



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO - FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - FACIUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

VÂNIA GONÇALVES NUNES

A CONSTANTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
APENADO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A PRESERVAÇÃO DE
DIREITOS

MONTE CARMELO/MG

2018

VÂNIA GONÇALVES NUNES

A CONSTANTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
APENADO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A PRESERVAÇÃO DE
DIREITOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da
FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário
Palmério, como requisito para obtenção do
Título de Bacharel em Direito, sob orientação
do Professor Mestre Tiago Nunes da Silva.

Orientador:

MONTE CARMELO/MG

2018

VÂNIA GONÇALVES NUNES

A CONSTANTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
APENADO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A PRESERVAÇÃO DE
DIREITOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da
FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário
Palmério, como requisito para obtenção do
Título de Bacharel em Direito, sob orientação
do Professor Mestre Tiago Nunes da Silva.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora:

MONTE CARMELO/MG

2018

AGRADECIMENTO

Agradeço principalmente a minha mãe Leonora Gonçalves Nunes, pois, sem seu incansável apoio e esforço esta graduação não seria possível. Agradeço aos meus familiares, amigos, colegas e professores que me transmitiram conhecimento ao longo desta árdua caminhada. Agradeço em especial ao meu orientador Professor Mestre Tiago Nunes da Silva, pela disponibilidade, carinho e atenção com os quais me conduziu no desenrolar deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, bem como a violação dos direitos fundamentais dos presos. A legislação penal brasileira é considerada exemplar por alguns países, no entanto ao analisar a atual situação do sistema prisional brasileiro observamos que ele é totalmente o oposto do que está previsto na nossa Constituição Federal que confere diversos direitos e garantias aos presos, como saúde, respeito a integridade física e moral entretanto as penitenciarias brasileiras estão superlotadas, com isso uma completa violação dos direitos basilares à vida humana, ferindo o principio da dignidade da pessoa humana, um dos basilares do direito brasileiro. Será analisado ainda no presente trabalho a legislação brasileira bem como nossa doutrina sobre o assunto, analisará também a real situação do sistema penitenciário brasileiro. Por meio de pesquisas bibliográficas, método dedutivo e estatístico objetiva-se uma melhor compreensão do objeto de estudo.

Palavras Chaves: Direitos. Legislação. Sistema Penitenciário. Presos.

ABSTRACT

This study aims to analyze the current situation of the Brazilian prison system, as well as the violation of the prisoners' fundamental rights. Even though Brazilian criminal law is considered exemplary by some countries, in analyzing the current situation of the Brazilian prison system we observe that it is totally the opposite of what is provided for in our legislation, our Federal Constitution confers several rights and guarantees to prisoners, such as health, respect for physical and moral integrity, however, Brazilian prisons are overcrowded, thereby violating the basic rights of human life, violating the principle of the dignity of the human person, one of the foundations of Brazilian law. We will also analyze the Brazilian legislation as well as our doctrine on the subject, and we will also analyze the real situation of the Brazilian penitentiary system. Through bibliographical research, methods, deductive and statistical, it is aimed at a better understanding of the object of study.

Key Words: Rights. Legislation. Penitentiary system. Prisoners

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	08
2.1 Conceito	08
2.2 Classificação	12
2.3 A Distinção Entre Direitos e Garantias Fundamentais	17
2.4 Características dos Direitos e Garantias Fundamentais.....	18
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO	19
3.1 A Atual Situação do Sistema Prisional Brasileiro	23
3.2 A Proibição do Tratamento Desumano ou Degradante	25
3.3 A Necessidade da Observância de Três Elementos para o Cumprimento da Pena: Delito, Idade e Sexo	28
3.4 A Cláusula de Abertura do § 2º do Art. 5º da Constituição Federal como Garantia de Direitos Fundamentais Conhecidos como Atípicos	29
4 POSSÍVEIS MEDIDAS PARA A SOLUÇÃO	33
4.1 Privatização dos Presídios	33
4.2 A Punição sob a Ótica das Penas Alternativas	38
4.3 O Trabalho e a Educação como Medida de Ressocialização	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A Premissa do presente trabalho será analisar os direitos fundamentais do apenado, bem como verificar se a dignidade da pessoa humana do indivíduo condenado pela prática de algum delito está sendo resguardada, bem como quais medidas seriam cabíveis para a solução das desmazelas do sistema penitenciário brasileiro.

A sociedade brasileira tem sofrido com a violência em que vivemos na atualidade que qualquer benefício concedido ao apenado é tido como uma afronta ao cidadão brasileiro.

Os direitos fundamentais do apenado visam garantir o mínimo dos direitos ao indivíduo condenado para uma existência digna, impondo ao Estado o dever de proteger e assegurar que esses direitos sejam efetivados, de forma que possibilite a todos os seres humanos uma vida livre de qualquer abuso por parte do poder público. O surgimento dos direitos fundamentais não se deu em um determinado momento, sua positivação é decorrente de um longo processo histórico, tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais estão em constante evolução, sendo seu surgimento de acordo com as necessidades de cada época.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra respaldo no art, 1º III, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além de estar espalhado por todo ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, o referido princípio visa garantir em caráter obrigatório o respeito à dignidade e a integridade do ser humano, de forma que todos recebam um tratamento digno e tenham suas garantias respeitadas, inclusive aqueles que estão privados de sua liberdade.

Qualquer medida que se adote para o melhorar o sistema penitenciário brasileiro seja curto ou longo prazo depende de investimentos e de recursos federais. A ausência do controle estatal sobre o sistema carcerário permite a formação do denominado escritório do crime, ou seja, os criminosos que controlam as penitenciais. Se os governantes não fizerem os investimentos necessários no nosso sistema penitenciário estaremos próximos de uma situação sem controle, de uma barbárie.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são os direitos mínimos de todos os indivíduos, impondo ao Estado o dever de proteger e assegurar que esses direitos sejam efetivados, de forma que possibilite a todos os seres humanos uma vida digna, livre de qualquer abuso por parte do poder público.

Quanto ao surgimento dos direitos fundamentais, deve-se ressaltar que não se deu em um momento determinado, sua positivação é decorrente de um longo processo histórico, tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais estão em constante evolução, sendo seu surgimento de acordo com as necessidades de cada época.

Ao serem eleitos, os representantes do povo passam a ser os mandatários, de forma que suas ações decidem o destino da nação, tendo como limitação aos poderes a eles investidos os direitos e as garantias fundamentais do homem, que impedem que o Estado aja de forma abusiva.

No que tange à nomenclatura, existe certa divergência, tanto na doutrina quanto em nosso ordenamento jurídico, pois são utilizadas várias expressões para se referir aos direitos fundamentais do homem, como, por exemplo, direitos humanos ou direitos do homem, como se verá mais adiante.

Assim, ao longo deste capítulo será estudado acerca do conceito dos direitos fundamentais, bem como sobre a sua classificação, características e a distinção entre direitos e garantias fundamentais do homem.

2.1 Conceito

Ao falar-se sobre direitos humanos está se abrangendo todos os direitos que possuem a finalidade de garantir aos indivíduos uma vida digna, bem como uma convivência pacífica entre todos e um tratamento igualitário.

Os direitos fundamentais passaram por inúmeras transformações ao longo dos anos, o que torna difícil a sua conceituação. O grau de dificuldade ainda é aumentado em razão das várias expressões utilizadas para se referir aos direitos fundamentais, como “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos,

liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”. (SILVA, 2004, p. 175).

Tem-se que a expressão direitos fundamentais do homem é a mais apropriada, conforme assevera José Afonso da Silva:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17. (SILVA, 2004, p. 178).

É sabido que os direitos fundamentais são ligados à dignidade humana, estando descritos em nosso ordenamento jurídico. A propósito, vale ressaltar que por muitas vezes nossa Constituição utiliza como sinônimos as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

Para Bonavides (2008, p. 561), “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...], os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”.

Acerca da diferenciação das expressões acima mencionadas, vale mencionar as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal,

independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional. (SARLET, 2010, p.29)

Como mencionado, os direitos fundamentais surgiram ao longo do tempo, à medida em que iam sendo reconhecidos pela legislação, de acordo com a necessidade de cada época, possuindo características como a universalidade, a inviolabilidade e a limitabilidade, as quais veremos mais adiante.

Por sua vez, Ferrajoli define os direitos fundamentais como direitos subjetivos que correspondem de forma universal a todos os indivíduos enquanto dotados do status de pessoa, de cidadão ou de pessoas com capacidade de agir. (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Vale ainda ressaltar nas palavras de Rodrigo César Rebello Pinho que os direitos fundamentais são tidos como sendo:

[...] Indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes. (PINHO, 2010, p. 96)

Assim, resta claro que a nomenclatura utilizada para se referir aos direitos que são fundamentais na existência do homem é irrelevante, pois o que realmente importa é que haja o reconhecimento dos mesmos em nosso ordenamento jurídico, bem como que sejam realmente efetivados pelo Estado.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais, de forma mais específica, são aqueles assim reconhecidos em nossa legislação vigente, sendo que os mesmos tutelam valores de solidariedade, liberdade e fraternidade, de maneira a garantir uma vida digna a todos os seres humanos.

Vale mencionar que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, os direitos e garantias fundamentais são uma categoria de direitos dotados de particularidades que os diferenciam dos outros direitos. Veja-se:

Os direitos fundamentais são a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos garantias individuais – formam a base do

ordenamento jurídico Estado de Direito Democrático. (MENDES, 2004, p. 2)

Os direitos fundamentais do homem numa acepção formal são considerados fundamentais quando assim é qualificado no ordenamento jurídico vigente, estabelecendo-se ainda algumas garantias para que eles sejam respeitados. Por sua vez, em uma acepção material, tem-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos básicos que o ser humano possui, os quais são naturais e universais, bem como oponível face ao Estado.

Assim, os direitos em análise tratam-se de um conjunto de prerrogativas destinado a todos os seres humanos, tendo como principal objetivo assegurar uma existência digna a todos os indivíduos.

Desse modo, percebe-se que os direitos fundamentais são diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo que todos os indivíduos tenham direito à liberdade, a um desenvolvimento digno, devendo o Estado lhe garantir os direitos e garantias mínimas para uma existência digna, livre e igual.

Os direitos e garantias fundamentais nascem junto com o ser humano e também são uma forma de limitação do poder do Estado, que não pode cometer qualquer ato que abuse de seu poder e desrespeite os direitos fundamentais dos indivíduos. Cabendo ainda ao Estado agir de forma que se garantam os exercícios desses direitos e garantias por todos os seres humanos.

