

UNICESUMAR – UNIVERSIDADE CESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA RELEITURA
DO PRÍNCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

MARLI VINCI DOS SANTOS MENDES

MARINGÁ – PR

2022



Marli Vinci dos Santos Mendes

**ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA RELEITURA
DO PRÍNCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Universidade Cesumar como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito, sob a orientação do Prof. Pós-Dr. Marcelo Negri Soares.

MARINGÁ – PR

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO
MARLI VINCI DOS SANTOS MENDES

**ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA RELEITURA
DO PRÍNCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO DIREITO DA
PERSONALIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar –
Universidade Cesumar como requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Pós-Dr. Marcelo Negri Soares.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)



ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA RELEITURA DO PRÍNCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Marli Vinci dos Santos Mendes.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo precípuo a análise do Acesso à Justiça no Brasil, sob o viés da Justiça Criminal, apontando um quadro de violações institucionalizadas e contínuas, que ferem diretamente a democracia e os direitos da personalidade do homem enquanto pessoa humana. O texto aborda os principais aspectos do acesso à justiça e a violação de direitos personalíssimos, apontado a evidente ofensa à dignidade humana e direitos positivados no ordenamento jurídico brasileiro. O tema possui notável relevância quando analisado em conjunto com o crescente aumento de prisões, que em sua maioria dizem respeito à indivíduos com baixa escolaridade, negros e pobres. Como metodologia de pesquisa empregou-se o método de pesquisa bibliográfico e aferição de dados publicados em sítios oficiais.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direito da Personalidade. Dignidade da pessoa humana.

ACCESS TO JUSTICE IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: A REVIEW OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A RIGHT OF PERSONALITY

ABSTRACT

This article has as its objective the objective of human justice in Brazil, under the analysis of a framework of institutional and continuous violations, rights that directly govern democracy and human rights as a person. The text addresses the main aspects of access to ordered personal rights, the rights assigned to the main protected human rights and the positive aspects assigned in Brazilian legal law. The theme has increased when considered in conjunction with the increase in prisons, which are mostly relevant and useful with low blacks. As a research methodology, the method of bibliographic research and verification of data published on official websites was used.

Keywords: Access to Justice. Personality Law. Dignity of human person.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. NOÇÕES HISTÓRICO-CONCEITUAIS: DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA Erro! Indicador não definido.	
2.1. Evolução dos Direitos	6
2.2. Do Acesso à Justiça	8
3. DELINEANDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO INDIVÍDUO ENCARCERADO	10
3.1. A dignidade humana e os direitos da personalidade do segregado	10
3.2. Legislação vigente e <i>legis ferenda</i> : o acesso à justiça do preso e concretização de seus direitos humanos e personalíssimos	13
4. CONCLUSÃO	19
REFERÊNCIAS.....	20

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, instituiu o princípio da dignidade da pessoa como um de seus fundamentos basilares, a ser respeitado em todo o território, sem distinção entre os indivíduos, a fim de equilibrar e concretizar todas as relações sociais. Outrossim, a Lei de Execução Penal, nº. 7.210/1984, dispõe que a assistência ao preso é um dever do Estado, lhe garantindo, entre várias coisas, a assistência jurídica e social.

O intuito da acadêmica na produção e confecção do título acima escolhido se direciona a uma reflexão humana e legal das garantias fundamentais e personalíssimas apontadas pela dignidade humana em relação ao Acesso à Justiça e o sistema prisional brasileiro. O interesse se destaca na relevância do tema, sobretudo diante das condições estruturais e estatais existentes, que negligenciam a figura do preso e seu aspecto humano, atentando contra sua personalidade.

A presente pesquisa utiliza, principalmente, como forma de metodologia, uma revisão bibliográfica sobre o tema abordado, adotando, o método hipotético-dedutivo, eis que, por meio de estudos constitucionais sobre a problemática, tentará expor a existência – ou não – de compatibilidade entre o Acesso à Justiça instrumentalizado e aplicado ao indivíduo e a norma prevista na lei, dentro de preceitos de dignidade humana e direitos da personalidade.

Ademais, será realizada uma abordagem qualitativa, eis que, a partir de todo o material coletado, será feita uma análise e reflexão dos resultados obtidos, uma vez que não se pode permitir a violação direitos fundamentais da coletividade, bem como a sua restrição à determinada classe de pessoas.

