam com o ideal ressocializador, inclusive o último prevê a possibilidade de gradual reinserção social do apenado.

Miguel Reale Junior descreve da seguinte forma o sistema penitenciário:

[...] se criou na Pensilvânia o sistema de isolamento completo, dia e noite, dedicando-se o condenado à penitência, ocupando-se da leitura de livros religiosos e da meditação. Em Auburn, no Estado de Nova Iorque, mantinha-se o isolamento celular noturno, com o trabalho em comum durante o dia, mas imposto o silêncio, proibida qualquer comunicação entre os reclusos, o que levava a um sofrimento intenso por contrariar a natureza humana, muitas vezes conduzindo à demência. (REALE, 2003, p. 4).

O autor citado faz um breve resumo do surgimento da pena de prisão que comenta os dois primeiros sistemas, o Pensilvânico e o Auburniano ambos desenvolvidos nos Estados Unidos. O sistema Pensilvânico tinha característica de isolamento completo do apenado, apenas se ocupa com leitura de livros religiosos e meditação, já o sistema Auburniano, permitia-se o trabalho em comum, mas era imposto o silêncio e proibia qualquer tipo de comunicação, o que ocasionava sofrimento intenso do apenado, e levava muitas vezes a demência. (JUNIOR, 2003).

Reale Junior, ao descrever a origem do sistema progressivo do cumprimento da prisão, enfatiza que:

O sistema progressivo no cumprimento da pena foi introduzido na Inglaterra, constituído de um primeiro momento isolamento celular propício à observação do condenado, após o qual a pena é cumprida com trabalho em comum durante o dia, sendo possível ao condenado obter o livramento condicional se oferecer condições de viver em liberdade. (REALE, 2003, p. 5).

Conforme mencionado pelo autor o sistema progressivo do cumprimento da pena tem como objetivo observar o condenado e analisar se o mesmo tem condições de viver em liberdade na sociedade, diagnosticado que ele tenha essa condição, o condenado poderá obter o livramento condicional. (JUNIOR, 2003).

No Brasil atualmente adota-se o sistema progressivo de prisão, conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal - Lei nº 7210/84 - em seu artigo 112, que diz:

“a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. O parágrafo primeiro da do artigo estabelece que a decisão será motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. Paragrafo segundo da lei. Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitado os prazos nas normas vigentes” (BRASIL, 1984)

Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o dispositivo da lei acima comenta da seguinte forma:

Significa que, um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para o regime mais brando (do fechado para o semi-aberto, por exemplo), caso demonstre merecer o benefício. Quanto aos crimes hediondos, consultar o item 4 infra. **O mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura**

(diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. O mérito não deve, jamais, ser avaliado segundo o crime praticado e o montante da pena aplicada, pois não é essa a finalidade da disposição legal. Por seu crime, o sentenciado já foi sancionado e cumpre pena, não podendo carregar, durante toda a execução, o estigma de ter cometido grave infração penal. (NUCCI, 2008, p. 379,380). (grifou-se)

Na opinião do autor sobre o dispositivo da lei é que deve ser analisada apenas a conduta do condenado, se esta preparado para enfrentar um regime menos rigoroso, através da demonstração de disciplina, senso critico sobre si e ausência de periculosidade, jamais sendo avaliado tal mérito diante do crime que o apenado cometeu ou o montante da pena aplicada. (NUCCI, 2008).

Analisado brevemente o histórico da pena de prisão, cumpre agora passar à abordagem das principais funções dessa pena com ênfase nas funções retributiva, preventiva e ressocializadora.

Nesta parte serão abordadas as funções da pena de prisão, com ênfase na função retributiva, preventiva e ressocializadora da pena, a partir de pensamentos de doutrinadores e casos práticos sobre o assunto.

Um dos objetivos das práticas de pena como a de prisão está na função retributiva que ela exerce. José Antonio Paganella Boschi comenta esta forma da seguinte maneira: “para a teoria da retribuição, a pena tem por fim castigar o criminoso, sem que se possa concluir que o castigo em si é o início e o fim último da pena” (BOSCHI, 2014, p. 89).

Boschi aborda a teoria retributiva da seguinte forma:

De acordo com essa teoria, a pena tem que ser imposta por causa do fato, isto é por ter o indivíduo delinquido (*qui peccatum est*). A metáfora utilizada por Kant é mais do que ilustrativa: se a população inteira de uma ilha, por algum motivo, precisasse sair e se dispersar-se pelo mundo, o último assassino recolhido ao cárcere deveria ser mesmo assim executado para pagar pelo crime cometido. (BOSCHI, 2014, p. 88).

Observada a citação, o autor comenta que de acordo com essa teoria não importa o que possa acontecer com a punição do individuo que comete o delito, deve ser imposta a pena a ele pelo simples fato de ter delinquido. (BOSCHI, 2014).

Para Bitencourt a teoria retributiva “consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada [...]”.(BITENCOURT, 2015 p.133).

O autor enfatiza que esta teoria tem como fim realizar uma espécie de justiça, causar uma certa composição ao dano causado pelo delito, consiste em realizar um mal ao infrator. (BITENCOURT, 2015).

Nesse sentido, Bitencourt ressalta que:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da “substituição do divino pelo humano” [...] (BITENCOURT, 2015 p.134). (grifou-se)

Denota-se que o autor entende que o objetivo atribuído a esta teoria destina-se a realizar justiça no mau causado pelo autor de um crime ser compensado com a imposição de um mal como uma forma de retribuição. (BITENCOURT, 2015).

A segunda função da pena, denominada “preventiva” consiste no seu caráter como diz o nome de prevenir a ocorrência da prática do crime, tentando assim evitar a sua concepção.

Sobre a função preventiva da pena de prisão, Damásio de Jesus ressalta que a sua finalidade é no tocante de evitar a ação de novos delitos, existindo duas formas, a geral e a especial. (JESUS, 2010).

Na forma geral Jesus conceitua que: “Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”. (JESUS, 2010, p. 563).

No pensamento do autor, teoria preventiva da pena teria uma função intimidatória, e com isso coibiria um individuo de uma sociedade a cometer delitos. (JESUS, 2010).

Ao comentar a prevenção especial da pena Jesus ressalta que: “Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo”. (JESUS, 2010, p. 563).

De acordo o que descreve o autor, a prevenção especial da pena não visa uma forma intimidatória como na prevenção geral, mas procura impedir que ocorra o

delito retirando o indivíduo que delinuiu do convívio social e buscando a sua ressocialização. (JESUS, 2010, p. 563).

Jesus discorre que na reforma do Código Penal brasileiro ocorrida em 1984, a pena passou a apresentar uma natureza mista que é retributiva e preventiva. (JESUS, 2010).

O autor citado elabora um comentário sobre a teoria da prevenção geral positiva, conforme o pensamento dos seus principais doutrinadores na seguinte forma:

Gunther Jakobs e Enrique Bacigalupos são adeptos da teoria da prevenção geral positiva. Cezar Roberto Bitencourt adverte que tal teoria possui duplo aspecto: um fundamentador da noção ético-social do Direito Penal e outro limitador do poder estatal. Segundo André Estefam, que adere à teoria citada, **a pena deve cumprir dupla função: inibir comportamentos antissociais e, ao mesmo tempo, moldar comportamentos socialmente aceitos; de modo que sua aplicação gera nos indivíduos o respeito e o temor respeitoso**, no momento em que perceber que a violação da norma acarreta a efetiva aplicação da sanção – o **que reforça a autoridade do Direito**. (JESUS, 2010, p. 564). (grifou-se)

Conforme a citação anterior, aqueles que defendem a teoria da prevenção geral positiva têm uma visão que a pena deve ter esse duplo sentido que é coibir comportamento considerado como antissocial, e conduzir a comportamentos que socialmente aceitos, gerando, a sua aplicação, uma certa intimidação ao indivíduo perceber que ao cometer o delito, estará sujeito à aplicação de uma determinada sanção. (JESUS, 2010).

Bitencourt, em relação à teoria relativa ou preventiva da pena ressalta que:

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos. Por isso as teorias relativas também são conhecidas como teorias utilitaristas ou como teorias preventivas. (BITENCOURT, 2015, p. 142).

Ao se verificar a citação anterior percebe-se que o autor tem a opinião que a teoria relativa ou preventiva se baseia para fins futuros, como prevenção do delito,

estando justificada a sua necessidade para impedir que o individuo volte a cometer crimes. (BITENCOURT, 2015).

Para Fernando Capez a função preventiva da pena é descrita da seguinte maneira:

a pena tem fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque tem medo de receber a punição). (CAPEZ, 2008, p 359).

Segundo o pensamento do autor a função preventiva da pena tem como viés impedir que o criminoso volte a cometer crimes, comentado duas espécies a prevenção geral que tem como característica a intimidação, e a prevenção especial que objetiva a ressocialização do condenado. (CAPEZ, 2008).

Outra função importante da pena é a de ressocialização, enunciada por de Franz Von Liszt em uma famosa Conferência de Hamburgo, no ano de 1822, em que afirmou que o direito penal tem como objetivo não apenas retribuir com pena ou como a privativa de liberdade ou prevenir novos delitos, mas também como uma forma de correção do individuo ou neutralizar os que não são corrigíveis ou intimidáveis. (BOSCHI, 2014).

Segundo Bittencourt, os meios ressocializadores é descrita na seguinte forma:

[...] não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador, como é a família, a escola a igreja etc. A readaptação social abrange uma problemática que transcende o aspecto puramente penal e penitenciário. (BITENCOURT, 2011, p. 143).

Ao observar a citação acima, infere-se que não se depende exclusivamente das disciplinas penais para se conseguir a completa ressocialização do apenado, devem haver meios de controle social que o Estado e a sociedade devem buscar, e transcender a seara exclusivamente penal e prisional. (BITENCOURT, 2011).