2.2 Classificação

Em sua acepção formal, os direitos fundamentais são aqueles direitos básicos que o indivíduo possui, exigindo-se do Estado uma abstenção ou uma ação no sentido de garanti-los.

Os direitos fundamentais não surgiram de uma só vez, mas sim ao longo do tempo, de acordo com as necessidades de cada época, sendo, por essa razão, classificados em dimensões ou gerações, as quais são baseadas na ordem histórica cronológica que começaram a ser reconhecidos constitucionalmente.

Com o passar dos anos, como era esperado ocorria uma constante evolução e transformação dos direitos fundamentais, houve a necessidade de se fazer a mudança do termo geração para dimensão. No mesmo entendimento, Bonavides (2008 p. 571-572): “[...] o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso

este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

Sobre as dimensões dos direitos fundamentais José Joaquim Gomes Canotilho diz que:

É discutida a natureza destes direitos. Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos de primeiras gerações. A ideia de generalidade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ‘indimensionável’ dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem e não de três gerações. (CANOTILHO, 2002, p. 387)

A primeira geração de direitos fundamentais surgiu durante o século XVIII e XIX, foram os primeiros direitos do homem a serem reconhecidos e sacramentados pelos textos constitucionais, tem inspiração jusnaturalista e são os direitos do cidadão frente ao Estado e abarcam os direitos civis e políticos, garantindo aos cidadãos direitos como à liberdade, à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, a igualdade perante a lei e etc.

Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões. (BONAVIDES, 2006, p. 569)

Por sua vez, os direitos de segunda geração como ensina Wolkmer (2003, p. 8), “são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público”.

Esses direitos surgiram após a 2ª Guerra Mundial com a chegada do chamado Estado – Social, eles foram publicados na Constituição de Weimar e nas Constituições Marxistas, compreendem o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, etc.

Os países que estavam em constante desenvolvimento na época, encontraram várias dificuldades de dar validade a esses novos direitos sociais, especialmente pela falta de condições econômicas presentes naquele período. Como assevera Bobbio (1992, p. 45), “A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana”.

Sobre o tema, vale mencionar as palavras de Paulo Bonavides:

[...] que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira, pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter da programaticidade. (BONAVIDES, 2006, p. 570)

Os direitos fundamentais de terceira geração são chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, nasceram no século XX e são direitos cujos sujeitos não são os indivíduos em si, mas grupos humanos, como o povo, a nação, a família, visam à coletividade e estão voltados para a humanidade como um todo. Assim, tem-se que a titularidade desses direitos é coletiva ou difusa, pois não visualizam toda a coletividade ou grupo.

Nesse contexto, Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros ensina que:

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados. (MEDEIROS, 2004, p. 74-75)

Assim, os direitos de terceira geração, também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, englobam o direito a um ambiente equilibrado, ao progresso, a autodeterminação dos povos, uma qualidade de vida saudável, o direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, entre outros que são de interesse de determinados grupos de pessoas, estão diretamente ligados ao princípio da solidariedade, portanto pode-se dizer que são os direitos da coletividade.

Tais direitos acima descritos encontram-se em meio aos interesses da coletividade, sobre tal entendimento Bonavides (2008, p. 569): “[...] direitos da terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, [...], têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Mas, vale salientar também que os direitos fundamentais de terceira dimensão estão inteiramente vinculados aos seguintes fatores:

A veiculação de novos processos e técnicas de produção, associados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção, e a tecnicização dos processos de gestão e legitimação do conhecimento que caracterizam um novo perfil do capitalismo e o desenvolvimento das sociedades industriais do século XX são referenciais que provocaram profundas transformações não apenas sobre a forma de organização das relações econômicas e sociais, mas, sobretudo sobre o modo como seriam, a partir desse momento, definidas e legitimadas as relações de poder, bem como as condições do seu exercício, de acordo com as novas qualidades de conflitos até então desconhecidas das instituições, exigindo, por sua vez, formas diferenciadas de atuação institucional, conjugadas com a especificação de novos objetivos políticos da parte dos Estados. (LEITE; AYALA, 2004, p. 11)

No que diz respeito aos direitos de quarta geração, Paulo Bonavides ensina que:

Globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2006, p. 571-572)

Assim, os direitos da quarta geração consistem no direito à democracia, direito ao pluralismo e o direito à informação. Sendo um direito de quarta geração, a democracia deve ser direta e livre de contaminações.

Antônio Carlos Wolkmer traz a definição dos direitos de quarta dimensão, veja:

São os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros (WOLKMER, 2003, p. 12).

Tais direitos são motivos de inúmeras discussões e polemicas entre diversas áreas profissionais como médicos, biólogos, juristas, sociólogos, psicólogos, enfim, profissionais que se destinam a proteger a vida humana preservando sempre o bem-estar do indivíduo.

As quatro gerações acima analisadas representam uma conquista para a sociedade de direitos fundamentais, que se resume no lema da revolução francesa, qual seja “liberdade, igualdade e fraternidade”. Portanto, pode-se concluir que os direitos fundamentais de primeira geração dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo possui, e estão ligados à sua liberdade, controlando e limitando o Estado.

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda geração estão fundados na ideia de igualdade, devendo o Estado atuar em prol dos cidadãos, ocorrendo uma prestação positiva do poder público, no sentido de garantir os direitos sociais.

Já os direitos fundamentais de terceira geração dizem respeito à fraternidade, visando proteger os direitos de uma sociedade, de uma nação, estando entre os direitos de quarta geração o direito ao desenvolvimento, os direitos dos consumidores e de forma especial os direitos que possuem relação com grupos de pessoas mais vulneráveis, como crianças e idosos.

Por fim, têm-se os direitos individuais de quarta geração, que decorrem da globalização dos direitos fundamentais, que, conforme dito anteriormente, envolvem a democracia, o direito à informação e ao pluralismo.

Enfim, os direitos fundamentais são todos os que assim estão previstos em nosso ordenamento jurídico, pertencendo a todos os campos da vida humana, tendo surgido com o tempo e devendo ser respeitados contra qualquer ato de violação, praticado pelo particular ou pelo Estado.

Vale ressaltar que o direito à vida é pressuposto de exercício dos demais direitos fundamentais. Nesse sentido, temos o entendimento Maria Helena Diniz:

A vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se é assim, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. (DINIZ, 2009, p. 34)

Ainda sobre a classificação dos direitos fundamentais, vale mencionar que nossa Constituição Federal, em seu título II, buscou separá-los, conforme menciona André Júnior Puccinelli:

Direitos individuais: focam as prerrogativas opostas individualmente contra o arbítrio estatal (art. 5º). Direitos Coletivos: São os direitos do homem integrante de uma coletividade (art. 5º). Direitos Sociais: encampam intervenções ou prestações materiais do Estado no campo social,

fracionando-se em direitos sociais propriamente ditos (art. 6º) e direitos trabalhistas (arts. 7º a 11º). Direitos de nacionalidade: traduzem um vínculo jurídico-político entre a pessoa e o Estado (arts. 12 e 13). Direitos políticos: estão relacionados à participação na vida política do Estado, abraçando as prerrogativas de votar e ser votado, de participar de referendo e plebiscito, etc. (arts. 14 a 17). (PUCCINELLI, 2012, p. 201)

Assim, de acordo com nossa Carta Magna, são cinco as espécies do gênero direitos fundamentais e garantias fundamentais, quais sejam, direitos individuais e coletivos, direitos de nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais e direitos relacionados a partidos políticos.

Assim, como já mencionado, todos os direitos fundamentais derivam do direito à vida, cabendo ao Estado assegurar não só a efetivação desse direito, mas de todos aqueles direitos considerados fundamentais, pouco importando a classificação que a eles é dada.

2.3 A Distinção Entre Direitos e Garantias Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais são erroneamente entendidos como sinônimos, todavia, apesar de estarem interligados, não se tratam de expressões sinônimas, como restará demonstrado.

Nossa Carta Magna, em seu título II, traz os direitos e garantias fundamentais, sendo que esses direitos fundamentais só possuem efetividade se acompanhados das respectivas garantias, as quais asseguram seu exercício. Assim, as garantias são recursos que o indivíduo possui para exercer seus direitos fundamentais. A título de exemplo pode-se citar o direito fundamental à ampla defesa, que é garantido pelo contraditório.

No que tange à diferenciação entre os direitos e as garantias, Rui Barbosa, citado por Alexandre de Moraes, assevera que:

As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (MORAES, 2004, p. 63)

No mesmo contexto, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção aos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos os poderes públicos e a

proteção dos seus direitos, quer no conhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

Ainda, segundo Bastos (2002, p. 275), a diferença está no fato de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a verdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente fortes e rápidos para garantir os efeitos individuais.

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais são bens e vantagens descritos em nossa Constituição Federal, ao passo que as garantias são os meios, os instrumentos que asseguram o exercício dos direitos, ou até mesmo os repara nos casos de violação.

Por fim, é sabido que não são todos os direitos fundamentais que possuem eficácia plena, cabendo ao Estado dar a eles efetividade, sendo os direitos e as garantias fundamentais indispensáveis para a manutenção da justiça no ordenamento jurídico pátrio.

2.4 Características dos direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais do homem possuem as seguintes características: historicidade, imprescritibilidade, universalidade, inalienabilidade, concorrência, irrenunciabilidade e limitabilidade.

No que tange à historicidade, como dito anteriormente, os direitos fundamentais não surgiram em um único momento, mas ao longo do tempo, de acordo com as lutas e necessidades de cada época.

Em relação à imprescritibilidade, tem-se que os direitos fundamentais do homem são imprescritíveis, nunca deixando de ser exigíveis. O fato de não terem sido usados ao longo do tempo ou não terem sido exigidos pela pessoa, não torna esses direitos inválidos. Nesse sentido, Lenza (2011, p. 865) ensina que a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não sejam individualistas, são sempre exercíveis e exercidos, assim, o seu não exercício não faz com que ocorra a perda de sua exigibilidade pela prescrição.

No que diz respeito à universalidade, tem-se que todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais, sendo que, a qualidade de ser humano já é condição suficiente para que seja titular de todos os direitos. (GOMES, 2011, p. 162).

