

PAULO VITOR ANDRADE

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

PAULO VITOR ANDRADE

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Prof. Leonardo Rodrigues.

ANÁPOLIS – 2018

PAULO VITOR ANDRADE

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A ideia deste trabalho monográfico é analisar o sistema prisional brasileiro em cotejo com a garantia da dignidade da pessoa humana. Em todas as comunidades, é indispensável à existência de um sistema que preveja a segregação de pessoas que estejam em desacordo com as normas de convivência comum. Essa segregação acontece normalmente por meio da aplicação de pena de prisão, nas quais a pessoa é retirada da sociedade para que, num ambiente específico, possa ter condições de aprender a voltar ao seio da sociedade. É o que se resolveu denominar reintegração ou ressocialização do preso. A legislação brasileira, diante dessa premissa, estabelece na Lei de Execução Penal, condições mínimas a serem observadas para que o preso possa viver com qualidade. Afinal de contas, a segregação é em relação ao seu direito de ir e vir e não às condições mínimas que lhe garantem a vida. Diversas obras discorrem sobre o sistema carcerário brasileiro, identificando-o como um sistema falho, incompetente, precário, que não cumpre a função para a qual foi criado. A partir dessas obras, são criadas narrativas cinematográficas e literárias que tentam alertar a sociedade para o problema com a qual convive: o encarceramento de pessoas e o aviltamento da sua dignidade enquanto pessoas. Homens vivem em presídios sem estrutura física, mulheres vivem em penitenciárias precárias, que ignoram suas necessidades bio-físico-psíquicas. O resultado é, pois, o desenvolvimento de um ambiente em que mais se prepara para o crime do que para a reintegração. Assim, demonstra neste projeto a evolução histórica do sistema carcerário brasileiro, seus conceitos, finalidades, natureza da execução penal e sua estrutura e a dignidade da pessoa humana e o sistema carcerário.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Preso. Indivíduo. Condenado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I –EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	03
1.1 Histórico das Prisões no Brasil.....	04
1.2 O Cenário Das Penitenciárias Brasileiras Na Atualidade	07
1.3 Sistema Penitenciário Em Números.....	10
CAPÍTULO II – SISTEMA CARCERÁRIO: CONCEITOS, FINALIDADE,NATUREZA DA EXECUÇÃO PENAL E ESTRUTURA	13
2.1 Conceito e Finalidade.....	13
2.2 Objetivos Do Encarceramento Natureza Da Execução Penal.....	15
2.3 Estruturas Do Sistema Carcerário Brasileiro: As Penitenciárias E As Cadeias...	17
CAPÍTULO III –A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA CARCERÁRIO	22
3.1 Dignidades Da Pessoa Humana E Sua Relação Com Os Direitos Humanos	22
3.2 Dos Deveres E Direitos	25
3.3 A Responsabilidade Civil Do Estado Quando Das Prisões Superlotadas	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a ideia central de analisar o sistema prisional brasileiro em cotejo com a garantia da dignidade da pessoa humana.

Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim sendo, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

O primeiro capítulo fomenta o desenvolvimento histórico do sistema carcerário brasileiro, o cenário das penitenciárias brasileiras na atualidade e o sistema penitenciário em números, numa abordagem doutrinária, abarcando os requisitos de validade, de modo a compreender a atual situação deste sistema em nossa sociedade.

O segundo capítulo trata do sistema carcerário com o seu conceito, finalidade, natureza da execução penal e estrutura, apurando-se suas características e a devida aplicabilidade frente ao Código Penal e Código de Processo Penal.

Por conseguinte, o terceiro capítulo analisa a dignidade da pessoa humana e o sistema carcerário, no qual a dignidade da pessoa humana e a sua relação com os direitos humanos, e em seguida os deveres e direitos, com a responsabilidade civil do Estado em relação às penitenciárias superlotadas.

Assim sendo, o sistema carcerário brasileiro um tema que não deixa de ser atual, devido a toda uma precariedade em seu sistema em geral, exige um

estudo mais esmerado para aplicação da lei ao caso concreto frente aos princípios genéricos do Direito Penal e Processual Penal. O que na maior parte o sistema em si, passou a ser o protagonista da relação entre o preso, o Estado e a sociedade.

A pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão planteada, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema em relação ao caso concreto.

CAPÍTULO I – HISTÓRICO DAS PRISÕES NO BRASIL

De princípio, a prisão na explicação filosófica diz respeito à confinamento. O preso é separado da sociedade, da família, dos amigos e de outros contatos socialmente significativas, espera-se que o preso, no seu dia a dia confinado, possa vir a refletir sobre seu ato criminoso, sendo este o reflexo mais direto de sua punição. O objetivo em si das prisões é de ressocializar o preso, para que quando exercida o cumprimento da sua pena, poderá retornar a sociedade “liberto” dos atos criminosos que foram praticados. O Direito Penal em seu âmbito tem como finalidade de regularizar e controlar a convivência entre os indivíduos, assim determinando regras e normas na sociedade. De acordo com Cesare Beccaria em seu livro *Dos Delitos e das Penas*:

levantou-se em nome da humanidade e da razão, contra a tradição jurídica e a legislação penal de seu tempo, denunciando os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de se obter a prova do crime, a prática de confiscar os bens do condenado”. Uma de suas teses é a igualdade, perante a lei, dos criminosos que cometem o mesmo delito.

Suas ideias se difundiram rapidamente em todo o mundo civilizado, sendo aplaudidas por Voltaire, Diderot e Hume, entre outros, e sua obra exerceu influência decisiva na reformulação da legislação vigente da época, estabelecendo os conceitos que sucederam. (BECCARIA, 2007, p.30)

Desde o início da história brasileira começa a reformulação de prisões até os dias atuais, é notável o tanto que há um déficit no sistema carcerário, no Estado com o sistema, e os próprios estabelecimentos, entre outras falhas. Beccaria (2007) demonstra assim a falha da legislação com o preso. A História relata que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do

acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: todo o bem-estar possível para a maioria.

Beccaria ainda afirma que não houve quem se ocupasse suficientemente para reformar a irregularidades dos processos criminais, a legislação tão importante. Assim, demonstrando já de início onde se encontra a falha com as prisões, os presos, o sistema, o Estado, entre outros exemplos. Raramente se procurou desarraigar, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde há historicidade das prisões no Brasil, e muito poucas pessoas procuraram reprimir e ter a autoridade suficiente para tentar a resolução dos erros ou falhas sobre tal tema que está sendo relatado neste trabalho monográfico. (BECCARIA,1999).