Em relação à função ressocializadora da pena de prisão, João José Leal comenta da seguinte forma:

Não há dúvidas que a penitenciária fracassou no seu objetivo maior de ressocialização do condenado. A reincidência tem sido uma constante, numa demonstração de que a função preventiva da prisão tem sido inócua. Na verdade, através do encarceramento, que se pode preservar a integridade física, mas acaba por aviltar a personalidade, torna-se muito difícil recuperar moral e socialmente o condenado para a vida em liberdade. (LEAL, 2004, p.395).

Para o autor a pena de privação da liberdade fracassa em seu principal objetivo que é a ressocialização do apenado. Em sua opinião a reincidência de quem comete crime tem sido frequente, pois o encarceramento despreza a personalidade do apenado, tornando sua recuperação moral e social quase impossível para a vida fora da prisão. (LEAL, 2004).

Capez, relacionando com a função ressocializadora da pena, cita o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

A Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI, que a lei regulará a individualização da pena. Individualizar a pena é também adaptar a sua execução às características pessoais do condenado, com o objetivo de proporcionar a sua reintegração social. Buscando sempre readaptar o condenado ao convívio social, a individualização da pena, em matéria de execução, pressupõe que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisando o fato cometido, corresponda tratamento penitenciário adequado". (CAPEZ, 2008, p. 363).

Portando, o autor ao descrever o dispositivo citado, pode se analisar que o principal objetivo da pena é buscar a ressocialização do apenado, individualizar a pena e procurar, através da análise da personalidade do condenado e do fato cometido, o seu melhor tratamento. (CAPEZ, 2008).

Nesse sentido, conforme dados apresentados em palestra que tratou sobre o Sistema Prisional, realizada pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA)², verifica-se que, no Brasil, o índice de ressocialização é extremamente baixo, voltando o preso a reincidir em 85% dos casos, pois atualmente o sistema carcerário brasileiro constitui-se um depósito de pessoas que vivem em condições subumanas e degradantes, visto que a maioria dos presídios brasileiros está com sua população carcerária bem acima da sua capacidade e não recebem os devidos investimentos do Estado, falta o básico para as necessidades do ser humano, e isso torna as

2 Palestrantes: Dra. Branca Bernardi, Dra. Vanessa Lima Medeiros Trevisol e Dep. Estadual Jeferson Fernandes. Tema: Método APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) – a alternativa para o sistema prisional, em 11 de maio de 2016.

celas em ambientes superlotados com pouca ventilação e iluminação, sendo dificultoso até a respiração para os presos que lá estão.

Essas condições não atendem o que diz respeito à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente não é eficaz na ressocialização do preso, e precisa com máxima urgência serem revistas pelo Estado. Assim, na próxima seção será analisada a relevância do cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas para a viabilização da ressocialização do apenado.

1.2. O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS COMO CONDIÇÃO DA EFICÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO.

Nesta seção será discutida a importância do respeito à dignidade da pessoa humana e o cumprimento do princípio da humanidade das penas, para proporcionar a reintegração e ressocialização do condenado que é considerado o principal objetivo da pena de prisão.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, elencado no artigo 1º, como princípio fundamental da República, nos seguintes termos:

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). (grifou-se)

É importante ressaltar, também, o artigo 5º da Constituição Federal, que aborda os Direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se destaca:

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). (grifou-se)

Jesus, ao comentar os princípios fundamentais do direito penal, conceitua o princípio da humanidade da seguinte forma:

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, LVIII, 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, 2011, p.53).

Ao dialogar sobre o princípio da humanidade e da dignidade da pessoa humana, Santos alerta que:

A garantia da integridade física e moral do ser humano preso, implícita no princípio da dignidade da pessoa humana, é instituída por norma específica da Constituição da República (art. 5º, XLIX, CR) e ratificada por disposições da lei penal (art. 38, CP) e da lei de execução penal (art. 40, LEP) – além de ser inferida da norma que assegura ao preso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º, LEP) – ou seja, **a lesão generalizada, intensa e contínua da dignidade humana e dos direitos humanos de homens e mulheres presos nas cadeias públicas e penitenciárias do sistema penal brasileiro não ocorre por falta de princípios e de regras jurídicas.** (SANTOS, 2012, p. 16). (grifou-se)

Após analisar a citação do autor, conclui-se que em sua opinião as lesões contínuas e intensas nas penitenciárias públicas não ocorrem por falta de legislação, e sim por omissão das políticas públicas em cumprir o que é expresso na lei. (SANTOS, 2012).

Santos tem a seguinte opinião sobre o princípio da humanidade na aplicação das penas:

O princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, **mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado**, por exemplo: as condições desumanas e indignas de execução das penas nas penitenciárias e cadeias públicas brasileiras – em especial, o Regime Disciplinar Diferenciado. (SANTOS, 2012, p. 16,17). (grifou-se)

Ao analisar a citação acima o autor realiza uma crítica da condição das cadeias públicas brasileiras que, na sua ótica, em muitas é aplicado uma pena cruel que estaria proibida de acordo com este princípio. (SANTOS, 2012).

Nucci, ao conceituar o princípio da humanidade, efetua a seguinte análise:

Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se dos condenados. Estes não devem

ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. (NUCCI, 2008, p. 72).

De acordo com a citação acima o autor comenta que o preso deve ter o mesmo tratamento que as pessoas livres têm, não devendo ser reprimidos do convívio social somente por cometer um crime, e nem ter um tratamento desumano. (NUCCI, 2008).

Ao relacionar o princípio da humanidade à Constituição Federal, Nucci observa que:

Por isso, estipula a Constituição Federal que não haverá penas: a) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão dos casos feita no Código Penal Militar); b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLIX), bem como deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX). (NUCCI, 2008, p. 72).

Na citação anterior o autor comenta o que estipula a Constituição Federal de 1998, elenca, no seu artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais, as vedações da pena, não deve na teoria ocorrer o que está descrito nos incisos da referida norma a nenhum preso, entretanto ao analisar na prática tais vedações nem sempre acontece. (NUCCI, 2008).

Ao analisar a redação da norma anteriormente citada, Nucci comenta que:

Na realidade, há uma redação imprecisa, pois as penas cruéis constituem o gênero do qual são espécies as demais (pena de morte, prisão perpétua, banimento, trabalho forçado). Logo, na alínea e, onde se lê cruéis, devemos incluir as penas corporais, que implicam em castigos físicos. (NUCCI, 2008, p. 72).

Após verificar a citação, o pensamento do autor é que devia ser incluída na alínea e que trata da vedação de penas cruéis a inclusão das penas corporais, como os castigos físicos. (NUCCI, 2008).

Em relação ao princípio da humanidade Bitencourt descreve o seguinte: “Dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si”. (BITENCOURT, 2015, p. 69).

Tendo sua opinião sobre o princípio da humanidade o autor, ao relacionar tal princípio como o poder punitivo, leciona que “esse princípio sustenta que o poder

punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”. (BITENCOURT, 2015, p. 70).

Seguindo a mesma linha de pensamento o autor descreve da seguinte forma o princípio da humanidade em relação ao poder punitivo:

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade. (BITENCOURT, 2015, p. 70).

Ao analisar a citação do autor verifica-se a necessidade do Estado em melhorar a infraestrutura carcerária atual das penitenciárias brasileiras, pois com sua atual infraestrutura corre-se o risco de atentar o princípio da humanidade, quando o apenado não recebe as condições mínimas de saúde e segurança para que possa cumprir sua pena com dignidade. (BITENCOURT, 2015).

Ao abordar a questão do princípio da humanidade, Capez adverte que: “Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, que é o princípio da dignidade humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo é substancialmente inconstitucional.” (CAPEZ, 2008, p. 10).

Ao verificar a análise do autor percebe-se que quando um preso tem sua dignidade humana desrespeitada pelas violações ocorridas dentro do sistema penitenciário a sua prisão acaba se tornando totalmente inconstitucional. (CAPEZ, 2008).

Seguindo com o seu comentário sobre a dignidade humana Capez observa: “Da dignidade humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, cuja função é estabelecer limites à liberdade de seleção típica do legislador, buscando, com isso, uma definição material do crime.” (CAPEZ, 2008, p. 10).

Conforme a citação deve-se verificar o conteúdo material de uma determinada conduta, buscando evitar atentar a dignidade humana, ou os princípios que dela derivam. (CAPEZ, 2008, p. 10).

Capez em relação à verificação do conteúdo material e dignidade humana relata o seguinte:

O legislador, no momento de escolher os interesses que merecerão a tutela penal, bem como o operador do direito, no instante em que vai proceder à adequação típica, devem, forçosamente, verificar se o conteúdo material daquela conduta atenta contra a dignidade humana ou os princípios que dela derivam. Em caso positivo, estará manifestada a inconstitucionalidade substancial da norma ou daquele enquadramento, devendo ser exercitado o controle técnico, afirmando a incompatibilidade vertical com o Texto Magno. (CAPEZ, 2008, p. 10).

Porém o atual cenário do sistema prisional brasileiro não cumpre com o princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana. É sabida a ocorrência de diversas violações físicas e morais dos presos que suportam tratamento desumano e degradante, muitas vezes incide o óbito dentro dos presídios geralmente por decorrência da inércia e omissão do Poder Público.

Capez, ao comentar sobre os princípios penais limitadores decorrentes da dignidade humana, estabelece que:

No Estado Democrático de Direito é necessário que a conduta considerada criminosa tenha realmente conteúdo de crime. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. (CAPEZ, 2015, p. 26, 27).

Verifica-se que no pensamento do autor, não deve ser aplicada a letra fria da lei penalizando o indivíduo que cometeu a infração sem considerar se a conduta tida como ilícita é realmente conteúdo de crime, se é contra o que é considerado valores fundamentais naquela sociedade. (CAPEZ, 2015).