Sobre esta característica, vale mencionar a ressalva feita por Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 240), de que alguns direitos fundamentais são específicos e não são destinados a

toda e qualquer pessoa, como é o caso dos direitos dos trabalhadores, que possuem como destinatário os indivíduos que exercem atividade laborativa, e não todos os seres humanos.

Quanto à inalienabilidade, tem-se que os direitos fundamentais não são transferíveis ou disponíveis, não podendo ainda ser alienados. Por sua vez, quanto à característica da irrenunciabilidade, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser renunciados por nenhuma pessoa, ainda que eles não sejam utilizados da maneira adequada. Vale ressaltar que com exceção da propriedade, nenhum outro direito pode ser alienado.

Na concorrência é quando os direitos podem ser exercidos cumulativamente, ocorre, por exemplo, quando um jornalista transmite determinado fato (notícia) praticando o direito de informação e juntamente emite uma opinião pessoal validando seu direito de opinião.

Sobre a irrenunciabilidade, pode-se determinar que o detentor de um direito fundamental não pode dispor do mesmo ou de sua titularidade. Entretanto há exceções, tem-se o caso da renúncia temporária e excepcional de um direito, pode acontecer desde que decorra de um caso concreto de conflito de direitos efetivamente instalados, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade entre direito fundamental e o direito o qual se pretende proteger.

Por derradeiro, quanto à característica da limitabilidade, entende-se que os direitos fundamentais do homem não são absolutos, podendo ser limitados nos casos em que ocorram conflitos de interesse, devendo ser levado em consideração, na solução desses conflitos, a máxima observância dos direitos fundamentais, de forma que haja uma mínima restrição.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO APENADO

O princípio da dignidade da pessoa humana está no centro do ordenamento jurídico, presente no art. 1º, III, da Constituição Federal, estando inserido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além de estar espalhado por todo ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita.

Como já mencionado, o princípio em questão visa garantir em caráter obrigatório o respeito à dignidade e a integridade do ser humano, de forma que todos recebam um

tratamento digno e tenham suas garantias respeitadas, inclusive aqueles que estão privados de sua liberdade.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2012, p.62)

Rogério Greco se posiciona da seguinte maneira:

No entanto, mesmo reconhecendo a sua existência, conceituar dignidade da pessoa humana continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados vagos e imprecisos. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo contínuo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto. (GRECO, 2011, p. 67)

Todavia, mesmo amplamente disposto em nosso ordenamento jurídico, tal princípio não tem gerado um efeito satisfatório no que diz respeito à integridade física e moral dos indivíduos recolhidos no sistema penitenciário brasileiro.

A pessoa, como um ser dotado de dignidade, teve origem na tradição judaico-cristã, que trazia no seu texto bíblico que o ser humano foi criado a imagem e semelhança de Deus, sendo por isso dotado de um valor único que lhe é inerente, ou seja, não pode ser tratado como um objeto ou instrumento manipulável por qualquer um como bem entender, sem o menor respeito.

O princípio da dignidade da pessoa humana rege o Estado democrático de direito, pois todo indivíduo carrega consigo a dignidade, que deve ser respeitada, e em decorrência dela surgem os demais princípios basilares que regem o direito penal e constitucional. O referido princípio não deve ser aplicado apenas no plano jurídico, mas também no campo social, buscando assim assegurar os elementos básicos para que o ser humano possa viver de forma digna, com educação, saúde, assistência social, entre outros direitos e garantias.

Para o constitucionalista André Ramos Tavares, o princípio da dignidade humana é o “fundamento e fim da sociedade brasileira” (TAVARES, 2009, p. 552). Ingo Sarlet vai mais

além neste conceito, dizendo que o princípio da dignidade humana é o “núcleo essencial de nossa Constituição formal e material” (SARLET, 2010, p. 71).

A dignidade é inerente ao ser humano, ou seja, a partir do momento que é concebido já deve ter sua dignidade respeitada, entretanto, em algumas situações, tal instituto pode ser limitado, em razão, por exemplo, do cumprimento de pena, sendo que, apesar de limitado, não poderá ser cerceado.

É possível perceber que o direito penal e o constitucional estão entrelaçados, em busca do respeito à ordem hierárquica das normas e consolidação de valores e princípios que visam proteger a população, buscando alcançar um direito penal mais humano e não apenas aquele com finalidade única de punir da forma mais cruel o indivíduo que cometeu algum ilícito.

A reclusão do indivíduo atualmente não tem atingido a finalidade de recuperação, mas apenas satisfeito parte do desejo da população de ver o infrator pagando pelo que fez, sem se preocupar se a principal finalidade do cerceamento da liberdade está sendo cumprida, qual seja, a ressocialização do apenado.

Os princípios têm como objetivo assegurar que sejam cumpridas as garantias materiais e processuais dos indivíduos, garantindo a aplicação de maneira justa das penas impostas, visto que muitas vezes os crimes ganham repercussão entre a população e isso pode fazer com que os aplicadores do direito, influenciados pela opinião pública, apliquem penas de caráter superior a que seria de fato necessária, desrespeitando os direitos do infrator como cidadão e pessoa humana.

O principal argumento contra a ausência de humanidade das penas e a forma de seu cumprimento tem sido a alegação de desrespeito da dignidade da pessoa humana, sendo certo que as penas não podem ser desumanas ou de caráter cruel, devendo ser imposta uma limitação em relação à quantidade da pena aplicada, sua natureza e, principalmente, previsão de garantias de condições mínimas para que o indivíduo cumpra sua reprimenda.

Francesco Carnelutti acredita que a pena não serve só para punir o criminoso, mas, serve também como uma forma de aviso para outros indivíduos que queiram adentrar no mundo do crime, veja-se:

Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os

outros; e não há entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação. (CARNELUTTI, 2004, p. 103)

A finalidade da pena pode ser explicada por meio de três teorias, quais sejam elas, a teoria relativa, absoluta ou retributiva e mista. Na teoria absoluta ou retributiva, a pena está relacionada à punição, devendo retribuir-se ao delinquente os efeitos da sua conduta criminosa, sendo a pena uma forma de justiça, não possuindo nenhum caráter educativo.

Haroldo Caetano da Silva traz o seguinte posicionamento e um conceito próprio sobre esta teoria:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma. (SILVA, 2002, p. 36)

Ainda sobre a teoria absoluta ou retributiva, Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

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, é 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 nos lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal. (BITENCOURT, 2004, p. 74)

Por outro lado, na teoria relativa ou preventiva, a pena funciona essencialmente como forma de evitar a ocorrência de novos delitos, sendo uma maneira de intimidar e desestimular a prática de crimes por todas as pessoas da coletividade, bem como reeducar e ressocializar aquele que cometeu o ato criminoso.

Inácio Carvalho Neto diz que:

Pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa impedir o delito. Esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e a da prevenção especial. Para a primeira, o principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, intimidando-os. Para a segunda, a pena visa a intimidação do delinquente ocasional, à reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível. (CARVALHO NETO, 1999, p. 99)

Já na teoria mista, unificadora ou eclética, há uma junção das características das outras duas teorias, tendo a pena o caráter punitivo e o objetivo ressocializador. Esta teoria está prevista no artigo 59 do Código Penal.

Sobre esta teoria Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. (BITENCOURT, 2004, p. 88).

Assim, ao violar a legislação penal o indivíduo não deve apenas ser punido e privado do convívio social em razão de sua periculosidade, mas principalmente reeducado para sua reinserção na sociedade, de modo que não volte a delinquir, sendo que, em respeito aos princípios previstos na nossa legislação, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, a pena deve ser proporcional ao delito cometido, não podendo ser aplicada a esmo ou de forma que fira a dignidade do sentenciado.

É importante frisar-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado não apenas no momento da aplicação da pena, mas também no momento de sua criação e inserção em nosso ordenamento jurídico, bem como, e, principalmente, no momento da execução da pena, devendo ser garantido ao apenado todos os seus direitos e garantias fundamentais, de forma que não sofra qualquer desrespeito à sua dignidade.

3.1 A atual situação do sistema prisional brasileiro

Em dezembro de 2014 foi realizado o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), segundo o qual a população carcerária brasileira era de 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil e duzentos e dois) presos, sendo que o número de vagas perfazia apenas o total de 371.884 (trezentos e setenta e um mil e oitocentos e oitenta e quatro).

No mesmo levantamento consta que o Brasil possui a 4ª maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. O relatório também traz informações acerca da taxa de ocupação do sistema prisional, que é de 167%.

Na referida pesquisa também há informações acerca da atividade educacional dentro das penitenciárias, informando que cerca de 13% (treze por cento) dos presos realizam alguma atividade educacional.

Ainda quanto à educação, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:

Pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente mais aquelas que têm até o ensino fundamental completo representam 75,08% da população prisional, contra 24,92% de pessoas com ensino médio completo ou incompleto, ensino superior completo ou incompleto e acima de ensino superior incompleto. Segundo os dados apresentados pelo IBGE no Censo Populacional de 2010, entre as pessoas com mais de 10 anos de idade no Brasil, 32% tem ensino médio completo, enquanto na população prisional em dezembro de 2014 apenas 9,54% havia concluído o ensino médio. (INFOPEN).

Além das garantias constitucionais, a Lei de Execução Penal dá aos presos diversos direitos essenciais para que o objetivo da pena seja alcançado, entretanto, percebe-se que o Estado não tem sido capaz de garantir o cumprimento de tais direitos, o que tem resultado em sérias consequências, como o aumento da reincidência.

A falta de geração de vagas por parte do Estado ocasiona uma superlotação das unidades prisionais, fazendo com que estabelecimentos destinados ao recolhimento de presos provisórios abriguem detentos durante a execução de toda a pena, mesmo sem possuírem a mínima estrutura para que isso ocorra.

O sistema penitenciário brasileiro vive um estado de calamidade, ocorrendo frequentes fugas e rebeliões por parte dos presos, como forma de protesto às condições desumanas que os mesmos são submetidos, sem as mínimas condições de higiene, ausência de assistência médica, e inclusive falta de segurança.