Dentre os materiais a serem utilizados, se encontram inúmeras obras dos mais variados autores, que analisaram as questões comentadas na presente pesquisa, assim como artigos e pesquisas, que ajudarão a embasar as ponderações a serem feitas e os reflexos na vida em sociedade, bem como serão utilizados dados estatísticos para compreensão da realidade carcerária no país.

2. NOÇÕES HISTÓRICO-CONCEITUAIS: DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA

2.1. Evolução dos Direitos

Em 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, o jurista Karel Vasak (COMPARATO, 2003, p. 32) utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos Direitos Humanos com base no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos Direitos Humanos foi a dos Direitos Civis e Políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, foi a dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração é dos Direitos de Solidariedade, em especial o Direito ao desenvolvimento, à paz e ao Meio Ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*) (PIOVESAN, 1998, p. 28):

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa). Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (SARLET, 2009, p. 48).

Assim, esse desprezioso discurso logo ganhou fama. Os Juristas passaram a repeti-lo e até desenvolvê-lo, por exemplo, Norberto Bobbio, que foi um dos principais responsáveis pela sua divulgação (BOBBIO, 1992, p. 16). Aliás, muitos pensam, de forma equivocada, que a doutrina das gerações dos Direitos Fundamentais é de sua autoria.

Para Paulo Bonavides (1998, p. 524-525), além das três gerações já existentes, novas foram acrescentadas, sendo que para mencionado autor, alguns direitos como o direito à Democracia, o direito à Pluralidade e à Informação e ao Pluralismo, integram a quarta geração das garantias fundamentais “compendiando o



futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política.

Para o STF (1995, p. 59):

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.)

Deve ser mencionada uma quarta geração de Direitos Fundamentais, identificada por vários autores, que decorre da atual globalização desses direitos, tais como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, como acima mencionado (MORAES, 2001, p. 58);¹ já se fala em direitos de quinta e sexta

¹Alexandre de Moraes, sobre o tema esclarece que: “A primeira geração dos direitos fundamentais, então, corresponderia àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados à sua liberdade, considerada em seus vários aspectos. Esta geração encerra os postulados dos cidadãos em face da atuação do poder público, buscando controlar e limitar os desmandos do governante, de modo que este respeite às liberdades individuais da pessoa humana. Os direitos relativos a esta primeira geração significariam, portanto, uma limitação do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo. A segunda geração, por sua vez, fundada no ideário da igualdade, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa. Esta necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida. Esta geração de direitos guarda estreito vínculo com as condições de trabalho da população, que, com a evolução do capitalismo, se viu necessitada de regular e garantir as novas relações de trabalho, postulando, portanto, salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas etc. E, ainda, a terceira geração, que corresponderia ao terceiro elemento preconizado na Revolução Francesa, a fraternidade, representa a evolução dos direitos fundamentais para alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização. Nesta situação, outros direitos precisavam ser garantidos, além daqueles normalmente protegidos, uma vez que essas novas relações devem ser consideradas coletivamente. Nesta terceira geração de direitos fundamentais, podemos mencionar: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à comunicação, os direitos dos consumidores e vários outros direitos especialmente aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis, a criança, o idoso, o deficiente físico etc” (MORAES, 2001, p. 58-63).



gerações, surgidos com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética).

De acordo com Norberto Bobbio (1992, p. 16) “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”

No decorrer da história da humanidade, o homem buscou a promoção de seus direitos nos meios sociais e políticos, logrando, desta forma, a positivação de várias normas com a asquiciência de tratados internacionais que buscavam tutelas a vida humana (BOBBIO, 2010, p. 97-98).

Com a conquista de direitos, Estados Democráticos foram se formando e instrumentalizando os direitos do homem, sobretudo após a Revolução Francesa, que elevou os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade à níveis jurídicos, como direitos e deveres a serem respeitados nas nações (BELTRAMELLI NETO, 2017, p. 119).

Neste sentido, as gerações de direitos fundamentais buscaram em cada período regular a vida social, conferindo proteção à liberdade, à vida, ao trabalho, educação, religião, desenvolvimento, meio ambiente, etc. Ou seja, criou-se a estruturação de um estado de bem-estar social, pautado na individualidade e coletividade dos homens, fato este que promoveu o início dos debates acerca do acesso à justiça.