1.1 Bases históricas

De acordo com Bruno Morais Di Santis e Werner Engruch(2016), em 1830, o Brasil, devido a sua colonização portuguesa ainda não tinha um Código Penal próprio. Onde acabou se submetendo às Ordenações Filipinas. Tais penas como: pena de morte, penas corporais (açoite, mutilação, queimaduras), degredo para as galés e outros lugares, confisco de bens e multa, ainda como humilhações pública, onde eram exemplos de penas sendo aplicadas na colônia. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

No século XVII, não havia privação de liberdade e previsão do cerceamento, pois os movimentos reformistas penitenciários começam somente no fim do século seguinte, sendo assim as prisões eram apenas locais de custódia. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Em 1824, com a nova Constituição, o Brasil, começa, portanto a reformar o seu sistema punitivo próprio. Assim banem-se as penas de açoite, tortura e outras penas cruéis, onde foi determinado que as cadeias devessem ser seguras com uma boa proteção, com uma boa higienização e serem bem arejadas, havendo inúmeras casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e a natureza dos seus crimes cometidos. Porém, a abolição das penas cruéis não foram exatamente

cumpridas, por ser na época em que os escravos ainda estavam sujeitos a elas.(SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Assim, o Código Criminal do Império em 1830, a pena de prisão é implantada no Brasil, sendo divididas em duas formas.Em uma das formas em a prisão com trabalho e a prisão simples. Não sendo estabelecido nenhum sistema penitenciário especificadamente, ficando assim, a cargo dos governos provinciais com a autoridade para escolher o tipo determinado de prisão e regulamentando-os. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Devido as prisões do Brasil serem bem precárias, por volta de 1828 uma comissão foi determinada por uma Lei Imperial, que visitasse prisões civis, militares e eclesiásticas para verificar o estado das prisões para ser realizado quaisquer tipo de melhoramento necessário. Com essa Lei Imperial, resultou-se em diversos relatórios de suma importância para a questão prisional do país. Tais relatórios mostrou a realidade lamentável das penitenciárias. (SANTIS; ENGBRUCH,2016)

São Paulo, em abril de 1829, foi o primeiro a relatar que já estavam tratando de problemas que ainda existem até os dias de hoje, como por exemplo, a convivência entre os presos, a falta de espaço para os detentos e os que ainda aguardavam por julgamento. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Com a implantação de modelos estrangeiros como o Sistema da Filadélfia e o de Auburn, a comissão apresenta um olhar mais crítica, ocorrendo as primeira mudanças no sistema penitenciário brasileiro, com a introdução de oficinas de trabalho, pátios e celas individuais, sendo introduzidas no Estado de São Paulo e Rio de Janeiro, devido a construção das casas de correção. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Como sabemos o Brasil não tem a pena de morte, penas perpétuas, açoite e as galés e foi determinado um limite de 30 anos para as penas (como vigora até hoje), pelo fato destes terem sido abolido e determinado pelo novo Código Penal em 1890. Com isso, também previa quatro tipos de prisões, sendo elas: reclusão em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares, destinada aos crimes

políticos, prisão com trabalho que era cumprida em penitenciárias agrícolas, para esse fim destinado, ou em presídios militares, e disciplinar, cumprida em estabelecimentos especiais para menores de 21 anos.(SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Já era notável certa escassez de estabelecimentos para o cumprimento de penas previstas no Código, desde a promulgação do Código Criminal de 1830. Sendo assim, como o novo Código de 1890, a maioria dos crimes cometidos previa a pena de prisão celular (que envolvia trabalhos dentro da prisão), mas não havia estabelecimentos suficientes, ocorrendo um grande déficit de vagas. Com isso, o legislador novamente tem de criar certas alternativas para o cumprimento dessas penas, coisa que não era fácil, por se tratar de um recente e novo Código. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Como de costume há uma grande diferença entre a lei prevista e a realidade carcerária, não sendo diferente naquela época. O que criava outro grande problema grave era a falta de vagas nas prisões, a deterioração do ambiente. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

No ano de 1906, por exemplo, foram condenados 976 presos no estado de São Paulo à prisão celular, mas existiam apenas 160 vagas, portanto 816 presos (90,3%) cumpriam pena em condições diversas àquela prevista no Código Penal vigente.(SANTIS; ENGBRUCH, 2016, *online*).

Tal feito era agravado por uma prática comum das comarcas do interior, a transferência dos presos para a capital, quando não havia uma prisão para o cumprimento da pena. Em São Paulo era aparente o problema do sistema carcerário, ao final do século XIX. Portanto, começa assim, um movimento para a sua modernização, tanto nas leis e a criação de várias instituições que comporiam uma rede de prevenção e repressão ao crime e ao tratamento aos presos, como para a modernização dos estabelecimentos.(SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Em 1905 é aprovada uma nova lei para a substituição da antiga penitenciária. O novo estabelecimento teria 1.200 vagas, oficinas de trabalho, tamanho de celas adequado, com boa ventilação e iluminação. O prédio foi entregue em 1920, mesmo ser estar completamente concluído. (SANTIS; ENGBRUCH,2016).

Assim o “modelo” de prisão é adotado até os dias de hoje, onde também é encontrado até hoje vários déficit nos estabelecimentos, na lei e no sistema carcerário brasileiro.(SANTIS; ENGBRUCH,2016).

1.2 O Cenário das penitenciárias brasileiras na atualidade

Não é novidade o que se passa com as penitenciárias brasileiras. A falta de eficiência do sistema, do Estado, e com a superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de doenças, causando até mesmo a morte. (ASSIS, 2007).

Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas ou até mesmo sair pior do que entrou. Como por exemplo, a cometer mais crimes na sociedade, pelo fato de também ter uma organização criminosa entre os próprios presos dentro das penitenciárias. Onde muitos criminosos de dentro das prisões comandam diversos crimes, quadrilhas e facções fora delas. (ASSIS, 2007).

A superlotação é consequência ao número elevadíssimo de presos, causando assim, um dos maiores e mais graves problemas relacionados ao sistema penal. As celas são encontradas em circunstâncias lotadas, não fornecendo ao preso um mínimo de dignidade. Se tornando um caso cada vez mais comum, mesmo tentando de todos os meios possíveis para a diminuição ou solução do problema, ainda não chegaram a nenhum resultado positivo pelo fato,da diferença entre a capacidade instalada e o número absurdo atual de presos veem cada vez mais piorando a atual situação que se encontra o sistema penitenciário. Portanto, por causa dessa superlotação, diversos presos acabam dormindo no chão de suas celas, ou no banheiro, onde fica próximo a buracos de esgotos, sem falar que em certos casos acabam dormindo pendurados a grades em redes. (CAMARGO, 2006).

Estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam compatíveis a serem portadores do HIV, principalmente em decorrência do

homossexualismo que ocorre em seu interior, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. Há também inúmeros homicídios dentro das prisões, rixas, armas caseiras, aparelho celular entre outros tipos de aparelhos eletrônicos, sendo explícita a falha do sistema carcerário brasileiro. O preso muitas vezes é cometido a tratamentos ilícitos aos carcerários com eles, como espancamentos, torturas e ameaças e assim também dos presos com os carcerários. (ASSIS, 2007).