Quanto às condições em que os presos cumprem suas penas dentro dos estabelecimentos prisionais, alguns estudiosos entendem que se trata de um desrespeito ao princípio da humanidade das penas, constituindo uma pena cruel. Nesse sentido, veja o entendimento de Nucci:

É imprescindível destacar que no conceito de pena cruel, expressamente proibido pela Constituição Federal em respeito à humanidade das penas, sem dúvida alguma se encaixa a pena privativa de liberdade cumprida em condições de superlotação, sem o mínimo de higiene, salubridade, segurança ou qualquer dos requisitos mínimos de sobrevivência digna. Os cárceres nessas condições, extremamente comuns no Brasil, com sua existência

indubitavelmente desrespeitam a Constituição e põe por terra o princípio da humanidade das penas. (NUCCI, 2007, p. 400)

Vivencia-se também a falta de alimentação e assistência jurídica, o que resulta em indivíduos encarcerados mesmo depois do cumprimento de sua pena, ou com direito a cumpri-la em um regime mais brando.

Ademais, a convivência entre presos de alta e baixa periculosidade dentro dos presídios, bem como daqueles que ainda não foram condenados com os que já tiveram sua condenação decretada, além de desrespeitar os preceitos constitucionais, fazem com que os indivíduos de menor periculosidade aprendam cada vez mais sobre o mundo do crime, aumentando sua agressividade e tornando-os piores do que entraram.

Como se não bastasse, há inúmeros registros da ocorrência de tráfico de entorpecentes dentro das unidades prisionais, além de corrupções, tratamentos privilegiados e inserção de objetos proibidos dentro dos estabelecimentos, como aparelhos celulares, tendo inclusive indícios da participação dos servidores nessas atividades ilícitas.

Através do citado relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), percebe-se que uma parcela mínima dos presos possui acesso às atividades educativas e laborais. Ora, como já mencionado, a maioria da população prisional é de indivíduos que sequer concluíram o ensino fundamental, não possuindo a instrução educacional que deveriam ter. Assim, deve o Estado se preocupar com a educação de toda a população, sendo esta uma das principais formas de diminuir o número de pessoas envolvidas no mundo do crime.

Ademais, o Estado também deve cumprir seu dever de oportunizar o preso o acesso à educação, pois, assim, o mesmo poderá concluir seus estudos e até mesmo adquirir uma profissão, o que será de extrema importância no seu processo de ressocialização, diminuindo o percentual de reincidência.

Segundo Julio Fabrini Mirabete:

Qualquer pessoa não importando sua idade nem tampouco seu status jurídico, tem o direito de receber educação, desde que careça qualitativa ou quantitativamente desta, devendo o Estado garantir e prover a educação aos presos e internados se não o tiver feito favoravelmente no lar e na escola. (MIRABETE, 2007, p. 874)

Por derradeiro, é de suma importância que o Estado dê efetividade aos direitos e garantias fundamentais de todos os seres humanos, inclusive daqueles que estão cumprindo

suas penas, de forma que tenham sua dignidade respeitada, o que proporcionará um melhor resultado no processo de reinserção na sociedade, garantindo-lhes o justo cumprimento de sua repreensão, não causando traumas e ofensas que não fazem parte da natureza da pena, e acabam ferindo a dignidade humana.

3.2 A proibição do tratamento desumano ou degradante

Antigamente, as penas desumanas e degradantes eram empregadas na maioria dos países de forma deliberada, dentre as penas cruéis que eram utilizadas podemos citar: a Roda, que consistia em colocar o condenado preso em uma roda, tendo ele seus ossos quebrados com tacos e martelos até a morte, havia também a chamada ebulição, nessa pena o indivíduo era colocado vivo dentro de um caldeirão com água fervente, óleo ou alcatrão, até a morte, tinha ainda outras penas como o esfolamento, a crucificação, a empalação, o esmagamento, o apedrejamento, a morte na fogueira, o desmembramento, a serração, dentre outras.

A tortura foi considerada uma das práticas mais desumanas, proveniente do uso da força física através de diferentes instrumentos de coação e violência. Em alguns lugares do mundo, a prática de tortura ainda é utilizada como método de fazer as pessoas confessarem seus crimes, e, muitas vezes por medo, confessam até mesmo o que não fizeram.

O princípio da humanidade deve ser base para estabelecer se uma pena é ou não inconstitucional, a pena não deve ferir a dignidade do indivíduo condenado e muito menos criar um impedimento físico permanente como a morte, amputação, castração ou esterilização. A pena a ser cumprida em decorrência do cometimento de um delito, não pode ter efeito *ad aeternum*, ou seja, deve cessar em algum momento, por mais longa que seja sua duração, deve ter uma previsão de quando termina.

Segundo Fábio Konder Comparato (2008, p. 297), a mutilação e/ou decepamento dos condenados por crimes de roubo bem como a castração dos condenados por crimes sexuais são formas de pena degradantes, ferindo a dignidade da pessoa humana, penas essas que ainda são permitidas em alguns países.

Nesse sentido, preleciona Helena Regina Lobo da Costa:

Assim, o princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa, destacando que, no que se refere à liberdade, este princípio determina que sua restrição deve ser limitada à liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de

crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção. Com efeito, o princípio da humanidade veda não apenas a pena de morte, mas também penas perpétuas ou de caráter perpétuo, em que não há esperança de reconquistar, por bom comportamento, a liberdade. (COSTA, 2008, p. 65).

Na atualidade, o Brasil veda o tratamento desumano ou degradante, conforme estabelece o art. 5º, III, da Constituição Federal, veja-se: “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”. Entretanto, o tratamento desumano e degradante nos estabelecimentos prisionais é uma típica e constante situação de desrespeito ao referido artigo, ofendendo princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana.

O direito a uma vida digna é assegurado a qualquer ser humano desde o nascimento e em qualquer lugar que esteja, mas, infelizmente esse direito é infringido quando se trata dos presídios brasileiros, que são esquecidos pelo poder público e se tornam uma espécie de depósito humano, onde os condenados são colocados sem a menor consideração com a situação degradante a qual o indivíduo está sendo submetido.

Para Nilo Batista o princípio da humanidade deve se basear na aplicação de uma pena racional e proporcional, veja se:

A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade, e, portanto, converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança. A pena de morte estritamente retributiva e negativa [...], violenta essa racionalidade. São também inaceitáveis, porque desconsideram a auto-regulação como atributo da pessoa humana, penas que pretendam interferir fisicamente numa “metamorfose” do réu: castração ou esterilização, lobotomia, etc. [...] Seria perfeitamente possível derivar a proporcionalidade da racionalidade, mas convém destacá-la no surgimento histórico do princípio da humanidade e por sua importância prática. Zaffaroni lembra que as penas desproporcionais produzem mais alarma social [...] do que o próprio crime e formula a hipótese do que se passaria nesse terreno se uma lei impusesse a pena de mutilação aos punquistas. (BATISTA, 2007, p. 100-101)

Assim, como já mencionado, nos presídios brasileiros os apenados dormem no chão, não possuindo assistência médica, vivendo em uma situação de superlotação, entre outros problemas que tornam impossível o alcance do principal objetivo para o qual a pena foi criada, que é a ressocialização dos indivíduos, que saem do sistema carcerário ainda mais revoltado, depois de terem a dignidade frequentemente violada das mais diversas formas.

A situação em que os condenados vivem hoje não é uma forma de tortura direta como na antiguidade, mas, ainda sim, pode ser considerada uma forma de tortura e tratamento desumano e cruel, atingindo a saúde física, mental e psicológica do indivíduo, sendo que a realidade do sistema prisional no Brasil atropela os direitos humanos, que, por sua vez, são assegurados pela Constituição Federal e tratados internacionais.

A pena gera consequências desagradáveis a quem tem que cumpri-la, entretanto, ela não precisa ser aplicada de forma a desconsiderar a condição de ser humano do condenado, ou seja, é necessário que sua aplicação se dê de forma racional e moderada, bem como que seja garantida uma execução que respeite a dignidade do indivíduo.

3.3 A necessidade da observância de três elementos para o cumprimento da pena: delito, idade e sexo.

A forma como se dará o cumprimento da pena deve ser embasada em critérios determinados, tais como aqueles previsto no art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, devendo tal previsão ser aplicada a cada caso concreto.

O referido instituto busca uma pena compatível com as implicações da infração cometida e o agente que a praticou. Nesse sentido, preleciona Júlio Fabrini Mirabete, que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um. (MIRABETE, 2007, p. 60-61)

Ante o exposto, é possível perceber que as garantias estão previstas em nosso ordenamento, todavia, elas não são efetivadas, principalmente no âmbito da execução penal

brasileira, que atualmente vive um cenário de verdadeiro caos, ocorrendo constantes violações à dignidade dos apenados.

Assim, em nosso sistema prisional a garantia constitucional de que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a idade e sexo do apenado, bem como conforme a natureza do delito, não é respeitada na maioria das prisões, havendo no máximo uma separação em razão do sexo. Lado outro, quanto à idade e natureza do delito não há qualquer observância, permanecendo em uma mesma cela tanto aqueles que cumprem pena em razão da condenação por um crime contra a vida, como aqueles condenados por um delito de natureza patrimonial. Do mesmo modo, permanecem juntos em uma mesma cela tanto aqueles que possuem menos de 21 (vinte e um) anos, quanto aqueles de idade mais avançada.

3.4 A cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal como garantia de direitos fundamentais conhecidos como atípicos

Inicialmente, faz-se necessário um breve esclarecimento acerca da divisão dos direitos fundamentais em formais e materiais. Os formais são aqueles direitos fundamentais que estão expressamente previstos no rol dos direitos fundamentais de nossa Constituição Federal.

Já os direitos fundamentais materiais são aqueles que, embora não estejam previstos constitucionalmente, são direitos cujo conteúdo e importância os torna substancialmente fundamentais. Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 379) assevera que “a ideia de **fundamentalidade material** insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.

O Título II da Constituição Federal vigente dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais, sendo que o art. 5º, que é parte integrante do citado título, traz dezenas de incisos dispondo sobre direitos e deveres individuais e coletivos. Todavia, nesse capítulo, o que é de maior relevância é o § 2º do artigo 5º, que traz a chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, nossa Constituição adotou mais do que o conceito formal de direitos fundamentais, tendo adotado o conceito material, admitindo-se a existência de direitos fundamentais que não se encontram expressos no rol positivado, sendo que isso ocorre em

razão do conteúdo que possuem. Assim, está incluído na Constituição os direitos que, apesar de não estarem expressamente previstos, podem ser deduzidos. (SARLET, 2010, p. 78-79).

Nossa Carta Magna não previu um rol de direitos fundamentais taxativos, sendo que o artigo 5º, § 2º, consiste na denominada norma geral inclusiva. Nos dizeres de Sarlet (2010, p. 83), trata-se de uma "moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais".