2.2. Do Acesso à Justiça

O direito ao acesso à justiça deve ser compreendido como o direito a uma ordem jurídica socialmente justa e encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dada sua relevância, o acesso à justiça afigurou-se como um direito fundamental, que detém o escopo de garantir a inafastabilidade da tutela jurisdicional do Estado (BORGES; BARROSO; ROSIO, 2012, p. 26). De acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 04):

[...] A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

São inúmeros os problemas que obstam o acesso à justiça no Brasil, como a sobrecarga econômica do processo, a morosidade do processo, a ineficácia da lei, que resultam em uma diametral violência aos direitos humanos. É essencial que as camadas menos favorecidas e mais vulneráveis da sociedade sejam atingidas pelo acesso à justiça, de forma integral e real. Segundo Negri e Castro (2021, p. 1.201):

“[...] sob a perspectiva da efetividade do princípio da dignidade humana, o direito ao acesso à justiça possui status de direito fundamental, previsto no art. 5, XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. [...] Importante colocar em destaque que o princípio de acesso à justiça, tem grande relevância internacional, pois possui previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e, ainda, no Pacto San José da Costa Rica de 1969.”

No âmbito do Direito Penal (BRASIL, 1940) e antes da reforma do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) as disposições da Constituição eram significativamente diferentes da atual redação. As normas processuais penais foram redesenhadas após profundas alterações. Debates sobre a exclusividade da Iniciativa de Acusação Criminal do Ministério Público, a imparcialidade dos juízes e o sistema de garantias e direitos aos acusados mudaram a natureza dos processos criminais autoritários, punitivistas e dependentes.

Essas modificações na normativa processual permitiram uma reflexão acerca do ideal democrático e a formação dos resultados, levando-se em consideração as particularidades de cada indivíduo, e, desta forma, amenizando os efeitos da desigualdade material: “Embora, a Justiça Criminal não possa eliminar ou conter todas as desigualdades sociais como um todo, deve certamente fazer o que pode,



em sua própria esfera, para promover a igualdade e outros direitos fundamentais.” (HUDSON, 2007, p. 22).

Pode-se afirmar que o processo penal, além de estritamente necessário para a aplicação da lei penal, também deve impor limites e restrições ao intervencionismo estatal, sobre a esfera de direitos do indivíduo.

De acordo com Ferrajoli (2006, p. 537), e à luz da epistemologia garantista, este reconhecimento da identidade pública pelo processo penal, com a finalidade de tutelar o inocente e punir os culpados, torna-se fundamental para estruturar o processo em favor do acusado.

O processo de justiça a ser perseguido deve se materializar na proteção dos inocentes e reconhecimento das deficiências do Estado, garantindo o acesso efetivo ao judiciário, para que o indivíduo, sujeito de direitos, participe de forma igual e concreta na formação do provimento final, sem quaisquer distinções quanto à sua raça, crença, escolaridade e nível social.

A ausência de garantias legais e constitucionais no processo penal brasileiro. Além de proporcionar atos inquisitórios e puramente autoritários, também contribui para a formação de normas legislativas e judiciárias punitivistas e rigorosas que carecem de valores dignamente humanos e dos ideais de justiça (FERRAJOLI, 2006, p. 504).

3. DELINEANDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO INDIVÍDUO ENCARCERADO

3.1. A dignidade humana e os direitos da personalidade do segregado

A Constituição Federal do Brasil (1988), especificamente no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, deu especial atenção aos princípios do Acesso à Justiça e Dignidade da Pessoa Humana, que podem ser interpretados como catalizadores do enfrentamento às violações de direito dos presos, no plano prático da justiça brasileira.

Todo estudo e pesquisa relacionado à concepção de dignidade da pessoa humana irá ter como base teórica a ideia do ser humano kantiano, que “mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio.” (DA SILVA, 1998, p. 90).

As questões envoltas à dignidade humana têm-se mostrado ser um assunto de grande complexidade, posto a modernidade líquida (BAUMAN, 2007) que se vivência atualmente, onde tudo tem um preço, um valor a ser pago (Preis) ou uma dignidade (Wurde). O ser humano não pode e não deve ter um preço, mas de fato possui uma dignidade, que se traduz como um valor interno, que se eleva acima de qualquer valor pecuniário, não sendo fungível, alienado ou trocado (KANT, 2033, p. 65).