Além dessas doenças, existe um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões. Para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da polícia militar (PM), onde na qual, na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade, que também há uma grande dificuldade, muitas vezes por falta de recursos como viaturas, combustível e disponibilidade dos próprios policiais ou agentes carcerários. Quando o preso doente é levado para ser atendido, há ainda o risco de não haver mais uma vaga disponível para o seu atendimento, em razão da igual precariedade do nosso sistema público de saúde e também pela superlotação. (CAMARGO, 2006).

O descumprimento do disposto da Lei de Execução Penal, no que se refere à saúde do preso, é quanto ao cumprimento da pena em regime domiciliar pelo preso sentenciado e acometido de grave enfermidade (conforme artigo 117, inciso II). Nessa hipótese, tornar-se-á desnecessária a manutenção do preso enfermo em estabelecimento prisional, não apenas pelo descumprimento do dispositivo legal, mas também pelo fato de que a pena teria perdido aí o seu caráter retributivo, haja vista que ela não poderia retribuir ao condenado a pena de morrer dentro da prisão. (ASSIS, 2007).

Dessa forma, a manutenção do encarceramento de um preso com um estado deplorável de saúde estaria fazendo com que a pena não apenas perdesse o seu caráter ressocializador, mas também estaria sendo descumprindo um princípio

geral do direito, consagrado pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual também é aplicável subsidiariamente à esfera criminal, e por via de consequência, à execução penal, que em seu texto dispõe *que* “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (ASSIS, 2007).

Por outro lado as garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso, estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a proteção das garantias do homem preso. (ASSIS, 2007).

Existe ainda em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a XV do art. 41, que dispõem sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer da execução penal. No campo legislativo, nosso estatuto executivo-penal é tido como um dos mais avançados e democráticos existentes. Ele se baseia na idéia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o princípio da humanidade, e qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e contrária ao princípio da legalidade. (ASSIS, 2007).

No entanto, ocorrem na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade. Na prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional. (ASSIS, 2007).

Assim, como a falta do investimento do Estado, acaba se tornando um enorme e imenso fator ao impedimento da solução da superlotação dos presos. É importante que haja uma observância mais de perto do Estado a este caso, para novas realizações de construções de estabelecimentos penitenciários que seja compatível a solucionar este problema de forma digna e humana. (COSTA, 2011).

1.3 Sistema Penitenciário em Números

No Brasil, a população de presos cresce em um ritmo acelerado, abrangendo todos os tipos de crimes, onde seguem alocada em condições de péssimos estados, condições realmente bem precárias, devido a falha na execução penal, do Estado com o sistema carcerário (estrutura dos estabelecimentos das penitenciárias e a legislação), apesar da iniciativa dos recentes investimentos bilionários do governo brasileiro.

Os dados são do novo relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, o “Infopen”, divulgados pelo Ministério da Justiça. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO, 2015).

Tal relatório em seu documento, que reúne dados até junho de 2014, revela um crescimento rápido de 161% no total de presos desde 2000. Com isso, o número de presos no Brasil alcançou 607.731 pessoas. Esse número de 2014 á 2017 cresceu absurdamente, chegando hoje a ter 668.182, contingente que dá ao Brasil o quarto lugar no ranking das maiores populações prisional do mundo - perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia. Em março, Carta Capital mostrou que, nos últimos 15 anos, o Brasil é o segundo país que mais prendeu pessoas. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO, 2015).

Comparando esse último levantamento com o atual ano de 2017, o Brasil prendeu mais gente do que as vagas criadas nas prisões, com o resultado, a superlotação aumentou de 65% para 69,2%, chegando a ser assustador a rapidez desse crescimento então pouco tempo, onde a tendência é ainda de aumentar mais.

Também há o percentual de presos provisórios, que caiu de 38,6% para 37,1%. É notável e explícito que esse tema, está longe de chegar a uma solução com eficiência. (VELASCO; D'AGOSTINO; REIS, 2017).

Embora o ritmo de crescimento do número de presos no Brasil seja constante, a explosão de pessoas encarceradas se deu a partir de 2002. , quando o país tinha 239 mil presos, ou seja, 60% a menos do que possui hoje. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

Atualmente, o País registra um crescimento de 7% ao ano no número de prisões, por falta de estrutura nos estabelecimentos e na falha da execução penal.

Essa falha permanecerá enquanto o Estado não for mais crítico em relação à legislação vigente do nosso país. Além de possuir mais presos, as condições do sistema prisional seguem degradantes. O Brasil em 2014 possuía um déficit de 231 mil vagas. Isso significa dizer que os presídios brasileiros vivem em uma condição de superlotação, com 1,6 presos por vaga. A situação é especialmente grave em um quarto das prisões, onde existem mais de dois presos por vaga. Assim, percebemos o porquê da superlotação nas penitenciárias brasileira. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

Na tentativa de apresentar uma solução para a superlotação dos presídios, é afirmado que o governo federal fez um investimento recorde de mais de 1,1 bilhão de reais na construção de novas vagas. No entanto, esta medida é insuficiente porque ataca apenas uma face do problema. Não abrangendo totalmente o sistema carcerário brasileiro, onde o problema todo acaba não se resolvendo. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

Segundo o texto, assinado pelo diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Renato de Vitto, "é preciso analisar a 'qualidade' das prisões efetuadas e o perfil das pessoas que têm sido encarceradas, para que seja possível problematizar a 'porta de entrada' e as práticas de gestão dos serviços

penais, desde a baixa aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais". (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

O diretor-geral do Depen abrange sugestões que vão ao contrário às políticas de alguns países onde são os líderes em encarceramento no mundo (Estados Unidos, Rússia e China), que o Brasil diferente deles não vêm conseguindo reduzir a sua população carcerária, como já demonstrado vêm aumentando. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

A urgência do País em reduzir o número de presos fica mais clara com as projeções do relatório. Se o ritmo de encarceramento for mantido, o Brasil terá cerca de 1 milhão de presos em 2022. Em 2075, o número chegará a uma em cada dez pessoas. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

Atualmente, quatro em cada dez presos brasileiros são provisórios. O que chama a atenção é o alto número de presos provisórios, ou seja, são aqueles que aguardam presos o julgamento da Justiça. Além disso, um grande fato é que muitos deles ainda não ficam em presídios separados daqueles que já foram julgados culpados. Apesar da metade das unidades serem destinadas a presos provisórios, 84% delas também abrigam condenados. (CARTA CAPITAL REDAÇÃO,2015).