Dentro destes princípios penais limitadores, decorrentes da dignidade da pessoa humana, cabe destacar o princípio da humanidade, comentado por Capez na seguinte forma:

[...] Resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém (atentar necessariamente significa restringir alguns direitos nos termos da Constituição e quando exigido para a proteção do bem jurídico). (CAPEZ, 2015, p. 38).

Ao observar a citação, o autor relata que a pena atribuída ao indivíduo não deve atentar desnecessariamente sua condição física e moral, ou restringir algum direito estabelecido na Constituição, resultando em seu descumprimento a total inconstitucionalidade da pena aplicada. (CAPEZ, 2015).

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana o doutrinador André Estefem comenta que:

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República federativa do Brasil (CF, art. 1º, III) e possui, sem dúvida, status destacado do plano normativo-constitucional. Muito embora não se trate de princípio tipicamente penal, deve plasmar todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual tem relevância também nesse ramo do Direito. (ESTEFEM, 2013, p. 130).

Ao observar a citação verifica-se que o autor ratifica o princípio da dignidade humana como um dos principais na norma constitucional, pois apesar de não ser tipicamente um princípio penal acaba fazendo parte de seu ordenamento, devendo assim ser incontestavelmente respeitada. (ESTEFEM, 2013).

Continuando na sua explanação sobre o presente princípio Estefem faz uma citação de Canotilho, ponderando que:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana com base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. (ESTEFEM, 2013, p. 130).

Nessa citação Canotinho relaciona a dignidade da pessoa humana com a República, usando o termo *homo noumenon*, que é o ser humano como parte da política da República. (ESTEFEM, 2013).

Estefem ao continuar o comentário de Canotilho descreve que:

Neste sentido, a república é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (art. 24º) e a prisão perpétua (art. 30º, 1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode cooperar na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de cidadão, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo de sua vida. (ESTEFEM, 2013 p. 130).

Ao averiguar a continuação do pensamento de Canotilho citado pelo autor, verifica-se que a República deve servir o indivíduo, através da associação da dignidade da pessoa humana com a ideia de *homo noumenon*, justificando leis como a proibição da pena de morte e prisão perpétua na constituição Portuguesa,

podendo também haver a cooperação do cidadão com a República, participando dela no decorrer de sua vida. (ESTEFEM, 2013).

Estefem depois de citar as ideias de Canotilho observa que: “As reflexões do jurista português têm plena aplicação ao Direito pátrio, haja vista a absoluta coincidência de tratamento dispensado aos temas por ele referidos (vide CF, arts. 1º, III e 5º, XLVII, a e b).” (ESTEFEM, 2013, p. 131).

Ao associar a dignidade da pessoa humana na seara do Direito Penal, Estefem efetua a seguinte análise:

Não é tarefa simples fixar seus reflexos no âmbito do Direito Penal. Cremos que seu alto nível de abstração há de ser definido dentro da própria Constituição Federal. Assim, por exemplo, não pode afirmar que o encarceramento de criminosos viola a dignidade da pessoa humana, porque as penas privativas de liberdade são expressamente autorizadas pelo Texto Maior (CF, art. 5º, XLVII, e). (ESTEFEM, 2013, p. 131).

Após analisar a citação, conclui-se que o autor defende que deve ser definido, na própria Constituição, a forma de atuação do princípio da dignidade da pessoa humana. (ESTEFEM, 2013).

Estefem, ao comentar sobre os aspectos relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana no campo do Direito Penal, comenta que:

A doutrina tende a vislumbrar dois aspectos ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Penal: a proibição de incriminação de condutas socialmente inofensivas (afinal, o Direito é o que está a serviço da humanidade e não o contrário) e a vedação de penas que contêm tratamento degradante, cruel, ou de caráter vexatório. (ESTEFEM, 2013, p. 131). (grifou-se)

Após averiguar a citação o autor acredita que a doutrina em geral pensa existir dois aspectos inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é a não punibilidade de condutas humanas inofensivas à sociedade e a proibição de penas que contém características cruéis, degradantes e vexatórias. (ESTEFEM, 2013).

Estefem, a respeito do princípio da humanidade tem o seguinte pensamento:

As normas penais devem sempre dispensar tratamento humanizado aos sujeitos ativos de infrações penais, vedando-se a tortura, o tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, XLVII), penas de morte, de caráter perpétuo, cruéis, de banimento ou de trabalhos forçados (CF, art. 5º, XLVII). Este princípio, derivado da dignidade da pessoa humana, constitui, no dizer de Luiz Luisi, “postulado reitor do cumprimento da pena privativa de

liberdade". Deve-se advertir, todavia, citando mais uma vez o saudoso penalista que: "o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal". (ESTEFEM, 2013, p. 136).

De acordo com a citação do autor, a pena não deve ter uma característica de tratamento humanizado, mas não deve ferir o que é expresso na Constituição como a vedação das penas cruéis, tortura, tratamento degradante ou desumano, pena perpétua, pena de morte, e de banimento ou de trabalhos forçados. (ESTEFEM, 2013, p. 136).

O princípio da humanidade das penas está disposto nos incisos XLIX e L do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, assegurando respeito à integridade física e moral dos presos e garantindo às mulheres condenadas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Contudo é no inciso XLVII do citado artigo está mais enfatizado o princípio da humanidade da pena, com a proibição das penas cruéis, de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento. (BOSCHI, 2014).

Ao relacionar o princípio da humanidade das penas como condição da eficácia da ressocialização na realidade do sistema penal brasileiro, Boschi tem a seguinte opinião:

A sede constitucional e a força normativa do princípio determina a elaboração de políticas públicas urgentes, voltadas à melhoria das condições das penitenciárias brasileiras, onde vivem quase 500 mil pessoas amontoadas e em condições subumanas.

A sociedade não pode mais continuar ignorando essa triste realidade. É proibido falar em função ressocializadora da pena nessas condições, a bem de denotar a gravíssima crise do sistema penal e o elevado nível do conflito psicológico dos juízes responsáveis pelas condenações. (BOSCHI, 2014, p. 48).

Conforme a citação acima, se mostra inegável a importância do cumprimento do princípio da humanidade da pena para a função ressocializadora do apenado, e dos graves problemas que ocorrem no atual sistema carcerário brasileiro. (BOSCHI, 2014).

No próximo capítulo será discutido e avaliado um diagnóstico mais preciso sobre o atual sistema prisional brasileiro, em busca da obtenção de uma perspectiva mais favorável para este atual sistema, na busca de cumprir com a função social da

pena, os princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o cumprimento da atual legislação, como a Constituição e a Lei de Execução Penal.

2 DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS DO SISTEMA PRISIONAL NACIONAL

Atualmente, o sistema carcerário brasileiro não cumpre, de maneira geral, a função social e ressocializadora da pena. Isso se deve a vários fatores, mas principalmente por falta de estrutura, agentes penitenciários, alimentação adequada e higiene básica.

Neste capítulo será discutida a situação atual do sistema prisional brasileiro e o seu estado de coisas inconstitucional, além de se abordar a judicialização das políticas públicas como perspectiva de garantia de uma pena digna.

Na situação do sistema prisional brasileiro e o seu estado de coisas inconstitucional, será comentado sobre as difíceis condições que o preso no Brasil enfrenta, como superlotações nas celas, falta de iluminação, pouca ventilação, alimentação precária, falta de produtos básicos de higiene e de atendimento na área da saúde.

Todas essas violações ocorridas no sistema penitenciário brasileiro, ocasionando até óbito de presos dentro das prisões, culminou na conclusão de que o Brasil violou direitos humanos fundamentais criando um estado de coisas inconstitucional.

Referente à judicialização das políticas como garantia de uma pena digna, será avaliado sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, no objetivo de ajudar a melhorar a estrutura carcerária do sistema prisional brasileiro, na busca de proporcionar um cumprimento de uma pena digna e ressocializadora para o apenado.

2.1 A SITUAÇÃO ATUAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO - “O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

Nesta seção será discutida a situação dos sistemas prisionais brasileiros, como condições de infraestrutura das prisões, alimentação e higiene dos presos e exibir casos reais do convívio do preso no cárcere das penitenciárias brasileiras.

Sobre vigência de um quadro atual de verdadeiro estado de coisas inconstitucional será mostrados os fatos ocorridos nas cadeias públicas brasileiras para a ocorrência desta violação dos direitos humanos, aspectos que contribuem para a atual situação.

Ao analisar a situação do sistema prisional brasileiro, Araujo diz que este sistema não é um instrumento eficaz de recuperação, inclusive sendo uma das mais sérias dívidas sociais que a sociedade e o Estado brasileiro têm. Pois, a maioria dos presos encontra-se em condições precárias, e as prisões se tornam um amontoado de pessoas sem esperança de justiça e expectativa de ressocialização. (ARAUJO, 2014).

Nesse sentido, importa apresentar alguns dados produzidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, ao analisar as informações penitenciárias, realizado pelo sistema INFOPEM, pelo qual se verifica que em junho de 2002 existiam 239.245 pessoas presas no Brasil, sendo que o número de vagas era de apenas 181.444 vagas no país, ocorrendo um déficit de 57.801 vagas. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

Após passar dez anos, foi feito um novo levantamento e constatou-se que a população prisional no Brasil já atingiu a quantia de 549,577 presos, aumentando 129,71% na mesma época, portanto, foram criadas apenas 137.631 vagas, crescendo apenas 75,85%, sendo insuficiente este incremento para abrigar a demanda de 310.332 novos presos, aumentando o déficit na data de junho de 2012 para 230.502 vagas. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

Com o problema da superpopulação no sistema carcerário brasileiro acarretou um dano especialmente no que tange o respeito à garantia de condições básicas de detenção e de respeito aos direitos humanos. Desta forma, se esclarece a necessidade de se buscar alternativas para a execução penal, para também tentar diminuir a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros e fornecer ao apenado um tratamento humano, este que o Estado tem se apresentado incapaz de providenciar. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

Ao analisar as condições do preso no interior dos estabelecimentos penitenciários, Leal verifica que:

No interior do estabelecimento, o condenado será alojado em cela individual com área mínima de seis metros quadrados, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP) e ficará sujeito a isolamento celular noturno. Embora seja direito do preso permanecer em cela individual, esta

exigência não é cumprida. Na maioria de nossas prisões, as celas são coletivas, mantendo em seu interior um amontoado de presos que cumprem penas em condições terrivelmente desumanas. (LEAL, 2004, p.399).