A dignidade da pessoa humana é considerada como um valor máximo no sistema jurídico do Brasil. Importante mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada no ordenamento jurídico brasileiro, garante toda e qualquer pessoa, sob qualquer circunstância, tenha condições dignas de desenvolvimento, crescimento, paz, respeito, liberdade e igualdade. No preâmbulo da referida declaração (1948, *online*), restou consignado que:

[...] a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados- Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Para Carlos Alberto Bittar, o princípio da dignidade da pessoa humana se consagra como uma dos direitos fundamentais do homem e, por consequência, um direito da personalidade humana, que deve ser resguardado e protegido (BITTAR, 2015, p. 19).

O direito como um todo, veio a surgir em face da proteção da pessoa e para lhe servir e regular, assim, os direitos da personalidade, possuem grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro e podem ser tutelados de forma geral ou



específica, sendo que foram elevados ao nível de Direitos Humanos, pois dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

Segundo Elimar Szaniawski (2005), a Constituição Federal não protege apenas os direitos de personalidade expressos nos vários incisos do artigo 5º, mas também todos os atributos da personalidade como um todo e de forma genérica, assegurando a todo e a qualquer indivíduo, aquele mínimo necessário para o livre desenvolvimento de sua personalidade e a salvaguarda de sua dignidade.

Tratam-se de direitos inalienáveis e intransferíveis, conforme dita o artigo 11 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) e o indivíduo em sua singularidade, deve ser tutelado de forma geral e específica pelo ordenamento jurídico, eis que a personalidade humana em sua integralidade é princípio geral à ser levado à efeito.

É um estudo de construção recente e atual e fundamenta-se, sobretudo, na evolução da pessoa e valor-fonte de todos os outros valores, constituindo-se como o principal fundamento de um ordenamento jurídico. Flavio Tartuce (2016, p. 146), ao responder o que seriam os direitos da personalidade, disse que:

[...] segundo Rubens Limongi França, trata-se de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”. Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade “são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo, vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)”. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com a didática que lhes é peculiar, conceituam os direitos da personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Pelos conceitos transcritos, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa.

Assim, reconhecer os direitos personalíssimos do ser humano, implica, conseqüentemente em reconhecer que cada ser é dotado de valor único e de dignidade à ser respeitado.

Os direitos da personalidade analisados de forma mais específica e limitada surgem para proteger o mais precioso e subjetivo valor humano, que é a dignidade,



“não havendo dúvida quanto à sua essencialidade e preciosidade para o ser humano” (ZANINI, 2011, p. 266). E “se eles dão existissem, a pessoa não existiria como tal” (DE CUPIS, 2004, 24).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade são tutelados de forma geral, posto que o núcleo axiológico destes direitos é a dignidade da pessoa humana, possibilitando ao operador do direito, frente a cada caso, flexibilizar e adequar a norma e os princípios a situação fática em análise, atualizando-as conforme as necessidades temporais da sociedade e dos indivíduos.

Cleide Fermentão (2006, p. 245) ao falar sobre o assunto, consignou que diante das constantes evoluções da sociedade, o avanço dos meios de comunicação, da tecnologia e mudanças socioculturais, é impossível negar a importância do debate sobre os direitos da personalidade da pessoa, pois só assim pode-se falar em garantia e respeito à valores como a vida, a igualdade, liberdade, dignidade, integridade física, valores morais e intelectuais e todos aqueles que se tornem indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo.

Assim, a proteção à integridade da pessoa encarcerada e a garantia de acesso à uma justiça isonômica, imparcial e que respeita os princípios norteadores do processo penal – sobretudo o contraditório, ampla defesa e presunção de inocência – se constituem como direitos da personalidade e devida instrumentalização do princípio da dignidade humana, intrinsecamente ligados.

3.2. Legislação vigente e *legis ferenda*: o acesso à justiça do preso e concretização de seus direitos humanos e personalíssimos

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), ao adotar o princípio da isonomia de direitos, previu a “igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico” (MORAES, 2003, p. 64).

Desta forma, existindo qualquer situação de desigualdade, há uma evidente desconformidade com o disposto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e, além disso, nas hipóteses em que a justiça é mais acessível e fornecida para uma classe



especifica de pessoas que possuem poder econômico, alto grau de instrução ou pertencem, significa dizer que a norma não está sendo aplicada como deveria, de forma igual e justa.