CAPÍTULO II – SISTEMA CARCERÁRIO: CONCEITO E FINALIDADE DA PENA

Quando o indivíduo (sujeito), por uma conduta criminosa, infringe a norma penal, surge para o Estado o direito de punir o *–jus puniendi–* que, na lição de José Frederico Marques, “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira responsável”. (*apud*SILVA, 2003)

2.1 Conceito e Finalidade

Em decorrência do exercício do *jus puniendi* estatal, é aplicada a pena que, segundo Soler: “é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”. (*apud* SILVA, 2003)

Basicamente notam-se três teorias que tentam justificar a cominação e a sua aplicação da pena: a retributiva ou absoluta, a preventiva ou relativa e a teoria eclética ou mista. (SILVA, 2003)

Para a teoria absoluta, a finalidade da pena é o castigo, ou seja, a realização do mal pelo mal praticado. Assim, o castigo compensa o mal e dá reparação à moral. A pena imposta por um requisito ético em que não se presume a qualquer conceito ideológico. A Escola Clássica conceituava o crime como sendo um ente jurídico, a pena era nitidamente retributiva, não havendo qualquer tipo de

preocupação com o indivíduo do criminoso, já que a punição se designava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito. (MIRABETE, 2007)

Para a teoria relativa, à pena tem por sua vez uma finalidade com prioridade prática, o especial (com relação ao condenado) ou de prevenção geral (com relação a todos). Na Escola Positiva, como objeto principal de suas conceituações doutrinárias o homem passava a centrar o Direito Penal, sendo assim, a pena já não era um castigo, mas sim com o fim de ressocializar o criminoso, de modo que a sociedade se sentira mais protegida, tendo em vista sua periculosidade. (MIRABETE, 2007)

Da conciliação entre as duas primeiras teorias, aparece a terceira teoria: chamada de mista ou eclética. Essa teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se concluem. A propósito, ensina Silva:

Prevenção geral e especial é, pois, conceitos que se completam. E, ainda que isto possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, pois não se pode negar que pena cominada não é igual a pena concretizada, e que esta última é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isso: verdadeira expiração; meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres. (SILVA, 2003).

Assim, como temos a diferenciação entre três teorias, (absolutas, relativas e mistas) também há a diferença com a finalidade.

Pela teoria retributiva ou absoluta, a pena apresenta a característica da retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro objetivo que não seja o de pagar o mal com outro mal. Assim, nesta teoria a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesmo. (SILVA, 2003)

De acordo com a teoria relativa ou também chamada de preventiva, a penalidade penal tem por sua finalidade preventiva, ou seja, com a finalidade de acabar com novas infrações. Assim, a prevenção vai ter um caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena engloba-se a todos os que são receptores da lei penal, sendo assim, com o objetivo de vetar os indivíduos da prática do delito criminoso; e

caráter especial, onde o autor do delito é objetivado, de maneira que, afastado da sociedade em meio livre, não torne ao crime e que possa se ressocializar ou ser corrigido, assim se caracteriza a teoria relativa ou preventiva. (SILVA, 2003)

Para as teorias mistas (eccléticas ou intermediárias), a natureza da pena, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas a sua finalidade não é visar apenas à prevenção, mas um misto de educação e correção. (MIRABETE, 2007)

Embora o pensamento doutrinário prevalecente se funde sobre a ressocialização, é necessário nunca se esquecer de que a política social do Estado, acaba sendo e é a melhor defesa de uma sociedade, onde o direito, o processo e a execução penal estabelece apenas um meio para a reintegração social, mas nem por isso o de maior alcance. (MIRABETE, 2007)

2.2 Natureza da Execução Penal

Giovanni Leone afirma que a função da execução penal, se caracteriza entre três esferas distintas: no que se diz respeito à vinculação da punição e do direito subjetivo estatal de punir, a execução no direito penal substancial; no que se trata a vinculação como título executivo, entra no direito processual penal; no que abrange à atividade executiva própria e verdadeira, introduzir no direito administrativo, deixando a salvo a enorme e grande possibilidade de algumas fases jurisdicionais correspondentes, como nas providências de vigilância e nos incidentes de execução. Trata-se realmente de uma atividade que por natureza é bem complexa, onde são – examinadas ao ponto de vista da natureza da norma jurídica que dela cuida – envolvendo-se o direito processual penal e o direito penitenciário, que para inúmeros doutrinadores, não se passa de ramo do Direito Administrativo e o direito penal substancial. (MIRABETE, 2007)

No Brasil, o Regulamento 120, de 21/01/1842, previa a intervenção do juiz municipal, o que provocou uma descontinuidade entre a jurisdição de julgamento e a jurisdição de execução. No Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3-1-41), a execução penal foi considerada de natureza mista: jurisdicional e

administrativa, correspondendo a primeira a solução dos incidentes da execução, a imposição de medida de segurança, etc. (MIRABETE, 2007).

Realmente, a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução.

Como é bem acentuado, não se nega que a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve entrosada mente nos planos jurisdicional e administrativo, e não se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e estabelecimentos penais. Diante desse caráter híbrido e dos limites ainda imprecisos da matéria, afirma-se na exposição de motivos do projeto que se transformou na Lei de Execução Penal: “Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal”. (MIRABETE, 2007)

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições e sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal, constituem pressupostos da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade o não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial a intenção em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. (TRF-2, 2014, *online*.)

Assim, é pretendido pela a execução estabelecer que cumpra o comando em ascensão da sentença penal absolutória impropria ou condenatória. (MARCÃO, 2004)

A execução penal tem que ter a finalidade à integração social do detento ou do condenado, pois, amparado pela a teoria eclética ou mista, no qual a natureza

retributiva da pena não pretende obter somente a prevenção, mas também a humanização do mesmo. Portanto a finalidade é por meio da execução punir e humanizar. (MARCÃO, 2004)

A execução penal tem a sua natureza jurisdicional, não pretendendo a intensa atividade administrativa que a abrange. Se por um lado à administração penitenciária referem-se ao Poder Executivo (Estado-administração), os incidentes da execução são da competência do Poder Judiciário (Estado-juiz). A execução penal tem sua característica determinada pela natureza híbrida, instituindo uma função administrativa e jurisdicional do Estado. (SILVA, 2003, MARCÃO, 2004)

A partir do momento em que se admite a autonomia do Direito Penitenciário, este englobado princípios do Direito Administrativo e também de outros ramos do Direito (principalmente Penal e Processual Penal), fica patente a natureza mista da execução penal. Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal (SILVA, 2003, p. 43)

E, se na justiça retributiva existe o interesse público na atuação do Direito Penal, na justiça restaurativa o tal interesse irá pertencer às pessoas envolvidas no episódio criminoso. Assim, o crime deixa de constituir-se em ato contra o Estado para ser ato contra a comunidade, contra a vítima e ainda contra o seu próprio autor, pelo fato que esse também é agredido com violação ao ordenamento jurídico.