Ao observar o pensamento do autor, verifica-se que o Estado não cumpre o que determina a Lei de Execução Penal, especialmente no que tange em seu artigo 38, pois realmente as prisões não têm capacidade para o alojamento individual com as características citadas, onde é pela falta de infraestrutura que ocorre a superlotação das celas, e resulta um amontoado de presos que ocupam o mesmo lugar, o que contraria completamente as premissas do princípio da dignidade humana (LEAL, 2004).

Em seu relatório sobre o diagnóstico do sistema prisional do estado do Rio Grande do Sul, o Deputado Estadual Jeferson Fernandes revela um dado extremamente preocupante, segundo o qual o Brasil atualmente tem 375.892 vagas no seu sistema, com uma população de 607.731 pessoas cumprem pena restritiva de liberdade, visando um déficit de 231.839 vagas, tendo como trágica a estatística de ser a nação como a maior superlotação carcerária do mundo. (FERNANDEZ, 2015).

Com essa estatística diagnosticada através pesquisa realizada pelo Deputado Estadual Fernandez, chega-se a óbvia conclusão da incapacidade da pena restritiva de liberdade em garantir os direitos humanos básicos e de proporcionar a ressocialização do preso perante a sociedade. (FERNANDES, 2015).

Em reportagem realizada pelo jornal Folha de São Paulo, reproduzida no dia 28 de setembro de 2016, escrita por Artur Rodrigues, evidencia-se um caso real de um jovem com 25 anos de idade, chamado Alessandro da Silva, que morreu pela doença tuberculose dentro da penitenciária brasileira CDP de Caiuá, no Estado de São Paulo, por completa negligência da administração do presídio. Em abril de 2016, o Tribunal de Justiça de São Paulo chegou à conclusão de que ocorreu negligência por parte do Estado e o condenou a pagar indenização à família por danos morais no valor de R\$ 100 mil reais. Ao analisar o cenário dos detentos organizações afirmam que a omissão do Estado pode ser pior que a própria doença. (RODRIGUES, 2016).

No presente caso de Alessandro da Silva conseguiu a internação, apesar de já se encontrar em situação praticamente irreversível, porém muitos detentos nem chegam a ir a hospitais. Uma estatística alarmante dá conta de que, no ano de 2015,

aconteceram 422 óbitos, sem qualquer tipo de violência, no sistema prisional do Estado de São Paulo. (RODRIGUES, 2016).

Há informações que no interior das prisões faltam equipamentos, as enfermarias se encontram em péssimo estado e há insuficiência de médicos. Pois a estatística mostra que em todo o Estado de São Paulo existem 120 médicos para agir em 164 unidades. Ao verificar que o total da população dessas unidades é de 228.800 pessoas, cada médico seria responsável por cuidar de 1.900 presos. (RODRIGUES, 2016).

Essa omissão do Estado acontece, pois há um sistema prisional abarrotado, havendo 94 mil presos acima da capacidade. Tal fato é suscetível para a multiplicação de doenças transmissíveis. Em 2015 ocorreram 3.157 casos só no Estado de São Paulo. (RODRIGUES, 2016).

O coordenador do núcleo de situação carcerária da Defensoria Pública, do Estado de São Paulo Patrick Lemos Cacicedo, confirma que ocorrem mortes dentro das penitenciárias por casos de saúde extremamente básicos, pois faltam médicos, e vários atendimentos são realizados por pessoas que não possuem autorização para medicar. E em casos de extrema urgência, não é proporcionado escolta para levar o detento para um estabelecimento de saúde apropriado. (RODRIGUES, 2016).

Outra reportagem evidenciando a realidade das prisões brasileiras foi veiculada pelo jornal Zero Hora, de Porto Alegre, RS, descrita pelo colunista David Coimbra, na data de 27 de setembro de 2016, com o título denominado “O corredor da prisão”.

Tal título se justifica por ter sido mostrado uma foto de um corredor de uma prisão lotado de presos que estão ali por que as celas já estão completamente lotadas, e nos corredores da prisão é tão abarrotado de presos que muitos ficam de pé, em virtude de não haver lugar para ficarem deitados no chão do corredor, situação que impõe um sistema revezamento para que todos possam, por alguns momentos, permanecerem deitados no chão. (COIMBRA, 2016).

Na opinião do colunista é mais importante no Brasil, atualmente, construir presídios que universidades. Ele coloca, em primeiro lugar, que deve ser respeitada a dignidade humana do preso. Em segundo lugar, em sua opinião, é pelos cidadãos que pagam os impostos regularmente, pois não há como resolver o problema da violência sem resolver os problemas dos presídios, em virtude de que é preciso que

o preso cumpra sua pena com dignidade em um lugar decente para que a principal função da pena de prisão – a ressocialização - continue sendo buscada. (COIMBRA, 2016).

Na opinião do colunista 70% dos problemas brasileiros seriam resolvidos se a segurança pública funcionasse. Ao exemplificar como isso se daria, afirma o autor que o trânsito seria menos congestionado, pois as pessoas usariam mais os transportes públicos; haveria mais comércio nas ruas, pois se aumentaria a circulação de pessoas e até as cidades seriam mais belas, pois não seria necessários que as casas tivessem enormes grades, muitas até com cercas elétricas parecendo campos de concentração. (COIMBRA, 2016).

Para finalizar a sua reportagem Coimbra comenta que o dever mais importante do Estado é proporcionar a segurança pública. Mais que educação e saúde, pois o Estado deve garantir segurança e justiça. A foto que mostra o corredor da prisão do Presídio Central evidencia que não há justiça e nem segurança, apenas esclarece a total falência do Estado. E ainda o pior é o fracasso de toda a sociedade. (COIMBRA, 2016).

Outro drama enfrentado nas prisões brasileiras são as chamadas facções, que são grupos criminosos atuantes dentro das penitenciárias, formando verdadeiras escolas do crime. Tais facções conseguem adquirir um enorme poder dentro dos presídios.

Um exemplo desse poder foi descrito por Felipe Daroit, na data de 6 de setembro de 2016, reportagem trazida pelo jornal Gaúcha. Esta reportagem conta a história do que aconteceu no Presídio Central de Porto Alegre, em que um júri popular teve que ser cancelado porque uma facção impediu a saída de um réu do presídio. (DAROIT, 2016).

A juíza presidente da 1ª Vara do Tribunal do Júri, Tais Culau Barros, em seu despacho citou que o réu, embora regularmente intimado, não compareceu pelo fato de que a facção chamada “bala na cara” se recusou a sair da galeria. Dessa forma, impossibilitou a saída do réu do presídio para que fosse realizada a sessão. (DAROIT, 2016).

O Promotor de Justiça que iria atuar nessa sessão, Eugênio Amorim, disse que essa situação sintetiza um verdadeiro fracasso. Segundo o promotor o que aconteceu evidencia que o Estado não tem o mínimo controle dos presídios. Após a facção “os bala na cara” impedir a saída do réu não houve nenhuma autoridade

pública da Susepe capaz de ingressar nas galerias e levar o réu de forma impositiva, o que comprova o fracasso das instituições. (DAROIT, 2016).

A autoridade do Ministério Público ressalta, ainda, que somos dominados e não dominadores, pois quem manda nos presídios são criminosos e não as autoridades, ratificando que algo precisa ser feito com urgência. (DAROIT, 2016).

Após o acontecimento de diversas e permanentes violações de direitos humanos fundamentais diagnosticou-se no sistema penitenciário brasileiro um “estado de coisas inconstitucional”, ante a falência ou inobservância quase total do contexto normativo que o regula.

Conforme um julgamento recente e importante sobre este tema, que ocorreu em uma sessão no dia 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)347, que pede medidas para a crise prisional do país. Determina aos juízes e tribunais, que realizem as audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, para viabilizar que o preso compareça perante a autoridade judiciária em 24 horas, contadas do momento da prisão. Também determina a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional sem qualquer tipo de limitação e realização de novos contingenciamentos. (BRASIL, 2015).

Ao julgar o caso, o Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o voto do relator e reconhece com outros ministros o “estado de coisas inconstitucional”, pois identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais, onde exige a intervenção do Poder Judiciário. (BRASIL, 2015).

Outra decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal reveladora de que as penitenciárias brasileiras vivem em um “estado de coisas inconstitucional” se deu em sede de medida cautelar, na Reclamação de número 25.119 MC/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Mello.

Esta decisão merece aprofundada análise, visto que se mostra suficientemente pedagógica na caracterização das circunstâncias que delineiam tal situação de inconstitucionalidade plena acerca do cumprimento da pena no Brasil, inclusive por fazer referência a diversos outros julgados, amparados em semelhantes fundamentos, que constituem-se nos pilares desta criação teórica e jurisprudencial, a seguir aprofundados.

Tal reclamação teve pedido de medida liminar, pois se acredita que a ação realizada pela Corregedoria Geral de Justiça do Egrégio Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo estaria em desacordo com o enunciado de Súmula Vinculante de número 56/STF, cujo teor é o seguinte:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário de número 641.320/RS. (BRASIL, 2016).