Mauro Cappelletti (2008, p. 67) classifica as dificuldades de acesso à justiça em três ondas, que são: 1) a assistência jurídica aos pobres; 2) a proteção de direitos amplos e coletivos, a predominância dos interesses sociais sobre os específicos; 3) a mudança estrutural geral – física, funcional e procedimental – do Poder Judiciário com o objetivo de agilizar e respeitar as normas básicas de proteção da pessoa humana.

Rudolf Von Ihering (2004, p. 1) afirma que a:

[...] a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Ambas se completam e o verdadeiro Estado de Direito só existe onde a força, com a qual a justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.

A Constituição brasileira, ao dispor sobre a assistência judiciária, além de garantir o direito de peticionar formalmente, também possibilita que violações e danos iminentes sejam proibidos e reparados, dando maior eficácia às decisões judiciais. Tal possibilidade é garantida pelo Acesso à Justiça, que se aplica de forma extensiva a todo e qualquer pleito.

Além disso, a estrutura judiciária do Brasil é historicamente recente, pois anteriormente à Constituição (BRASIL, 1988), a função jurídica era feita em conjunto com a função administrativa, conferindo pouca imparcialidade aos julgadores e partes do processo, na medida que apenas as pessoas mais abastadas possuíam bons resultados. Tal situação ainda apresenta reflexos no atual Estado Democrático de Direitos que muitas vezes se de modo protecionista (ARQUILAU, 2002).

Leva-se em consideração, ademais, que a justiça, além de um fenômeno jurídico, também socioeconômico e político, sendo indispensável ao equilíbrio da sociedade e um instrumento fundamental de garantia de todas as pessoas, sem distinções.

Tendo em vista que a sociedade civil não deve se distanciar da figura do Julgador e de todo o sistema jurídico, a Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31.12.2004, determinou significativas mudanças no Poder Judiciário, tanto na sua estrutura, como no seu funcionamento, bem como, na criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é uma instituição que visa aperfeiçoar o trabalho no sistema judiciário, respeitando-se a transparência processual e administrativa (HERTEL, 2005, *online*).

Dentro de uma perspectiva penal, a Lei de Execução Penal, nº. 7.210/1984 (BRASIL, 1984), em seu Capítulo II, dispôs que a assistência ao preso é um dever do Estado, lhe garantindo, entre várias coisas, a assistência jurídica e social.

O artigo 10 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) leciona que a “assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, sendo que essa assistência será de cunho material, social, jurídico e religioso, bem como à saúde e educação.

Já no que compete à assistência material, elencada nos artigos 12 e 13 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) salienta-se que esta diz respeito ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações adequadas e higiênicas ao preso e apenado, sendo que o próprio estabelecimento prisional deverá dispor de “instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração” (BRASIL, 1984).

A assistência jurídica reflete na possibilidade de os presos e internados serem assistidos por advogado, mesmo sem possuírem recursos financeiros para tanto, de forma que a unidades deverão “ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.” (BRASIL, 1984, Art. 16). Além disso, também é direito dos assistidos que possam se comunicar com seus advogados e familiares.

Já as últimas seções do capítulo (BRASIL, 1984), prescrevem que a assistência educacional é voltada para a educação do preso e internado e a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade, pois a pena, além de finalidade retributiva, também possui caráter reeducador e ressocializador.



É neste contexto que se aborda o acesso à justiça na sistemática carcerária brasileira. Segundo dados divulgados no 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2020, a proporção de negros no sistema carcerário cresceu 14% nos últimos 15 anos, enquanto a de brancos diminuiu 19%. A cada três pessoas presas no Brasil, dois são de cor/etnia preta, sendo que dos 657,8 mil presos nas penitenciárias do Brasil, já informação de que mais de 65% (quase 67%) são negros (ACABAYA, 2020, *online*).

Salutar acrescentar que não são raras situações de rebeliões e motins dentro de presídios brasileiros. No ano de 2021, na cidade de Goiânia, um grupo de presos, organizados em buscas de melhores condições dentro do estabelecimento prisional, passaram a relatar as situações desumanas que se encontravam: sem banho de sol, sendo obrigados a ingerirem sabão e sem quaisquer itens de higiene básica. Os detentos reivindicavam a existência com dignidade e a possibilidade de cumprir sua pena, de acordo com os ditames da lei, escancarando, ainda mais, a realidade do sistema prisional e negligência para com eles (BRAGA; SALES, 2021, *online*).