2.3 Estrutura do sistema carcerário brasileiro: as penitenciárias e as cadeias

No Brasil, as penas privativas de liberdade são regulamentadas pela Constituição Federal, pelo Código Penal e regulamentado pela Lei 7210/84, a Lei de Execuções Penais (LEP), que tem o objetivo da ressocialização do punido. Entretanto, existe uma grande distância entre as disposições legais e a realidade. (FOUCAULT, 2003)

A integridade física e moral dos detentos são previstas como cláusula pétrea na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX . O artigo 38 do Código

Penal dispõe que o preso conserva todos aqueles direitos não atingidos pela perda da liberdade, como, por exemplo, alimentação suficiente e vestuário, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e recreação, assistência à saúde, jurídica e à educação. (FOUCAULT, 2003)

Sobre as instalações carcerárias, a Lei dispõe que durante o repouso noturno o preso deve-se manter isolado, em uma cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório. (artigo 88). Devendo preencher os requisitos de salubridade e possuir área mínima de seis metros quadrados (§ único do artigo 88). (FOUCAULT, 2003)

Assim, a Lei de Execução Penal se submete sem erro a regra da cela individual, com certos requisitos sendo básicos quanto a área determinada mínima e a salubridade. É determinado que na penitenciária, a cela individual deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos:

A salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, área mínima de seis metros quadrados (artigo 88, parágrafo único). Obedece-se, assim, ao disposto nos itens 9 a 14 das Regras Mínimas da ONU. Incube ao Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária, nos termos do artigo 64, inciso I, estabelecer regras sobre a arquitetura e construção dos estabelecimentos penais. (MIRABETE, 2007, p. 37)

Segundo o estabelecido, no início do cumprimento da pena, o condenado deveria ser submetido a exame criminológico para assim identificar as características particulares de cada detento, com o objetivo de individualizar a execução da pena e de tornar mais eficaz o seu cumprimento. (FOUCAULT, 2003)

A penitenciária para mulheres segue também alguns requisitos básicos mencionados no artigo 88, devem ser obedecidos também quanto às penitenciárias femininas, as quais, além disso, poderão contar, facultativamente, com seção para gestante e parturiente e de creche. Dispõe, aliás, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (artigo 5º, L).

Destinam-se essas instalações à prestação de assistência ao filho desamparado da presa. Como se sabe, a execução da pena atinge, indiretamente, aos filhos dos condenados e torna-se indispensável que sejam eles assistidos, ao menos enquanto estiverem na idade de dependência estreita com a mãe presidiária. (MIRABETE, 2007).

Com relação à laborterapia, a Lei dispõe que a jornada normal de trabalho prevista é de seis a oito horas diária com descanso aos domingos e feriados, devendo ter remuneração mínima não inferior a $\frac{3}{4}$ do salário vigente, sendo assim o trabalho do preso tem por sua vez a finalidade educativa e produtiva. Em seus artigos 126 a 129, a Lei prevê o instituto da remição da pena, onde a cada três dias de trabalho realizado é descontado um dia de pena. Se ele não trabalha, perde os benefícios da remição. Fato este que apenas o preso provisório e o preso político não têm a obrigatoriedade do trabalho. (FOUCAULT, 2003)

Segundo as disposições legais onde determina os valores recebidos pelo detento por seu trabalho devem ser utilizados, em primeiro lugar, para indenizar a vítima ou no caso de homicídio a família da vítima; em segundo lugar, o Estado; em terceiro, a sua própria família, onde por muitas vezes deixam filhos (as) em cuidados de parentes ou de seus companheiros; em quarto, para seu uso pessoal. No caso se restar alguma quantia ainda do seu salário, este restante ficará em sua “poupança”. (FOUCAULT, 2003)

Michel Foucault (2003) até o século XVIII declara que a justiça penal foi marcada por grandes práticas cruéis e torturas judiciárias, marcando assim uma época de enormes escândalos no âmbito da justiça, mas também de alguns projetos de reforma sobre as teorias penais. Cesare Beccaria (2007), entre outros filósofos passam a idealizar então uma nova forma punitiva, que foi fundamentada a um “afrouxamento da execução penal” e na decorrente “humanização das punições”. Não adiantaria uma nova reforma se já havia uma enorme preocupação sobre a punição, que deveria prevenir a criminalidade e assim recuperar os infratores ao retorno à sociedade, quanto ao cumprimento de sua pena.

Mas, em nosso país, sabemos que não tem a permissão a transformação vislumbrada pelos reformadores pela política criminal. Sendo assim, o

Estado sempre pressionado pela opinião pública e pela mídia acaba elabora leis, e consequentemente aumenta a rigidez das penas e acaba que por fim construindo novos estabelecimentos penitenciários, com a tentativa de planejar-se enquanto poder gerenciador. É possível determinar e afirmar que o sistema penitenciário não tem nenhuma eficácia na prevenção e combate da criminalidade, diante dos elevados índices de reincidência. Os métodos punitivos estabelecidos pela legislação penal não cumprem as exigências legais e, principalmente, sua função social. Apesar de seus aspectos negativos, defende-se a ideia de que a prisão ainda não deve ser abolida do sistema penal, uma vez que, não foi encontrada outra solução para aqueles infratores que não tenham condições de serem recuperados em liberdade. (FOUCAULT, 2003)

Segundo Foucault (2003, p.196), crítico mordaz do sistema prisional, ela é a “detestável solução de que não se pode abrir mão”. A prisão serve tão-somente para deportar do meio social aqueles indivíduos que representam um risco à sociedade. Assim, é notável que a realidade atual da estrutura carcerário brasileiro está distante do cumprimento mínimo de uma boa condição penitenciária, onde acaba tendo o confronto das disposições legais e a realidade. Basta observar a situação desse tema em no país para tal confirmação.

Segundo Mirabete sobre a penitenciária brasileira:

Já se tem afirmado que uma autêntica reforma penitenciária deve começar pela arquitetura das prisões. Entretanto, ainda nos dias de hoje, no recinto das prisões, respira-se um ar de constrangimento, repreensão e verdadeiro terror, agravado pela arquitetura dos velhos presídios, em que há confinamento de vários presos em celas pequenas, úmidas, de tetos elevados e escassos luminosidade e ventilação, num ambiente que facilita não só o homossexualismo como o assalto sexual. Não fosse por outras razões, ligadas ao procedimento de reinserção social, o respeito à personalidade e intimidade do preso tem levado os legisladores modernos a dispor sobre as condições de espaço e higiene a que deverá estar submetida a arquitetura dos estabelecimentos penais, dedicando regras específicas principalmente quanto àqueles destinados ao cumprimento da pena em regime fechado. (MIRABETE, 2007, p. 37)

O local da penitenciária masculina por razões de segurança à própria sociedade é determinado que fosse “construída e estabelecida em locais afastados do centro urbano”. Devido a grande quantidade de acontecimentos de motins e fugas dos estabelecimentos penitenciários, assim exige-se o para a segurança da

comunidade, de outra forma, estaria envolvida em acontecimentos passíveis de causar-lhes sérios perigos. Portanto, a localização do estabelecimento não deve restringir a possibilidade de visitação aos presos, que é fundamental no processo de sua reinserção social. “O cumprimento da pena no local da residência do condenado é mera faculdade, não um direito líquido do condenado, não retirando do juiz competente o poder de decidir sobre a convivência e oportunidade do cumprimento da pena em qualquer estabelecimento penal”. (MIRABETE, 2007, p.37)