A parte reclamante, para justificar a alegação de violação da Súmula vinculante cita a Portaria de número 22/2016 assinada pela Juíza Doutora Sueli Zeraik Armani de Oliveira, que é Coordenadora do 9º Departamento de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo. (BRASIL, 2016)

Em resumo, a portaria analisou a correta aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 56 e do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, para abrir vagas no regime semiaberto nas unidades prisionais de responsabilidade da coordenação de presídios do 9º Departamento de Execuções Criminais. (BRASIL, 2016).

Em decisão consensual foi estabelecido que no contexto prisional da região deve ser aplicado o que está contido no item 4, I, III, do Recurso Extraordinário nº 641.320, que coloca em prisão domiciliar os detentos do regime semiaberto, para abrir vagas aos sentenciados que esperam sua transferência do regime fechado e já atinge o absurdo de 120 a 150 dias de espera para a transferência de regime, em flagrante abuso cometido por parte do Estado. (BRASIL, 2016).

Essa medida cautelar foi de natureza emergencial para adequar o número de vagas das unidades prisionais ao número de detentos no regime fechado. Para a concessão da prisão domiciliar foram realizados critérios objetivos como, por exemplo, a medida certa da necessidade de criar vagas para os detentos que aguardam a progressão de regime. (BRASIL, 2016).

A falta de vagas nas unidades prisionais do Estado de São Paulo pede a intervenção do Poder Judiciário, pois tem como objetivo proporcionar a dignidade do preso e seu correto cumprimento da pena estabelecida. (BRASIL, 2016).

A criação de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal, como o que se enuncia na súmula vinculante nº 56 tem como instituir uma justa resposta do Poder Judiciário a esse verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” que infelizmente é a realidade do sistema prisional brasileiro. (BRASIL, 2016).

Dessa forma acarreta em várias decisões da Corte Suprema revelando essa intervenção do Poder Judiciário, como o exemplo de um antigo julgado que a Corte

deferiu habeas corpus a réu que tinha direito ao regime semiaberto, porém não obteve seu direito por deficiência estrutural do sistema carcerário. A omissão por parte do Estado que descumpra a Lei de Execução Penal não pode ser omitida também pelo Judiciário, pois acabaria impossibilitando o direito pleno e assegurado do sentenciado. (BRASIL, 2016).

Na mencionada decisão foi exposta a doutrina de René Ariel Dotti³, pela qual o autor afirma que o Estado não pode fugir da legalidade e ser infrator de direitos. Dessa maneira tem a necessidade de o título penal ser executado na medida certa da contenção ao direito do condenado estipulado pela sentença, não podendo, dessa forma, se permitir que o réu tenha que cumprir pena mais grave do que foi estabelecido na sentença, pois se configuraria excesso de execução. (BRASIL, , 2016).

Na ocasião, o STF teorizou acerca do “estado de coisas inconstitucional” caracterizando-o como consequência da omissão do Estado, pois deixa de implementar medidas de natureza estrutural a fim de evitar essa absurda contrariedade constitucional ocorrida nos cárceres brasileiros, que também ofende as premissas da Lei de Execução Penal.

No julgamento destacou-se a superlotação do sistema carcerário e as condições desumanas de custódia, ocasionando violações massivas de direitos fundamentais e também se asseverou acerca das falhas estruturais, o que configura o “estado de coisas inconstitucional”, pois está acontecendo um quadro de violação massiva e permanente a direitos fundamentais, consequência da falta de estrutura e falência de políticas públicas, sendo que, para alterar esse quadro, necessita-se de medidas amplas de natureza orçamentária, administrativa e normativa. (BRASIL, 2016).

Os Ministros da Suprema Corte destacaram a terrível situação das penitenciárias brasileiras, onde se criou um estado de anomalia, que compromete de forma grave a função da pena de prisão, que de acordo com Lei de Execução Penal, reside em “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (artigo 1º). (BRASIL, 2016).

Conforme delineado no julgado, o detento quando entra no sistema carcerário sofre uma violação repudiada pela própria Constituição Federal, pois com a omissão

³ Citando-se a obra “Curso de Direito Penal – “Parte Geral” e de Sidnei Agostinho Beneti Execução Penal”.

do Estado cria-se um estado anômalo violando direitos fundamentais ao apenado, e acarreta a não realização de direito inviolável do sentenciado, tal direito que não pode ser desrespeitado pois afeta ao tratamento digno. (BRASIL, 2016).

Tal estado de deficiência do sistema carcerário ocasionou em uma advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2011, relata que, se o sistema prisional continuamente não recebe a atenção do Estado para a obtenção de recursos essenciais, o sistema deste país, em vez de proporcionar proteção e segurança, proporciona uma estimulação de comportamentos antissociais, ocasiona a reincidência, e impede que o sistema prisional brasileiro cumpra com a função de reabilitação da pena privativa de liberdade. (BRASIL, 2016).

Os detentos, em seu cumprimento da pena, permanecem à margem do sistema jurídico, pois conforme Heleno Cláudio Fragoso, ao avaliar as condições que o preso enfrenta no cárcere, chegou-se à conclusão de que “os presos não tem direitos” e isso acontece pelo abandono do Poder Público, por não proporcionar condições mínimas para prover o cumprimento de preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição, e esta violação enseja em uma situação permanente e inadmissível violação aos direitos humanos. (BRASIL, 2016).

Na esclarecedora Reclamação cita-se ainda o julgamento do Recurso Extraordinário número 592.581/RS, no qual se trata da situação caótica e precária do sistema carcerário brasileiro, que ao longo de décadas não cumpre as funções essenciais da pena, pela omissão e indiferença do Poder Público resulta em graves violações a direitos humanos fundamentais na execução da pena, em virtude de tratamento cruel e degradante, que lesiona a integridade física e moral, e evidentemente a fundamental dignidade pessoal do preso. (BRASIL, 2016).

A deficiência no sistema prisional pátrio já deixou de ser um problema regional, transcendeu-se para a esfera nacional, assumindo um problema Estatal reiterando-se o desrespeito do Poder Público pelas normas que constituem a Lei de Execução Penal. O ministro Celso de Mello não hesita em afirmar, a partir de sua experiência como juiz da Corte Suprema e como antigo representante do Ministério Público, que a situação decadente do sistema prisional brasileiro revela em completa contrariedade ao enunciado da Constituição Federal bem como no que determina as convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas. (BRASIL, 2016).

Com a completa omissão do Estado sobre a questão penitenciária acarreta-se na violação de direitos básicos do apenado como de receber um tratamento justo e adequado; de não ser exposto a tratamentos cruéis e degradantes; de ter respeitado o seu direito fundamental à dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2016).

Ressalta-se que o Poder Executivo tem a atribuição legal de construir estabelecimentos prisionais, proporcionado colônias penais (agrícolas e industriais) e casas de albergados, devem também fornecer a formação de patronatos públicos e proporcionar recursos necessários para o cumprimento da Lei de Execução Penal e, por consequência, com a função social da pena de prisão.

Porém, o Estado não tem cumprido com sua obrigação e não proporciona as medidas necessárias para o seu cumprimento, contrariando o que diz no artigo 203⁴ da Lei de Execução Penal, que prevê mecanismos para a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, inclusive fornecendo os equipamentos necessários ai seu regular funcionamento. (BRASIL, 2016).

No julgado em comento, o Ministro Celso de Mello cita o Recurso Extraordinário número 592.581/RS, do relator Ministro Ricardo Lewandowski, que formulou uma tese possibilitando o Poder Judiciário a impor para a Administração Pública obrigação de fazer, correspondente à adoção de medidas para executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais com o objetivo de propiciar a dignidade da pessoa humana, resguardar aos detentos o respeito a sua integridade física e moral conforme o que estabelece no artigo 5º, XLIX da Constituição Federal. (BRASIL, 2016).

Na próxima seção será discutida a questão da possibilidade da judicialização das políticas públicas, que seria uma forma de intervenção do poder judiciário no poder executivo com o propósito de garantir o fornecimento de uma pena digna. E outras formas possíveis para o melhoramento da questão carcerária.

⁴ Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO GARANTIA DE UMA PENA DIGNA E OUTRAS PERSPECTIVAS PARA A QUESTÃO CARCERÁRIA

Nesta seção será debatida a questão da judicialização das políticas públicas, pois é sabido que atualmente a maioria das prisões brasileiras não proporcionam uma pena digna e ressocializadora. Tal fato acontece por uma série de omissões relacionadas ao poder público, que é o detentor e responsável pelo sistema carcerário.

Sendo o Estado o responsável por administrar esse sistema, este tem demonstrado não ser capaz de executar tal função, pois não se vislumbra o interesse governamental em investir no sistema para proporcionar uma melhor estrutura e condições para cumprir com a função social da pena e fazer cumprir a legislação como a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal.

Portanto, ao verificar esta insuficiência das políticas públicas para o sistema prisional, será analisada e discutida a possibilidade do Judiciário interferir de forma direta na Administração Pública, determinando obrigações com o objetivo de evitar a violação sistemática de direitos humanos.

Antes de adentrar ao assunto judicialização das políticas públicas será procedida uma breve contextualização acerca do tema, e de sua aplicação em nosso ordenamento Estatal.

Assim, em relação à conceituação de políticas públicas observa Antônio Eduardo de Noronha Amabile:

As políticas públicas são a concretização da ação governamental. Consideram atores formais e informais num curso de ação intencional que visa ao alcance de determinado objetivo. Podem ser constituídas com uma função distributiva, redistributiva ou regulatória e inspiram o constante debate sobre a modernização do Estado e, por isso, estão contemporaneamente se fundando mais em estruturas de incentivos e menos em estruturas de gastos governamentais. (AMABILE, 2012, p. 390).

Após a citação verifica-se que o autor descreve as políticas públicas como ações de prática com natureza governamental que pretende alcançar um objetivo específico. E que na sociedade moderna está sendo realizado mais por estruturas de incentivo do que necessariamente com gastos do poder executivo. (AMABILE, 2012).