Existem dois grupos de direitos fundamentais, os direitos expressamente positivados e os direitos implicitamente positivados, ou seja, aqueles que não encontram referência direta na constituição.

No que tange à classificação dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva assevera que:

[...] a) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; b) direitos individuais implícitos, aqueles que são subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito a atuação geral (art. 5º, II); c) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori. (SILVA, 2003, p. 193)

No mesmo sentido, conforme ensina Ingo Sarlet (2009, p. 117), os direitos explícitos, ou expressamente positivados, são subdivididos em três grupos: os direitos positivados no título II da Constituição, os direitos positivados na Constituição, mas fora do título II e os direitos positivados nos tratados internacionais.

No que tange aos direitos previstos no título II da Constituição Federal, existe controversas, havendo duas posições. Para a primeira posição, tudo o que está contido no título II é fundamental, mesmo que alguns direitos possuam tão somente a fundamentalidade formal, isto é, são direitos fundamentais apenas por estarem alocados no rol do art. 5º, da Constituição Federal, havendo a presunção de que também sejam materialmente fundamentais. Já para uma segunda posição, somente uma parcela dos direitos fundamentais constantes do título II são fundamentais. Isso porque o caráter de fundamentalidade reside não na forma, mas na matéria, tutelando a dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2009, p. 179)

Assim, com base no dispositivo em comento, qual seja, o art. 5, § 2º, da Carta Magna, segundo Sarlet (2001, p. 86), parece ser cabível cogitar duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição

formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional); c) a título de menção, embora descartada a possibilidade no ordenamento constitucional brasileiro, tem-se a categoria dos direitos apenas formalmente constitucionais.

Dessa forma, os direitos fundamentais positivados na Constituição podem situar-se fora do rol do título II. Todavia, o poder constituinte não indicou quais direitos nesta situação são fundamentais, cabendo à doutrina e à jurisprudência fazê-lo. (SARLET, 2009, p. 179)

Carece de uma especial justificação a afirmação da fundamentalidade de um direito, que por sua vez é essencial guardar sintonia com os critérios materiais fornecidos pela própria constituição. Sendo assim, afirmar que a garantia da inimizabilidade penal até os 18 anos completos, bem como em relação à proteção do meio ambiente, à motivação das decisões judiciais, à igualdade dos filhos e dos cônjuges, dentre tantos outros exemplos, é ou não um direito-garantia fundamental, demanda um exercício de justificação constitucionalmente adequado.

De certa forma, a própria existência do art. 5º, § 2º, da Carta Magna, pode ser vista como fundamento normativo-constitucional que permite levantar argumentos em favor do direito não expressamente escrito. (PARDO, 2003, p. 86)

Nesse contexto, Pardo (2003, p. 86-87) ainda ensina que, uma vez que os direitos fundamentais expressamente garantidos, são justificáveis simplesmente pela referência ao texto constitucional que os estipulam, os direitos materiais, não formalizados, têm no art. 5º, § 2º sua justificação. Ocorre a adstrição dos direitos materiais como normas de direito fundamental a partir de uma fundamentação correta, que demonstra que eles atendem às exigências de dignidade, liberdade e igualdade, além de levarem em conta as condições disciplinadas no dispositivo mencionado, é básico para o reconhecimento desses direitos como fundamentais que não contrariem o regime e os princípios adotados pela Constituição.

Por sua vez, Sarlet (2001, p. 82) ensina que a noção de direitos fundamentais deve contemplar uma visão inclusiva de todas as posições jurídicas relacionadas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram por seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) integradas expressamente ao texto da Constituição e tornadas indisponíveis aos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por sua substância e importância, possam alcançar-lhes equiparação, tornando-se parte da Constituição material, possuindo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Os direitos implícitos abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não previstas de forma direta, mas consagradas de forma indireta pelo texto constitucional, que podem ser abstraídos de um ou mais direitos e/ou princípios expressamente consagrados. Assim, em regra, se dá mediante a reconstrução e/ou ampliação da proteção de um determinado direito, como é o caso, por exemplo, do sigilo fiscal e bancário, que tem sido deduzido do direito à privacidade.

É essencial focar-se no fato de que se deve buscar na própria constituição os critérios materiais para tal reconhecimento, não sendo atoa que o já citado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, tenha feito referência a direitos decorrentes do regime e dos princípios da constituição. É possível deduzir que o princípio da dignidade da pessoa humana pode assumir a condição de critério principal, mas não exclusivo, até mesmo pelo fato de que nem todos os direitos fundamentais apresentam um fundamento direto ou mesmo um conteúdo diretamente relacionado à dignidade humana.

Mesmo se fosse assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não necessariamente seria o fundamento exclusivo da fundamentalidade de um direito. Em diversos casos a justificação da fundamentalidade de um direito pode ser demonstrada mediante a declaração de que se não houvesse previsão expressa no texto constitucional, ainda assim se poderia justificar a existência de um direito implicitamente positivado.

É possível citar como exemplo o direito-garantia de motivação das decisões judiciais, que pode ser deduzido do direito-garantia do contraditório e da ampla defesa, já que sem motivação das decisões dificilmente se poderá viabilizar o contraditório e a defesa.

No caso, o dever de motivação é pressuposto e condição de exercício do contraditório, devendo o acusado ter ciência dos motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, para então poder contradita-los. Ainda, vale mencionar como exemplo que a igualdade dos filhos e dos cônjuges não precisaria constar de forma expressa no texto constitucional, pois mesmo que de forma implícita, teríamos um direito fundamental, que poderia ser deduzido do direito geral de igualdade, que é gênero do qual deriva a previsão de igualdade entre filhos e cônjuge.

Assim, tem-se que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, denominado de abertura material do rol dos direitos fundamentais, torna possível o constante reconhecimento de novos direitos fundamentais, que, como visto em um capítulo pretérito, surgem ao longo do tempo, de acordo com as necessidades de cada época, sendo que, para serem considerados direitos

fundamentais, leva-se em conta seu conteúdo e não somente o fato de estarem ou não positivados em nossa Carta Magna.

Desse modo, ao aderir à cláusula de abertura material o legislador constituinte deixou a possibilidade de existência de direitos fundamentais que não estão escritos na Constituição Federal, sendo que muitos dos princípios que orientam os direitos fundamentais não estão expressamente na Constituição, mas devem ser obrigatoriamente cumpridos em razão da referida cláusula.

4 POSSÍVEIS MEDIDAS PARA A SOLUÇÃO

Na tentativa de encontrar soluções para os problemas no sistema penitenciário brasileiro atual, ao decorrer do tempo surgiram inúmeras possibilidades, uma das possibilidades mais discutidas para o controle da segurança e da criminalidade é a privatização do sistema penitenciário.

Em razão de existir penas desumanas, presídios superlotados ferindo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, têm se a punição sob a ótica de penas alternativas que vão ajudar o apenado e a sociedade ao mesmo tempo.

O trabalho e a educação, como medidas de ressocialização são formas indiscutivelmente de se lograr êxito na reabilitação de um indivíduo, pois, acredita-se que o apenado sem estímulo e sem programas incentivadores do governo, quando sair do presídio o percentual de chances de voltar a delinquir é bem alto.

4.1 Privatização dos presídios.

Privatização se pode conceituar por terceirização de serviços. A privatização trata-se de entrega ao particular de encargo público, ou seja, nada mais além do que a entrega do serviço público para que seja executado por terceiros, em troca de compensação financeira.

No que tange o sistema penitenciário brasileiro, partindo do ponto de vista da organização social, o problema toma proporções imensas. De um lado, o Estado com o aprisionamento do indivíduo que aparentemente, cumpre seu papel de instaurar a ordem e a segurança, de outro lado tem a sociedade que fica incumbida de proteger seus direitos.

De uma forma mais clara, tem se a ideia de que a única forma de punição para um delito é a prisão. No entanto, o que se pode constatar nos dias atuais, é que os estabelecimentos prisionais estão com lotação máxima o que ocasiona um percentual fora da realidade da sua capacidade. Dentro deste contexto Cezar Roberto Bitencourt assinala que:

Se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (BITENCOURT, 2006, p. 42)

A solução não seria a construção de mais presídios e oferecer mais vagas, mas, sim, adotar um sistema prisional que objetivasse a reabilitação do indivíduo apenado de maneira eficaz a impedir a reincidência, nas condições impostas na legislação vigente.

Dentro da ideia de privatização, algumas formas de parcerias vêm inovar este setor, como as chamadas organizações sociais e as parcerias publico-privadas (PPL). Pode se constatar que a privatização de atividades estatais é uma fuga crescente do Direito Administrativo, com métodos rígidos e a busca pelo direito privado, que por ser usado pela administração pública acaba se misturando com o Direito Administrativo.

Como o sistema prisional esta em estado crítico, uma das possíveis soluções para tal empasse seria a parceria publico-privada onde a principal motivação para sua implantação é a falta de recursos do Estado e a eficiência das empresas privadas.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

[...] parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 549)

Diógenes Gasparini, ao comentar sobre o surgimento dessa parceria, diz que:

As parcerias público privadas nasceram na Inglaterra há quase três décadas. Nesse país foram analisados, segundo os jornais de fins de 2003 e início de 2004, mais de 600 projetos, dos quais 450 em operações envolvendo 55 bilhões de libras. Portugal, Holanda, Canadá, Chile e México, entre outro, são os países que vivenciam, com bons resultados, essa experiência que começa a existir entre nós, sem que tenhamos vivido algo igual. A experiência com a concessão de serviços e obras públicas é assemelhadas à das PPPs, mas não é igual. Em Portugal, a Odebrecht e a Andrade Gutierrez,

empresas brasileiras, têm parcerias com o governo português. No entanto nossas observações estão circunscritas ao nosso país e à referida lei federal. (GASPARINI, 2009, p. 413)

No ordenamento pátrio, a parceria público-privada possui duas concepções, uma mais ampla, que abrange várias formas de parcerias do setor público com o privado, e outra mais restrita, que, com o advento da Lei nº 11.079/04, se refere a um regime jurídico específico, referente aos contratos administrativos de concessão, na modalidade administrativa ou patrocinada, conforme o art. 2º da mencionada lei.¹

A Parceria Publico-Privada é regida pela Lei Federal nº 11.079/04, trata de um relacionamento entre o setor público e privado, sendo que este tem o compromisso de realizar um serviço ou executar/manter uma obra, em contraprestação o Estado paga um valor referente ao desempenho da atividade pelo parceiro privado no por período determinado.