Com fundamento no citado dispositivo constitucional, o tribunal de Alçada Criminal de São Paulo concedeu segurança à presidiária para que pudesse permanecer com o filho lactante, que se encontrava sob a guarda e responsabilidade de terceiros. Aliás, inserindo um § 2º no artigo 83 da Lei de Execução Penal, a Lei nº 9.046, de 18-05-1995, passou a exigir que os estabelecimentos penais destinados a mulheres sejam adotados de berçário onde as condenadas possam amamentar seus filhos. (MIRABETE, 2007)

CAPITULO III – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA CARCERÁRIO

Este capítulo apresentará a relação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Em seguida, serão apresentados os direitos e deveres dos presos sendo eles, provisórios e internados e por último a responsabilidade civil do Estado quando das prisões superlotadas.

3.1 A dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos humanos

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro com status de princípio fundamental (CF, artigo 1º, III) e devido a isto que diversos constitucionalistas o consideram verdadeiro princípio conformador de todo o sistema jurídico nacional. (LEITE, 2014)

Acredita-se que a tendência dos ordenamentos posteriores à traumática barbárie do nazifascismo repousa na apuração da pessoa humana como sendo o centro e o fim do Direito, de modo que muitos países passaram a abordar e adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico para todos os Estados Democráticos. O entendimento de princípio da dignidade da pessoa humana é antigo; desde a sua existência até os atuais dias vem sofrendo certa mutação em seu conceito e em sua aplicabilidade. Na Antiguidade Clássica, a dignidade era quantificada quanto mais alta a posição social que o indivíduo desempenhava e o seu grau de conhecimento, mais dignidade teria. (LEITE, 2014)

Mas é com a filosofia de Immanuel Kant que esta concepção passa a se aproximar dos contornos modernos. Para Kant: O fundamento da dignidade da

pessoa humana encontra-se na autonomia da vontade, atributo encontrado apenas nos seres racionais; a pessoa deve ser considerada como um fim, e não como meio, e que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. (apud LEITE, 2014)

É conceptível que o conceito de dignidade da pessoa humana encontra-se em construção permanente, ou seja, dia após dia vem se “atualizando”, devido ao entendimento da evolução e modificação dos valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas. Assim o seu conceito, de forma perpétua, vaga e aberta, decorrem de uma necessidade de constante delimitação pela práxis constitucional. Esse também é um conceito que varia de acordo com as especificidades culturais, o que na prática acaba muitas vezes sendo um obstáculo para a sua universalização. Nesse sentido lembra Dworkin (2007, p. 43) que o direito das pessoas não tratadas de forma indigna é comum a todas as comunidades, mas a interpretação da indignidade irá se diferir de acordo com o local e a época. (LEITE, 2014)

Portanto, é indiscutível que a dignidade é uma qualidade inerente da pessoa humana, que não pode ser alienada ou renunciada, existente em todos os seres humanos de forma inerente, independentemente de circunstâncias concretas. Dessa forma, não se pode afirmar ou concluir que a dignidade da pessoa só existe quando o direito a reconhecer, haja vista a dignidade ser preexistente ao direito. (LEITE, 2014)

O papel do direito perante a dignidade da pessoa humana será de mero protetor e promotor. Extrai-se, pois, do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana encontra-se em consonância com os estudos kantianos, isto é, reside na autonomia e na autodeterminação da pessoa, o que nos permite enxergar que o direito de liberdade encontra-se encravado na autodeterminação, constituindo, portanto, um pressuposto da dignidade da pessoa humana. (LEITE, 2014)

A doutrina moderna indica que é, ao mesmo tempo, um determinado limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, além de possuir uma dimensão defensiva e prestacional. É limite da atividade do poder público, pois, como já salientado, é algo que preexiste ao direito, não dependendo do Estado para a sua construção; e é tarefa imposta ao Estado para a preservação e promoção da dignidade de todas as pessoas. (LEITE, 2014)

Defende-se assim que todo aquele que perder a sua capacidade de autodeterminação ainda deve ser tratado com dignidade, prevalecendo a perspectiva protetiva da dignidade da pessoa humana sobre a dimensão autonômica. Diante disso é viável dizer que é uma qualidade inerente de todos os seres humanos que pressupõe a existência de direitos fundamentais que os protegem contra os atos desumanos à sua integridade física, psíquica e moral. Assim, a dignidade da pessoa humana pressupõe observância do respeito do direito à vida, à honra, ao nome, à limitação do poder (político ou econômico), às condições mínimas para uma existência com liberdade, autonomia, igualdade e solidariedade. (LEITE, 2014)

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, confirmada, portanto, a premissa de que o Estado existe em função da pessoa humana, isto é, a dignidade da pessoa humana é o fim maior do Estado e da sociedade. (LEITE, 2014)

Pode-se identificar na Constituição Federal, diversos direitos fundamentais que vinculam projeções da dignidade da pessoa humana em seu conteúdo, como: o direito de liberdade, que remete à ideia de autonomia pessoal inerente à dignidade; o direito a igualdade, pelo qual todos são iguais em dignidade, respeito e proteção a sua integridade física, psíquica e moral; direito de propriedade com função social; direitos sociais econômicos, sociais e culturais; direitos políticos e de nacionalidade. 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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho

degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (LEITE, 2014, p. 44 e 45)

O princípio da dignidade da pessoa humana também foi expressamente previsto no artigo 170 da Constituição Federal, uma vez que toda a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna. Igualmente, no artigo 226, § 6º, segundo o qual o planejamento familiar assenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Outrossim, no seu artigo 227 a Constituição Federal assegura à criança e ao adolescente, dentre outros, o direito à dignidade. Por tais razões essa é conceituação da dignidade da pessoa humana na razão de Ingo Wolfgang. (LEITE, 2014)

3.2 Dos Direitos e Deveres

A circunstância do preso não é mera situação vital, mas sim essencial da qual se inclui o preso de ser considerado de modo exclusivamente naturalístico, com um formato biopsíquico, que sua função não obteve sucesso positivo, mas que, ao se submeter a tal ou qual “tratamento”, vai funcionar bem, vai funcionar a contento. (MIRABETE, 2007)

A complexa relação jurídica entre o Estado e o condenado se caracteriza pela posição determinada do condenado, que origina da especial relação de submissão criada com a sentença condenatória transitada em julgado, em que existem os direitos e deveres de ambas as partes a serem realizados e cumpridos. (MIRABETE, 2007)

O princípio edificante da execução das penas e medidas de segurança de privação de liberdade é a importância de que o detento é sujeito de direito e não se acha excluído da sociedade, mas que mesmo preso, o mesmo continua fazendo parte da sociedade e também nas relações jurídicas deve ser explícito e exemplificado de maneira fácil ao condenado tão somente aquelas limitações que correspondam à pena e à medida de segurança que foi imposto aos condenados.