Ao discutir as influências das políticas públicas Amabile constitui a seguinte análise:

As políticas públicas influenciam e são influenciadas por valores e ideais que orientam a relação entre Estado e sociedade. Grupos organizados se revezam como condicionantes dessas variáveis participando direta e indiretamente do processo decisório que as sustenta. Por isso, não se costuma definir de antemão quais seriam as finalidades principais das políticas públicas senão de uma forma mais genérica como, por exemplo, o atendimento do interesse da coletividade. É certo, apesar disso, que uma política pública se integra ao conjunto de esforços governamentais, coordenados em prol do atendimento de demandas especificamente selecionadas. (AMABILE, 2012, p. 390).

Ao observar a citação, nota-se que o autor define que as políticas públicas têm uma forte influência de valores que a sociedade tem perante o Estado, que é formado em parte por grupos que participam realizando decisões, tendo como princípio atender interesses da sociedade, e levar a este grupo ações governamentais e agir em objetivos específicos. (AMABILE, 2012).

Ao analisar o processo decisório das políticas públicas o autor conclui que este é excessivamente complexo, tendo como destaque a teoria da escolha racional, para este estudo considera-se quatro etapas, descritas da seguinte forma:

O estudo das políticas públicas considera quatro etapas principais: formulação, execução, monitoramento e avaliação. Tal esquematização tem efeito didático, pois permite a visualização desde a inclusão da política pública na agenda governamental até a avaliação de sua real efetividade, consoante a finalidade que se propunha. No entanto, não reflete a improvisação caótica que normalmente marca as políticas públicas latino-americanas, passíveis de evolução através da integração de esforços científicos à prática. (AMABILE, 2012, p. 390).

O autor ao descrever as quatro etapas do estudo das políticas, comenta que essas são organizadas de forma educativa que permite adentrar na agenda governamental, até a análise da sua real concretização verifica-se a sua finalidade. Entretanto, quando relaciona essas etapas nas políticas públicas latino-americanas, o autor realiza uma crítica e comenta que não tem efetividade essas etapas, pois o autor define as políticas públicas latinas como uma improvisação caótica, que podem evoluir perante a inserção científica no caso prático. (AMABILE, 2012).

Maria Paula Dallari Bucci, ao definir políticas públicas, disserta que:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente

determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. (BUCCI, 2006 p. 241).

Ao averiguar a citação conclui-se que as políticas públicas são ações governamentais, e tem a participação das atividades privadas, em busca de realizar ações concretas com viés sociais relevantes e específicos, e deve ser em tese um problema de Direito Público. (BUCCI, 2006).

Para Bucci, a relação entre políticas públicas e o Direito pressupõe a aceitação de uma interação entre os poderes do âmbito jurídico e político, e para ser assumida esta comunicação, deve ser aplicado critérios jurídicos nas decisões políticas. (BUCCI, 2006).

A conceituação de políticas públicas para Bucci só poderia ser estipulada por haver mais de um significado. Pois conforme a citação dos doutrinadores Pierre Muller e Yves Surel, “uma política pública é um construto social e um construto de pesquisa”. Pode também ser considerada política pública as omissões do governo, seja ela intencional ou não. As políticas públicas envolvem uma característica de valor, como a de demonstrar eficiência na gestão governamental, e também o inverso que seria demonstrar a ineficiência governamental pelos opositores do governo. (BUCCI, 2006).

Para Juarez Freitas, existe dois principais conceitos de políticas públicas. Um que vem do século XIX, ainda dominante, segundo o qual “política pública é uma política de ação governamental implementada, portanto, pelo governo”. E para esta concepção, o judiciário não poderia dizer que nenhuma lesão a direitos poderá deles ser subtraída. Assim para a visão tradicional e conservadora o judiciário não poderia examinar o mérito da decisão administrativa. (FREITAS, 2013).

O autor cita o exemplo de um caso ocorrido em Florianópolis, que o Município decidiu não adotar uma determinação do Ministério Público e se recusou a implementar um programa de atendimento a crianças vítimas de abuso, alegando que afetaria a discricionariedade administrativa e a reserva do possível. Porém, quando este caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, ordenou-se que o Município deveria cumprir tal política pública, em respeito ao artigo 227 da Constituição, que determina priorizar o atendimento aos direitos fundamentais a criança adolescente e jovem que deveriam ser mantidos a salvo por qualquer tipo de opressão. (FREITAS, 2013).

Portanto, a primeira posição seria a de manter crianças sendo vítimas de abusos sexuais, e a segunda concepção possibilitaria que o judiciário determinasse o cumprimento de políticas públicas. Para o mencionado autor a segunda concepção seria a mais adequada, pois a discricionariedade administrativa estaria vinculada com a eficácia dos direitos fundamentais, amparados pelo artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, que consagrou a eficácia direta e imediata deste rol de direitos. (FREITAS, 2013).

Esta mudança de paradigma também ocasionaria uma alteração significativa do conceito de Administração pública, que agora deve ser primado pela eficácia dos direitos fundamentais. Desta maneira se aprofunda o controle jurídico, que não seria mais atrelado apenas ao Judiciário, mas também na discricionariedade administrativa no contexto do controle da formulação e execução das políticas públicas. (FREITAS, 2013).

Após analisar conceitos de Políticas Públicas verifica-se que esta deve se primar em atender o interesse público e proporcionar a eficácia dos direitos humanos na execução de suas ações.

2.2.1 A judicialização das políticas públicas para o sistema carcerário

Um importante julgado recente, que abarca o tema da judicialização das políticas públicas, aconteceu na data de 13 de agosto de 2015, por meio do Recurso Extraordinário número 592.581 do STF, originário de uma Ação Civil Pública encaminhada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que requisitou à Justiça Gaúcha soluções para impor ao Poder Executivo do Estado a fazer obras de emergência no Albergue estadual de Uruguaiana. (BRASIL, STF, 2015).

Este Recurso Extraordinário foi interposto contra Acórdão que reformulou a sentença de primeiro grau, na qual fora decidido que não se poderia exigir do Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, alegando-se indevida invasão no âmbito decisório, pertinente à Administração Pública. (BRASIL, STF, 2015).

Após a análise das condições do Albergue estadual de Uruguaiana e de se verificar o excesso de infiltração e umidade, onde torna o ambiente insalubre, com banheiro em péssimo estado e instalações elétricas visíveis, circunstâncias que

poderiam pôr em risco a vida de funcionários e dos detentos, foi decidido pelo provimento do Recurso Extraordinário para cassar o Acórdão recorrido, mantem a decisão do juízo de primeiro grau. (BRASIL, 2015).

A decisão teve como fundamentação o argumento sobre a legitimidade do Judiciário em impor à Administração Pública obrigação de fazer, que abrange buscar a realização de obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais, para proporcionar uma pena compatível com os fundamentos da dignidade da pessoa humana e resguardar a integridade física e moral dos detentos, conforme com os fundamentos do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. De igual sorte, argumentou-se acerca da não aceitação de tese defensiva relativa ao princípio da reserva legal e da separação dos poderes. (BRASIL, 2015).

Outra decisão relevante sobre esta interferência do Poder Judiciário no tocante ao Poder Executivo, aconteceu no dia 30 de novembro de 2015, em que o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, indeferiu pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA 807), contra decisão que impôs ao Estado do Rio de Janeiro proporcionar banho de sol diário aos presos pelo prazo mínimo de uma hora, sob o risco de ser cobrado uma multa diária no montante de 10 mil reais, por cada estabelecimento penal caso ocorra o seu descumprimento. (BRASIL, 2015).

Ao analisar o que foi exposto nos autos, verifica-se que houve um questionamento por parte do Estado do Rio de Janeiro, sobre a decisão da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça (TJ – RJ), que reformou ato realizado pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, difere parcialmente antecipação de tutela que determinou a implementação do banho de sol diário. (BRASIL, 2015).

Conforme o relato do Ministro Lewandowski, ao verificar o caso, conclui-se que tendo em vista as condições materiais precárias, verificadas nos estabelecimentos prisionais brasileiros, não obstante de considerar a fragilizada situação econômica e orçamentária da União e de seus Entes Federados, o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão que os juízes e tribunais são aptos a designar ao administrador público a realizar ações, em relação ao preso, para garantir o princípio da dignidade humana e seus direitos constitucionais garantidos, especialmente o que é disposto no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal. (BRASIL, 2015).

Sobre o tema, a Assessora Jurídica na Procuradoria Geral da República, Vilvana Daminani Zenellato, adota como diretriz a intervenção do Poder Judiciário em assuntos designados, na teoria, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, quando se determina obrigação de fazer à Administração Pública, especialmente no que tange ao sistema prisional, como execução de medidas para preservar direitos fundamentais de pessoas que se encontram custodiadas sob o comando estatal, por razões criminais. (ZANELATO, 2016).

Como exemplo desta imposição do Judiciário à Administração Pública, a autora relaciona caso de obrigação de fazer, pertinente a obras emergenciais em estabelecimento prisional, mediante o Recurso Extraordinário número 592.581/RS. Os principais fundamentos utilizados para esta discussão de forma resumida foram, a função ressocializadora da pena, falência do sistema penitenciário brasileiro, dignidade da pessoa humana, inafastabilidade da jurisdição para fins de efetividade de direitos fundamentais, além de sanções aplicadas contra o Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a omissão estatal quanto ao suprimento de condições de vida minimamente digna ao preso. (ZANELATO, 2016).

Ao analisar o exemplo citado, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não interferiu em nenhuma competência relacionada à Administração Pública, pois manteve decisão de 1º grau, tal decisão teve como objetivo resguardar direito fundamental do preso previsto na Constituição Federal, exigindo realização de obras que estavam incluídas no plano orçamentário do Estado, porém não teve sua devida aplicação. Portanto não se deve punir o Supremo Tribunal Federal de ter interferido neste caso. (ZANELATO, 2016).