Antes da referida Lei Federal, que estabeleceu normas gerais, alguns estados como São Paulo e Minas Gerais já possuíam leis estaduais versando sobre esta parceria, sendo que as mesmas permanecem válidas no que é condiz com aquela.

A parceria público-privada encontra seu fundamento de validade no artigo 22, inciso XXVII, artigo 37, inciso XXI, e artigo 175, todos da Constituição Federal, estando de acordo com os preceitos e princípios constitucionais.

As parcerias público-privadas não são autossustentáveis, para execução do objeto dependem de recursos públicos para execução do empreendimento vinculado a elas, recebendo contraprestação pecuniária por parte do parceiro público, visando assegurar o êxito. Transfere-se apenas a execução do serviço e não a titularidade, ou seja, a administração pública continua responsável pelo fornecimento do serviço, cabendo a ela fiscalizar a efetivação do contrato.

¹ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Nos termos no art. 9º da lei 11.079/04² é necessário constituir uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) que será responsável pela implantação e administração do objeto da parceria.

A Lei Federal prevê ainda o denominado Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), nos termos do seu artigo 16 a finalidade do fundo é prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias do parceiro público, relativas aos contratos de parcerias público-privadas, sendo o referido fundo um conjunto de bens garantidores do cumprimento das citadas obrigações.

A licitação da parceria público-privada é realizada na modalidade de concorrência, sendo utilizado o mesmo procedimento de outros contratos, possuindo, entretanto, algumas peculiaridades, que tem o fim de dar maior eficiência ao presente instituto.

No contrato realizado com a entidade privada deve está especificadas as metas de desempenho estabelecidas pelo parceiro público, visto que trata de um contrato que tem como principio a gestão por resultados com vinculação de pagamento feito pelo ente publico ao ente privado que presta o serviço.

Em seu artigo 5º, a Lei nº 11.079/04 determina cláusulas que deverão constar no contrato de parceria público-privada. O art. 5, II da Lei 11.079/04 prevê a aplicação de penalidades à Administração Pública, nos casos de inadimplemento contratual, entretanto a luz do ordenamento jurídico pátrio é vedada a aplicação de penalidade não prevista em lei, nesse sentido assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não existe previsão legal de penalidades que possam ser aplicadas à Administração Pública. Ainda que por interpretação extensiva, se cogitasse de impor-lhe as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, essa possibilidade ficaria afastada porque tais sanções são incompatíveis com a

² Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no [parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#).

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

pessoa política (União, Estado, Município ou Distrito Federal), única detentora de poder sancionatório. Não se poderia sequer cogitar de aplicar uma pena como a de suspensão temporária de contratar e licitar ou a de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. (DI PIETRO, 2005, p. 183)

Sendo o Estado o detentor do poder sancionatório, não pode ocorrer a aplicação de penalidades contratuais à Administração Pública, pois se estaria aplicando-a ao próprio Estado, cujo poder sancionatório é indelegável e exclusivo. Assim, apesar do caráter de compensação das multas, tem-se que o legislador a elas se referia ao falar em penalidades.

No entanto temos situações em que é vedada a celebração do contrato de parceria público-privada, as quais estão previstas no art. 2º, §4º, da Lei nº11.079/04.³

Dessa maneira, percebe-se que a parceria público-privada é utilizada quando se trata de objetos complexos, em razão dos limites mínimos referentes ao valor e prazo, bem como a imposição da presença de mais de uma atividade para a prestação do serviço.

Devido à escassez de recursos públicos, o Estado não investe na construção de novos presídios, uma das vantagens da concessão seria a construção de novos presídios, o investimento dos parceiros privados seria mais rápido devido aos obstáculos burocráticos que a Administração enfrenta. Nesse sentido, Rafael Damaceno de Assis explica que:

A discussão em torno desse modelo de gestão é de grande relevância atualmente, pois, além da possibilidade de sua implantação imediata, ele apresenta inúmeras vantagens, sendo uma delas o fato de as empresas particulares disporem de maior agilidade e menor burocracia, o que otimizaria os serviços e reduziria as despesas. Em contrapartida, no serviço público, a morosidade e a burocracia são demasiadas, sem levar em conta os escândalos de corrupção que comumente ocorrem no aparelho administrativo. (ASSIS, 2008, p. 8)

John D. Donahue também cita alguns pontos favoráveis à parceria público-privada:

De maneira geral, podem ser citadas três razões fundamentais para a presença de maior eficiência na gestão de recursos por parte de uma

³ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

[...]

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

administração privada do que de uma administração estatal: não há na gestão privada os entraves burocráticos típicos da administração pública (muitas vezes necessários à atuação transparente e isonômica da administração pública, em nome de princípios de Direito Administrativo, como da legalidade, publicidade, motivação, etc); os administradores privados são sócios ou se reportam diretamente aos donos das firmas, tendo a expectativa de auferir certo benefício profissional com o aumento da eficiência; os empregados da empresa correcional têm maior oportunidade de ascensão dentro da empresa. (DONAHUE, 1992, p. 190)

A remuneração do parceiro privado está diretamente ligada à qualidade dos serviços prestados, sendo estabelecidas metas e padrões de desempenhos que devem cumpridos pela concessionária, incentivando assim a melhoria na prestação do serviço.

Busca-se com isso assegurar os direitos e garantias dos presos, de forma que possa cumprir sua pena dignamente, não sofrendo com a superlotação, já que a concessionária deve respeitar os limites de vagas estabelecidas, ou com agressões físicas e outros tratamentos degradantes, o que proporcionará a reintegração do apenado à sociedade, diminuindo o índice de reincidência.

A competitividade entre os entes privados e o interesse em participar desta parceria público-privada tende a assegurar uma melhora no tratamento dos presos e a diminuição de práticas ineficientes, buscando um menor custo e melhores resultados.

4.2 A punição sob a ótica das penas alternativas.

O Estado goza do poder de império e coerção, com o objetivo de tentar impor limites à atividade do particular em prol da coletividade e para obter êxito nessa missão ele se utiliza dentre outros da aplicação de penalidades.

As penas alternativas têm como objetivo evitar que os infratores primários que cometeram infrações de menor potencial ofensivo tenham seu direito de liberdade restrito, iniciativa essa em acordo com os Direitos Humanos e os princípios norteadores do direito penal.

O instituto da pena é muito antigo, inicialmente consistia na manifestação do homem primitivo para conservar sua moral e integridade, posteriormente tornou-se um meio de intimidação através de formas cruéis de punição.

Para Capez, a pena consiste em:

Sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2011, p. 384)

Nos termos do artigo 32 do Código Penal brasileiro⁴ estão elencadas as espécies de pena. A pena privativa de liberdade consiste em Reclusão, Detenção e Prisão Simples, devem ser cumpridas de forma progressiva, indo da mais gravosa para a mais branda, e nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, ocorrendo a inserção gradativa do sentenciado na vida social.

O condenado ao cumprimento de pena no regime fechado será encaminhado a penitenciária, com uma guia de recolhimento para execução, essa será recolhida e assinada pelo escrivão e juiz e encaminhada para a autoridade administrativa, conforme previsto no artigo 107 da Lei de Execução Penal.⁵

Aquele que ingressar no sistema penitenciário brasileiro para cumprimento de pena privativa de liberdade passará pelo exame criminológico, com o objetivo de individualização de pena para adequação dos elementos necessários ao cumprimento da pena.

Nem sempre a pena privativa de liberdade consiste na melhor solução, até mesmo por que muitas vezes não se tem espaço físico para executar essa sanção, tendo em vista a falta de vagas nos estabelecimentos penitenciários.

O condenado a pena de prisão superior a quatro anos e inferior a oito anos, se não for reincidente, cumpre sua pena em regime semiaberto, em colônia agrícola ou estabelecimento similar, sendo autorizado a deixar a unidade prisional durante o dia para trabalhar, devendo retornar à noite no final do expediente, se reincidente não gozará desse regime.

O réu condenado à prisão de até quatro anos, desde que não reincidente, cumprirá a pena em regime aberto, em casa de albergado ou na falta deste em estabelecimento adequado

⁴ Art. 32 - As penas são:
I - privativas de liberdade;
II - restritivas de direitos;
III - de multa.

⁵ Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

§ 1º - A autoridade administrativa incumbida da execução passará recibo da guia de recolhimento, para juntá-la aos autos do processo, e dará ciência dos seus termos ao condenado.

§ 2º - As guias de recolhimento serão registradas em livro especial, segundo à ordem cronológica do recebimento, e anexadas ao prontuário do condenado, aditando-se, no curso da execução, o cálculo das remições e de outras retificações posteriores.

como, por exemplo, na própria residência do réu. Os que se encontram no regime semiaberto podem progredir para o regime aberto após o cumprimento dos requisitos previstos no ordenamento jurídico.

As penas restritivas de direito consistem em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana.

O instituto acima mencionado foi criado com objetivo principal de substituir as penas de prisão, para desafogar o sistema carcerário, visto que no país as condições para alojar todos os condenados são precárias.

No que tange a pena de multa Rogério Greco declara que:

A pena de multa constitui uma modalidade de pena pecuniária, imposta pelo Estado às pessoas condenadas pela prática de infrações penais. Trata-se de uma retribuição não correspondente ao valor do dano causado, considerada como sanção de natureza patrimonial, por representar pagamento em dinheiro por determinação judicial, em virtude de sentença condenatória. (GRECO, 2016, p. 667)

Vale ressaltar que a obrigação da pena de multa não pode ser transferida a herdeiros do condenado, sendo que a mesma será fixada em no mínimo de 10 e no máximo 360 dias multa. O valor é fixado pelo juiz e não pode ser inferior a um trigésimo do valor do maior salário mínimo vigente a época do fato, e nem superior a cinco vezes esse salário.

Vale ressaltar que para estipular os valores da pena de multa o juiz deve estar atento a situação econômica do réu, podendo o valor ser triplicado se o magistrado considerar ínfimo os valores iniciais.

4.3 O trabalho e a educação como medida de ressocialização.

No Brasil, o trabalho é direito e dever de todos os cidadãos, inclusive daqueles em privação de liberdade de locomoção, expressa pela Constituição Federal de 1988, sendo visto como uma forma de ressocializar.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI dispõe que “a lei regulará a individualização da pena”. De acordo com Capez (2012, p. 28) “Individualizar a pena é também adaptar a sua execução às características pessoais do condenado, com o objetivo de proporcionar a sua reintegração social”.