Mas, como contraprestação às obrigações e limitações da Administração, devem ser estabelecidos na lei os deveres mínimos elementares que devem ser obedecidos pelos detentos e internados. De acordo com a exposição de motivos da Lei de Execução Penal, “a instituição dos deveres gerais do preso (artigo 38) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 39) representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da personalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra”, e por isso: “sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado como ônus naturais da existência comunitária”. (MIRABETE, 2007)

No artigo 38, afirma-se que cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes a seu estado (status de condenado), submeter-se às normas de execução da pena. Esclarece, portanto, que é uma obrigação do preso se submeter-se à privação de liberdade imposta pelo ato praticado e assim levando a sua condenação. Diante do pretendido, direito ou dever de fugir, que todo preso teria, conforme certa doutrina é adequada registrar na lei que estará ele desobedecendo e descumprindo a um dever para com a Administração ao tentar adquirir a liberdade pela fuga ou evasão, sendo inadmissível. (MIRABETE, 2007)

A evasão, assim, como infração de duas ordens jurídicas, a penitenciária e a penal, pode ocasionar consequências que abrangem ambas às esferas do ordenamento jurídico: no penitenciário, pela ocorrência de falta disciplinar grave (artigo 50, da LEP) no âmbito penal, a responsabilidade pelo delito previsto em seu artigo 352 do Código Penal. (MIRABETE, 2007)

Embora a evasão apenas se constitua em ilícito penal, em nosso ordenamento jurídico, quando se usa o preso de violência, a fuga do condenado é um fato antijurídico ao se tratar de uma violação do encargo expresso no artigo 38 da Lei de Execução Penal. A principal obrigação legal fundamental mesmo, inerente ao estado do condenado a pena privativa de liberdade, é exatamente a de se sujeitar o preso a ela, ou seja, a procurar furtar-se à pena pela fuga ou evasão. Tornando assim, indiscutível, pois, a obrigação essencial de cumprir com o dever de se submeter à pena, ou mesmo à prisão preventiva por força do artigo 39, parágrafo

único, para cuja consecução a Administração há de contar com os pertinentes meios coercitivos e disciplinares, em todo o caso sempre combinando justamente um critério de rigor, na defesa da ordem nos estabelecimentos penais. (MIRABETE, 2007)

Requerido pelas próprias necessidades do internamento, e da demanda social de paz, com o humanismo que inspira toda a reforma penitenciária, também seguiu a lei a orientação mais recomendável ao preceituar que o condenado deve submeter-se às “normas de execução penal”, estejam elas previstas na lei ou nos regulamentos internos, tal como dispõem, aliás, os artigos D. 243 do Código de Processo Penal francês, 77 do regulamento belga, 9º da Lei Penitenciária Sueca, 32 da Lei Italiana, 82.2 da Lei Alemã, 110.1 da Lei Portuguesa e 4º da Lei Geral Penitenciária Espanhola. (MIRABETE, 2007)

Renato Marcão define como sendo uma atividade complexa que é em todos os sentidos a execução penal presume um conjunto de deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, além das obrigações legais pertinentes ao seu particular estado, o condenado deve cumprir a um conjunto de normas de execução da pena. (MARCÃO, 2007)

Referidas normas, traduzidas em deveres, representam, na verdade, um código de postura do condenado perante a Administração e o Estado, pressupondo formação ético-social, onde inúmeras vezes não são condizentes com a própria realidade do preso. Deverá ajustar-se àquilo que preferimos chamar de “código de postura carcerária”, cumprindo destacar que: Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo, e se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. (MARCÃO, 2007, p. 30)

Assim, um mero observador despercebido pode pensar que um preso com um bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo

completamente diverso: trata-se apenas de um homem aprisionado. No artigo 39 da Lei de Execução Penal sobre o preso provisório, constitui os deveres do condenado. (MARCÃO, 2007)

Assim, Haroldo Caetano da Silva, assegurado ao preso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º, LEP). De certa forma ratificando aquele princípio, a LEP preceitua expressamente o respeito, pelas autoridades, “à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios” (artigo 40), assim como específica os direitos do preso (artigo 41). (SILVA, 2001)

Os direitos do preso provisório e do internado, é submetido ao artigo 42 é aplicado a eles com à medida de segurança, no que couber. Portanto, os direitos ao preso provisório estão expostos nos artigos 40 e 41 da LEP. Ao internado, os seus direitos serão limitados, de acordo com as suas condições pessoais, sendo assim suspenso ou restringido o funcionamento de direitos assim exposto e definidos no artigo 41. Mas, de modo algum será aceito em nenhuma hipótese, desrespeito à integridade física e moral do internado, uma vez que por força de preceito constitucional, nenhum dos condenados ou internados deverá ser submetido a tratamento desumano ou degradante de humilhação (artigo 5º, III). (SILVA, 2001)

Dos direitos consoantes o artigo 5º, III e XLIX da Constituição Federal, “ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante”, e “é assegurado aos presos respeito à integridade física e moral”. (MARCÃO, 2007)

A execução penal, no Estado Democrático e de Direito, deve analisar com bastante cautela os limites da lei e do ao cumprimento da pena e da medida de segurança. Tudo o que excede aos limites contraria direitos. Nos termos do artigo 41 da Lei de Execução Penal, são direitos do preso: “I - Alimentação suficiente e vestuário; II - Atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência social; IV - Constituição de pecúlio; V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - Assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - Entrevista

pessoal e reservada com o advogado; X - Visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - Chamamento nominal; XII - Igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - Audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - Representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; XV - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informações que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI - Atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente”. (MARCÃO, 2007)

Assim, é verdade que o artigo 41 estabelece um enorme rol, onde está especificado o que se tratou denominar direitos do preso. O exposto rol é, portanto, apenas exemplificativo, pois não esgota, em absoluto, os direitos da pessoa humana, mesmo a quem se encontra presa, e assim submetida a um conjunto de restrições. (MARCÃO, 2007)

Também em se tratando de direitos do preso, a interpretação que se deve examinar é a mais ampla, no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, mantém como direito seu. Deve-se buscarem primeiro, o rol de restrições. O que nele não se inserir será permitido, e, portanto, direito seu. (MARCÃO, 2007)

Direito, é certa, que terá que ser representado por sua base a condição de pessoa humana, ainda que sujeita às limitações que são permitidas no ordenamento jurídico. É necessário ter lógica e coerência na interpretação das regras proibitivas, seja para inibir ou permitir a prática de determinada conduta. Mediante decisão, motivada do diretor do estabelecimento prisional, poderão ser suspensos ou restringidos os direitos estabelecidos nos incisos V, X e XV, acima indicados. Ressalte-se, por oportuno, que: são público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro

lado é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir. (MARCÃO, 2007, p.32)

No que for compatível, as observações acima se aplicam ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança.