Por fim, chegou-se à conclusão que, verificada a inércia da Administração Pública, especialmente na questão prisional, é justificada a intervenção do Poder Judiciário, desde que seja devidamente comprovada a falta de implementação injustificada de medidas que lhe eram competentes, visa à realização de execução imediata de obrigações relacionadas a direitos humanos fundamentais, conforme o caso ora exposto, em que se busca assegurar o respeito à integridade física e moral dos sentenciados que estão sob o poder do Estado. (ZANELATO, 2016).

Sobre a judicialização das políticas públicas conclui-se que é necessária esta intervenção do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, para garantir uma pena digna e ressocializadora ao apenado, após se verificar uma omissão da

Administração Pública sobre esta questão, o que acaba tornando aceitável esta intervenção.

2.2.2 A participação da sociedade civil e outras perspectivas para o sistema carcerário

A atual realidade do sistema penitenciário brasileiro é extremamente preocupante, pois ao invés de proporcionar a ressocialização do apenado, o cárcere acaba se tornando verdadeira escola do crime, e apesar disto cada vez mais o Estado deixa de investir neste setor. Conforme a reportagem descrita por Renata Mariz, veiculada no *site* de notícias da Globo, noticiando que a União só pagou em torno de 5% do investimento previsto para o setor carcerário no ano de 2016. (MARIZ, 2016). Este orçamento foi pior que do ano de 2015, que já era um orçamento bastante debilitado para sanar os problemas do sistema carcerário atual. Após ter ocorrido uma reunião com autoridades dos Três Poderes, foi anunciado pelo governo os recursos inerentes a área prisional, mas apenas 5% do previsto foi efetivamente pago em 2016. (MARIZ, 2016).

Em valores tal percentual corresponde à a quantia de R\$ 38,9 milhões do total de 682,6 milhões autorizados para 2016, para o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça. Esta baixa execução no orçamento para o sistema prisional nacional já vem ocorrendo com certa frequência, mas neste ano está sendo pior que no ano de 2015. E apesar deste baixo orçamento, outro fato preocupante é que estatísticas demonstram que em cada três obras de presídios custeadas pelo governo uma esta paralisada, sob a alegação de que os estados não apresentam projetos adequados, e quando são aprovados ocorrem erros na execução, e isso faz com que os recursos não sejam repassados. (MARIZ, 2016).

Alguns projetos relacionados para melhorar a própria infraestrutura federal estão com a sua execução parada, como no caso da construção da quinta penitenciária federal, em Brasília, onde foi gasto R\$ 1,3 milhão em 2016, mas não foi repassado nenhuma quantia. Pois a empresa responsável pela obra simplesmente abandonou com a sua obrigação. Ao verificar os números orçamentários deste ano mostra-se que continua este histórico de congestionamento para o sistema prisional brasileiro. (MARIZ, 2016).

Para mudar o atual cenário do sistema carcerário brasileiro uma boa alternativa encontrada é a utilização do instituto de Parcerias Público-Privadas, (PPPs), regulada pela lei nº 11.079/04⁵ que se constitui em alternativa para suprir a falta de investimento do Estado. Com o auxílio da iniciativa privada poderá ser proporcionado um tratamento mais digno ao preso. Este instituto da iniciativa privada tem se tornado uma tendência global, pois procura transportar este tipo de serviço público para a melhor eficácia e eficiência que a iniciativa privada pode proporcionar. (MURARO, 2016).

Os recursos disponíveis no setor público são cada vez mais escassos, o que força o Estado a buscar novas formas de investimento para o sistema carcerário, e uma das formas encontradas é a busca de parcerias do setor público e privado como a gestão compartilhada, que seria a integração de pessoas, esforços e recursos para um propósito comum. (MURARO, 2016).

Alusivo a esta forma de gestão no sistema carcerário o Estado terceirizaria algumas tarefas para o setor privado. Como exemplo; fornecimento de refeições, serviços de lavanderia; entre outros. O estado também poderia conceder por um período de tempo uma prisão já existente aos cuidados de uma empresa, ficando responsável pela sua administração como no caso de Guarupava, no Estado do Paraná, sendo o primeiro presídio a ser gerido por esta forma que ocorreu no ano de 1999. (MURARO, 2016).

Na questão legislativa, diversos Estados brasileiros regulamentaram normas sobre as parcerias público-privadas, como exemplos a Lei nº 12.234/2005 do Estado do Rio Grande do Sul, a Lei nº 14.868/2003 do Estado de Minas Gerais, entre outras.

No ano de 2004 surgiu a Lei nº 11.079, que regulamentou as normas gerais de licitação e contratação com o envolvimento do setor público-privado no que tange à Administração Pública. Como o contrato de concessão, cuja finalidade seria de o particular poder assumir a execução de obras que em tese seriam pertinentes à Administração Pública, como contratos referentes à construção, manutenção e administração de penitenciárias. (MURARO, 2016).

⁵ Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Essa integração do sistema PPPs para o setor carcerário pode se tornar algo muito valioso, seus benefícios ficam visíveis em relação ao aumento do número de vagas nas penitenciárias, e desta forma ajudaria a proporcionar um cumprimento de uma pena mais digna ao detento, e também estabelecer parcerias para proporcionar vagas de emprego ao apenado após cumprir sua pena, o que resultaria em uma maior ressocialização do apenado e diminuiria a sua reincidência. (MURARO, 2016).

Um exemplo a esta integração das parcerias público-privada no sistema prisional brasileiro, aconteceu em um presídio de Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte estado de Minas Gerais, conforme reportagem publicada e disponibilizada no site do Bom dia Brasil da rede Globo. Este presídio foi construído por cinco empresas que venceram uma licitação, devendo arcar com o custo no valor de R\$ 280 milhões, e recebendo pelo valor empregado, a quantia de R\$ 2,1 mil por cada preso do Estado, nos 27 anos seguintes. (CARVALHO, PIMENTEL, 2013).

As empresas se responsabilizaram pela construção do presídio, e a proporcionar a alimentação, saúde e educação de 608 detentos. Nos galpões funcionarão oficinas de trabalho, propiciando aos presos aprender a fazer mobillha, calçados e costurar uniformes, devendo essas tarefas ser cumpridas de forma impositiva, sem a opção do detento em não realizar tais atividades. (CARVALHO, PIMENTEL, 2013).

O projeto prevê um monitoramento sobre os resultados desta parceria com a entidade público-privada por uma empresa norte-americana, que avaliará 380 itens. Caso a avaliação não for positiva, como o exemplo de ocorrer uma rebelião, poderá a entidade responsável pela administração do presídio perder até 50% do valor a ser recebido pelo governo. Por este motivo é elevado o nível de vigilância, como a utilização de colchões anti-chamas, lâmpadas de baixa voltagem e paredes sem tomadas para evitar que seja feita a carga em celulares. (CARVALHO, PIMENTEL, 2013).

No sistema são previstas duas torres para realizar o monitoramento, recebendo imagens de quase 300 câmeras seja dia ou noite. E também será por estas torres que ocorrerão os comandos de abertura e fechamento de portões, e funcionamento de chuveiros e energia elétrica. Com esse tipo de automatização de comando aumentaria a segurança, pois evita que um agente penitenciário desça até

a cela para retirar um preso, correndo o risco de ser feito refém e assim iniciar uma rebelião. (CARVALHO, PIMENTEL, 2013).

O comentarista de segurança Rodrigo Pimentel afirma que por haver um déficit de aproximadamente 240 mil vagas no sistema carcerário brasileiro, este assunto deve ser encarado como um problema emergencial, e as parcerias público-privada podem proporcionar maior dinamismo e velocidade na implementação deste tipo de investimento, o que pode se transformar na melhor solução em um período curto de prazo para esta enorme crise que vivencia o sistema penitenciário no Brasil atualmente. (CARVALHO, PIMENTEL, 2013).

Outra forma de relativo sucesso encontrada para aumentar a ressocialização do preso no Brasil é o programa inovador realizado pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria, que tem obtido êxito na ressocialização do apenado. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

Este modelo prisional visa obter a ressocialização do apenado, contando com a mobilização da sociedade civil, e tentar realizar, na prática, o cumprimento da lei de Execução Penal com baixo custo. Esta alternativa penal já se encontra sendo aplicada em unidades prisionais no Brasil e também em outros países como Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália, merecendo um destaque e estudo mais profundo inerente às responsabilidades da Administração Pública. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), foi criada na data de 1974, por uma ação de voluntários cristãos, na cidade de São José dos Campos – São Paulo. O seu criador Mário Ottoboni, descreve a APAC como uma entidade que realiza um método voltada a valorização humana e evangelização, para fornecer ao preso sua ressocialização e com isto proteger a sociedade. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

As APAC's diferenciam-se do sistema tradicional prisional, na proporção em que nas associações o condenado é chamado de reeducando ao invés de preso, sendo ele o principal personagem da sua recuperação, adquirindo responsabilidade sobre seus atos. O recuperando deve obedecer a rigorosas regras de disciplina, baseada no respeito, pela ordem e o trabalho. Outra diferenciação do sistema comum é que a fiscalização é feita por voluntários, não havendo nenhum agente

penitenciário, e a segurança interna é feita pelos próprios reeducados. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

O método possui três regimes: no primeiro que é o regime fechado, enfatiza-se à laborterapia. Já no regime semiaberto é definida uma profissão aos recuperandos, pela parceria feita com cursos profissionalizantes e criadores de mão de obra. Por ultimo define-se o regime aberto, que é a fase da reinserção social, momento que o recuperando pratica a sua profissão aprendida no método. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

O índice de reincidência do preso submetido ao método APAC é inferior a 5%, já tal índice ao ser comparado com sistema comum no Brasil chega a 86%, mostrando a eficiência e a necessidade da ampliação de unidades desse método para aumentar a ressocialização do apenado e trazer mais segurança a população. (FALCÃO, CRUZ, 2015).