Lado outro, na Lei de Execução Penal (BRASIL, Lei nº 7.210/84), o artigo 3º reconhece que as pessoas que cumprem penas privativas de liberdade terão os mesmos direitos previstos a todos os cidadãos, exceto aqueles direitos atingidos pela sentença ou pela lei.

Examinando os direitos e deveres dos condenados, constata-se que o Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe, mas, em contrapartida, não pode se exceder, evitando a imposição de trabalhos forçados, nos termos em que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVII, letra “c”.

O artigo 39 da Lei nº 7.210/84 estabelece os deveres do condenado e, entre outras condutas, em seu inciso V está previsto o dever de executar os trabalhos, as tarefas e as ordens recebidas.

E segundo o artigo 41, II, da Lei de Execução Penal (BRASIL, Lei nº 7.210/84), que disciplina os direitos dos presos, também encontramos o direito à “atribuição de trabalho e a sua remuneração”.

Em nossa legislação, o trabalho está elencado tanto como um direito, quanto como um dever dos condenados, devendo ser executado durante o cumprimento da pena, da forma estabelecida pela lei e conforme o regime prisional em que se encontra o preso.

O artigo 41, inciso VI, também da Lei de Execução Penal (BRASIL, Lei nº 7.210/84), por sua vez, estabelece como dever dos presos o “exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena”.

Sobre o assunto, Fernando Capez esclarece que:

O trabalho é um dever do preso (arts. 31, caput, e 39, V, da LEP), cujo descumprimento caracteriza falta grave (arts. 50, VI). Por outro lado, é um “direito social”, assegurado pelo art. 6º da CF, e também um direito do preso, conforme indica o art. 41, II, da LEP. (CAPEZ, 2012, p. 32)

No entanto, na Lei de Execução Penal encontramos exceções à obrigatoriedade do trabalho como direito e como dever ao apenado. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 31 da Lei de Execução Penal (BRASIL, Lei nº 7.210/84) assim declara: “Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento”.

Sobre o referido tema Fernando Capez (2004, p. 41) leciona:

Ao preso provisório, em face do princípio do estado de inocência, não se aplicam todos os deveres relativos ao condenado definitivo, de maneira que quem estiver recolhido em virtude de prisão em flagrante, prisão temporária, decretação de prisão preventiva, pronúncia ou sentença condenatória recorrível não estará obrigado ao trabalho. (CAPEZ, 2004, p. 41)

O artigo 32 da Lei nº 7.210/84, em seus parágrafos 2º e 3º assim estabelece: “§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade. § 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.” Desta forma, verificamos que existem limitações para o exercício das atividades laborais.

Assim, Júlio Fabbrini Mirabete diz que:

Evidentemente, a pessoa indicada para aquilatar da adequação do trabalho aos anciãos, doentes e deficientes físicos é o médico do estabelecimento penal. Certamente, a atribuição do trabalho à mulher grávida deve atender também à sua especial condição, principalmente no que tange às semanas anteriores ou posteriores ao parto. (MIRABETE, 1996, p. 101)

Em se tratando de crimes políticos, Júlio Fabbrini Mirabete assevera ainda que:

A dispensa do trabalho prisional ao criminoso político não lhe retira o direito à atribuição de trabalho, que é de todo preso e internado (arts. 41, II e 42, da LEP). Vale dizer, não tem o dever, mas apenas o direito de trabalhar. Desejando desempenhar a atividade laborativa, o condenado por crime político pode pedir que se lhe atribua trabalho de acordo com sua condição pessoal e necessidade. Desempenhando-o intra-muros, ou externamente, terá ele direito à devida remuneração e aos demais benefícios de sua atividade laboral, como o direito à remição, à contribuição para a Previdência Social etc. (MIRABETE, 1996, p. 436)

Assim, pelo que se observa da Lei de Execução Penal, o trabalho é considerado um poderoso instrumento de recuperação e reinserção social do apenado, tanto que está simultaneamente elencado na lista de direitos e deveres do preso, respeitadas as exceções previstas na lei.

É sabido que a finalidade da prisão não é apenas punir, mas principalmente, reabilitar o indivíduo, sendo que, ao se pensar nessa reinserção do condenado na sociedade, as primeiras medidas vistas como uma forma de contribuir para tal finalidade são as de trabalho e educação do apenado.

Todas as pessoas possuem o direito humano à educação, inclusive aquelas que se encontram privadas de sua liberdade. A educação fornecida dentro dos estabelecimentos

prisionais, entre outras denominações, é chamada de educação carcerária. Muitas são as normas nacionais e os tratados internacionais que foram elaborados para regulamentar e estabelecer os direitos educativos das pessoas encarceradas.

Atualmente, o maior número de presos são pessoas que ainda não foram alfabetizadas ou indivíduos muito jovens que não concluíram nem o ensino fundamental, o que demonstra uma falha no sistema educacional oferecido no país, sendo que muitos não têm a oportunidade de frequentar a escola, ou abandonam a mesma, não havendo um mínimo de esforço por parte do Estado para que os mesmos voltem aos estudos.

O Estado deveria criar uma política efetiva para combater a evasão escolar, pois o fato de abandonar a escola pode levar o indivíduo para o mundo do crime e das drogas, levando-se em consideração também a falta de emprego e de assistência social. Assim, é de grande importância a criação de políticas públicas relacionadas à educação, principalmente daqueles que não tiveram acesso ou oportunidade de frequentar um sistema de ensino.

No âmbito prisional, a educação é uma forma de tentar fazer valer os direitos dos cidadãos, sendo vista como uma maneira de contribuir com o processo de ressocialização dos presos, e a reintegração dos mesmos na sociedade.

As escolas prisionais deveriam seguir o mesmo modelo daquelas que estão fora do âmbito prisional, entretanto, essa não é uma missão fácil, tendo em vista que os estabelecimentos prisionais possuem regras e métodos de correção próprios, bem como em razão da falta de estrutura, da superlotação e das condições degradantes dos presídios.

A Constituição Federal, em seu artigo 208, inciso I⁶, estabelece que o dever do Estado é garantir a educação básica obrigatória e gratuita a todo e qualquer indivíduo que esteja na faixa etária de idade entre 4 (quatro) a 14 (quatorze) anos, o referido artigo menciona ainda que também são detentores deste direito pessoas que não tiveram acesso a educação na idade própria mencionada.

A educação escolar nos estabelecimentos prisionais faz parte da modalidade de ensino denominada Educação de Jovens e Adultos – EJA, a qual é definida no artigo 37 da Lei nº 9.394/96, chamada de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB): “Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria”.

⁶ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Assim, referida Lei regulamenta a previsão do art. 208, inciso I, da nossa Carta Magna, proporcionando a todos os indivíduos que não iniciaram ou concluíram a educação básica obrigatória, a oportunidade de concluí-la.

Por sua vez, a denominada Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, que rege a execução penal em nosso país, dispõe sobre a educação escolar nos estabelecimentos prisionais em seus artigos 17 a 21⁷, compreendendo a forma em como será estabelecido e dividido o ensino por períodos em um estabelecimento prisional.

Ainda no contexto da educação nos estabelecimentos prisionais, faz-se necessário mencionar a Resolução nº 03 de 11 de março de 2009, que dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para Educação nas Prisões, a qual foi aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça do Brasil.

Ainda falando sobre a Resolução nº 03 de 11 de março de 2009, em seu artigo 3^o⁸ dispõe sobre alguns requisitos que a educação no âmbito prisional deve atender para que se possa ter educação de qualidade dentro da penitenciária.

Assim, as diretrizes legitimam a educação nas prisões, sendo que foram ratificadas pelo Ministério da Educação do Brasil, através da Resolução nº 02 de 19 de maio de 2010 do Conselho Nacional de Educação, com o objetivo de nortear a educação escolar em contexto de privação de liberdade.

Entretanto, vale ressaltar que o sistema prisional brasileiro é organizando, principalmente, em nível estadual, assim, cada governo possui uma autonomia relativa no que diz respeito à introdução de políticas públicas relacionadas à educação escolar no âmbito prisional.

Dessa forma, tendo em vista essa diversidade regional, a realidade do sistema prisional brasileiro é heterogênea, sendo diferente de Estado para Estado, e até mesmo de um

⁷ Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

⁸ Art. 3º - A oferta de educação no contexto prisional deve:

I – atender aos eixos pactuados quando da realização do Seminário Nacional pela Educação nas Prisões (2006), quais sejam: a) gestão, articulação e mobilização; b) formação e valorização dos profissionais envolvidos na oferta de educação na prisão; e c) aspectos pedagógicos.

estabelecimento prisional para o outro, sendo que a aplicabilidade das normas acaba seguindo as variações de cada local.

Assim, nesse contexto, vale ressaltar as considerações da pesquisa em processo permanente realizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a qual é mencionada por Marc de Maeyer:

A situação legal dos internos influencia a organização de turmas. As pessoas acusadas de um crime, mas ainda não sentenciadas têm maior dificuldade (ou menor motivação) de entrar em turmas fixas. [...] Em alguns países, a frequência às aulas é obrigatória, organizada pelo estado com professores qualificados, que foram treinados para adaptar seus métodos educacionais ao especial contexto da prisão. Na maior parte dos países, entretanto, a educação é uma opção e compete com a possibilidade de trabalhar. [...] A criação de programas de educação técnica leva à organização de atividades produtivas que, por um lado, permitem desenvolver habilidades técnicas para o mercado de trabalho, mas, por outro, prejudicam as atividades educacionais ou alteram a dimensão social dos programas educacionais. [...] A superlotação na prisão é uma realidade desfavorável à organização de sessões educacionais. A superlotação afeta os programas, principalmente nos países do sul. (MAEYER, 2006, p. 24)

Quanto às atividades laborais e a educação no âmbito dos estabelecimentos prisionais, o artigo 8º da Resolução nº 03 de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispõe que: “Art. 8º - O trabalho prisional, também entendido como elemento de formação integrado à educação, devendo ser ofertado em horário e condições compatíveis com as atividades educacionais”.

Entretanto, apesar da vigência de tal norma, o que se observa nas unidades prisionais é que o trabalho muitas vezes é utilizado de forma prioritária, sendo as atividades educativas deixadas de lado.