3.3 A Responsabilidade E Civil Do Estado Quando Das Prisões Superlotadas

Inicialmente, este tema da responsabilidade civil do Estado, abordando o conceito jurídico da própria responsabilidade. Oriunda do latim *respondere*, significa assegurar, responsabilizar-se, assumir algo ou do ato que praticou. Por seu caráter de extrema importância ao ordenamento jurídico, a responsabilidade envolve esferas na área penal, tanto quanto na área civil. Ao centralizar-se a responsabilidade em visão jurídica da esfera civil, onde estará associada a uma obrigação, mais restrita, à obrigação de reparar um dano sofrido por alguém. (DINIZ, 2002).

Durante muitos séculos se permaneceu o conceito de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos efetuados por seus agentes. Dentre as várias concepções, livrando o Estado de responsabilidade, tinha-se a de que: o monarca ou o Estado não erram. O Estado atua para acatar ao interesse de todos, portanto não pode ser responsabilizar por isso, sendo o Estado soberano, poder incontrastável. As ações eram intermediárias apenas contra o próprio funcionário causador do dano, assim, nunca contra o Estado, que se retida longe do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava inválida. (DINIZ, 2002).

A Constituição do Império (1824), bem como a Constituição Republicana (1891), já previa a responsabilidade dos empregos públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções. O problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, demonstrado que todo direito assenta na ideia da ação, e em seguida da reação de restabelecimento de uma harmonia onde já se foi ou está quebrada. Conforme Diniz: o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil, conclui-se, daí, que na

responsabilidade civil a perda ou diminuição do patrimônio do indivíduo ou o dano moral é que geram a reação legal. (2002, p.5)

A responsabilidade civil se institui uma obrigação que tem por objeto ou finalidade com o pagamento de uma indenização, que pode resultar-se de: inexecução de contrato; da lesão de um direito subjetivo. A responsabilidade civil tem um papel especificadamente indenizatório, ressarcitória ou reparadora. Assim, é dupla a função da responsabilidade: sendo o primeiro em assegurar o direito do lesado à segurança; e em segundo a servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado a vítima. (DINIZ, 2002, p.8).

CONCLUSÃO

A ideia do trabalho era analisar as penitenciárias brasileiras em seu sistema carcerário brasileiro, com vistas a saber se a garantia da dignidade da pessoa humana está sendo, de fato, aplicada, e a sua finalidade, em seguida se seus conceitos e a atualidade das penitenciárias. Para realizar essa análise, elegeu-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio da crítica documental, a qual foi problematizada e sistematizada. Para alcançar o fim pretendido, organizou-se e recortou-se a massa documental (leis – Constituição Federal, Lei de Execução Penal –, doutrinas e jurisprudências), desprendendo a pesquisa de uma empiria dada e tomando a constituição do objeto uma parte importante de análise.

No que diz respeito à problematização, foram propostos três questionamentos: a) como foi a evolução histórica do sistema prisional brasileiro e sua atualidade; b) qual a finalidade do sistema prisional brasileiro e seus conceitos? c) qual a relação da dignidade da pessoa humana com o sistema carcerário?

Nota-se que as condições estruturais das penitenciárias são precárias, e por muitas vezes faltam recursos básicos e mínimos para a garantia da higiene pessoal, infringindo um direito básico, como de ser tratado com o mínimo e possível de dignidade. Nessa fase, apontaram-se algumas garantias constitucionais que permitem aos presos as condições mínimas, não apenas de sobrevivência, mas de exercício de sua condição como preso. O fato é que os dados estatísticos encontrados no portal eletrônico do Departamento Penitenciário Nacional e no site do Ministério da Justiça confirmam as estatísticas alarmantes de uma população carcerária que sofre com a ausência de políticas públicas efetivas e de um Estado que não cumpre com a sua função de acordo com a lei.

A escolha do tema passou, invariavelmente, por uma inquietação de ordem pessoal, pois é um tema onde sempre acaba sendo discutido em sociedade e no meio jurídico como também, durante os anos em sala de aula, se ouviu falar na proposta da execução penal brasileira, que é a de reintegração do criminoso à sociedade, mas não se perdeu de vista a problemática das prisões superlotadas, dos ambientes precários e que mais fomentam o crime do que o evitam.

Por isso tornou-se mais que necessário identificar os problemas e as falhas que envolvem as prisões em todo o seu sistema, para enfim, propor soluções eficientes e eficazes. Assim, relevante foi encontrar informações, se estão sendo garantidos os direitos que permitem o alcance da dignidade da pessoa humana. A constatação não foi a melhor, pois os números revelam um profundo e intenso processo de marginalização devido à precariedade do sistema penitenciário em relação ao Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Rafael Damaceno; **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. 2007. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/949-1826-1-PB.pdf>. Acesso em 23 nov. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1. ed. São Paulo. Edipro, 1999.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. **Código Penal Decreto n.º 2.848**, de 07 de Dezembro de 1940.

_____. **Código Penal**. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. **Lep Lei 7210/84**. Lei de Execução Penal. 1984.

CAMARGO, Virginia da Conceição. **Realidade do Sistema Prisional**. out. 2006. Disponível em:< <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2971/Realidade-dosistema-prisional>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CAPITAL, Carta Redação. Brasil **possui a quarta maior população prisional do mundo**. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil->

possui-a-quarta-maior-populacao-prisonal-do-mundo-7555.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

COSTA, Lídia Mendes da; AMARAL, Marilda Ruiz Andrade. **A Superlotação do Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em:< <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1677/1600>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.7.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, Editora, 2003.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Vigiar e punir**. 27ª ed., Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2003

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Execução penal: comentários a Lei nº 11-7-1984** / Julio Fabbrini Mirabete. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Haroldo Caetano. **Manual da execução penal**. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. JFRJ do **Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2)** p. 715 da judicial, 10 de novembro de 2014. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/80389270/trf-2-jud-jfrj-19-11-2014-pg-715>> . Acesso em 10 mar. 2018.

SANTIS, Bruno Moraes Di; ENGBRUCH, Werner. **A evolução histórica do sistema prisional: Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena**. 2016. Disponível em: < <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WhNe8ltSzIU> Acesso em: 23 nov. 2017.

SILVA, Haroldo Caetano. **Manual da execução penal**. 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001

VELASCO, Clara; D' AGOSTINO Rosanne; REIS Thiago. Compiladores: **AM supera PE e lidera ranking de superlotação em presídios; Brasil tem 270 mil presos acima da capacidade**: Levantamento do G1 mostra que há hoje 668,2 mil presos para 394,8 mil vagas, uma superlotação de 69,2%, mais alta que em 2015. Percentual de presos provisórios caiu. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-.em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>>. Acesso em: 23/11/2017.