Outra boa forma de aumentar os índices de ressocialização do apenado foi encontrada nos Estados Unidos. Uma descoberta feita no Condado de Cook, em Illinois, pelo jornal Daily Southtown, conta que existe um programa relacionado ao jogo de xadrez, que consiste nos detentos praticarem o jogo de xadrez, que há quatro anos está comprovadamente ajudando na ressocialização dos presos. Relata-se que foi uma ideia desenvolvida pelo Xerife Tom Dart do Condado de Cook, com o objetivo de evitar a reincidência de presos recentemente libertos, pois o jogo de xadrez ajuda a pensar melhor nas consequências de seus atos. (MELO, 2016).

Verifica-se que pode se tornar uma boa solução a maior utilização da participação da sociedade civil para a melhorar a questão carcerária brasileira. Assim deveria se utilizar mais as parcerias público-privadas na medida em que a Administração Pública demonstra dificuldades em adquirir verbas para investir no sistema carcerário e investir mais em programas como a Apac, que demonstrou ser eficaz na busca da ressocialização do apenado.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a apresentar os problemas do sistema penitenciário brasileiro, que atualmente consiste em violações massivas e contínuas a direitos humanos fundamentais em sua amplitude em nossos presídios. Estas violações acarretam altos índices de reincidência nos cometimentos de crimes após o detento ter cumprido sua pena, o que evidencia a total ineficiência da pena privativa de liberdade na ressocialização do apenado.

Para entender este atual quadro do uso da pena privativa de liberdade brasileira, foi analisado o histórico e a função da pena de prisão, como o seu surgimento, e a criação das suas principais funções. Porém ao verificar na prática a aplicação da pena de prisão no Brasil, tem se demonstrado ineficaz em cumprir com as principais funções da pena de prisão, principalmente no âmbito da ressocialização do preso na sociedade.

Para reverter o atual quadro da pena privativa de liberdade brasileira, e evitar violações a direitos humanos que acarretou em um “estado de coisas inconstitucional”, foi proposto como uma possível hipótese para o problema nesta pesquisa a judicialização das políticas públicas, pois após analisar a atuação do Poder Executivo em sua amplitude, chegou-se à conclusão que este não tem demonstrado interesse em investir em nosso sistema carcerário, ocasionando condições péssimas de infraestrutura, saúde, alimentação e higiene para os presos, dificultando a obtenção de uma pena efetivamente ressocializadora. E com a interferência do Poder Judiciário em obrigar o Poder Executivo a realizar ações, como obrigação de fazer esta hipótese poderá ser utilizada.

Outra possível solução encontrada para amenizar os atuais problemas do sistema prisional brasileiro, é a participação da sociedade civil, como criação de parcerias público-privadas, e programas inovadores como por exemplo as APACs. A participação de parcerias público-privadas tem se demonstrado eficaz na medida em que o governo tem dificuldade de obter verba para investir neste setor, e o programa APAC, tem demonstrado a sua eficiência nos índices de ressocialização do preso submetido a este programa, utilizando um investimento menor que no sistema carcerário comum.

Esta pesquisa tem um propósito de contribuir para melhorar o sistema prisional brasileiro, na busca de garantir o cumprimento dos direitos humanos, e proporcionar ao apenado uma pena digna e ressocializadora, que infelizmente tem enfrentado, na maioria das nossas penitenciárias, condições subumanas ao cumprir sua pena.

É necessário discutir e analisar a questão carcerária no Brasil, pois é um tema relevante para toda a nossa sociedade, porque quando se demonstra a ineficiência de ressocializar o preso, este retorna ao convívio social continuando a cometer delitos, acarretando no aumento da violência e por consequência diminuindo a segurança e o bem estar da nossa sociedade.

Portanto, é necessário buscar soluções para amenizar os atuais problemas do nosso sistema penitenciário, que atualmente possui um quadro de massivas e permanentes violações a direitos humanos nos cárceres brasileiros, com índices extremamente altos de reincidência de crimes do apenado submetidos ao nosso sistema, e procurar proporcionar uma pena digna, humana e ressocializadora.

REFERÊNCIA

AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. CARMEM, Lúcia Freitas de Castro, CYNTHIA, Rúbia Braga Gontijo. **Dicionário de Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Universidade do Estado de Minas Gerais, 2012.

ARAUJO, Carlos. **Sistema Prisional Brasileiro**: A busca de uma solução inovadora. Março de 2014. Disponível em :
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197374,81042-Sistema+Prisional+Brasileiro+A+busca+de+uma+solucao+inovadora>>. Acesso em 19 de maio de 2016.

ASSUMPÇÃO, André Del Grossi. **A Humanidade das Penas e a Dignidade da Pessoa Humana em Perspectiva da Fuga de Preso**. Abril de 2010. Disponível em:
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7568/6653>>. Acesso em 5 de julho de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 4º. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, João Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 7º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1º ed. São Paulo: Saraiva 2006.

BRASIL.CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
Acesso em 18 de maio de 2016.

_____. Decreto Lei nº 847. de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal de 1890.
Disponível em:
<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>
Acesso em: 15 de maio de 2016.

_____.LEI Nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Dispões sobre a Lei de Execução Penal.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>
Acesso em: 19 de maio de 2016.

_____. Lei nº 11.079/2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>

Acesso em: 19 de novembro de 2016

_____. **STF- Recurso Extraordinário: 592.581**. Turma Recursal.... Relator Ricardo Lewandowski. Julgado emAgosto de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>

Acesso em 25 de outubro de 2016.

_____. Reclamação de número 25.119 MC/DF, Relator o Ministro Celso de Mello.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl25119MCDfdecisao002.pdf>>

Acesso em 17 de novembro de 2016.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, N°45, V.12, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12º. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16º. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Larissa, PIMENTEL, Rodrigo. Conheça a primeira penitenciária público-privada do país. **Globo**. Janeiro de 2013. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/01/exclusivo-do-bom-dia-brasil-conheca-primeira-penitenciaria-publico-privada-do-pais.html>> Acesso em 11 de novembro de 2016.

COIMBRA, David. O corredor da prisão. **ZH Colunista**. Julho de 2016. Disponível em:

<[http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/colunistas/david-coimbra/noticia/2016/07/o-corredor-da-prisao-](http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/colunistas/david-coimbra/noticia/2016/07/o-corredor-da-prisao-6954248.html#showNoticia=dSRqQi9zPEMzMjU2MzU1NjM5OTkwOTQzNzQ0JVJ1MTE3MDc5ODU2NTY3MTc4MTU2Mm08ZDU0NTE0OTk1NDM2NDIyNDMwNzJPeiNzTEgsVHs0S2YtK0pTK0E=>)

6954248.html#showNoticia=dSRqQi9zPEMzMjU2MzU1NjM5OTkwOTQzNzQ0JVJ1MTE3MDc5ODU2NTY3MTc4MTU2Mm08ZDU0NTE0OTk1NDM2NDIyNDMwNzJPeiNzTEgsVHs0S2YtK0pTK0E=> Acesso em 17 de novembro de 2016.

DAROIT, Felipe. Juri é cancelado após facção impedir saída de preso do Presídio Central. **Gaúcha**. Setembro de 2016. Disponível em:

<<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/juri-e-cancelado-apos-facciao-impedir-saida-de-presos-do-presidio-central-176337.html>> Acesso em 17 de novembro de 2016.

ESTEFEM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FALCÃO, Luisa Silva, CRUZ, Marcus Vinícius Gonçalves da . **O Método Apac – Associação de Proteção e Assistência aos Codenados: análise sob a perspectiva de alternativa penal**. Maio de 2015. Disponível em:

<http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/2015/VIII_Consad/130.pdf>
Acesso em 10 de Julho de 2016.

FERDANDES, Jeferson. **Relatório Final**: Relatório com diagnóstico do sistema prisional do estado do Rio Grande do Sul, análise crítica e proposições. Porto Alegre, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: histórico e violência nas prisões. 33^o ed. Petrópolis: Vozes Ltda, 2007.

FREITAS, Juarez. **Gestão Pública dos Entes Federativos**: desafios jurídicos de inovação e desenvolvimento. São Paulo: Classica, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, João José. **Direito Penal**: Parte Geral. 3 ed. Florianópolis – SC : OAB/SC, 2004.

MARIZ, Renata. União só paga 5% do previsto para setor carcerário no ano. **O Globo**. 08 de nov. de 2016. Disponível em:
<<http://oglobo.globo.com/brasil/uniao-so-paga-5-do-previsto-para-setor-carcerario-no-ano-20428838>>
Acesso em 19 de novembro de 2016.

Minas Gerais Lei nº 14.868/2003. Disponível em:
<http://www.ipism.mg.gov.br/arquivos/legislacoes/legislacao/leis/lei_14868.pdf>
Acesso em 11 de novembro de 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 20 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

MURARO, Célia Cristina. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Agosto de 2012. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136>
Acesso em 10 de novembro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, Parte Especial. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel Junior. **Instituições de Direito Penal**: Parte Geral. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Rio Grande do Sul Lei nº 12.234/2005. Disponível em:
<<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.234.pdf>>
Acesso em 11 de novembro de 2016.

RODRIGUES, Artur. Com falta de estrutura, presos de SP morrem doentes e fora de hospitais. **Folha de S. Paulo**. Setembro de 2016. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/07/1796216-com-falta-de-estrutura-presos-de-sp-morrem-doentes-e-fora-de-hospitais.shtml>>
Acesso em 8 de novembro de 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ZANELATO, Vilvana Damiani. **Sistema Prisional: entre o Poder e o Dever**. Março de 2016. Disponível em:
<<https://canalcienciascriminais.com.br/sistema-prisional-entre-o-poder-e-o-dever/>>
Acesso em 26 de agosto de 2016.