Rogério Greco (2020, p. 137-138) afirma que:

Alguns países procuraram melhorar as condições de vida no cárcere, entendendo que o agente somente foi condenado a ficar privado do seu direito de ir vir ou permanecer aonde bem entendesse, garantindo-se, portanto, todos os demais direitos que são inerentes à sua condição de pessoa humana, tal como ocorreu na Espanha com a criação do Centro Penitenciário de Topas. Em outros países, a exemplo do que ocorre no Brasil, por mais que exista alguma “boa vontade” no sentido de melhorar o sistema prisional, ainda parece que se vive na época das masmorras – os presos são trancados em locais insalubres, sem a menor perspectiva de melhoras, como acontece, ainda, em muitas cadeias públicas, em cidades onde, no verão, a temperatura média, dentro das celas, gira em torno de 50 graus positivos, ou em alguns Estados da Federação que, por falta de vagas nas penitenciárias, os condenados cumpriam suas penas em containers.

Por mais que exista uma pequena intenção por parte de alguns em melhorar o sistema penitenciário no Brasil, o ambiente carcerário ainda é estigmatizado e negligenciado, como se fosse um ambiente antinatural, onde apenas permanecem àqueles que devem ser excluídos da sociedade, de forma que a melhoria de condições de vida dos apenas e conseqüente reabilitação se tornam impossíveis.

Outrossim, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017), é de responsabilidade do Estado a segurança e guarda das pessoas encarceradas, durante o período que estiverem detidas ou cumprindo pena no estabelecimento prisional, devendo as prisões terem mínimas condições de higiene e saneamento, proporcionando condições para uma existência digna e humana e, na existência de violações à norma, os danos sofridos devem ser ressarcidos ao preso ou seus familiares:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º. 2. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS CAUSADORA DE DANOS PESSOAIS A DETENTOS EM ESTABELECIMENTOS CARCERÁRIOS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. *"Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem.* 4. *A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.* 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto

pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017) (STF, 2017, grifo nosso).

A desigualdade social abissal existente na sociedade brasileira aponta um acesso à justiça ainda mais dificultado aos vulneráveis. Muito embora a Constituição Federal verse sobre o acesso à justiça, na prática, referido princípio recebe diminuta instrumentalidade prática.

O Projeto de Lei do Senado nº 37, de 2017, em trâmite, busca alterar a Lei de Execução Penal e prever a possibilidade de aplicação de multa à pessoa jurídica administradora de estabelecimentos penitenciários que submetem os detentos a condições degradantes e obstem seu acesso à justiça digna e célere, conforme a legislação vigente no Brasil (BRASIL, 2017, *online*).

O Estado, como expressão organizada da coletividade, detém a responsabilidade de positivar e assegurar os direitos previstos na Constituição Federal, com o fito de atender às necessidades sociais que incidem no Estado, proporcionando meios eficazes de efetivação das normas insculpidas na Carta Magna de 1988, dentre elas o acesso à justiça e a dignidade humana como expressão de sua personalidade (SIQUEIRA JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 35).

A experiência prática e cotidiana tem evidenciado que muito se fala em crise do processo e movimentos que levam banalmente a bandeira do acesso à justiça no Brasil para a população negra e socioeconomicamente vulnerável, mas, não se trata de falta de soluções e proposições para resolução da questão, eis que na realidade há uma evidente falha e precariedade estrutural, que relega os encarcerados à condições sub-humanas de vida, esquecidos e negligenciados dentro de penitenciárias.

O direito penal mínimo, instituído pela Constituição brasileira não é a solução para a situação dos apenados e o eficaz acesso à justiça, pois a segurança propriamente dita guarda pouca relação com a legislação, sendo necessário equilibrar o poder do Estado e a garantia de direitos do indivíduo enquanto pessoa humana:

Pois a segurança dos cidadãos corresponde também a necessidade de estar e sentir-se garantidos no exercício de todos os seus próprios direitos: direito a vida, a liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e das suas próprias capacidades, direito de expressar-se, direito a qualidade de vida, assim como direito de controlar e influir sobre as condições das quais depende, em concreto a existência de cada um (QUEIROZ, 2008, p. 111).