Como já mencionado anteriormente, o direito a educação dentro das unidades prisionais também é previsto nos tratados internacionais, sendo que as pessoas que se encontram privadas de sua liberdade também possuem o direito à educação, assim como todos os indivíduos. Na seara internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 26⁹ estabelece as formas as quais devem ser oferecidos o ensino fundamental, o técnico profissional e o ensino superior.

⁹ Art.26 Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

Assim, a educação tem como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, fortalecendo o respeito aos direitos humanos, que são universais, ou seja, para todos e todas, independentemente do fato de estarem ou não privados de sua liberdade.

Em âmbito internacional, as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, estabelecem normas específicas ao direito à educação nas prisões.

O tópico 77 do documento prevê que:

- 1) Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos que daí tirem proveito, incluindo instrução religiosa nos países em que tal for possível. A educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração especial atenção.
- 2) Tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua educação.

O documento internacional intitulado Regras mínimas para o tratamento de reclusos, aprovado pelo conselho econômico e social da ONU em 1957, também traz previsões acerca do acesso à educação de pessoas privadas de liberdade. Conforme assevera Denise Carreira, o documento afirma que:

[...] devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos, incluindo instrução religiosa. A educação de analfabetos e jovens reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua formação. Devem ser proporcionadas atividades de recreio e culturais em todos os estabelecimentos penitenciários em benefício da saúde mental e física. (CARREIRA, 2009, p. 11)

Embora o direito à educação esteja previsto em leis e tratados internacionais, há certa restrição às atividades educacionais fornecidas nos estabelecimentos prisionais.

Assim, ao falar sobre a educação de indivíduos encarcerados, é preciso ter a consciência de que os mesmos são pessoas da sociedade e possuem direito aos direitos humanos, ainda que estejam privados de sua liberdade, merecendo respeito às suas integridades físicas, morais e psicológicas, devendo lhes ser garantido o acesso à educação, conforme determinado pelas leis.

Como já mencionado alhures, a educação é fundamental no processo de ressocialização do preso, ajudando em sua adaptação na sociedade, sendo que, ao aprender, o

indivíduo privado de sua liberdade desenvolve sua potencialidade, ampliando e melhorando sua capacidade de pensar e sua forma de ver o mundo, o que contribui na mudança do apenado, e, conseqüentemente, da sociedade, que terá indivíduos mais bem instruídos, com um índice de reincidência cada vez menor.

O profissional pedagogo especializado na educação tem a capacidade de refletir acerca dessa atividade no âmbito prisional, e, assim, agir da melhor maneira possível para buscar um processo de aprendizagem de qualidade e efetivo para os indivíduos privados de sua liberdade que não tiveram a oportunidade de frequentar uma instituição de ensino regular, ou até mesmo aqueles que a abandonaram sem concluir os estudos.

O pedagogo é um profissional fundamental no que tange à educação dentro do sistema prisional, devendo o mesmo acompanhar toda a atividade educacional dentro dos presídios, principalmente no que tange à forma que ela é trabalhada dentro desses locais, tendo ainda que refletir quanto à necessidade de mudanças.

Ademais, é necessário que o Estado promova meios que facilitem a atividade educacional dentro das unidades prisionais, para que as mesmas alcancem resultados positivos, influenciando no comportamento daqueles que estão privados de sua liberdade, fora do convívio social, sendo uma das formas de contribuir com o processo de ressocialização.

Há a necessidade de que dentro dos estabelecimentos prisionais sejam desenvolvidos projetos educacionais que atuem na conscientização dos indivíduos, sendo imprescindível o investimento em soluções que ensejam um norteamento para as escolas situadas dentro das unidades prisionais, de forma que a educação seja eficaz para atingir as peculiaridades que este público possui.

Ainda, é forçoso que a educação no âmbito prisional seja mais do que o ensino da leitura e escrita, devendo os profissionais tratar os indivíduos privados de sua liberdade como humanos, que vêm na educação um fator contributivo no abandono do mundo criminoso.

Assim, tendo em vista todas estas normas que garantem a educação aos presos, conclui-se que não se trata apenas de um benefício, mas sim de um direito humano que aqueles que estão privados de sua liberdade possuem, o qual está previsto não apenas na legislação Nacional, mas também nos tratados internacionais.

Geralmente a prisão representa a suspensão, por um tempo certo, do direito que o indivíduo tem de ir e vir livremente, entretanto, não há a suspensão do direito que a pessoa possui de ter respeitado seu direito à dignidade e à sua integridade moral, bem como ao seu desenvolvimento social e pessoal.

Dessa forma, a educação é fundamental no processo de reinserção do detendo na sociedade, todavia, ela não deve ser colocada como a única maneira de se atingir o objetivo de ressocializar o condenado.

Certo é que o processo de ressocialização do indivíduo envolve diversos outros fatores, como a oferta por parte do Estado de condições dignas para que o preso cumpra sua pena, oportunidade de acesso às atividades laborais e a possibilidade de sua inserção no mercado de trabalho quando o mesmo terminar de cumprir sua pena.

É necessário também que o Estado, além de oferecer a educação, também deverá prestar as assistências previstas na Lei de Execução Penal, como assistência psicológica, médica, material, entre outras, devendo o preso ser tratado como uma pessoa digna, pois, mesmo que tenha errado, merece ser tratado como ser humano.

Assim, a educação no âmbito carcerário, conjugada com os demais fatores, é de suma importância na ressocialização do detento, o qual terá uma maior instrução, fazendo com que pense mais e, finalmente, deixe a vida criminosa para viver em sociedade como um cidadão de bem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso foi compreendido em três capítulos, no primeiro capítulo tratou-se dos Direitos Fundamentais, que são os direitos mínimos que todo indivíduo possui, o Estado tem o dever de assegurar e proteger tais direitos. Esses direitos são ligados diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, estando previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988. São classificados em 4 gerações, pois não surgiram de uma vez só, de acordo com as necessidades que surgiram em cada época mais direitos eram criados e posteriormente iam sendo positivados no ordenamento jurídico.

Ainda dentro do primeiro capítulo, estudou-se a distinção entre direitos e garantias fundamentais que são erroneamente entendidos como sinônimos, logo os direitos fundamentais são bens e vantagens descritos em nossa Constituição Federal, ao passo que as garantias são os meios, os instrumentos que asseguram o exercício dos direitos, ou até mesmo os repara nos casos de violação. Findando o primeiro capítulo têm-se as características dos direitos fundamentais, que são a historicidade, imprescritibilidade, universalidade, inalienabilidade, concorrência, irrenunciabilidade e limitabilidade.

O segundo capítulo trata da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do apenado, levando em consideração que a reclusão do indivíduo atualmente não tem atingido a finalidade de recuperação, mas apenas satisfeito parte do desejo da população de ver o infrator pagando pelo que fez, sem se preocupar se a principal finalidade do cerceamento da liberdade está sendo cumprida, qual seja, a ressocialização do apenado. Fala-se sobre a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, comprovando com dados a crise em que o referido sistema se encontra. Observou-se a proibição do tratamento desumano ou degradante e a necessidade da observância de três elementos para o cumprimento da pena: delito, idade e sexo.

No terceiro e último capítulo tratou-se das possíveis medidas para a solução da crise no sistema penitenciário, a solução não seria a construção de mais presídios e oferecer mais vagas, mas, sim, adotar um sistema prisional que objetivasse a reabilitação do indivíduo apenado de maneira eficaz a impedir a reincidência, nas condições impostas na legislação vigente. Falou-se da privatização dos presídios, a punição sob a ótica das penas alternativas e o trabalho e a educação como medidas de ressocialização.

O presente trabalho de conclusão de curso também teve como objetivo fazer uma breve análise da realidade do sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a violação dos

direitos dos apenados bem como analisando possibilidades para melhorar a atual situação. Por meio da legislação penal brasileira bem como por meio de análises de institutos que versam sobre os direitos humanos.

Buscou-se ainda averiguar se os preceitos estabelecidos na nossa legislação estão sendo respeitados, bem como quais são os institutos mais violados quando tratamos sobre o sistema penitenciário brasileiro.

A cada geração, é perceptível o surgimento de novos direitos, e um dever do Estado para com cada indivíduo, visto que todo ser humano é merecedor da tutela do Estado na medida em que todos têm direitos e deveres determinados pela lei. As legislações que versam sobre os direitos humanos se relacionam em busca de abranger o maior número de possibilidades e garantias para aqueles que têm sua liberdade restrita.

Mesmo o indivíduo que foi condenado por ter cometido algum delito não pode deixar de ser considerado um ser humano, deve ter seus direitos e obrigações assegurados, nesse sentido busca-se proteger os direitos humanos a aqueles que muitas vezes tem os direitos básicos que asseguram uma vida no mínimo digna cerceada. Seria um absurdo valorizar as pessoas e sua dignidade e na contramão disso desprezar os condenados dentro do sistema penitenciário brasileiro em condições precárias e desumanas.

Contudo, por meio do que foi estudado pode-se observar a profunda crise em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, bem como o descaso do Estado que não adota medidas efetivas para melhorar as condições da pessoa humana que estão submetidas ao cárcere, a superlotação, a violência tanto entre os presos quanto a que estes sofrem dos agentes penitenciários, o tráfico de drogas, a má alimentação, as péssimas condições de limpeza, a péssima alimentação tudo são pontos que devem ser observados para que se busque melhorar o sistema, e quem sabe assim conseguir reabilitar os detentos e não apenas os devolverem para a sociedade muitas vezes pior do que como entraram, devido ao sofrimento passado durante a reclusão.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, volume 1, 9 ed. São Paulo: Saraiva 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra editora Lda, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra Portugal: Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Ed. Pilares, 2009.
- CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Estado, política e direito**. Criciúma-SC: Ed. Unesc, 2006. v. 3.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Dez. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 28 maio. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GONÇALVES, Susély Aparecida Fonseca. **Os direitos e garantias fundamentais à luz da Constituição Federal**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1015. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2641>> Acesso em: 10 de jun. 2018.

GOMES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativo à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva 2011.

LEITE, José Rubens Moratto; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 3 ed, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NILO, Batista. **Introdução Crítica no Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan 11ª edição. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PESTANA, BARBARA MOTA. **Direitos fundamentais: origem, dimensões e características**. 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas,589755.html>>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PUCCINELLI, André Júnior. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. ver. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Editora Bookseller, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOSE, FERNANDA SILVA. **Os direitos de primeira e segunda dimensão**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1282#>. Acesso em: 17 de mar. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.