Assim, são inúmeras as garantias penais e constitucionais do preso, todavia, o descaso em relação às melhorias do sistema e reivindicações dos encarcerados, só evidenciam ainda mais a fala de Von Liszt (2006, p. 1), que afirmava que o direito penal é uma espada de duplo fio, pois é lesão aos bens jurídicos para proteção de bens jurídicos, bem como é violência a serviço do controle da violência.

4. CONCLUSÃO

O acesso à justiça no Brasil ainda é muito falho, na medida em que uma grande parcela determinável de pessoas – negros, pobres e com baixa escolaridade – estão inseridos em maior número no sistema penitenciário, demonstrando as falhas deste sistema.

Ademais, a violência contra estas pessoas inicia-se antes mesmo do flagrante, ela é sistêmica. Está arraigada na democracia brasileira, que ainda segrega, exclui e dificulta a efetivação da dignidade daqueles que não estão inseridos em minorias privilegiadas.

Somente com uma experiência de vida com dignidade, de pleno desenvolvimento e com respeito aos aspectos de sua personalidade (imagem, honra, liberdade, igualdade, educação, saúde, etc.) é que se poderá falar em uma sociedade isonômica, que respeita o seu indivíduo enquanto pessoa humana.



Ademais, falar em uma existência com dignidade, um encarceramento que respeita o detento e provê sua evolução saudável e pautada em princípios morais, sociais e éticos, é falar em política coletiva de combate à criminalidade.

Para que o Estado cumpra seu papel de garantidor e promova a devida proteção relativa à dignidade dos presos e seus direitos da personalidade, deve adotar meios e medidas eficazes – sejam de caráter normativo e/ou material – de promover a igualdade entre todos os indivíduos, independentemente de sua raça e classe social, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana e direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. **Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário de Segurança Pública**. 2020. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoas-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em: 19 março. 2022.

ARQUILAU, Paula. **O acesso à justiça**. 2002. Revista eletrônica disponível em <http://www.jus.com.br>.//Acessado em 21 de jul. de 2022

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 5ª ed. Bahia: JusPodivm, 2018. Onodera. Marcus Vinicius Kyoshi. Gerenciamento do Processo e Acesso à Justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **As Ideologias e o poder em crise**. Brasília: Universidade de Brasília: 2010, p. 97-98.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. BARROSO, Darlan; ROSIO, Roberto. **Processo Civil**. 2º ed., 2º tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRAGA, Gabriella; SALES, Yago. **Rebelião em presídio na Grande Goiânia tem 'live' de presos com audiência de 10.000 pessoas**. 2021. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-20/rebeliao-em-presidio-na-grande-goiania-tem-live-de-presos-com-audiencia-de-10000-pessoas.html>. Acesso em: 19 março. 2022.

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

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 37, de 2017**. Brasília, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128219>. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252. **Recurso Extraordinário 580.252**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade**. São Paulo: Sérgio Fabris, 2008, p. 67.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DA SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 90, abr./jun. 1998.



DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **DHNET**, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 1 jul. 2022.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os Direitos da Personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 6, n. 1, p.241-266, 2006, p. 245. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313/172>. Acesso em: 18 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Mara da Costa. **Direitos fundamentais sociais**. Releitura de uma Constituição Dirigente. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2020.

HUDSON, Bárbara. **Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”**: princípios de Justiça para sociedades divididas. Em *Direito Humanos e Democracia*. Coord. CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2003.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3ª Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MILHOMEM, Maria José Carvalho de Sousa. **Acesso à Justiça**: Quando A Morosidade e Litigiosidade Representam Entraves à Realização da Justiça. In: XXIV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), UFMG, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos Liberdades Públicas e Cidadania**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Marcelo Negri; CASTRO, Jéssica Ribeiro de. Acesso à Justiça: o princípio da Dignidade Humana na defesa dos direitos dos refugiados no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 4, n. 7, p. 1191-1215, jan. 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_1191_1215.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

SZANIAWSKI, Elimar. **Os direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STF. **MS nº 22.164/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov, 1995.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Lei de introdução e parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2016, p. 146.

ZANINI, Leonardo Estavam de Assis. **Direitos da Personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.